

PANEL 2

DERECHOS HUMANOS
Y DERECHO ADMINISTRATIVO

DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

Daniel Wunder Hachem

Sumario: **1.** Introducción; **2.** Qué se puede exigir directamente de la Administración Pública en materia de derechos fundamentales sociales? **2.1.** La exigibilidad de los derechos fundamentales sociales para allá del mínimo existencial; **2.2.** La multifuncionalidad de los derechos fundamentales y la unicidad de tratamiento jurídico de los llamados “derechos de libertad” y de los “derechos sociales”; **2.3.** La aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales sociales en la perspectiva jurídico-subjetiva frente a las distintas funciones de los derechos; **3.** Cuales son los requisitos necesarios para configurar la responsabilización del Estado por omisión? **3.1.** Una propuesta de relectura de la teoría de la *faute du service*. El carácter objetivo de la responsabilidad por omisión y la irrelevancia de la perquisición de culpa; **3.2.** Supuestos configuradores de la responsabilidad objetiva del Estado por omisión y la prescindibilidad de la “posibilidad material de actuar”; **4.** Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El día 17 de septiembre de 2011 fue publicada en el jornal *Zero Hora*, en Brasil, una noticia informando que, después de 17 días esperando en la cola, se murió en el municipio de Viamão – Rio Grande do Sul el señor Davi Oliveira Gonçalves, por fal-

ta de cama en Unidad de Terapia Intensiva de hospital público. La muerte ocurrió al sábado, y desde martes ya había decisión judicial que obligaba al Estado a costear una cama en otra casa de salud. Una semana antes, ya se había muerto también una joven de 17 años, después de esperar 19 días por una transferencia en el mismo hospital¹.

Dos meses antes, había sido publicada noticia en el sitio de la red R7, divulgando la muerte de Elba Luiza do Nascimento, de 27 años, después de 15 días de internamiento por ausencia de condiciones de atendimento en hospital público estadual en el Rio de Janeiro. Por falta de médico neurólogo, fue transferida para otro hospital, que tampoco tenía médico especializado para atenderla, y por ello retornó. La joven quedó abandonada en el corredor de la unidad de salud, y se murió dos días después².

Estos casos –como tantos otros similares divulgados por la prensa brasileña– retrata un problema habitual de la Administración Pública latinoamericana: la omisión. No es sorprendente que uno de los más célebres personajes de las historietas en Latinoamérica –Mafalda, y también Filipe y Manolito– han llegado a la siguiente conclusión:



A partir de esta reflexión inicial, se plantean algunas cuestiones. Es posible, en los casos narrados, exigirse del Estado una reparación por su omisión? Si intuitivamente se tiene la gana de prontamente decir que sí, surge la pregunta: jurídicamente, qué criterios autorizan a decir que hay responsabilidad estatal? Está la Administración obligada a reparar todo y cualquier caso de muerte natural? Y si la persona se murió porque no había en los hospitales públicos un tratamiento para su enfermedad? Y si el tratamiento cuesta 400 mil pesos? Y si el tratamiento sólo existe en los Estados Unidos?

Este es el tema del presente ensayo: la responsabilidad del Estado en materia de derechos fundamentales sociales. Y la forma elegida para enfrentarlo será a través

1. ZERO HORA. Idoso morre em Viamão à espera de leito em UTI. 17.09.2011. Disponible en el sitio: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2011/09/idoso-morre-em-viamao-a-espera-de-leito-em-uti-3491937.html>>. Acceso en 17.05.2012.
2. R7. Após ser atropelada, mulher de 27 anos morre à espera de vaga em hospital no Rio. 07.07.2011. Disponible en el sitio: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/jovem-morre-esperando-vaga-em-hospital-no-rio-20110707.html>>. Acceso en 17.05.2012.

del intento de contestar a dos preguntas: (i) qué se puede exigir directamente de la Administración Pública en materia de derechos sociales? (ii) cuales son los requisitos necesarios para configurar la responsabilización del Estado por omisión?

2. QUÉ SE PUEDE EXIGIR DIRECTAMENTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES?

Sólo se puede hablar de responsabilidad por omisión en esta materia si antes se determina a qué está obligada la Administración para satisfacer derechos fundamentales sociales – como salud, educación, vivienda, asistencia social– pues es precisamente el incumplimiento de un deber jurídico de actuar que la irá desencadenar.

2.1. La exigibilidad de los derechos fundamentales sociales para allá del mínimo existencial

A partir de la promulgación de la Constitución brasileña de 1988, la contradicción entre la vasta previsión normativa de derechos fundamentales y el pequeño grado de efectivación práctica de las disposiciones que los vehiculan llamó la atención de los juristas, sobre todo en el campo de la faceta prestacional de los derechos sociales, enunciados en el art. 6º de la Ley Fundamental, tales como educación, salud, asistencia a los desamparados, seguridad social, entre otros. La cuestión se torno aún más compleja frente a la disposición inscrita en el §1º del art. 5º de la Constitución Federal, según la cual “las normas definidoras de derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”.

La literalidad de dicho dispositivo, sumada a la aspiración de extraer plena eficacia de las determinaciones constitucionales en materia de derechos fundamentales sociales, condujo parcela de la doctrina a sostener la posibilidad de postularse judicialmente, ante a las omisiones de la Administración Pública, la realización de estos derechos. Tales ideas lograron acogida por los tribunales, que, abandonando una postura conservadora, reticente en aceptar que con fulcro en las disposiciones definidoras de derechos sociales sería posible reclamar actuaciones estatales positivas³, pasaron

3. En ese sentido, la siguiente decisión del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, que reputa las disposiciones constitucionales referentes al derecho a la salud como “normas constitucionales meramente programáticas”: “Normas constitucionais meramente programáticas - ad exemplum, o direito à saúde - protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação - pela via do mandamus - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o munus de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, 'ou não dispõem de eficácia plena', posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe 'todos tem direito e o estado o dever' - dever de saúde - como afixam os constitucionalistas, 'na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes'”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6.564/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23.05.1996, DJ 17.06.1996). En el mismo influjo, la decisión del Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro: “Mandado de segurança. Impetrantes portadores de insuficiencia renal crônica. Fornecimento de remédio (CELLCEPT) pelo Estado. As normas programáticas estabe-

a atestar la fundamentalidad de los derechos sociales (en especial los derechos a la educación y a la salud) y encararlos como derechos subjetivos, prontamente exigibles frente al Poder Judicial.

No se puede negar, sin embargo, que en alguna medida ese avance implicó la adopción de un camino que pasó “de la falta de efectividad a la judicialización excesiva”⁴, especialmente en la área de la salud, resultando en la proliferación de “decisiones extravagantes o emocionales, que condenan a la Administración Pública al coste de tratamientos irrazonables –ya sea porque inaccesibles, sea porque destituidos de esencialidad”⁵. Y con esto los tribunales pasaron a conceder prestaciones estatales gratuitas sin criterios. En materia de salud, hay, por ejemplo, un fallo en que la Suprema Corte Federal condenó al Estado a costear el tratamiento de una enfermedad rara –la distrofia muscular de Duchene– que solamente existía en los Estados Unidos, y costaba a la época 63 mil dólares⁶. El fundamento? La Constitución prevé en el art. 196 que la salud es deber del Estado y derecho del ciudadano.

En las palabras de Luís Roberto Barroso, estos “excesos e inconsistencias (...) ponen en riesgo la propia continuidad de las políticas de salud pública, desorganizando la actividad administrativa e impidiendo la asignatura racional de escasos recursos públicos”⁷. Además, la búsqueda de la efectivación de los derechos fundamentales sociales únicamente por la vía del Poder Judicial puede importar una “concesión de privilegios a algunos demandantes en detrimento de la generalidad de la ciudadanía, que continúa dependiente de las políticas universalistas implementadas por el Poder Ejecutivo”⁸.

Frente a ese nuevo orden de problemas, y considerando que: (i) el acceso al Poder Judicial en Brasil es todavía limitado a la clase media y a la clase alta de la población⁹;

lecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto-custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há que atender aos interesses mais imediatos da população. Impropriedade da via mandamental para atendimento do direito reclamado” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança nº 220/98, Rel. Del. Antonio Lindberg Montenegro, julgado em 17. 12.1998).

4. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.
5. BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 876.
6. “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que as razões de índole ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição nº 1.246, Presidente Ministro Sepúlveda Pertence, Decisão Proferida pelo Ministro Celso de Mello, julgado em 31.01.1997, publicado em DJ 13.02.1997.
7. BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 876.
8. BARROSO, Luís Roberto. Idem, *Ibidem*.
9. Refiriéndose a aquellos que no tienen acceso al Poder Judicial, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro observa: “Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes – os ‘não-partes’ são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acceso à justiça: juizados especiais e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 58. Según Cláudio Pereira de Souza Neto, en investigación realizada en el Estado de São Paulo en el período de 1997 a 2004, que analizó todos los juicios propuestos, en 67,7% de los casos la parte autora estaba representada por abogados particulares. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; Daniel Sarmento (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 533-534.

(ii) la mayor parte de las demandas son de carácter individual y no colectivo, lo que pone a los ciudadanos de bajos recursos —justamente los que más necesitan de la tutela estatal— en una situación desfavorecida cuanto a la satisfacción de sus derechos¹⁰; (iii) la planificación de políticas públicas universales, de carácter colectivo, destinadas a la concretización de oficio de los derechos de todos los ciudadanos, independientemente de provocación, compete a la Administración Pública; parcela de la doctrina pasó a sostener la restricción del espectro de legitimidad del Poder Judicial en esta esfera a los casos en que el derecho fundamental social postulado es necesario a la garantía de condiciones mínimas de existencia digna al demandante —el llamado *mínimo existencial*¹¹. Aparte de ese ámbito, la concretización maximizada de los derechos fundamentales sociales de carácter prestacional competiría a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, de manera progresiva, mediante la prestación de servicios públicos y la implementación de políticas públicas. Es el posicionamiento acogido por diversas decisiones judiciales¹².

Por lo tanto, la solución a que llegaron la doctrina y la jurisprudencia brasileñas, inspiradas en una decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán¹³ fue la siguiente: hay un contenido mínimo de los derechos sociales abajo del cual hay un consenso de que la dignidad de la persona fuera violada. Él comprende un conjunto de prestaciones mínimas de salud, alimentación, educación, vivienda, vestuario al cual todos los ciudadanos tienen derecho, independientemente de previsión legal o constitucional, pues son condiciones sin las cuales no se puede siquiera ejercer los derechos de libertad¹⁴.

Este llamado *mínimo existencial* es prontamente exigible de la Administración Pública y, si ella no lo atender, del Poder Judicial. La satisfacción de las parcelas de los derechos sociales que integran este mínimo no ofende la democracia, porque sin condiciones mínimas de existencia digna el ciudadano

-
10. "No Brasil, assiste-se à predação da renda pública pela classe média e pelos ricos, especialmente nos casos de remédios estrangeiros, com o risco de se criar um impasse institucional entre o Judiciário e os poderes políticos, se prevalecer a retórica dos direitos individuais pelos sociais". TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 134.
 11. En ese sentido, entre otros: TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: Antônio Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
 12. A título de ejemplo, cítese: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 811.608/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, DJ 04.06.2007, p. 314; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental nº 175, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076, divulgado em 29.04.2010, publicado em 30.04.2010.
 13. La decisión es del año 1975. Obsérvese trecho del fallo: "ciertamente la asistencia a los necesitados integra las obligaciones esenciales de un Estado Social. [...] Eso incluye, necesariamente, la asistencia social a los ciudadanos que, en virtud de su precaria condición física y mental, se encuentran limitados en sus actividades sociales, no presentando condiciones de proveer a su propia subsistencia. La comunidad estatal debe asegurarles al menos las condiciones mínimas para una existencia digna y emprender los esfuerzos necesarios para integrar estas personas a la comunidad, fomentando su acompañamiento y apoyo en la familia o por terceros, y creando las indispensables instituciones asistenciales". La traducción fue extraída de SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 318.
 14. BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247.

no puede participar democráticamente de los procesos de deliberación pública. Y las parcelas que extrapolen este mínimo tendrán su exigibilidad dependiente de las elecciones del legislador.

Ocurre que, con lastro en esa construcción teórica –según la cual la exigibilidad judicial de la dimensión prestacional de los derechos sociales limitase al contenido del mínimo existencial–, algunos autores pasaron a defender que la jusfundamentalidad de los derechos sociales estaría restringida a ese mínimo¹⁵. En otras palabras: los derechos sociales serían fundamentales apenas y solamente cuanto a las porciones de estos derechos necesarias a asegurar condiciones mínimas de existencia digna al individuo. Para allá de ese mínimo, los derechos sociales no disfrutarían de la condición de derechos fundamentales, no incidiendo sobre ellos su régimen jurídico especial, dotado, entre otros factores, de aplicabilidad inmediata.

Crease entonces la idea de que los derechos sociales son exigibles solamente en lo que sea necesario a garantizar el mínimo existencial. El problema de este raciocinio es que hay casos en que la propia Constitución garantizó prestaciones que exceden un mínimo para la existencia digna. Y hay, además, casos en que la propia ley aseguró contornos más amplios a los derechos fundamentales sociales que solamente el mínimo. Por ejemplo: la Constitución brasileña garantiza el derecho a la salud, pero no hace cualquier referencia a la gratuidad de estos servicios. Pero la Ley n° 8.080/90 estableció la gratuidad de los servicios públicos de salud en su art. 43. Si un hospital público negase a prestar gratuitamente un servicio de salud que, no obstante necesario, no integre el mínimo existencial, y el ciudadano sufre un daño a su integridad física o psicológica, no puede él exigir una reparación?

La problemática central que emerge sobre el tema del reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales reside en la dificultad de aceptarse la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales que los consagran (en los términos del art. 5º, §1º de la CF), ya sea ante a la Administración Pública, sea ante al Poder Judicial. Eso porque, esta– la aplicabilidad inmediata –es una de las principales peculiaridades que caracteriza el régimen jurídico especial que el constituyente de 1988 otorgó a los derechos fundamentales.

Bajo la perspectiva jurídico-dogmática, hay un aspecto peculiar de la teoría de los derechos fundamentales contemporánea que permite responder, en cualquier ordenamiento constitucional, a las críticas largamente evocadas para apartar la incidencia directa de los derechos sociales, y, como consecuencia, retirarles la característica de fundamentalidad. Tratase de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales.

15. TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. 12, Rio de Janeiro, p. 349-374, 2003; MAURICIO JR., Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 47.

2.2. La multifuncionalidad de los derechos fundamentales y la unicidad de tratamiento jurídico de los llamados “derechos de libertad” y de los “derechos sociales”

El tema es explicado con claridad por Robert Alexy. Según el autor, los derechos fundamentales deben ser encarados como haces de posiciones jusfundamentales, es decir, cumple observar cada derecho fundamental como un “derecho fundamental como un todo”¹⁶. Significa decir que los derechos fundamentales son multifuncionales¹⁷, de manera que no es posible asociarlos a una función única: de cada derecho fundamental pueden ser extraídos múltiples deberes, decurrentes de incumbencias de distintas naturalezas que ellos encomiendan al Estado. Por lógica consecuencia, un determinado derecho fundamental irá investir su titular en diversas posiciones jurídicas de caracteres diferenciados, y con base en cada una de ellas el ciudadano podrá reclamar diferentes obligaciones del Poder Público.

Las varias funciones adscritas a los derechos fundamentales son separadas por el autor en dos grandes bloques: (1) función de *defensa*; (2) función de *prestación*. Dentro del segundo, Alexy propone la siguiente división: (2.1) función de *prestaciones fácticas* (sentido estricto); (2.2) función de *prestaciones normativas* (sentido amplio). Este último subgrupo separase en (2.2.1) función de *protección*; (2.2.2.) función de *participación en la organización y en el procedimiento*. Esclárese el siguiente: esa comprensión no sugiere que determinados derechos fundamentales se encuadran en la primera función, mientras los otros se encajan en las demás, sino que cada derecho fundamental posee, concomitantemente, esas diversas dimensiones, pudiéndose extraer deberes estatales correlatos a cada una de ellas.

La función de *defensa* de los derechos fundamentales ligase a la perspectiva que la doctrina normalmente asocia a los llamados derechos de libertad, o de primera generación o dimensión. Relacionase a la prohibición de interferencia indebida en la esfera particular de su titular, ya sea derivada de acciones del Poder Público, sea de sujetos privados. Impone una conducta omisiva, de abstención del Estado. La dimensión *defensiva* del derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, hace recaer sobre el Estado la interdicción de afectar las manifestaciones de pensamiento de su titular, caso no haya expresa autorización para tanto, prevista en una ley afinada al texto constitucional. Como ella vinculase a una de las primeras funciones reconocidas a los derechos fundamentales, son inúmeros los mecanismos colocados a la disposición de sus titulares por el ordenamiento jurídico para promover la defensa de estos derechos, pudiéndose citar, ilustrativamente, el “*habeas corpus*”¹⁸ y el “*mandado*

16. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 214.

17. al aspecto es resaltado por Ingo Sarlet, al mencionar que “varias de las normas definidoras de derechos fundamentales ejercen simultáneamente dos o más funciones, siendo, en este sentido, inevitable alguna superposición”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 166.

18. Constitución de la República Federativa de Brasil: “Art. 5º. (...) LXVIII – se concederá ‘habeas corpus’ siempre que alguien sufrir o se hallar amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder”.

*de segurança*¹⁹, ambos asegurados en forma de garantías fundamentales por el art. 5° de la Constitución brasileña.

La faceta *prestacional* de los derechos fundamentales revelase en las posiciones jurídicas que imponen al Estado la persecución de determinados objetivos²⁰, exigiéndose la creación de los supuestos fácticos y jurídicos necesarios para el ejercicio de los derechos. El aspecto *prestacional* puede presentarse de variadas formas, conforme a la naturaleza de la prestación exigida por la norma de derecho fundamental. Podrán ser *prestaciones en sentido estricto* (también llamadas de *materiales o fácticas*), englobando a las pretensiones jurídicas del individuo frente al Estado a algo que, si él poseyese medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta satisfactoria, podría obtener también de los particulares²¹, tales como los servicios de educación y salud. El atendimiento de esa función es lo más complicado, sobre todo en función de la dificultad relativa a la escasez de recursos.

Las acciones positivas exigidas por la función de *prestación* podrán, por otra parte, constituir *prestaciones en el sentido amplio*, también comprendidas como *prestaciones normativas*. Son los derechos a la elaboración de normas por el Poder Público, ya sea por Legislativo o por el Ejecutivo²², necesarias a la protección de determinados bienes jurídicos (función de *protección*) o a la creación de organizaciones e procedimientos que auxilien en la promoción y en la protección de los derechos fundamentales (función de *participación en la organización y en el procedimiento*).

La función de *protección* deriva de la propia dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que atribuye a los Poderes Públicos el deber de protegerlos contra acciones de terceros²³. Son diversos los bienes que pueden exigir protección jusfundamental, tales como la salud, la vida, la dignidad y la libertad, y son variadas las formas mediante las cuales el Estado proveerá esa protección (*v.g.*, normas de Derecho Penal, de Derecho Civil, de Derecho Procesal y de Derecho Administrativo)²⁴. Cuanto a la función de *participación en la organización y en el procedimiento*, ella otorga al Estado el deber de emitir normas jurídicas –legislativas y/o administrativas– con el propósito de crear estructuras organizacionales y procedimentales que posibiliten el ejercicio de los derechos fundamentales. Se parte de la premisa de que “la fruición de diversos derechos fundamentales no se revela posible o, al menos, pierde en efectividad, sin

19. Constitución de la República Federativa de Brasil: “Art. 5°. (...) LXIX – se concederá mandado de segurança para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por ‘habeas-corpus’ o ‘habeas-data’, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuere autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público”.

20. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 393.

21. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 443.

22. Sobre la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, ver, por todos: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

23. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 398.

24. Importa señalar la distinción entre la función de defensa y la función de protección de los derechos fundamentales. Mientras a primera impone al Estado el deber de omitir intervenciones, la segunda otorga el encargo de impedir, por medio de prestaciones positivas, a que terceros practiquen intervenciones indebidas. Cf. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 404

que sean colocados a la disposición prestaciones estatales en la esfera organizacional y procedimental”²⁵. Es el caso del derecho fundamental al sufragio universal y al voto directo y secreto: no se puede ejercitar el derecho de votar previsto por el art. 14 de la Constitución brasileña si el Estado no propiciar la previsión normativa de la organización y del procedimiento electoral. Un individuo desprovisto de recursos y acusado en una acción criminal también no tendrá medios eficientes de gozar del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV de la Constitución brasileña) sin la creación, por medio de normas jurídicas, de la estructura organizacional de la Defensoría Pública²⁶, y de instrumentos procesales adecuados a la tutela de su libertad.

Alexy bien ilustra la multifuncionalidad de los derechos fundamentales al ejemplificar con el derecho fundamental al medioambiente ecológicamente equilibrado, que, así como los demás, está formado por un haz de posiciones jurídicas distintas. En esto derecho están incluidos diversos desdoblamientos, tales como: (i) el derecho a que el Estado se abstenga de promover intervenciones atentatorias contra el medioambiente (función de *defensa*); (ii) el derecho a que el Estado proteja a los ciudadanos de intervenciones de terceros que lesionen al ambiente (función de *protección*); (iii) el derecho a que el Estado permita al titular del derecho participar de procedimientos relevantes para el medioambiente (función de *participación en la organización y en el procedimiento*); y (iv) el derecho a que el propio Estado emprenda providencias materiales, dirigidas a la mejora del medioambiente (función de *prestación fáctica*)²⁷.

Los derechos fundamentales, por lo tanto, gozan de esa particularidad. No son derechos simples, a los cuales corresponde apenas un deber respectivo. Son *haces de posiciones jusfundamentales*, es decir, derechos que conceden a sus titulares un conjunto variado de posiciones jurídicas dotadas de tutela reforzada, y que imponen al Poder Público una gama diversificada de obligaciones correlatas a las diferentes funciones ejercidas por cada una de esas posiciones.

Con apoyo en esa característica es que se pretende explicar la sujeción plena dos derechos sociales al régimen jurídico de los derechos fundamentales. Las objeciones manejadas para cuestionar la aplicación inmediata de los llamados derechos sociales, y, por consecuencia, su jusfundamentalidad, derivan de un equívoco elemental. Ellas asocian los derechos de libertad solamente a la función de *defensa*, clasificándolos como “derechos de defensa”, y relacionan los derechos sociales solamente a la función *prestacional*, rotulándolos de “derechos a prestaciones”. Y es justamente en este punto que reside el gran problema: en la mayor parte de las veces, se tiene en cuenta solamente una de las funciones a

25. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia... Op. Cit., p. 196.

26. Constitución de la República Federativa de Brasil: “Art. 134. La Defensoría Pública es institución esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la orientación jurídica y la defensa, en todos los grados, de los necesitados, en la forma del art. 5º, LXXIV. §1º Ley complementaria organizará la Defensoría Pública de la Unión y del Distrito Federal y de los Territorios y prescribirá normas generales para su organización en los Estados, en cargos de carrera, proveídos, en la clase inicial, mediante concurso público de pruebas y títulos, asegurada a sus integrantes la garantía de la inamovilidad y prohibido el ejercicio de la abogacía fuera de las atribuciones institucionales”.

27. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 392.

ellos inherentes, considerándola como si fuera la única y ignorase la evidencia de que los derechos sociales, así como todos los demás derechos fundamentales (inclusive los de libertad), son multifuncionales²⁸. En otras palabras: olvidase la perspectiva de los “derechos fundamentales como un todo”, según la cual cada derecho fundamental representa un haz de posiciones jusfundamentales del cual emanan deberes de respeto (función *defensiva*), de protección (función *protectiva*) y de prestación (función *prestacional*).

El problema no está en los derechos sociales, en sí mismos considerados, sino en los obstáculos a la implementación de las funciones *protectiva* y *prestacional* de los derechos fundamentales en general. Cada una de las funciones ejercidas por un derecho fundamental –o, en otros términos, cada una de las posiciones jurídicas que de él emana– plantea problemas diferentes, a los cuales deben ser dadas soluciones diferentes²⁹. Es errónea, por ello, la imputación de los problemas de aplicación inmediata a los *derechos sociales*, pues en realidad ellos conciernen a las *funciones de prestación* (*fácticas*, de *protección* y de *participación en la organización y en el procedimiento*) que derivan de todo y cualquier derecho fundamental.

No se puede asociar automáticamente derecho de libertad con “derecho de defensa” y derecho social con “derecho a prestaciones”. Es preciso comprenderlos como “derechos fundamentales como un todo”, que invisten a su titular de varias posiciones jurídicas: de *defensa* (contra acciones del Estado), de *protección* (contra intervenciones de terceros, evitadas pelo Estado) e de *prestación* (promoción de acciones materiales por el Estado). El más adecuado es analizar el régimen de cada una de esas funciones de los derechos fundamentales, en lugar de intentar establecer un régimen específico para el bloque de los “derechos de libertad” y otro para el grupo de los “derechos sociales”³⁰.

2.3. La aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales sociales en la perspectiva jurídico-subjetiva frente a las distintas funciones de los derechos

La tarea que se impone, en este momento, es averiguar, o al menos intentar esbozar, cuales son los grados de aplicabilidad inmediata de las diferentes funciones de los derechos fundamentales sociales –ora sintetizadas en *defensa* (deber de *respeto*), *protección* (deber de *protección*) y *prestación* (deber de *promoción*)– ante a la Administración Pública.

La mayor dificultad está en conferir aplicabilidad inmediata a las prestaciones positivas (deberes de *protección* y de *promoción*) necesarias a la satisfacción de derechos fundamentales, sean de libertad o sociales. No se puede negar que hay, efectivamente, diferencias de exigibilidad ante a la Administración cuando se trata de un deber negativo o de un deber positivo. La razón es que, aunque no haya reglamentación le-

28. NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 34.

29. NOVAIS, Jorge Reis. *Idem.*, p. 35.

30. BITTENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 151-152.

gislativa de los contornos de determinado derecho fundamental constitucionalmente previsto, cuando se cuida del *deber de respetar* (función de defensa) no hay grandes controversias cuanto al contenido del derecho: basta que el Estado se omita, que no intervenga. Cuando están involucrados, por otra parte, los *deberes de protección y de promoción*, que demandan prestaciones positivas, tornase más difícil exigirlos administrativamente cuando los delineamientos de su contenido no están trazados previamente por la Constitución o por la legislación³¹. Cual sería, en estos casos, el contenido de los deberes estatales positivos, frente a la ausencia de previa delimitación normativa? Percíbase que no se está acá afirmando que es más difícil requerirse ante a la Administración Pública la satisfacción de un derecho social que de un derecho de libertad, sino las funciones *protectiva y prestacional* de cualquier un de estos derechos fundamentales, si comparadas con la función *defensiva*.

Emerge, en este escenario, la cuestión atinente a la separación de los poderes y al principio democrático. Es plenamente compatible con dichos postulados la exigibilidad de la dimensión negativa de los derechos fundamentales, una vez que no hay dudas de que intervenciones indebidas en el ámbito de estos derechos son prohibidas constitucionalmente. Ocurre, sin embargo, que en relación a la dimensión positiva es, en alguna medida, más cuestionable la aceptación de que el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial puedan realizar elecciones políticas cuanto al contenido, extensión y alcance de estos derechos, los cuales, por la regla general, deberían ser delimitados por el Poder Legislativo en el campo del debate público y democrático, legitimado por la población para la tomada de decisiones políticas. No obstante, esta conclusión no puede llevar a otra, en el sentido de que la mayor dificultad de exigibilidad de las prestaciones positivas implica, necesariamente, la imposibilidad de postulación administrativa de los derechos sociales y su encuadramiento en la categoría de derechos fundamentales, pues, como visto, no hay una correspondencia definitiva entre los derechos sociales y las obligaciones estatales positivas³².

Es preciso reconocer que los derechos de libertad también gozan de exigibilidad más reducida cuando se está en juego su dimensión positiva. Tómese el ejemplo de los derechos a la vida y a la integridad física: nadie cuestionará la posibilidad de postularse administrativa o judicialmente una protección contra eventual amenaza de afectación estatal a estos derechos (deber de *respetar* a la vida y a la integridad física), pero cuando está en cuestión el *deber de protección*, en su dimensión positiva (evitar que terceros violen los derechos referidos), su sindicabilidad tornase cuestionable. Hasta que punto y en qué medida el Estado está obligado a evitar toda y cualquier agresión de terceros a la integridad física de los individuos? Si es cierto, por una parte, que el Poder Público debe disponer de fuerzas policiales para operar medidas preventivas y represivas contra investidas nocivas a la vida y a la integridad física de

31. NOVAIS, Jorge Reis. Idem, p. 127.

32. NOVAIS, Jorge Reis. Idem, p. 129-130.

los particulares, no se puede negar, de otra parte, que hay dudas en relación al local, al momento y a la intensidad precisas de esta actividad³³.

Frente a tales ilaciones, verificase que en materia negativa, cuanto al deber de *respeto* del Estado (no interferencia), hay identidad en la exigibilidad de los derechos de libertad y de los derechos sociales: ella será plena³⁴. La primera conclusión a que se puede llegar, entonces, é que (i) *independientemente de la ausencia de reglamentación infraconstitucional, y por menor que sea la especificación constitucional de su contenido, la función de defensa de los derechos fundamentales sociales es inmediatamente aplicable en un grado máximo*. Si los derechos sociales tienen por objeto la tutela de bienes económicos, sociales y culturales que el individuo podría obtener también de los particulares³⁵, en el caso de él poseer condiciones financieras para adquirirlos y los encuentre disponibles en el mercado estos bienes, al se incorporaren a su patrimonio, se encuentran blindados contra interferencia del Poder Público, que, mismo a la mengua de ley reglamentaria, estará vedado de afectarlos. Prohibiciones impuestas al Estado, tales como la adopción de prácticas y conductas nocivas a la salud de los ciudadanos o la interferencia en la forma de educación particular elegida por el individuo, pueden ser prontamente reivindicadas ante a la propia Administración Pública o al Poder Judicial, en su integralidad.

Obsérvese el problema de se restringir la jufundamentalidad de los derechos sociales al mínimo existencial: este engloba apenas una parcela de aquellos. La adopción de este mínimo como criterio para definir cuales parcelas de los derechos sociales pueden ser protegidas por la vía administrativa o judicial puede llevar a una interpretación equivocada de que, también en el caso de deberes negativos (*respeto*), sólo se puede postular aquello que se limita al mínimo existencial. Con esto, se estaría negando la plenitud eficaz de la función defensiva de la integralidad de los derechos sociales.

El primero punto está resuelto: los deberes de *respeto* (prohibición de intervención estatal) a los derechos fundamentales sociales son totalmente susceptibles de postulación ante a la Administración Pública. Pasase entonces al análisis del grado de aplicabilidad inmediata de los deberes de *protección* (contra actuaciones de otros particulares) y *promoción* (prestaciones fácticas positivas) de estos derechos.

Independientemente de la inexistencia de cualquier ley disciplinadora, es incuestionable la necesidad de inserir en la esfera de aplicabilidad inmediata aquel que hay se tornado el mínimo denominador común de la doctrina brasileira en materia de justiciabilidad de derechos fundamentales sociales: el mínimo existencial. Puntúese, entonces, la segunda conclusión: (ii) *las prestaciones estatales positivas destinadas a la satisfacción de derechos fundamentales sociales que integren el mínimo existencial serán*

33. NOVAIS, Jorge Reis. Idem, p. 129-131.

34. NOVAIS, Jorge Reis. Idem, p. 135.

35. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 443.

siempre exigibles ante a la Administración Pública de forma definitiva, y independientemente de reglamentación legislativa, previsión presupuestaria, disponibilidad financiera o existencia de estructura organizacional del Poder Público para atenderlas. Al mínimo existencial no pueden ser opuestos argumentos en contrario, sujetándolo a la ponderación, tal como se acepta cuando se cuidan de prestaciones que exceden a las condiciones mínimas de existencia digna. Ello enflaquecería el instituto y le retiraría la funcionalidad. La inexistencia de estructura adecuada y condiciones fácticas, por parte del Estado, para efectivarlo, impone su condenación al costeo de servicios privados equivalentes.

El mínimo existencial debe ser considerado un *piso mínimo*, demarcando las prestaciones que el Estado no puede negar en ocasión alguna. Para allá de este mínimo, es aceptable la demanda de parcelas de derechos fundamentales sociales que le extrapolen, siempre que observada una importantísima exigencia: debe ser posible deducir directamente del texto constitucional los contornos de las prestaciones que se pretende postular. No se defiende, por consiguiente, que cualquier pretensión vinculada a un derecho fundamental social pueda ser satisfecha por el juez, como si a él le incumbiese ponderar caso a caso acerca de la razonabilidad del pedido. El criterio propuesto para las parcelas de derechos fundamentales sociales que no están incluidas en el mínimo existencial es: si ya hay normatización de la Constitución sobre el tema, aunque ultrapase los límites del mínimo, esta prestación del derecho fundamental social podrá ser requerida ante al juez por gozar de aplicabilidad inmediata, nota característica del régimen jurídico de los derechos fundamentales.

Como consecuencia, la tercera proposición acerca de la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales sociales es que: (iii) *tratándose de prestaciones estatales positivas en materia de derechos fundamentales sociales, aunque inexistente ley reglamentaria, podrá ser postulado administrativamente o judicialmente el contenido especificado por el texto constitucional, mismo que desborde del mínimo existencial.* Aunque carentes de reglamentación legislativa, los derechos fundamentales sociales disfrutaban de un contenido preestablecido por el constituyente. Y como la posición acá adoptada reconoce la jusfundamentalidad de los derechos sociales para allá del mínimo existencial, se impone la aceptación de exigibilidad de estos derechos no limitada al conjunto de prestaciones que lo integran.

Esta comprensión del contenido jusfundamental de los derechos sociales – dotado de aplicación inmediata – para allá del mínimo existencial no es tarea difícil en Constituciones como la brasilera, generosa en disposiciones que reglamentan estos derechos. Ella adelanta “en la mayor parte de los casos, normas de organización, deberes y posiciones activas que derivan de las disposiciones jusfundamentales”³⁶. En el contexto patrio actual, la Constitución se encuentra rellena de disposiciones nor-

36. BITTENCOURT NETO, Eurico. Op. Cit., p. 146.

mativas que disciplinan el contenido de los derechos fundamentales sociales. A pesar de enunciarlos abstractamente en el art. 6º – “Son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el descanso, la seguridad, la jubilación, la protección de la maternidad y de la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución” –la Ley Fundamental de 1988 retoma la regulación jurídica de los derechos sociales en su Título VIII– “Del Orden Social”.

La salud es tratada por los arts. 196 a 200, y ganó mayor especificación con la Enmienda Constitucional nº 29/2000, que incluyó párrafos e incisos en el art. 198, vinculando ingresos de la Unión, de los Estados y de los Municipios para acciones y servicios públicos de salud. La educación es reglamentada pormenorizadamente en los arts. 205 a 214, contiendo inclusive la concesión de gratuidad del acceso a la educación básica, que envuelve la educación infantil, la enseñanza fundamental y la enseñanza media, reconociéndola como derecho público subjetivo del ciudadano. También hay la previsión de vinculación de ingresos públicos para actividades destinadas a la educación, inserida por la Enmienda Constitucional nº 14/1996.

La especificación constitucional de contenidos ocurre, igualmente, con los derechos a la jubilación social – arts. 201 y 202 y sus diversos párrafos, que establecen, inclusive, los criterios para la garantía de jubilación en el régimen general de los trabajadores de la iniciativa privada– y a la asistencia social (arts. 203 y 204, reconociéndose expresamente en el inciso V del primero la garantía de un salario mínimo de beneficio mensual a la persona portadora de deficiencia y al anciano que comprueben no poseer medios de proveer a la propia manutención o de tenerla proveída por su familia).

Todas esas delimitaciones de los contornos de los derechos fundamentales sociales operadas directamente por la Constitución pueden ser reclamadas ante a la Administración o en juicio, aunque no reglamentadas por ley y mismo si ultrapasaren las prestaciones necesarias para garantizar una existencia mínimamente digna. No es necesario, en estos casos, el “mandado de injunção”³⁷, porque se tratan de decisiones políticas fundamentales emprendidas por el constituyente, que siquiera están en la esfera de disponibilidad del legislador ordinario. Por lo tanto, son también prontamente exigibles.

Cuanto a la exigibilidad *judicial*, la dimensión prestacional de los derechos fundamentales no disciplinados por la legislación solamente será plenamente justiciable por los medios procesales comunes si es posible extraer directamente de la Constitución los trazos que componen su contenido, permitiendo la identificación precisa de las prestaciones específicas que otorgan derechos subjetivos a prestaciones materiales. Un ejemplo es el derecho de los ancianos mayores de 65 años a la gratuidad del transporte colectivo urbano, situado fuera del catálogo de derechos fundamentales (art. 230, §2º, Constitución brasileña), pero a él reconducible por medio de la cláusula de apertura material del art. 5º, §2º de la Constitución brasileña. Aunque no se

37. Así lo entiende: CLÉVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Emerson Gabardo; Daniel Wunder Hachem (Coords.). Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 107.

considere, acá, que esa pretensión jurídica esté incluida en el mínimo existencial³⁸, reputase posible reclamarla jurisdiccionalmente frente a su violación. No se trata de disposición que exige ley ordinaria para ser postulada.

Regístrese que esa tercera asertiva –(iii)– aplicase tanto a los deberes de *promoción* (prestaciones materiales del Estado) cuanto a los deberes de *protección* (contra actos de otros particulares) de los derechos fundamentales sociales. Los derechos de los trabajadores enunciados en los arts. 7º, 8º y 9º de la Constitución pueden ser exigidos judicialmente, obligando el Poder Público a protegerlos contra la acción de los empleadores, en la medida en que estén bien especificados en el texto constitucional, aunque no haya ley reglamentaria. Mismo que la disposición que vehicula el derecho lo condicione a la “forma de la ley”, como es el caso de los incisos I, IV, X, XI, XII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXVII del art. 7º, la previsión de un contenido mínimo del derecho posibilita su reivindicación judicial. Aunque no existiera fijación legal del valor del salario mínimo (art. 7º, IV, Constitución brasileña), por ejemplo, el dispositivo ya establece pormenorizadamente aquello que debe ser abarcado por este valor (atendimiento de las necesidades vitales básicas del trabajador y las de su familia con vivienda, alimentación, educación, salud, descanso, vestuario, higiene, transporte y jubilación social), permitiendo con ello su definición por el juez³⁹. En las hipótesis en que no hay este contenido constitucional mínimo, siendo imprescindible la determinación infraconstitucional del contenido de la prestación a ser exigida de otros particulares (*v.g.*, participación del trabajador en los lucros o resultados de la empresa, conforme definido en ley – art. 7º, XI, Constitución brasileña), será necesaria la impetración de “mandado de injunção” (art. 5º, LXXI, Constitución brasileña)⁴⁰.

Cuanto a los deberes de *promoción* (prestaciones fácticas), en los casos que dependen de conformación legislativa del contenido de la prestación el Poder Judicial no

38. El Supremo Tribunal Federal manifestó entendimiento diverso. A pesar de acá concordarse con el entendimiento de que esa prestación es exigible judicialmente, discordase de la conclusión de la Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha cuando entendió que dicha prestación estaba incluida en el mínimo existencial. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 19.09.2007. DJe-131, divulgado em 25.10.2007, publicado em 26.10.2007.

39. Es la posición de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49-52. El autor va allá, sosteniendo además la posibilidad de revisión judicial del valor, si está fijado en ley y no atienda a todas las necesidades establecidas en el art. 7º, IV de la Constitución brasileña.

40. De acuerdo con dicho dispositivo: “se concederá ‘mandado de injunção’ siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”. En otro trabajo, se sostuvo que ante a la impetración de ese remedio constitucional, compete al Poder Judicial viabilizar el ejercicio del derecho, pudiendo emprestar a la decisión efectos inter partes o erga omnes, conforme a las exigencias concretas de las situaciones de derecho material en juego. La regla general es la atribución de efectos inter partes; sin embargo, siendo difusos o colectivos los derechos en cuestión, se puede conferir efectos erga omnes a la decisión. En esta última hipótesis, “la mejor solución parece ser la siguiente: (a) el juez deberá, liminarmente, crear la solución adecuada a la satisfacción del derecho del titular en el caso concreto; (b) siendo la solución creada satisfactoria a la tutela del derecho, podrá la liminar concedida asumir carácter definitivo; (c) habiendo necesidad de elaboración de norma con alcance más amplio que la solución proveída liminarmente, cabrá al juez la utilización de todos los medios posibles para ampliar el debate acerca de la creación de la norma, promoviendo un diálogo constitucional entre todos los interesados, envolviendo los poderes estatales y la sociedad”. HACHEM, Daniel Wunder. Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 180-181.

podrá tomar las decisiones políticas y realizar las elecciones de prioridades en el manejo de los recursos públicos, pues estas quedarán reservadas al espacio de deliberación pública propio del Poder Legislativo⁴¹. Pero si ya existieren disposiciones infraconstitucionales disciplinando materia análoga, está autorizada, por la vía específica del “mandado de injeção”, la viabilización judicial del ejercicio del derecho fundamental. Ilústrese con el derecho de los servidores públicos a una jubilación especial, con requisitos diferenciados para su concesión, en los casos de actividades de riesgo, prejudiciales a la salud y a la integridad física, o de discapacitados (art. 40, §4º, I, II, III de la Constitución brasileña)⁴². Se deduce de allí la cuarta conclusión: (iv) *si inexistir legislación que discipline al derecho, y si no hay en la Constitución parámetros mínimos para la especificación del contenido del derecho fundamental, la existencia de disciplina infraconstitucional reglamentando materia análoga autoriza la reclamación en juicio por medio del “mandado de injeção”*.

Y como queda la cuestión relativa al contenido de los derechos fundamentales sociales que no se encuentra todavía delimitado por la Constitución, ni puede ser delineado desde una reglamentación infraconstitucional de asuntos análogos? Esta indeterminación tendrá que ser suplantada por el legislador ordinario. Cuando, por cuestiones de igualdad y de seguridad jurídica, el legislador establece los contornos de un determinado derecho fundamental social, especificando su contenido capaz de ser exigido del Poder Público, la problemática de la indeterminación es, al menos, parcialmente resuelta.

A partir del momento en que hay una disciplina normativa en el nivel infraconstitucional determinando el contenido de los derechos fundamentales sociales, ellos se tornan, inclusive, más densos jurídicamente que los propios derechos fundamentales de libertad. Como estos últimos están sujetos a una *reserva general inmanente de ponderación*, debiendo ceder puntualmente, en el caso concreto, cuando colidieren con otros bienes jurídicos fundamentales, al legislador es vedado (o, al menos, no recomendable) fijar criterios legales *a priori* de resolución de esas situaciones de colisión entre derechos fundamentales. Dejase abierto a la Administración y al juez, para que en la situación concreta se interprete, en conformidad con el principio de la proporcionalidad, cual derecho deberá prevalecer. Frente a esa expresiva dependencia de las circunstancias del caso concreto, el legislador acaba por trazar apenas un cuadro abierto, susceptible a la posterior apreciación de la Administración y del Poder Judicial. En el caso de los derechos fundamentales sociales, en cambio, desde el momento en que el legislador, mediante el debate democrático, tomó las decisiones políticas

41. BITTENCOURT NETO, Eurico. Op. Cit., p. 150.

42. Constitución de la Republica Federativa de Brasil: “Art. 40. (...) § 4º Es vedada la adopción de requisitos y criterios diferenciados para la concesión de jubilación a los subordinados al régimen de que trata este artículo, exceptuados, en los términos definidos en leyes complementares, los casos de servidores: I – discapacitados; II – que ejerzan actividades de riesgo; III – cuyas actividades sean ejercidas bajo condiciones especiales que perjudiquen a la salud o la integridad física”.

necesarias para fijar el contenido preciso de las prestaciones estatales correspondientes a la satisfacción de estos derechos, ellos ganan un grado de concreción y densidad mayor que aquél de los derechos fundamentales de libertad⁴³.

Identifícase, en esta línea, la quinta conclusión: (v) *las prestaciones de derechos fundamentales sociales reglamentadas por ley podrán ser plenamente exigidas ante a la Administración Pública y el Poder Judicial, no se les pudiendo oponer, por regla general, los argumentos de la reserva del posible y de la separación de poderes*. Estando disciplinado el derecho fundamental social, no hay más que se argüir reserva legal presupuestaria o principio de la separación de poderes. Esto porque las prestaciones legalmente establecidas ya reflejen las ponderaciones efectuadas por los representantes populares de forma democrática en el espacio adecuado de deliberación pública. Ya fueran seleccionadas las prioridades estatales frente a los recursos financieros recaudados. No cabe, pues, al administrador o al juez emitir nuevos juicios de ponderación, contrariando aquello que ya fue establecido democráticamente por el legislador, excepto, obviamente, que el contenido de la ley ofenda al propio texto constitucional, violando o no otros derechos fundamentales.

Podría alguien afirmar que esta última conclusión nada tiene que ver con la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales, pues basase en la propia legislación, tratándose, antes, de incidencia mediata. Pero de ella se extrae una consecuencia jurídica importante: los ciudadanos que no tuvieron sido contemplados por la legislación, pero estén en situaciones fácticas semejantes, que exijan la misma normatización, podrán reivindicar con supedáneo en la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales la extensión de los efectos de la reglamentación a su caso. El fundamento está en la prohibición de tratamiento discriminatorio. De acuerdo con Clèmerson Merlin Clève, la función de *no discriminación* de los derechos fundamentales ordena que el Estado provea a los individuos de manera igualitaria los bienes y servicios indispensables a su atendimento (con excepción a las discriminaciones positivas, necesarias a proporcionalizar la igualdad material). De ellos deriva la exigencia de que “los servicios sean colocados a la disposición de todos los brasileños (idea de universalidad), implicando para el particular el poder de reivindicar junto al Poder Judicial idéntico tratamiento”⁴⁴.

Así, su hay dos titulares del mismo derecho fundamental social, en supuestos semejantes, y el legislador definió los contornos de este derecho beneficiando solamente a uno de ellos, el otro podrá exigir igual tratamiento con lastro en la incidencia directa de los derechos fundamentales. La asertiva deriva de la comprensión de que la disciplina normativa infraconstitucional integra el contenido del derecho fundamental, siendo también protegida por su régimen jurídico especial. La titularidad del derecho a aquellas prestaciones previstas en el nivel legislativo no es conferida a los ciudadanos por ley (según entendería la corriente que acepta la distinción entre

43. NOVAIS, Jorge Reis. Op. Cit., p. 135.

44. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... Op. Cit., p. 102.

derechos originarios y derechos derivados a prestaciones, estos últimos criados por la legislación): ella les es atribuida a ellos directamente por la Constitución. Así, aunque el ciudadano no esté contemplado por las disposiciones legales –situación en que, para él, habrá todavía falta de norma reglamentaria de su derecho– él podrá exigir aquellas prestaciones estatales cuyo contenido fue legalmente especificado, con lastro en la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales.

Una demostración puede ser verificada a partir del derecho a la revisión general anual del sueldo de los servidores públicos. Según el art. 37, X, de la Constitución brasileña, ellos poseen el derecho de tener su remuneración revisada anualmente, de acuerdo con la fijación del legislador. A pesar de no estar incluido en el Título II de la Constitución, tratase de derecho fundamental, por fuerza del art. 5º, §2º, una vez que detiene carácter alimentario y visa a la protección de la sobrevivencia digna de los trabajadores públicos. Si en una determinada esfera federativa –*v.g.*, municipal– hay la implementación legal de esta revisión, las categorías similares de servidores públicos que no tuvieron recibido del legislador la fijación de su porcentual de revisión podrán, en virtud de la aplicabilidad inmediata del derecho fundamental a una remuneración digna, beneficiarse de esta concesión legislativa (que especifica el contenido de su derecho e integra su esencia) por imposición judicial.

No hay, en dicha situación, cualquier ofensa al principio democrático o de la separación de los poderes, pues los representantes populares, en el espacio de deliberación pública del Legislativo, ya establecieron prioridades en la asignación de los recursos públicos y definieron criterios para la aplicación de aquel determinado derecho fundamental. Y, por fuerza del principio constitucional de la igualdad, no se puede aceptar que ellos, deliberadamente, tengan decidido por excluir los ciudadanos que se encuentran en circunstancias fácticas semejantes. Dicha opción no se encuentra dentro de la margen conferida por la libertad de conformación del legislador, porque desborda de las limitaciones constitucionales a ella impuestas.

3. CUALES SON LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA CONFIGURAR LA RESPONSABILIZACIÓN DEL ESTADO POR OMISIÓN?

Identificadas las prestaciones a las cuales la Administración Pública está obligada a satisfacer en materia de derechos fundamentales sociales, ante a su exigibilidad directa frente al Estado, cumple enfrentar la segunda cuestión llave de esta investigación: qué supuestos son exigidos para que surja el deber del Estado de reparar los daños causado por su omisión en materia de derechos fundamentales sociales?

El análisis de la cuestión reclama un estudio acerca de la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, especialmente de la doctrina de la *faute du service*, pues en el Derecho Administrativo brasileño ha sido, en las últimas décadas, la más utilizada para fundamentar la responsabilización estatal en casos de omisión.

3.1. Una propuesta de relectura de la teoría de la *faute du service*. El carácter objetivo de la responsabilidad por omisión y la irrelevancia de la perquisición de culpa

Tamaña es la conexión entre la teoría de la *faute du service* y la idea de la ineficiencia del Estado pasible de provocar daños al ciudadano que significativa parcela de la más abalizada doctrina brasileña, considerándola como una modalidad de responsabilidad subjetiva, señala su aplicabilidad aun en los días actuales, en los casos de omisión estatal⁴⁵. Sustentan tales autores la posición de que “la responsabilidad por (...) *faute du service* (...) es responsabilidad subjetiva porque basada en la culpa (o dolo)” y “cuando el daño fue posible debido a una omisión del Estado (el servicio no ha funcionado, ha funcionado tardíamente o ineficientemente) es de aplicar la teoría de la responsabilidad subjetiva”⁴⁶.

Parece, sin embargo, haber otra interpretación posible, que se presenta más apropiada. Se pide venia para manifestar discordancia con relación al entendimiento antes mencionado. Las consideraciones tejidas a seguir tienen por objetivo demostrar que la adopción de la responsabilidad subjetiva en el derecho brasileño, en los casos de responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de eficiencia o en las situaciones omisivas (servicio que no ha funcionado o ha funcionado retrasado), no procede por lo menos por cuatro motivos: (a) la teoría de la *faute du service* no remonta a la responsabilidad subjetiva; (b) el criterio para distinguir la responsabilidad *pour faute* (por falta) de la responsabilidad *sans faute* (sin falta) en el derecho francés no es la naturaleza omisiva de la conducta; (c) en Francia se admite hace mucho la hipótesis de responsabilidad objetiva del Estado por omisión; (d) los contornos de la responsabilidad estatal dependen del régimen jurídico-administrativo de cada ordenamiento, y la Constitución brasileña de 1988 impone un sistema de responsabilización objetiva.

a. El primer argumento tendiente a apartarse de la interpretación anteriormente espositada consiste en la imposibilidad de asociar directamente *faute du service* con responsabilidad subjetiva. Antes de todo, importa cuestionar: ¿cuál es el significado de la palabra francesa *faute*?

La doctrina francesa, no raras veces apoyada en la formulación del civilista Marcel Planiol, explica el significado de la noción de *faute* como *un incumplimiento de una obligación preexistente*⁴⁷. Se incurre en falta (*faute*) cuando no se comporta como

45. Sostienen tradicionalmente esa posición, entre otros, algunos de los más ilustres administrativistas paulistas: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 486-487; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 986-989 e 996-1001; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 654-656; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281.

46. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*... Op. Cit., p. 987 e 996-997.

47. CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. t. I. 12. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 1190; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 750.

debería: “cuando la acción u abstención de actuar son conducentes a justificar una reprehensión”⁴⁸. Los autores, al explicar la significación de la expresión, no hacen alusión a las tradicionales modalidades de culpa (negligencia, imprudencia e impericia), sino se refieren al hecho objetivo de inobservancia de un deber jurídicamente impuesto. *Faute du service*, por lo tanto, significa un comportamiento faltoso, violador de una obligación predeterminada por el Derecho positivo. Por esta razón, Jacqueline Morand-Deville sostiene que la locución *faute de service* es mediocre y que sería preferible aludirse a “funcionamiento defectuoso del servicio” (*fonctionnement défectueux du service*) o a la “falta cometida en el ejercicio del servicio” (*faute commise dans l'exercice du service*)⁴⁹.

La gran problemática con relación a la comprensión del sentido de la expresión *faute du service* se sitúa en la doble noción que la locución ostenta en el Derecho Administrativo francés. Laurent Richer, enfrentando de forma detenida la cuestión, explica que la principal noción de *faute* en el Derecho Administrativo francés es la objetiva, anteriormente explanada, que la comprende como el hecho material de incumplimiento de una obligación, desprovisto de preocupaciones con relación a aspectos subjetivos. En sus palabras: “la doctrina (...) considera que la *faute de service* sólo puede ser una noción ‘objetiva’. Según los autores, ningún elemento subjetivo, ninguna referencia a la intención es concebible en materia de *faute de service*”⁵⁰. Por lo tanto, sería posible traducir la palabra al portugués y al español como “falta”, no en el sentido de “ausencia” sino en la acepción de “infracción”, como se emplea comúnmente en el Derecho del Trabajo cuando se refiere a “falta grave” del trabajador.

Esa traducción de *faute du service* entendida como “falta cometida en el ejercicio del servicio” es la más adecuada, una vez que la comprensión de la expresión como “culpa” no resiste a un análisis más profundizado. La referencia que hacen algunos autores franceses al término latino *culpa* (*in eligendo* e *in vigilando*) no permite decir que *faute* signifique culpa. Tómese como ejemplo Marcel Waline. Inicialmente, el autor atesta la incorrección de la expresión *responsabilité pour faute*, prefiriendo la terminología *responsabilité conditionnée par une faute*, por entender que “una persona jurídica no es jamás responsable de su propia *faute*. Es uno de sus agentes o representantes que hayan cometido la *faute*, y es ella que condiciona la responsabilidad de la persona jurídica”⁵¹. Además, el autor alude a las hipótesis de culpa *in vigilando* e *in eligendo* del Derecho civil, considerándolas como exigencias absurdas.

En la redacción de Waline, se queda claro que la acepción de la palabra *faute* no puede ser “culpa”, bajo pena de admitirse la insensata hipótesis de que líneas antes

48. CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*... Op. Cit., p. 1190.

49. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*... Op. Cit., p. 756.

50. Traducción libre. En el original: “la doctrine (...) considère que de *faute de service* ne peut être qu'une notion « objective ». Selon les auteurs, aucun élément subjectif, aucune référence à l'intention n'est concevable en matière de *faute de service*”. RICHER, Laurent. *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: Economica, 1978, p. 6 e 88.

51. WALINE, Marcel. *Traité de Droit Administratif*. 8. ed. Paris: Sirey, 1959. p. 707.

tendría el autor afirmado que fue uno de los agentes públicos que “cometió la culpa”. En el mismo sentido, otros autores como René Chapus y Michel Paillet utilizan la expresión “cometer una *faute*”⁵² o “*faute cometida*”⁵³. Añádase a eso el hecho de que algunos autores hacen alusión a “*agents (...) coupables d’une faute*”⁵⁴. ¿Cuál sería entonces la traducción de la locución? “agentes culpables por una culpa”? Por supuesto que no: el sensato sería traducirla para “agentes culpables por una falta”.

No se puede negar, sin embargo, que la jurisprudencia francesa utiliza, a veces, otra noción de *faute*, reputada como “marginal” por Laurent Richer⁵⁵. Cuidase de las hipótesis en que se tiene en cuenta la intención de causar daños y la voluntad de cometer un acto ilícito. En algunas situaciones – y no todas, destáquese – la jurisprudencia francesa requería la presencia de la noción culpable de *faute* para que la responsabilidad restase configurada. La tendencia, no obstante, fue en el sentido de cada vez más apartarse de tal exigencia. Es solamente en este caso eventual, marginal, que según el autor “*la faute du service est une «culpa»*”⁵⁶. En sus conclusiones, el jurista afirma que todavía somos asombrados por la vieja concepción punitiva de responsabilidad, como si la Administración pudiera ser culpable (*coupable*) y pudiera ser punida. Para él, tal noción utilizada por la jurisprudencia sólo podría ser defendida si toda *faute de service* suscitara una sanción disciplinar o una responsabilidad personal para el agente, que no es el caso⁵⁷.

Así, no hace sentido intentar imputar culpa a la Administración, sino tan solamente perquirir el incumplimiento objetivo de un deber de actuar. Miguel S. Marienhoff, en profundizada monografía acerca del tema específico de la responsabilidad estatal por omisión, recuerda que la abstención sancionable, que da lugar a la responsabilidad, es aquella que deriva del incumplimiento de un determinado deber jurídico. Si la especie de responsabilidad bajo examen lleva en cuenta esencialmente el incumplimiento de la obligación por parte del Estado, se prescinde de la idea de culpa y se tiene, por consiguiente, una responsabilidad de naturaleza objetiva⁵⁸. Es también esa la posición de Romeu Felipe Bacellar Filho, que incluye la falta de servicio en la modalidad objetiva de responsabilización, pues “ante el deber de eficiencia impuesto al Poder Público, se prescinde de cualquier perquisición de culpa, aunque especial.”⁵⁹

La Administración no tiene voluntad o conciencia, quien la tiene es el agente. Y si la *faute du service* independe de la individualización del agente, no se puede exigir la

52. Traducción libre. En el original: “commettre de faute” CHAPUS, René. Droit Administratif Général... Op. Cit., p. 1189.

53. Traducción libre. En el original: “faute commise”. PAILLET, Michel. La faute du service public en droit administratif français. Paris: LGDJ, 1980. p. 35.

54. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Cours de Droit Administratif... Op. Cit., p. 755.

55. RICHER, Laurent. La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d’État... Op. Cit., p. 88.

56. RICHER, Laurent. La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d’État... Op. Cit., p. 4.

57. RICHER, Laurent. La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d’État... Op. Cit., p. 171.

58. MARIENHOFF, Miguel S. Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 67.

59. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública - aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: Juares Freitas (Org.). Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 308.

perquisición de “culpa” de la máquina estatal, sino el cometimiento de una conducta contraria al jurídicamente exigido.

Conforme explican Georges Vedel y Pierre Devolvé, la *faute du service* consiste en la falta imputable a uno o más agentes públicos, que no puede ser separada del ejercicio de la función pública, es decir, no puede ser atribuida con exclusividad a la persona del agente. Los autores señalan, con marcada énfasis, que:

Contrariamente a lo que escriben algunas veces, la faute de service no se caracteriza por su carácter impersonal y anónimo. Como la Administración no tiene existencia física, sus faltas son siempre faltas de los individuos y es tan solamente por una operación jurídica que les imputa al servicio. En cuanto al carácter pretensamente anónimo de la faute de service, él no es necesario. Hay faltas de servicios, cuyos autores son desconocidos, y otros cuyos autores son conocidos. La verdad es que, en los casos de falta de servicio, la víctima puede volverse en contra de la administración sin tener que nombrar nominativamente el agente que cometió la falta y cuya personalidad no importa cuando él no fuera accionado personalmente⁶⁰.

En este exacto sentido, Marcel Waline aclara que en materia de responsabilidad estatal, no se puede tener en cuenta la personalidad de la entidad pública, ya que esa actúa siempre, necesariamente, por intermedio de un agente humano. La persona jurídica no posee, metafísicamente, voluntad propia. En realidad, es la voluntad de los agentes públicos que es imputada a la persona jurídica, de manera que siempre será uno o más agentes que practicaron la conducta que se imputa a la persona estatal. Cuando se dice que el Estado cometió una falta, fue, de hecho, uno de sus agentes que la cometió. “En consecuencia”, concluye el administrativista francés, “no hay responsabilidad de la persona administrativa decurrente de hechos personales, tampoco de su falta, porque una persona jurídica no comete faltas; son las personas físicas que la representan que cometen las faltas.”⁶¹ Es también este el entendimiento de René Chapus, según el cual “una persona jurídica (que es una abstracción) no podría ni querer, ni actuar, ni cometer una falta.”⁶²

En efecto, tales consideraciones ya habían sido tejidas por Léon Duguit en 1913. De acuerdo con este jurista francés, en la doctrina tradicional del Derecho privado la noción de responsabilidad implica siempre la idea de *faute*, asumiendo la existencia de una persona con una voluntad consciente. Si hay la violación consciente de una regla, recae sobre el titular de la voluntad la responsabilidad. Sin embargo, el administrativista señalaba, incluso en aquella época, que la “responsabilidad del Estado

60. VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. Droit Administratif. t. 1. 12. ed. Paris: PUF, 1992, p. 581.

61. Traducción libre. En el original: “Par conséquent, il n’y a pas de responsabilité de la personne administrative de son fait personnel, ni de sa faute; car une personne morale ne commet pas de faute; ce sont les personnes physiques qui la représentent, qui commettent les fautes”. WALINE, Marcel. Traité de Droit Administratif... Op. Cit., p. 648.

62. Traducción libre. En el original: “une personne morale (qui est une abstraction) ne saurait ni vouloir, ni agir, ni commettre de faute”. CHAPUS, René. Droit Administratif Général... Op. Cit., p. 1189.

no está vinculada de forma alguna a la idea de culpa”, de suerte que la referencia a la *faute* del Estado y de los servicios públicos sólo se explica por la influencia de las ideas civilistas⁶³.

Adoptando tal raciocinio, tornase sin sentido hablar de “culpa de la Administración” o “culpa del servicio”. Sólo se pueden incurrir en culpa o dolo personas físicas, dotadas de subjetividad, ya que ambos son elementos subjetivos. Si en los casos de *faute du service* no se perquire quien fue el agente responsable de la práctica de los daños, es incomprensible pretender evaluar si hubo culpa o dolo de la persona jurídica. Muy bien. Si de acuerdo con esa teoría el análisis de la conducta del agente es prescindible para configurar la responsabilidad del Estado hacia la víctima (si bien que es necesario para permitir la posterior acción de regreso de la Administración frente el agente), también será desnecesario el examen de la negligencia, imprudencia o impericia del representante del Estado responsable por el daño. Y excluyéndose del análisis la conducta del agente, se queda imposible evaluar la “culpa” de la Administración.

Por lo tanto, la *faute du service* puede ser entendida – y en este sentido, como se ve, la gran mayoría de la propia bibliografía francesa, nativa del lugar donde nació esta teoría – como *todo incumplimiento de obligaciones del servicio*. Ella puede consistir, como subrayan expresamente Georges Vedel y Pierre Devolvé, tanto en una acción como en una abstención⁶⁴. Teniendo en cuenta tales afirmaciones, extraídas de la propia bibliografía francesa, ¿cómo sería posible sostener que la teoría del *faute du service* se debe aplicar apenas en los casos de omisión, y que ella requiere la comprobación de culpa de la Administración?

b. Un segundo y sustancioso factor que demuestra la impropiedad de referirse a la teoría de la *faute du service* en los casos de omisión estatal en el Derecho brasileño – y, se atreve a decir, en el Derecho argentino – está en el hecho de que este no es el criterio empleado en Francia para diferenciar las hipótesis de responsabilidad *pour faute* (por falta) y de responsabilidad *sans faute* (sin falta). La teoría de la *faute du service* no fue elaborada para aplicarse a las hipótesis de comportamiento omisivo. Ella tiene otro objeto: identificar las hipótesis en que la Administración debe ser compelida a indemnizar el ciudadano, sola (cuando no haya falta personal, que sea posible separar de la propia actividad administrativa) o en solidaridad con el agente (en los casos de acumulación entre *faute de service* y *faute personnelle*).

La sistemática francesa de la responsabilidad civil del Estado, es menester subrayar, no se funda en la dicotomía responsabilidad subjetiva *vs.* responsabilidad objetiva. Una investigación atenta de las diversas obras que tratan específicamente del tema revela tal conclusión de manera inequívoca. La gran cuestión sobre la cual se funda

63. DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 231. La palabra *faute* fue traducida por “culpa” por el autor estar se refiriendo a la noción civilista de *faute*, esta sí conectada a la idea de culpa.

64. VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif...* Op. Cit., p. 581.

tal sistemática reside en la necesidad o no de la ocurrencia de una *falta* (y no “culpa”), comprendida como el incumplimiento de una obligación jurídica. Las confusiones acerca de la teoría francesa de la responsabilidad estatal reposan sobre el equivocado intento de promoverse una lectura del ordenamiento francés con las lentes de otros sistemas jurídicos. Como la tradición local en el tema de la responsabilidad, en el caso del ordenamiento brasileño, se basa en el binomio responsabilidad subjetiva *vs.* responsabilidad objetiva, tornase muchas veces difícil desvincularse de este paradigma basado en la necesidad o no de culpa, para comprender adecuadamente la noción de *faute* del Derecho francés. No se puede por lo tanto asociar automáticamente *responsabilité pour faute* a la responsabilidad subjetiva, mucho menos restringirla a los casos de omisión, a pesar de la *responsabilité sans faute* ser siempre una responsabilidad objetiva.

La afirmación es de fácil comprobación. En los varios ejemplos de responsabilidad estatal por *faute du service*, los autores no hacen mención alguna a las ideas de negligencia, imprudencia e impericia. Mírese el caso citado por Richer, de inobservancia del principio de la adaptabilidad (o mutabilidad) del servicio público: si un hospital público debe proporcionar al enfermo cuidados en conformidad con los recursos tecnológicos actuales de la ciencia, al causarle un daño por tener dejado de adaptar sus equipos dentro de un plazo razonable estaría cometiendo una *faute*. Referencia alguna es hecha a la necesidad de comprobación de negligencia o imprudencia del Estado⁶⁵.

Si la teoría de la *faute du service* se aplica tanto para conductas comisivas cuanto a las omisivas⁶⁶, ¿por qué razón sería justificable su aplicación, en el Derecho brasileño, apenas en las omisivas? Si la teoría debe ser aplicada cuando el servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó retrasado, ¿por qué en Brasil se debería emplearla apenas en los dos últimos casos (que configuran hipótesis de omisión)?⁶⁷ Las tres situaciones revelan el incumplimiento al mismo deber de actuar: el principio de eficiencia. Así que, la consecuencia jurídica de ese incumplimiento debe ser la misma, sometiendo el Estado a un régimen uniforme de responsabilidad.

Por lo tanto, en el Derecho francés hay diversas situaciones que están sujetas al régimen de responsabilidad objetiva (*sans faute*), independientemente de tener derivado de acción u omisión. O sea, *el criterio para distinguir responsabilidad subjetiva y objetiva en el Derecho francés, no es, seguramente, el hecho del daño tener advenido de acción u omisión del Estado*. Lo que se lleva en cuenta para diferenciar el régimen de responsabilidad del Estado –subjetivo u objetivo– es la naturaleza de la actividad, y no el exceso o inoperancia de la Administración.

65. RICHER, Laurent. La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État... Op. Cit., p. 37.

66. Esto lo afirman: WALINE, Marcel. Traité de Droit Administratif... Op. Cit., p. 741 y VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. Droit Administratif... Op. Cit., p. 581.

67. Es lo que sostiene la corriente de la responsabilidad subjetiva, como da noticia DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo... Op. Cit., p. 654.

c. Otro argumento parece ser decisivo para suplantar completamente la exigencia de comprobación de culpa en los casos de omisión: *tanto la doctrina cuanto jurisprudencia francesas reconocen expresamente la existencia de hipótesis de responsabilidad objetiva del Estado por omisión*. En el capítulo destinado a la *responsabilité sans faute* con fundamento en la teoría de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas sociales, Georges Vedel y Pierre Devolvé ofrecen como ejemplo los casos de “abstención no faltosa” (*abstención non fautive*) de la Administración⁶⁸. El argumento también se aplica a los que traducen *faute* por “culpa”: en el Derecho francés se admite la responsabilidad del Estado por “abstención no culposa”.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado, reclama referencia el caso *Couitéas* (*Conseil d'Etat*, 30 de noviembre de 1923). El señor Couitéas había comprado un terreno en Túnez sobre el cual estaban instaladas tribus indígenas, y para lograr la inmisión en la posesión consiguió una decisión judicial determinando la expulsión de las familias. En la oportunidad, la Administración utilizó su prerrogativa de negar auxilio policial a la ejecución de una decisión judicial en razón del riesgo de perturbar el orden público y el interés de la colectividad. Aunque la omisión tradujera el ejercicio de una prerrogativa amparada por el ordenamiento jurídico, desprovéda de carácter faltoso o culposo, el Estado fue condenado a indemnizar el titular del título ejecutivo, por haber él soportado un sacrificio demasiado pesado en razón del interés público⁶⁹.

Muy bien, *si el propio Derecho francés, tanto en el ámbito doctrinario cuanto en el jurisprudencial, admite explícitamente la responsabilidad objetiva del Estado por omisión, ¿cual sería la justificativa para negar tal posibilidad en el Derecho brasileño, utilizando paradójicamente una teoría francesa?*

d. Aún que se opte por aplicar la construcción teórica francesa, no se puede olvidar que el propio *arrêt Blanco*, al determinar que la responsabilidad del Estado debería regirse por sus propios principios, distintos de aquellos previstas en el Código Civil, afirmó de forma contundente que: (i) esa responsabilidad “no es ni general, tampoco absoluta” –por lo tanto no puede olvidarse de las especificidades de cada Estado, cultura, historia y ordenamiento jurídico, aplicándose igualmente a todos los países y momentos históricos⁷⁰, (ii) tal responsabilidad está sometida a “reglas especiales que varían conforme las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”– luego, las reglas que orientan el sistema de responsabilidad se sujetan al régimen jurídico administrativo, debiendo conciliar las prerrogativas estatales y los derechos de los ciudadanos, tal como estatuidos por el Derecho positivo.

68. VEDEL, Georges ; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif...* Op. Cit., p. 491.

69. LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 253.

70. La relatividad del régimen de responsabilidad del Estado es acentuada por Waline: WALINE, Marcel. *Traité de Droit Administratif...* Op. Cit., p. 709.

Por lo tanto, sólo se puede pretender la recepción, en Brasil o en Argentina, de las teorías de la responsabilidad civil desarrolladas en Francia caso haya compatibilidad con sus respectivos regímenes jurídicos. Y, por lo menos en caso brasileño, es justamente otra teoría –también aplicada en el Derecho francés– que se acomoda más adecuadamente al conjunto de principios y reglas que rigen la Administración Pública patria. Siendo así, importa aclarar algunos aspectos de la llamada responsabilidad *sans faute* en Francia, que pueden iluminar la construcción de una nueva comprensión de la responsabilidad objetiva del Estado en el Derecho brasileño, por acción u omisión, adaptada a su realidad normativa.

La reluctancia de parcela de la doctrina en reconocer a la responsabilidad por omisión como una hipótesis de responsabilidad objetiva se deriva del hecho de que, en el Derecho brasileño, es habitual hacer mención únicamente a la *teoría del riesgo* para explicar la responsabilidad objetiva, olvidándose de otra hipótesis largamente difundida en el Derecho francés, más recientemente: la *teoría* (o *principio*) de la *igualdad de los ciudadanos ante los encargos públicos*. En general, los cursos y manuales contemporáneos subdividen la *responsabilité sans faute* en estos dos fundamentos: (i) *teoría del riesgo*, aplicable a las situaciones en que la Administración desarrolla, en nombre del interés general, actividades de riesgo excepcional, o (ii) *teoría de la igualdad de los ciudadanos ante los encargos públicos*, según la cual, si una actividad administrativa que es efectuada para beneficiar a todos ocasionar daños particulares sobre determinados individuos, el equilibrio normal se interrumpe y el principio de la igualdad resta herido, de suerte que tal antijuridicidad debe ser reparada⁷¹.

También distintamente de lo que se sostiene por veces en Brasil, el alcance de la *teoría del riesgo* es más restricta en el Derecho francés. Solamente las actividades que envuelven efectivamente un riesgo excepcional disfrutará del régimen de responsabilidad objetiva con fulcro en la *teoría del riesgo*, tales como: daños causados a terceros por cuenta de trabajos públicos; bienes y métodos peligrosos y riesgo de vecindad; riesgo en la colaboración ocasional con el servicio público; riesgos profesionales⁷². A su vez, la *teoría de la igualdad de los ciudadanos ante los encargos públicos* es igualmente limitada a determinadas hipótesis, tales como: responsabilidad decurrente de actos legislativos, de convenios internacionales, reglamentos y de decisiones administrativas regulares⁷³. Esta teoría, que en la mayor parte de las veces recibe referencias en el Derecho brasileño como el fundamento de la responsabilidad civil del Estado, consubstancia en el Derecho francés una teoría autónoma de la responsabilidad objetiva del Poder Público, distinta de la *teoría del riesgo*.

El principio de igualdad de los ciudadanos ante los encargos sociales es reconocido incluso sin disposición expresa, por consistir en despliegue del principio general

71. VEDEL, Georges ; DEVOLVÉ, Pierre. Droit Administratif... Op. Cit., p. 579.

72. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Cours de Droit Administratif... Op. Cit., p. 764-772.

73. CHAPUS, René. Droit Administratif Général... Op. Cit., p. 1255-1270.

de igualdad. Para Jacqueline Morand-Deville, los principios fundamentales de la equidad y de la solidaridad inspiran el régimen de la responsabilidad objetiva: si es preciso aceptar que el buen funcionamiento de los servicios públicos y la utilización de las prerrogativas del Poder Público imponen a los ciudadanos ciertas cargas, aunque la Administración no practique ninguna falta, sería desigual que los ciudadanos lesionados no pudieran postular la reparación⁷⁴. En Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello, aunque no extraiga del principio las mismas consecuencias que aquí se pretende, reconócelo como fundamento de la responsabilidad estatal, direccionado a garantizar una distribución equitativa de los encargos oriundos de actos o efectos dañinos, evitando que algunos soporten perjuicios causados por comportamientos practicados en el interés de todos⁷⁵.

Esta parece ser la mejor teoría para fundamentar la opción del constituyente brasileño en la generalidad de los casos (si adoptada una concepción mucho más amplia de que la presente en el Derecho francés)⁷⁶; el principio de la igualdad en la distribución de los encargos sociales –con relación al cual no para cualquier duda en la doctrina francesa cuanto a su encuadramiento en las hipótesis de responsabilidad objetiva (*sans faute*). La opción por esta teoría, y no por la teoría del riesgo, se explica porque ni toda actividad estatal presupone asunción efectiva de riesgos. No se puede poner al mismo nivel el desarrollo de actividades nucleares (artículo 21, XXII, “c” de la Constitución Brasileña)⁷⁷ con la emisión de decretos reglamentares, aunque ambas las situaciones puedan dar lugar a responsabilización objetiva del Estado, si de tales actos derivaren daños específicos a los ciudadanos. Ambos son casos de responsabilidad objetiva por acción; sin embargo, en aquél efectivamente se aplica la teoría del riesgo; en ese, la teoría de la igualdad ante los encargos sociales.

En la omisión, el fundamento debe también ser el principio de igualdad. Si la Constitución brasileña de 1988 previó en sus principios fundamentales, los objetivos de “construir una sociedad libre, justa y solidaria” (artículo 3º, I) y “reducir las desigualdades sociales” (artículo 3º, III), significa que vigoran en el ápice del ordenamiento jurídico patrio, de forma inequívoca, los principios de equidad y solidaridad. Por lo tanto, si la responsabilidad civil del Estado debe ser interpretada a la luz del régimen jurídico-administrativo⁷⁸ y “en la exacta medida entre los derechos

74. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Cours de Droit Administratif... Op. Cit., p. 765.

75. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo... Op. Cit., p. 991.

76. Para René Chapus, el principio de la igualdad ante los encargos sociales no constituye ni el fundamento de la responsabilidad civil del Estado en general, tampoco de la responsabilidad objetiva genéricamente considerada. El basa tan solamente las hipótesis en que el ciudadano se ve obligado a soportar una carga particular en nombre del interés público (intérêt général). CHAPUS, René. Droit Administratif Général... Op. Cit., p. 1253.

77. Constitución de la República Federativa de Brasil: “Art. 21. Compete a la Unión: (...) XXII – explotar los servicios e instalaciones nucleares de cualquier naturaleza y ejercer el monopolio estatal sobre la investigación, la extracción, el enriquecimiento, el reprocesamiento, la industrialización y el comercio de minerales nucleares y sus derivados, cumpliendo los siguientes principios y condiciones: (...) c) la responsabilidad civil por daños nucleares no depende de la existencia de culpa”.

78. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Interesse Público, nº 6, Porto Alegre: Notadez, abr./jun. 2000, p. 15.

del Estado y los derechos del administrado” (*arrêt Blanco*), tanto en los casos de acción como en los casos de omisión se impone la adopción del sistema de responsabilidad objetiva.

Si el ciudadano pierde un riñón por cuenta de la ausencia de una vacante en un hospital público, ¿por qué razón él tendrá que probar la culpa del Estado? ¿Y si no hubiera la culpa? ¿Y si el intendente de la Municipalidad y el gobernador de la Provincia hubieren puesto en práctica toda la receta destinada a la salud, cumpliendo rigurosamente las leyes presupuestarias? No hay culpa en cualquiera de sus modalidades (negligencia, imprudencia o impericia), mientras que hay el incumplimiento al principio constitucional de la eficiencia administrativa (el servicio público de salud no funcionó). En este caso, ¿no se verifica una situación de menoscabo al principio de la igualdad ante los encargos públicos? ¿Por qué razón este único ciudadano debe soportar por sí solo la carga de la falta de servicio público, sin que haya una socialización de la reparación de los perjuicios por él experimentados?

Por otra parte, el artículo 37, § 6º de la Constitución Brasileña, que traduce el fundamento normativo de la responsabilidad civil del Estado en Brasil, no hace cualquier distinción entre comportamientos omisivos y comisivos: “Las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en esa calidad, causen a terceros, asegurado el derecho de regreso contra el responsable en los casos de dolo o culpa”. De este comando se infiere un régimen uniforme de responsabilización, sea para excesos, sea para inoperancias de la Administración. Esta es la interpretación de Romeu Felipe Bacellar Filho, que en estudio específico sobre el tema, afirma: “si la Constitución Federal, en su superior posición, adopta la responsabilización objetiva, no hay como desconsiderar el mandamiento constitucional, incluso en la hipótesis de omisión”⁷⁹.

El texto constitucional exige la comprobación de dolo o culpa tan solamente en el caso de la acción regresiva del Estado ante al agente. Pero en la relación víctima-Estado, la responsabilidad objetiva es medida que se impone.

Tales cuestiones reclaman la determinación, precisamente, de cuáles son los elementos necesarios para configurar responsabilidad objetiva del Estado por omisión.

3.2. Supuestos configuradores de la responsabilidad objetiva del Estado por omisión y la prescindibilidad de la “posibilidad material de actuar”

De la inmersión emprendida en las diversas teorías acerca de la responsabilidad civil del Estado, especialmente aquellas desarrolladas en Francia, fue posible inferir que en el ordenamiento jurídico brasileño el Estado se encuentra sometido a una sistemática homogénea de responsabilización decurrente del comportamiento ineficiente, sea comisivo (mal funcionamiento) u omisivo (no funciona o funciona tardíamente):

79. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidad civil del Estado por omisión. Revista argentina del régimen de la administración pública, v. 326, Buenos Aires: RAP, 2006, p. 52.

la responsabilidad objetiva. Dicho esto, es esencial en este momento verificar cuales son los elementos que componen ese mecanismo de apuración de la responsabilidad extraído del sistema jurídico.

Hay tres requisitos necesarios para que pueda configurar la responsabilidad por la violación del principio de la eficiencia: (a) *incumplimiento de un deber jurídico concreto de actuar (omisión) o cumplimiento precario (acción) por parte del Estado o de quien le represente*; (b) *ocurrencia de daño al ciudadano*; (c) *nexo de causalidad entre el comportamiento estatal y el perjuicio sufrido*.

(a) *incumplimiento de un deber jurídico concreto de actuar (omisión) o cumplimiento precario (acción) por parte del Estado o de quien le represente*:

Un comportamiento ineficiente podrá ser comisivo u omisivo. Si la acción practicada es diferente de aquella prevista legalmente, habrá entonces el incumplimiento comisivo de la norma, no omisivo. Conforme observa Emerson Gabardo: “La acción ineficiente no implica la existencia de la necesaria inercia característica de la omisión. Ni todo acto ineficiente es realizado por omisión. Y tampoco toda abstención de cumplimiento del deber es caso de ineficiencia”⁸⁰.

El Estado será ineficiente cuando su comportamiento fuera: (i) *omiso*, por incumplir un deber de actuar encomendado a la Administración Pública; (ii) *moroso*, por no respetar el deber de celeridad; (iii) *exageradamente formalista*, por obstaculizar una actuación ágil y fluida, marcada por la sencillez y objetividad; (iv) *perdulario*, por ignorar el deber optimización de los recursos para el alcance de los mejores resultados; (v) *improductivo*, por violar el deber de realización de los objetivos previstos por la ley para el efectivo logro del interés público⁸¹. En la primera hipótesis, se trata de omisión, mientras que en las otras la ineficiencia constituirá una acción. Por acción u omisión, la conducta ineficiente resulta en responsabilidad objetiva.

En cuanto a los daños causados por la acción, este primer elemento – (a) el comportamiento ineficiente – restará configurado cuando el Estado (o quien le represente) deje de atender a alguno de los despliegues del principio de la eficiencia administrativa⁸². Tratándose de omisión, es necesario que haya el incumplimiento de un deber específico, concreto, impuesto por el ordenamiento jurídico al Estado.

La doctrina española comúnmente afirma que para configurarse una *omisión jurídicamente relevante*, se necesitan dos elementos: (i) un material – la constatación, en el mundo de los hechos, de una situación de pasividad o inercia de la Administra-

80. GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: Luciano Ferraz; Fabrício Motta (Orgs.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 284-285.

81. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 283.

82. Sobre el contenido jurídico del principio de eficiencia administrativa, previsto en el art. 37, caput de la Constitución brasileña de 1988, ver, por todos: GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

ción; y (ii) un formal – la infracción de un deber legal o constitucional de actuar, que hace antijurídica la omisión material⁸³. Si no hay deber legal o constitucional de actuar (elemento formal), no hay omisión y por consiguiente no hay responsabilidad. Esto ocurre no porque de la conducta omisiva no puedan surgir efectos jurídicos de forma directa, sino porque en este caso la omisión es irrelevante bajo el punto de vista del Derecho.

Cabe señalar que ni siempre la omisión se configurará como un incumplimiento del deber de impedir una acción externa⁸⁴. Como subraya Weida Zancaner: “puede la omisión llegar a ser causa eficiente del daño”⁸⁵. Hay casos en que el deber de acción es distinto del deber de impedir acto de tercero o facto exterior. Es el caso, ejemplificado por Emerson Gabardo, de omisión del Estado en cumplir un orden constitucional específico, como la obligación de realizar la revisión general anual de los empleados públicos (artículo 37, X de la Constitución Brasileña⁸⁶)⁸⁷. El propio incumplimiento del ente en promulgar la ley revisando la remuneración de los empleados públicos se configura como la causa dañina, ocasionadora de un perjuicio indemnizable. Lo mismo ocurre con relación al deber de prestación de servicios públicos para la realización del derecho fundamental a la educación, por ejemplo (artículo 6º y 205 de la Constitución Brasileña⁸⁸): la ausencia de la prestación del servicio por inexistencia de vacante en escuela pública constituye, por sí mismo, la omisión causante del daño. Por lo tanto, para configurarse una omisión apta a originar un daño indemnizable no es necesario que se trate del incumplimiento de un deber estatal de impedir un evento externo.

(b) ocurrencia de daño al ciudadano:

Para que se configure el deber de indemnizar, es necesario que el ciudadano sufra un daño concreto, de naturaleza material o moral. En materia de responsabilidad pública por acción, es irrelevante la licitud o ilicitud de la conducta estatal. Lo que pasa es que cuando se trata de omisión, como dicho anteriormente, ella será jurídicamente relevante solamente en las hipótesis en que la inactividad estatal configure un incumplimiento de un deber jurídico. Por ello, tratándose de omisión, aunque no se

83. PUENTE, Marcos Gómez. La inactividad de la Administración. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 62.

84. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso ... Op. cit., p. 997.

85. ZANCANER, Weida. Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 62.

86. Constitución de la República Federativa de Brasil: “Art. 37. La Administración Pública, directa, indirecta o institucional de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, y también a lo siguiente: (...) X – la remuneración dos servidores públicos y el sueldo de que trata el § 4º del art. 39 solamente podrán ser fijados o alterados por ley específica, observada la iniciativa privativa en cada caso, asegurada la revisión general anual, siempre en la misma fecha e sin distinción de índices”.

87. GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: Luciano Ferraz; Fabrício Motta (Orgs.). Direito Público Moderno. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 280.

88. Constitución de la República Federativa de Brasil: “Art. 6º. Son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el descanso, la seguridad, la jubilación, la protección de la maternidad y de la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución”. Constitución de la República Federativa de Brasil: “Art. 205. La educación, derecho de todos y deber del Estado y de la familia, será promovida e incentivada con la colaboración de la sociedad, visando al pleno desenvolvimiento de la persona, su preparo para el ejercicio de la ciudadanía y su calificación para el trabajo”.

exija la ocurrencia de negligencia, imprudencia o impericia, será esencial la antijuridicidad de la inercia para dar lugar a la responsabilidad.

Sin embargo, la sola contrariedad de la omisión al Derecho no es suficiente para originar el deber de indemnizar. Además de la ilicitud o inconstitucionalidad de la conducta, el ciudadano hay que comprobar la existencia de un daño concreto, específico, por él sufrido.

(c) *nexo de causalidad entre el comportamiento estatal y el perjuicio sufrido*:

Además de los dos supuestos antes mencionados, es menester la comprobación de que el daño experimentado fue una consecuencia de la conducta estatal. Por ejemplo, la falencia de una empresa que había requerido la renovación de una licencia ambiental para explorar una actividad económica, sin tener su pedido apreciado y deferido por la Administración dentro del plazo legalmente establecido, puede ser demostrada como un efecto directo de la abstención estatal, cuando la imposibilidad de seguir explorando su actividad, originada pela no resolución de su requerimiento administrativo, impedir los adimplementos de sus obligaciones con acreedores.

En este punto, tal vez, resida la principal causa de la disputa teórica respecto de la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad civil del Estado: hay, muchas veces, una confusión de la doctrina entre dos categorías jurídicas distintas: el *nexo de causalidad* y la *culpa*. Cuando se dice, por ejemplo, que en razón del supuesto carácter subjetivo de la responsabilidad por omisión el Estado no tiene el deber de indemnizar el ciudadano que sufrió un accidente causado por un evento irresistible de la naturaleza, pues aunque se haya omitido él no tenía el deber de evitar el daño, lo que en verdad se está afirmando es que *no había nexo causal entre la abstención y el perjuicio*. La causa eficiente del daño fue el factor externo y no la omisión estatal, porque no existía el deber jurídico de evitarlo. La razón de la no configuración de responsabilidad en este caso *no es la ausencia de culpa, sino la inexistencia de nexo de causalidad*.

Hay que separarse, como en general se hace en el Derecho Penal, los planos de la antijuridicidad y de la culpabilidad. El primer se refiere a la contrariedad de la conducta al ordenamiento jurídico. El segundo consiste en la reprobabilidad del comportamiento, por exigirse conducta diversa. Tratándose de responsabilidad civil del Estado por omisión, es necesaria la ocurrencia de *antijuridicidad* – contrariedad al sistema normativo – pero es irrelevante jurídicamente la *culpabilidad* – existencia de comportamiento reproable. Un ejemplo específico sobre el tema de los derechos fundamentales sociales puede ilustrar lo que se está afirmando.

En Brasil la Constitución asegura a los servidores públicos el derecho a la huelga, en el art. 37, VII⁸⁹. Aunque fuera necesaria su reglamentación legislativa, que hasta

89. Constitución de la República Federativa de Brasil: "Art. 37. La Administración Pública, directa, indirecta o institucional de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, y también a lo siguiente: (...) VII – el derecho a la huelga será ejercido en los términos y límites definidos en ley específica".

ahora no fue promulgada, el Supremo Tribunal Federal definió los límites para su ejercicio, con carácter general y abstracto, en algunos fallos, que disciplinan la materia mientras la ley específica no esté aprobada. Pero la misma Constitución garantiza a los ciudadanos el derecho a un servicio público adecuado (art. 175, párrafo único, IV⁹⁰). En los casos que los servidores de un hospital público estuvieren ejerciendo su derecho a la huelga dentro de las especificaciones trazadas por la Corte Suprema, y que se produzcan daños a la salud de determinados ciudadanos porque no había médicos suficientes para atenderlos – estáquese: aunque el límite exigido de permanencia de servidores sea cumplido– ¿habrá el deber de indemnizar?

Si adoptada la teoría subjetiva, la respuesta sería no: no hubo culpa de la Administración, pues los servidores públicos estaban ejerciendo regularmente un derecho constitucional. No hubo negligencia, imprudencia o impericia. Si adoptada la teoría objetiva, defendida en este estudio, se contestaría a la cuestión de manera afirmativa: habrá responsabilidad, una vez que, no obstante la inexistencia de *culpabilidad* –exigibilidad de conducta diversa– hubo *antijuridicidad* –incumplimiento del deber de prestar un servicio público adecuado. Y, además, se ocasionó un perjuicio derivado de la omisión estatal, configurando el *nexo causal*. La antijuridicidad no está en el ejercicio del derecho a la huelga, sino en la ausencia de prestación eficiente del servicio público de salud. Existe, en este caso, un *nexo de causalidad* entre el mencionado incumplimiento de la Constitución y el daño a la salud de los ciudadanos afectados por la violación de la Ley Fundamental.

Afuera los tres requisitos –(a), (b) e (c)– ya referidos, la doctrina, especialmente en España y Argentina, tiene la costumbre de añadir un cuarto supuesto para la configuración de la responsabilidad en los casos de omisión: (d) *la posibilidad material de actuar*⁹¹. Para esta corriente, el Estado debe gozar de las condiciones necesarias –financieras, jurídicas, fácticas– para cumplir adecuadamente con el deber emanado del sistema normativo; de lo contrario, no podrá ser responsabilizado.

La inclusión de este requisito como necesario a la configuración de la responsabilidad significa retomar el elemento “culpa”, encarando el régimen de responsabilización como subjetivo. Esto porque, caso el Estado no tenga podido actuar, no tuvo culpa con relación al daño, y luego estaría justificada la exoneración de su deber de reparar el daño. En esta línea, se estaría aceptando la “reserva del posible”⁹² como causa exonerativa de las obligaciones del Estado: el deber de actuar sólo se impondría cuando las condiciones financieras y fácticas permitieren la actuación del Estado.

90. Constitución de la República Federativa de Brasil: “Art. 175. Incumbe al Poder Público, en la forma de la ley, directamente o bajo régimen de concesión o permisión, siempre a través de licitación, la prestación de servicios públicos. Párrafo único. La ley dispondrá sobre: (...) IV - la obligación de mantener servicio adecuado.”

91. PUENTE, Marcos Gómez. La inactividad de la Administración. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 107; SALOMONI, Jorge Luis. La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina. In: Juez Freitas (Org.). Responsabilidad Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119.

92. Sobre el tema, ver PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre o constitucionalismo e democracia. 277 fls. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

Aceptar este supuesto importaría admitir la responsabilidad subjetiva, ya que objetivar la responsabilidad implica tornar irrelevante la existencia de culpa o dolo, o sea, es desconsiderar si hay negligencia, impericia o imprudencia en la conducta. Y tener en cuenta la posibilidad material de actuar significa analizar si, en el caso de omisión, hubo negligencia (si el Estado podría haber actuado y no actuó, fue negligente).

No se puede concordar con tal exigencia, sea como requisito para configurar la responsabilidad del Estado en casos de omisión, sea para utilizarlo como excluyente de la responsabilidad, como parece ser la posición de Juarez Freitas⁹³ y Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁴. Con el respeto debido a los ilustres doctrinadores, el entendimiento no merece concordancia, pues parece acoger la “reserva del posible”, como obstáculo a la efectución de los derechos fundamentales. Siguiendo este raciocinio, se concluiría que los derechos fundamentales deben ser realizados por el Poder Público en la medida del financieramente posible, de suerte que, si no hubiere recursos disponibles, se justifica la violación de dichos derechos por omisión estatal. Es decir: el Estado sólo estaría obligado a atender las imposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales si eso no comprometera demasiado los cofres públicos.

La idea resultaría en admitir, por ejemplo, que los hospitales públicos no están sujetos al atendimento del derecho fundamental a la salud – ignorando la literalidad de los artículos 6º y 195 de la Constitución brasileña – cuando la demanda es excesiva, ni reparar los daños decurrentes de esta omisión. Se olvida, por lo tanto, del deber de diligencia en la realización optimizada y maximizada de los comandos constitucionales, desdoblamiento inequívoco del principio constitucional de la eficiencia administrativa⁹⁵. Así, hay que concordar con Romeu Felipe Bacellar Filho, para quien la “reserva del posible” no puede encontrar acogida en el ordenamiento jurídico brasileño, siquiera como excluyente o atenuante de la responsabilidad civil del Estado en los casos de omisión⁹⁶.

Comprender de forma diversa conduciría a la negación del carácter normativo del principio constitucional de la eficiencia administrativa, lo cual impone al Estado la obligación de realizar fielmente el interés público plasmado el Derecho positivo, mayormente en lo que toca a la efectivación de los derechos fundamentales⁹⁷. La materialización de dichos derechos a través de la actividad administrativa retrata exigencia no solamente del principio de la eficiencia (artículo 37, *caput*, de la Constitución

93. FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: Juarez Freitas (Org.). Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 178.

94. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo... Op. Cit., p. 655.

95. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Orgs.). Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 255-256.

96. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 243.

97. Conferir: FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 12, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 142-165.

brasileña), sino también de la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales, en virtud del artículo 5º, § 1º de la Constitución⁹⁸. Este dispositivo, combinado con el principio de eficiencia, tiene el propósito de obligar a la Administración Pública a promover con la máxima presteza los servicios necesarios para satisfacer las necesidades más esenciales del ciudadano, imprescindibles para la concretización del principio fundamento de la República Federativa de Brasil: la dignidad de la persona humana (artículo 1º, III, CF)⁹⁹.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. Responsabilidad civil del Estado por omisión. *Revista argentina del régimen de la administración pública*, v. 326, Buenos Aires: RAP, 2006.
- _____. Responsabilidade civil da Administração Pública - aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: Juarez Freitas (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. *Interesse Público*, nº 6, Porto Alegre: Notadez, abr./jun. 2000.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 811.608/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, DJ 04.06.2007.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6.564/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23.05.1996, DJ 17.06.1996.
- _____. *Supremo Tribunal Federal*, Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental nº 175, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076, divulgado em 29.04.2010, publicado em 30.04.2010.
- _____. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 19.09.2007, DJe-131, divulgado em 25.10.2007, publicado em 26.10.2007.

98. Constitución de la República Federativa de Brasil: "Art. 5º. (...) §1º. Las normas definidoras de derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata".

99. Sobre el tema, ver: HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 34, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 59-71.

- _____ *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Petição nº 1246, Presidente Ministro Sepúlveda Pertence, Decisão Proferida pelo Ministro Celso de Mello, julgado em 31.01.1997, publicado em DJ 13.02.1997.
- BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Mandado de Segurança nº 220/98, Rel. Del. Antonio Lindberg Montenegro, julgado em 17. 12.1998.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. t. I. 12. ed. Paris: Montchrestien, 1998.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____ *Aktividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 12, Belo Horizonte: Fórum, p. 142-165. 2003.
- FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: Juarez Freitas (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____ Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: Luciano Ferraz; Fabrício Motta (Orgs.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 34, Belo Horizonte: Fórum, p. 59-71, 2008.
- _____ *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actividad "omissiva" en el ámbito del derecho público*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.
- MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____ *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____ *Princípios gerais de direito administrativo*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NUNES, António Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PAILLET, Michel. *La faute du service public en droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1980.

- PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre o constitucionalismo e democracia*. 277 fls. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.
- PUENTE, Marcos Gómez. *La inactividad de la Administración*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002.
- R7. *Após ser atropelada, mulher de 27 anos morre à espera de vaga em hospital no Rio*. 07.07.2011. Disponible en el sitio: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/jovem-morre-esperando-vaga-em-hospital-no-rio-20110707.html>>. Acceso en 17.05.2012.
- RICHER, Laurent. *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: Économica, 1978.
- SALOMONI, Jorge Luis. La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina. In: Juarez Freitas (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; Daniel Sarmiento (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Rio de Janeiro, p. 349-374, 2003.
- _____. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: António Avelãs Nunes; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. t. 1. 12. ed. Paris: PUF, 1992.
- WALINE, Marcel. *Traité de Droit Administratif*. 8. ed. Paris: Sirey, 1959.
- ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- ZERO HORA. *Idoso morre em Viamão à espera de leito em UTI*. 17.09.2011. Disponible en el sitio: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2011/09/idoso-morre-em-viamao-a-espera-de-leito-em-uti-3491937.html>>. Acceso en 17.05.2012.

LA BUENA MARCHA DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS¹

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

Sumario: 1. Advertencia preliminar. 2. Control social en términos ciudadanos 3. Control social y administraciones públicas. 3.a. El derecho colectivo a la buena marcha de los asuntos públicos. 3.b La consulta ciudadana. 3.c. La igualdad. 3.d. La utilización de la palabra y su incidencia en el ámbito del control social. 4. De jueces y ciudadanos. 5. Reflexiones finales.

1. ADVERTENCIA PREELIMINAR

En general al tiempo de tematizarse aspectos vinculados al control de las administraciones públicas se realiza un abordaje principalmente orgánico; desde tal enfoque luego se desdobra su tratamiento según la posición que asume quien controla y su controlado –externo, interno– o bien ya según el momento en que el mismo se produce –previo, concomitante, posterior–. También se habla de controles extrapoderes para indicar la actividad de control ubicada fuera de los poderes en la división clásica de estos. En los últimos tiempos el rol del ciudadano actuando por sí o mediante organizaciones no gubernamentales se ha venido a sumar al escenario del control en forma intensa y activa.

1. El presente trabajo pero bajo el título El control social, ha sido también publicado por RAP Año XXXIV-403.

Por ello es que creemos que actualmente el enfoque del tema del control debe ser tratado en términos más amplios transformándose en una categoría conceptual que comprenda a la mirada orgánica del control, pero que claramente no se agota allí. Por el contrario ese control de tipo orgánico es una especie más dentro de otras tantas que integran el género mayor que ahora nosotros creemos conveniente indicar bajo el nombre de *control social* con los alcances que intentaremos describir.

La denominación que hemos elegido pretende reflejar en parte la evolución que en estos últimos tiempos ha adquirido el rol del ciudadano en el control de la “cosa pública” incorporado ya como un actor principalísimo en el escenario del control. Ello no es más que una consecuencia natural de: a) entender a la participación ciudadana como una exteriorización continua de un sistema democrático que no se agota en la participación esporádica en cada elección y b) enfatizar en los sistemas democráticos el deber de las autoridades públicas de responder por sus actos ante el electorado bajo diversas formas y no sólo por el sistema de responsabilidades tradicional.

Por otra parte, sostener el activo rol constitucional² del ciudadano en nuestros modernos tiempos implica que el diseño de las instituciones debe reflejar el impacto que de esa presencia fuerte del ciudadano se genera en las mismas, especialmente ante la irrupción de los derechos fundamentales en los ámbitos orgánicos del poder.

El control es una de esas categorías que debemos redefinir en un contexto constitucional y social actual diverso. También como idea de involucrar nuevos actores que optimicen los sistemas de control ante la insuficiencia – cuando no ineficacia -, de una multiplicidad de procedimientos y organismos de control que tradicionalmente se crean.

La transparencia pública, obtener bajos índices de corrupción, participar en el armado de políticas públicas que promuevan salirse de los altos índices de inequidad existentes, son acciones y valores que se integran dentro de un derecho fundamental que posee el ciudadano a exigirle a esas administraciones un buen gobierno de los asuntos públicos. En este sentido mirar al control estrictamente desde la visión orgánica del mismo es en nuestro criterio insuficiente en el moderno constitucionalismo.

2. CONTROL SOCIAL EN TÉRMINOS CIUDADANOS

Como adelantábamos nuestra conceptualización de la actividad del control que se estudia de ordinario en los programas de nuestras universidades debe tener por estos tiempos un alcance mayor que exhiba el impacto real de un modelo constitucional, convencional y social de derecho tal como se ha adoptado en Argentina.

2. Siempre en nuestros trabajos con mayor o menos nitidez intentamos reflejar en el derecho administrativo los paradigmas constitucionales propios de nuestros nuevos tiempos. Sobre el marco general posible del nuevo orden de discusión en temas constitucionales, nos permitimos sugerir la lectura de los libros CARBONELL, MIGUEL-JARAMILLO GARCÍA, - Leonardo, El canon neoconstitucional Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010; Ricardo LORENZETTI en su Teoría de la decisión judicial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

Como es sabido, parte del contexto en el cual hoy se pueden explicar las instituciones administrativas es dentro del constitucionalismo moderno encargado de discutir los alcances de la fuerte sujeción que de la actividad de los poderes del estado se pregona a la constitución. Estos son constitucionales antes que legales, tanto en términos de diseño de los mismos como de competencias. De tal forma los poderes deberían responder en su estructuración a un *patrón* constitucional determinado para que, posteriormente, la ley que los organiza responda a los estándares de un modelo de estado que ha sido previamente determinado por el acuerdo social –contrato social consumado en lo procesos constituyentes. En tal sentido, por ejemplo, sería imposible pensar en un sistema constitucional de gobierno republicano la existencia de una ley que consagre parcelas de irresponsabilidad estatal y/o de sus funcionarios –en términos civiles, penales y políticos– ya que el deber de asumir las consecuencias por los actos de gobierno es consustancial a un sistema republicano de organizar ese gobierno. O también lo sería que un derecho consagrado en la constitución carezca de protección efectiva alguna por ausencia de norma que regule la pertinente garantía de protección. En este caso tanto el sistema constitucional mismo como la propia base antropológica sobre la cual se construye el moderno constitucionalismo –el hombre y su dignidad– no permiten la indefensión de un derecho constitucional bajo la excusa de la inexistencia de ley que regule un procedimiento efectivo –garantías– para la vigencia y contenido mismo de un derecho constitucional³.

Volviendo al control, nosotros intentamos una formulación que tanto en su enunciación como en su contenido exhiba la dimensión integrada, orgánica y ciudadana del control y creemos que llamarlo *control social* al capítulo que trata sobre las distintas formas y mecanismos del control de las administraciones públicas, nos permite acercarnos suficientemente a tal idea bajo los alcances que ahora desarrollaremos.

¿Por qué, entonces, social?

Creemos que esta es la nota más fuerte del moderno sistema constitucional donde las dimensiones individuales, pluriindividuales y colectivas⁴ del hombre se manifiestan en el escenario de la actividad estatal y no estatal de una sociedad determinada. Es la participación ciudadana en sentido amplio la que aparece como una emergente importante desde el nuevo constitucionalismo y que impacta seriamente en el diseño de las políticas públicas, de la formulación orgánica del poder, de las competencias estatales y que fiscaliza también aquellas actividades privadas que por su relevancia adquieren una dimensión social o pública.

3. En el derecho argentino se ha construido una regla consolidada en materia de derechos formulada por la CSJN bajo los siguientes alcances: "...Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)." – CSJN, 24.02.2009 Halabi, Ernesto c/Poder Ejecutivo Nacional – ley 25.873 – dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986.

4. Sobre el tema se puede consultar la obra Justicia Colectiva, LORENZETTI, Ricardo Luis, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

3. CONTROL SOCIAL Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

3.a. El derecho colectivo a la buena marcha de los asuntos públicos

Mientras que en la Europa comunitaria tal derecho se ha incorporado formalmente bajo la idea de exigir efectivamente una *buena administración*⁵, en nuestro sistema la tutela administrativa efectiva contiene, según así lo entendemos, al derecho de todo ciudadano de reclamar eficazmente *la buena marcha de los asuntos públicos*. Se trata del derecho que posee el ciudadano y la comunidad a exigir de sus administraciones de gobierno el tratamiento de los asuntos bajo determinadas condiciones⁶. De no respetarse estas se infraccionaría el artículo 8vo del Pacto de San José de Costa Rica que recoge a la garantía de la tutela administrativa efectiva de entre otras garantías y derechos convencionales.

Sobre el tema y hace tiempo ya hemos dado respuesta afirmativa ante el interrogante de si el elenco de garantías judiciales previstas por dicho artículo 8vo del indicado instrumento internacional es de aplicación al ámbito de las administraciones públicas⁷. También hemos indicado cómo se integran en tal artículo las nociones de tutela judicial y tutela administrativa ambas efectivas. Participamos de la idea de que al menos el procedimiento sancionador debe desplegarse bajo determinados parámetros legales que le permitan presentarse como válidos⁸. Decimos *al menos* ya que ello se desprende sin dudas algunas de la jurisprudencia constante y evolutiva de la Corte IDH y porque creemos que la aplicación de tales garantías a todo el procedimiento administrativo es obligatoria en tanto éste culmine con la determinación de un derecho u obligación al ciudadano⁹.

Pero ese ha sido un primer paso en nuestra elaboración. Ahora tal argumentación nos permite inferir que el concepto de la tutela administrativa efectiva expresa

5. Así lo ha admitido expresamente el Tribunal Supremo Español (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) en su sentencia de fecha 15.10.2010 al sostener: "...El deber de motivación de las Administraciones Públicas se engarza en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480), proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".
6. Entre ellas podemos destacar que la decisión administrativa debe ser producto de una autoridad independiente e imparcial, emitida en un plazo razonable, bajo la debida motivación que es exigida en términos de la Corte IDH.
7. Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos, Abeledo Perrot, Bs.As., 2009 - con la colaboración de Juan Justo -.
8. Se puede consultar sobre el tema IVANEGA, Miriam M., Procedimiento administrativo: Las dimensiones del principio de verdad material, LL 14.12.2010, 1.
9. La tutela administrativa efectiva es una garantía aplicable al sistema interno argentino según así lo ha explicado la CSJN al sostener que esta "supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia -a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (...) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión- fundada" (CSJN, Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - Decreto N° 310/98 s/ amparo Ley N° 16.986 del 14/10/2004). Ello es una consecuencia directa del criterio adoptado por la Corte IDH en el caso Baena Ricardo y Otros v. Panamá, sentencia del 02/02/2001.

también al de la buena marcha de los asuntos administrativos y que este es un derecho que se proyecta tanto en el plano individual como colectivo de los derechos de todo hombre. El fundamento normativo lo constituye el propio artículo 8vo del Pacto de San José de Costa Rica, entendido bajo la interpretación general y evolutiva de la protección progresiva de la dignidad del hombre en sus diversos aspectos y alcances.

Nuestro razonamiento nos permite indicar a tal derecho como una herramienta fundamental en el desarrollo de toda la temática del control social de las administraciones públicas. El elenco de garantías que componen el artículo 8vo del Pacto de San José de Costa Rica nos viene a brindar la herramienta procedimental administrativa y judicial que permite promover y proteger el derecho que posee todo ciudadano a obtener de sus gobernantes el despacho de los asuntos públicos bajo los parámetros de una buena administración. Se permite así el control de los temas ordinarios de las administraciones como aquellos otros que usualmente se encontraban atrapados por “preconceptos” que pretendían indicar “zonas” de falta de control o de imposible acceso por parte del ciudadano: Las políticas públicas, su establecimiento, su diseño y contenido, la planificación estatal de las mismas, son aspectos que hoy bien pueden ser controlados efectivamente por el ciudadano a través de este derecho al buen funcionamiento de sus administraciones públicas.

Sin dudas es un derecho trascendental pero no solo en su faz individual del ciudadano, ya que sus efectos terminan impactando globalmente en una mayor y mejor calidad de nuestras administraciones públicas. Es que tal derecho exhibe como contratara en las competencias públicas el deber de las administraciones a organizarse bajo la idea de una administración abierta, permeable a las opiniones de la ciudadanía en general y de acceso sencillo. Se abandona definitivamente la mirada oscura, hacia adentro de la organización administrativa para ser ésta una extensión de los intereses ciudadanos en su versión social que no es más que el interés público o bien común de la sociedad. Es un instrumento eficaz que le permite a las administraciones lograr políticas públicas y decisiones administrativas que sean emergentes de ciertos niveles de permeabilidad previa por parte de la ciudadanía sobre las mismas.

3.b La consulta ciudadana

Tales permeabilidades presuponen en muchos casos procedimientos previos. Estos en general son utilizados por las administraciones para posteriormente adoptar una decisión. Las consultas, opiniones o dictámenes requeridos en forma previa, pueden tener, como es sabido, el carácter de obligatorios u optativos. Ello refiere tanto a la exigencia de cumplirlos efectivamente o no, como también al carácter consultivo u obligatorio de los resultados que se obtienen. El derecho administrativo se ha encargado de construir junto a la jurisprudencia distintas variables sobre estos aspectos procedimentales. Algunas veces el incumpli-

miento de los procedimientos previos transforma en nulas de nulidad absoluta las posteriores actuaciones; en otros, en cambio, son pasibles de ser subsanados posteriormente restándosele así importancia al requerimiento previo de las opiniones, dictámenes e informes¹⁰.

Pero el tema que aquí nos ocupa va por otro camino: creemos que se trata de adecuar los mecanismos de las tomas de decisiones públicas a la *efectiva* –lo recalcamos– participación ciudadana. La impresión del *parecer* del ciudadano –en términos individuales o colectivos– posiblemente afectado por una decisión que se adoptará adquiere relevancia mayor en el moderno constitucionalismo ya que su opinión se transforma en instrumental de la decisión que se pretende adoptar.

Permeabilizar la decisión administrativa de la opinión ciudadana es al menos un intento más por lograr legitimar en términos constitucionales la decisión de la autoridad. Se trata de buscar dinamismo al moderno constitucionalismo, en donde el ciudadano aparezca en el nivel de los poderes como el centro real de éstos y no tan solo como una figuración teórica o intermitente vinculada al acto eleccionario.

El problema, como nos imaginamos, es discutir bajo qué términos y con qué diseño institucional logramos mayores niveles de permeabilidad ciudadana en las decisiones administrativas. Y, en segundo término, discutir qué nivel de permeabilidad es exigido según sea el objeto sobre el cual recae la decisión administrativa.

Nos atrevemos a sostener que cuanto mayor sea la afectación de un derecho fundamental mayor será, pues, la obligación de trasladar efectiva y eficazmente la *opinión* del ciudadano en la decisión que se pretende adoptar. Esta parecería ser la fórmula del moderno constitucionalismo que nos *empuja* a concluir como regla general la exigencia de la opinión previa como condición para la futura toma de decisión.

Este es un primer paso, en nuestro criterio, aceptar que en determinados supuestos la regla es la obligatoriedad de instrumentar la consulta previa. Un segundo paso será luego, entonces, detectar cuáles son esos casos o la tipología de los mismos en que se requiere obligatoriamente esa consulta previa. Son temas bien complejos que se presentan con diversas aristas al tiempo de intentar fijar algunas reglas básicas.

Un tema que hoy tiene altos niveles de tensiones en nuestra Latinoamérica parece ser la consulta previa a los pueblos originarios a raíz del Convenio de la OIT Nro 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Se discute, por ejemplo, en Argentina, el alcance en términos de fuentes del sistema constitucional argentino de tal convenio así como el carácter obligatorio o no de tal requerimiento. Surgen entonces interrogantes respecto a tal consulta: ¿Es obligatoriamente previa?, ¿Es determinante la opinión allí vertida para la toma de decisión? ¿Cómo se estructura un

10. No podemos dejar de insistir que en determinados supuestos es imposible validar posteriormente un acto administrativo que no ha sido emitido en base a los procedimientos previos fijados por la ley, como una consecuencia del efecto expansivo de las normas constitucionales de los derechos fundamentales dentro del derecho administrativo, especialmente en aquellos de tipo sancionatorios.

sistema indígena realmente representativo de todos los miembros de las diversas comunidades al tiempo de efectuar la consulta? Son algunas de entre tantas otras preguntas que parecen desprenderse¹¹.

Es interesante estar atentos al resultado que pueda tener un caso pendiente de decisión por la Corte Federal Argentina. En los autos *Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo* se ha dispuesto en fecha 27.12.2011 fijar una audiencia a realizarse en el mes de marzo de 2012 con la presencia de las comunidades demandantes y la máxima autoridad administrativa de dicha provincia Argentina.

El caso se presenta como relevante especialmente por sus futuras proyecciones en el sistema interno argentino, ya que justamente las comunidades indígenas pretenden por la vida judicial *tutelar* sus derechos a la identidad y a la consulta respecto del proceso de explotación de litio y borato sobre un recurso natural¹²- se trata, según explican los actores, de salinas que constituyen un ecosistema único ubicados en sus territorios y que alegan poseer desde tiempos inmemoriales-, de forma tal que puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de dichos recursos ubicados en sus territorios. La falta de la consulta a la comunidad antes de otorgar permisos y autorizaciones para explotar la minería es el agravio central que esgrimen los actores.

Creemos que deberemos aguardar los resultados de tal audiencia y la posterior decisión que en definitiva la Corte Federal adopte sobre el tema ya que seguramente nos brindará pautas sobre a) la ubicación del convenio internacional referido dentro del esquema de fuentes del derecho argentino, y b) las condiciones bajo las cuales será obligatorio solicitar el pedido de opinión previa a las comunidades indígenas afectadas por adoptar determinadas decisiones administrativas.

La resolución del caso será en el contexto del nuevo paradigma constitucional que impone dentro de sus nuevos valores al de la interculturalidad, en respeto de la ya tradicional garantía de la igualdad. En términos modernos la búsqueda de una mayor y efectiva participación ciudadana nos permite lograr mayores niveles de igualdad en su dimensión actual.

3.c. La igualdad

En palabras de la Corte IDH¹³, “el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y

11. La Corte IDH en los últimos tiempos ha dedicado especial atención a la problemática aborigen en nuestra Latinoamérica ante situaciones de vulnerabilidad en que se encontraba dicha población. Es muy rica y bien variada la jurisprudencia sentada sobre el tema por la Corte IDH que bien vale la pena recomendar su lectura ya que desde allí se pueden extraer las reglas que rigen en la materia. Ver entre otros casos de la Corte IDH: Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay - 24.08.2010- y Chitay Nech y otros vs. Guatemala - 25.05.2010 - .

12. Conforme se indica en el fallo y en el propio dictamen de la Procuración General de la Nación, este último de fecha 15.03.2011.

13. Corte IDH, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit.

desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el denominado *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.”

La igualdad aparece como una garantía fundamental en el sistema de derechos obligando ello a diseñar las competencias públicas previo reconocer la diversidad social. Cabe recordar que las funciones estatales deben tener por fin asegurar los máximos niveles de igualdad en el goce y disfrute de los derechos fundamentales. Las administraciones deben garantizar los derechos bajo el principio de igualdad y no discriminación. Ello coloca al aparato estatal en la posición de tener que “...adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”¹⁴.

Permitir la participación individual o colectiva del ciudadano previamente a la fijación de las políticas públicas de desarrollo o de progreso de los sectores vulnerables, al tiempo que genera mayores niveles de equidad provoca que quienes tienen menores posibilidades efectivas de *ser tradicionalmente escuchados* sean partícipes directos de las políticas que se instrumentan tendientes a lograr su propia movilidad social.

¿Pueden hoy, en términos reales, incidir directamente en la marcha de los asuntos de las administraciones quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad? ¿Tienen capacidad suficiente y real para intervenir en los expedientes administrativos? ¿Se los ha escuchado? ¿Sería necesario dotar a las administraciones de una instancia que pueda representar los intereses y derechos de aquellos cuya voz no llega a los despachos oficiales? ¿Deberíamos diseñar una institución que titularice la defensa de los derechos de los sectores más relegados de nuestra sociedad? ¿Cabría pensar en la creación del instituto de la Defensa Oficial para Asuntos Administrativos o de la Buena Administración?

Debemos forzar nuestros niveles de análisis críticos para escapar de moldes tradicionales que brindan miradas uniformes a las regulaciones administrativas. Las diferencias propias de una sociedad culturalmente diversa habrán de ser los puntos de apoyo sobre los cuales estructuraremos nuevas herramientas procedimentales administrativas. No puede aparecer la administración con indiferencia frente a la diversidad de las personas que ejercen sus derechos. No debiera ser la misma regulación jurídica administrativa la que recibe una persona en situación de vulnerabilidad o especial protección constitucional que aquella que atiende un asunto de un ciudadano que no se encuentra en tales situaciones jurídicas. En las primeras, la administración deberá desplegar acciones de tipo positivas mientras que frente a los demás quizás bastará con el ejercicio regular de sus potestades.

14. Corte IDH, caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, cit.

Similares apreciaciones corresponden a instituciones tradicionales que estudiara el derecho administrativo. El dominio público y privado y la relación que las administraciones pueden generar con el ciudadano propietario tampoco pueden ser estudiados bajo principios uniformes. Por sólo citar el caso de las comunidades indígenas, estas poseen un concepto de dominio y territorio muy distinto al sentido de propiedad individual que fuera gestada en el constitucionalismo liberal. Existe un abordaje cultural colectivo de la tierra¹⁵ que impone a las administraciones un comportamiento totalmente diverso al observado en otros tiempos.

Como hemos dicho en otras oportunidades, necesitamos un nuevo modelo de administraciones públicas en el nuevo orden constitucional: sus competencias prioritariamente deberían estar enderezadas a lograr la concreción igualitaria de la dignidad del hombre y su libertad tanto en perspectiva individual como social.

En este contexto es que creemos que dotar al ciudadano común de un derecho como lo es el que le asiste a la *buena administración de sus asuntos* sea quizás el camino más directo y práctico de cristalizar la efectiva participación y control ciudadano en los asuntos públicos. Y justamente porque centramos la atención en los sectores de mayor vulnerabilidad es que creemos importante resaltar el plano colectivo de tal derecho y no tan solo el individual.

3.d. La utilización de la palabra y su incidencia en el ámbito del control social

Controlar presupone saber, conocer, entender; también implica la posibilidad cierta y real de incidir e influir en las actividades públicas de forma tal que la voluntad ciudadana integre la decisión estatal. El lenguaje que utiliza *la autoridad* o la modalidad del discurso oficial no es inofensivo frente al derecho de la participación ciudadana.

Cierto es que el ciudadano exige de sus administraciones, de sus parlamentos y de sus jueces la posibilidad de participar en forma efectiva de los asuntos públicos y de ejercer el control ciudadano. Para ello es importante que el discurso estatal emplee un lenguaje que permita conocer y saber aquello sobre lo cual se quiere participar o controlar. En otras palabras, un acceso directo, sencillo y real a los actos de las autoridades públicas por parte del ciudadano. Se trata de democratizar el uso de la palabra para que el ciudadano pueda entender de que se trata, pueda pedir, argumentar, controlar en definitiva al *poder*. La utilización de términos encriptados, complejos, el lenguaje oscuro e inescrutable que puedan integrar el discurso estatal sólo agravaba las distancias entre el poder y los ciudadanos.

15. Ver Corte IDH, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásex v. Paraguay, cit.

4. DE JUECES Y CIUDADANOS

Los distintos autores del derecho administrativo han desarrollado intensa y suficientemente la teoría general del control y en especial los alcances de la actividad que desarrollan los distintos órganos y organismos que llevan adelante tales tareas. Tanto en sus tratados, obras especiales y artículos en revistas especializadas, la doctrina publicista argentina se ha encargado del tema. Ellos¹⁶ han contribuido a crear conciencia institucional de la necesidad del control.

En el terreno normativo, las leyes se suceden una tras otra instrumentando procedimientos especiales de control al tiempo que se proponen nuevos diseños institucionales para enmarcar la tarea de fiscalización de las distintas actividades que lleva adelante el estado en sus diversos departamentos. La hipernormatividad también ha llegado al tema del control de las administraciones públicas¹⁷, normas que a su vez luego se replican en cada uno de los niveles de autonomía en nuestra federación en Argentina –provincias y municipios.

Pese a ello, los resultados quizás no han sido los mejores esperados. Por solo tomar un dato el Índice de Percepción de la Corrupción 2011 –elaborado por Transparencia Internacional (TI)– ubica a Argentina en el puesto 100 de 183 estados revelados¹⁸. Parece señalarse que Argentina se encuentra en una posición poco favorable en materia de lucha contra la corrupción ya que sus actos estatales muestran bajos niveles de transparencia.

¿Ello nos obliga a adoptar una mirada pesimista en materia de controles? Creemos que no, y es en nuestro criterio justamente el poder judicial quien ha venido a brindar aires esperanzadores en esta materia. Los jueces poseen el deber funcional de *buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia*¹⁹. Y en esa tarea directa o indirectamente se avanza en la construcción de una parcela importante del control social. Se podrá cuestionar la eficacia en términos generales del control efectuado por el juez, ya que éste naturalmente es individual en atención a que se adoptan decisiones judiciales para el caso en concreto. Pues ello es relativo ya que:

a. toda decisión judicial que impacta sobre la legalidad de nuestras administraciones, debería ser tomada como un mandato que le permita a las mismas corregir comportamientos similares. Desde esta visión, la sentencia judicial contra las administraciones públicas se proyecta mas allá del caso concreto, transformándose en reglas de

16. Agustín GORDILLO, Alberto BIANCHI, Carlos BALBÍN, Eduardo MERTEHIKIAN, Germán BIDART CAMPOS. Julio Rodolfo COMADIRA, María Angélica GELLI, Miriam Mabel IVANEGA, entre tantos otros.

17. No acordamos en general con la creación de múltiples órganos y organismos de control más las diversas normas generales y especiales de procedimiento que los rigen ya que muchas veces ello comporta una suerte de telaraña que conspira contra el objetivo del control. Creemos que se debería ir hacia una simplificación de los sistemas de control bajo la idea de publicidad de las actuaciones estatales y el acceso directo y sencillo a las mismas.

18. Diario La Nación, 02.12.2011.

19. CSJN, Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo, 27.12.2011.

correcta legalidad del obrar administrativo. Son una guía para una administración que no desea cometer una y otra vez sus mismos errores. Estamos frente a la visión pedagógica –si se nos permite– de la sentencia judicial respecto del funcionamiento de nuestras administraciones.

b. la Corte Federal Argentina, en tanto máxima y última garante de los derechos en el plano interno, tiene la posibilidad de lograr que sus sentencias se transformen en verdaderas políticas de estado tanto en términos institucionales como desde la mirada de los derechos fundamentales. En este sentido la actividad judicial del juez constitucional argentino adquiere una relevancia mayor que escapa al caso concreto y adquiere dimensiones mayores. Aquí también hablamos de control no sólo de la estricta legalidad con que se ha llevado a cabo una decisión administrativa puesta en tela de juicio en un caso concreto, sino en términos de transparencia, equidad y participación ciudadana; en definitiva de la buena marcha de los asuntos administrativos de un gobierno. En los últimos tiempos la Corte Federal Argentina ha sostenido unos criterios que impactan mas allá de las fronteras del caso judicial y que se han convertido en verdaderas políticas de estado que mejoran la calidad institucional al tiempo que aseguran la efectividad real de los derechos fundamentales y los altos valores constitucionales. La política en materia de derechos humanos, los procesos colectivos instrumentados jurisprudencialmente, los mecanismos especiales de resolución de temas ambientales estructurales, las reglas sentadas en materia de libertad de prensa, la alta sujeción que muestran desde sus fallos con el sistema americano de derechos humanos, el entrelazamiento de las jurisdicciones internas con la internacional de los sistemas de resolución de determinados conflictos en el ámbito del MERCOSUR, son algunas de las decisiones trascendentales que se pueden citar de la tarea realizada en la última década por nuestra Corte Federal Argentina.

5. REFLEXIONES FINALES

Tal como se ha indicado²⁰ por parte del Director Regional para América Latina y el Caribe del PNUD y Subsecretario General de la ONU, Heraldo Muñoz, la participación ciudadana junto a un mayor control ciudadano constituye uno de los cuatros principios sobre los cuales parece haber Latinoamérica logrado consensos básicos en los últimos tiempos.

Nuestras administraciones deben diseñarse como organizaciones que prioritariamente reconocen la dignidad del hombre con el fin tuitivo de lograr el mayor desarrollo equitativo de los ciudadanos. No se trata de solo “administrar”, sino por

20. PINTO, Albaro – FLISFISCH, Angel – Coordinadores -, El estado de ciudadanía. Transformaciones, logros y desafíos del Estado en América Latina en el siglo XXI, pg.11, Sudamericana, PNUD2011, Argentina

el contrario de disponer todo el aparato estatal a la prosecución activa de políticas públicas que promuevan el progreso activo e igualitario de nuestras sociedades. Es el progreso social del bienestar de nuestra gente el que se encuentra en juego en cada competencia estatal que se diseña. El ciudadano es un actor activo principalísimo en el escenario del poder: sus derechos y sus deberes se enderezan en exigir y promover una sociedad que en esencia sea igualitaria en términos reales de acceso a las condiciones mínimas que le es debida a cada hombre.

Por ello es que hablamos de control social bajo la idea de referirnos al control que en el plano individual o el colectivo puede realizar ese ciudadano. También ubicamos en tal tarea a los sistemas de control tradicionales pero sabiendo que son parte de un diseño mayor constitucional y social del control ciudadano.

Las ideas que aquí hemos desarrollado bien podemos agruparlas bajo las siguientes afirmaciones:

- a.** las administraciones públicas deben asumir un rol preventivo y tuitivo mediante una organización del poder acorde con los nuevos tiempos,
- b.** cada ciudadano posee el derecho individual o colectivo de ejercer directamente el control social reclamando el buen funcionamiento de sus administraciones a través de la garantía de la tutela administrativa efectiva que contiene el derecho a la buena administración,
- c.** es una necesidad generar canales institucionales que reflejen la diversidad social recogiendo las necesidades y prioridades de grupos en situación de vulnerabilidad, y
- d.** se puede pensar en la posibilidad de crear un marco institucional y normativo que implemente la Defensoría Pública de los Asuntos Administrativos con el fin de representar los intereses de aquellos que con voto pero sin voz real de incidencia en nuestras administraciones puedan tener a quien los represente en la búsqueda insistente de menores niveles de inequidad social.

A NATUREZA DEMOCRÁTICA E A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA VERDADE HISTÓRICA E SUA RELAÇÃO COM O ESTADO, O REGIME MILITAR E A SOCIEDADE CIVIL: ASPÉCTOS INTRODUTÓRIOS¹

Tais Ramos

Resumo: O presente ensaio trata de uma abordagem preliminar da natureza democrática da verdade histórica e sua construção social, considerando o paradigma democrático deliberativo de inclusão dos cidadãos nos processos de exame e esclarecimento dos atos de desaparecimentos, sequestros, mortes e torturas, praticados no período do regime militar Brasileiro de 1964 a 1985 e objetiva, em linhas gerais, analisar as condições e possibilidades de participação social na Comissão da Verdade no Brasil, para tanto num primeiro momento será demonstrado os percursos e desafios da Democracia Representativa à Participativa, bem como da Democracia Deliberativa, num segundo momento se verificará a importância da verdade histórica no âmbito dos regimes de força, bem como a memória como Direito Fundamental à uma nova Democracia e por fim, se analisará as condições e possibilidades de participação social na Comissão da Verdade no Brasil.

Palavras-chave: Democracia Deliberativa. Verdade. Regime Militar. Estado. Sociedade.

1. Este texto é fruto das pesquisas que estão sendo desenvolvidas no Grupo de Pesquisa sobre Verdade, memória e justiça: análises da experiência das políticas públicas reparatórias do governo do RS envolvendo os atos de seqüestro, morte, desaparecimento e tortura de pessoas no regime militar brasileiro (1964/1985), junto ao Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado Estado, Administração Pública e Sociedade, coordenado pelo Professor Dr. Rogério Gesta Leal.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao longo do processo de democratização da sociedade contemporânea consolidou-se, fundamentalmente, o sistema democrático representativo, no qual as atividades institucionais do Estado e ações políticas eram pouco questionadas. E mais tarde, a extensão da democratização se deu por meio de procedimentos que permitem a participação dos cidadãos.

Portanto propõe-se verificar esse percurso, da democracia representativa à participativa, bem como o “novo modelo” de democracia deliberativa de inclusão social nos processos políticos, para posteriormente verificar a importância da verdade histórica no âmbito dos regimes de força, bem como a memória como Direito Fundamental à uma nova Democracia e por fim, se analisar as condições e possibilidades de participação social na Comissão da Verdade no Brasil.

2. MATRIZES DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA: ALGUMAS NOTAS

Desde o século que decorre da idade da restauração até a primeira guerra mundial, a história da democracia coincide com a dos Estados representativos nos principais países europeus e com o desenvolvimento interno de cada um deles. Esses países conhecem o processo de democratização em duas linhas: o direito de voto até o sufrágio universal masculino e feminino, e o desenvolvimento do associacionismo político até a formação dos partidos políticos e o reconhecimento da sua função pública².

Entretanto a consolidação da democracia representativa não impediu o retorno da democracia direta, pelo contrário, segundo Bobbio, ela jamais desapareceu, tendo sido mantida por grupos radicais que sempre consideraram a democracia representativa não como uma “inevitável adaptação do princípio da soberania popular às necessidades dos grandes Estados”, mas a entendiam como uma condenação de desvio da ideia originária do governo “do povo, pelo povo e através do povo”³.

Neste contexto, podemos dizer que a integração das democracias representativa e direta constitui o processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea. Apesar disso, o grande avanço da democratização ocorreu da passagem da democracia na esfera política para a democracia na esfera estatal, com o “exercício de procedimentos que permitiam a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo”, onde o indivíduo é considerado como cidadão⁴.

2. BOBBIO, Norberto. Estado Governo Sociedade: Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 9 Ed., 2001, p. 153.
3. BOBBIO, Norberto. Estado Governo Sociedade: Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 9 Ed., 2001, p. 154.
4. BOBBIO, Norberto. Estado Governo Sociedade: Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 9 Ed., 2001, p. 154.

Com a conquista do direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está na esfera da sociedade em seu conjunto e que não existe decisão política que não esteja relacionada ou determinada por aquilo que acontece na sociedade civil⁵.

Por assim dizer, só se conquista um direito de auto-desenvolvimento em uma “sociedade participativa”, onde a sociedade “gere um sentido de eficácia política, nutra uma preocupação por problemas coletivos e contribua para a formação de um corpo de cidadãos conhecedores e capazes de ter um interesse contínuo pelo processo governamental.”⁶

Contudo, com o processo de democratização nas sociedades ocidentais, observa-se, cada vez mais, que nas democracias liberais há uma inclinação para a democracia deliberativa, ou seja, a democracia participativa, entendida como “modelo de gestão política de interesses comuns centrada na possibilidade de participação social”⁷ dá lugar à deliberativa, onde a participação é mais inclusiva e diversificada de atores nos processos políticos.

Assim a democracia deliberativa apresenta-se como alternativa, como “modelo ou processo de deliberação política caracterizada por um conjunto de pressupostos teórico-normativos que incorporam a participação da sociedade civil na regulação da vida coletiva”⁸. Aposta-se aqui numa democracia onde há possibilidade de uma efetiva “partilha de poder entre Estado e sociedade civil na formulação e decisão do interesse público”⁹, pois a sociedade não deve ser mera expectadora, mas executora das ações políticas, onde seja possível a construção coletiva dessas políticas no que diz respeito a elaboração, implementação e controle das ações.

Para Habermas, o conceito de democracia deliberativa, que ele chama de “política deliberativa” só ganha referência quando:

*fazermos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um auto-entendimento mútuo de caráter ético, mas também pela busca do equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de acordos, da checagem da coerência jurídica, de uma escolha de instrumentos racional e voltada a um fim específico e por meio, enfim, de uma fundamentação moral.*¹⁰

5. BOBBIO, Norberto. Estado Governo Sociedade: Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 9 Ed., 2001, p. 156.
6. HELD, David. Modelos de Democracia. Belo Horizonte: Paideia, 1987, p. 236.
7. LEAL, Rogério Gesta Leal. Demarcações conceituais preliminares da Democracia Deliberativa: matrizes Habermasianas. In: LEAL, Rogério Gesta Leal. Democracia Deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de casos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 14.
8. LÜCHMANN, Ligia Helena Hahn. Capital Social, Sociedade Civil e Democracia Deliberativa. In: REDES – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional. Santa Cruz do Sul: Edunisc, v.8, nº 3, p. 105-130, 2004, p. 111.
9. LÜCHMANN, Ligia Helena Hahn. Capital Social, Sociedade Civil e Democracia Deliberativa. In: REDES – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional. Santa Cruz do Sul: Edunisc, v.8, nº 3, p. 105-130, 2004, p. 106.
10. HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 277.

Esse conceito de democracia, sugerido por Habermas, “baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo.”¹¹

E pela possibilidade de alcançar resultados racionais de modo deliberativo, Habermas trata a política deliberativa como procedimentalista e afere que:

*esse procedimento democrático cria uma coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que tais condições almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação linguística.*¹²

A partir dessas descrições do processo democrático fica claro o percurso para se chegar a uma conceituação normativa de Estado e Sociedade. Assim, para Habermas, o pressuposto para isso é que, como há conotações normativas, concebe-se “os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente a pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático.”¹³

E tal modo não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas torna dependente da institucionalização dos procedimentos que lhe dizem respeito. Ou seja, “a formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável.”¹⁴

Destarte, o poder administrativamente disponível, conforme Habermas, modifica seu estado de mero agregado desde que:

*seja retroalimentado por uma formação democrática da opinião e da vontade que não apenas exerça posteriormente o controle do poder político, mas que também o programe de uma maneira ou de outra. A despeito disso, o poder político só pode “agir”. Ele é um sistema parcial especializado em decisões coletivamente vinculativas, ao passo que as estruturas comunicativas da opinião pública compõem uma rede amplamente disseminada de sensores que reagem à pressão das situações problemáticas no todo social e que simulam opiniões influentes.*¹⁵

11. HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 277.

12. HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 278.

13. HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 280.

14. HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 281.

15. HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 282.

Diante dessas premissas da democracia deliberativa sustentada por Habermas, observa-se que a sociedade civil é caracterizada como ponto importante na construção da esfera pública democrática, pois proporciona maior proximidade com os problemas e demandas dos cidadãos, questionando as ações públicas. Assim, entende-se que a democracia deliberativa apresenta-se como modelo de soberania dos cidadãos, constituindo-se, como promove Habermas, um processo de institucionalização de espaços de discussão pública, incumbindo a legitimidade de decidir aos cidadãos reunidos em espaços públicos.

Portanto, uma das formas de cidadania, encontra-se nesses espaços públicos, onde, além da legitimidade para decidir, encontram um espaço de troca de conhecimentos e interesses, estimulando a expressão e a formação da opinião pública. Deste modo, os cidadãos articulariam não somente suas preferências, mas as preferências e interesses de toda uma coletividade, fazendo com que, além das demandas majoritárias, as demandas minoritárias tenham oportunidade de questionamento de suas políticas públicas.

É este sentido que o trabalho procurará desenvolver brevemente o tema da natureza democrática da verdade histórica e sua construção social, considerando o paradigma democrático deliberativo de inclusão dos cidadãos nos processos de exame e esclarecimento dos atos de desaparecimentos, sequestros, mortes e torturas, praticados no período do regime militar brasileiro de 1964 a 1985.

3. QUAL A VERDADE E MEMÓRIA DO REGIME MILITAR BRASILEIRO?

O regime militar brasileiro de 1964 a 1985 passou por três fases distintas: A primeira foi a do Golpe de Estado¹⁶, em abril de 1964, e consolidação do novo regime. A segunda começou em dezembro de 1968, com a decretação do Ato Institucional nº 5 (AI-5), desdobrando-se nos chamados anos de chumbo, em que a repressão atingiu seu mais alto grau. A terceira foi marcada pela posse do general Ernesto Geisel, em 1974, ano em que, paradoxalmente, o desaparecimento de opositores se tornou rotina –, iniciando-se então uma lenta abertura política que iria até o fim do período de exceção¹⁷.

Durante os 21 anos de regime de exceção foram feitas manifestações pela sociedade que demonstrava seu sentimento de oposição pelos mais diversos canais e com

16. "A partir do golpe se implantou um regime autoritário destinado a conter os avanços das forças sociais que ameaçavam a reprodução do sistema econômico vigente, e a promover condições para uma nova e prolongada expansão econômica capitalista." Cf. WASSERMANN, Claudia. O Império da Segurança Nacional: o golpe militar de 1964 no Brasil. In: WASSERMANN, Claudia; GUAZZELLI, C.A.B. (Org.) Ditaduras Militares na América Latina. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 27.

17. BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf>. Acesso em: 24 out. 2011, p.21.

diferentes níveis de força. Já nas eleições de 1965, adversários do regime venceram a disputa para os governos estaduais de Minas Gerais e da Guanabara, levando os militares a decretar em outubro o Ato Institucional nº 2 (AI-2), que eliminou o sistema partidário existente e forçou a introdução do bipartidarismo¹⁸.

Mais tarde o AI-5 foi considerado um verdadeiro “golpe dentro do golpe”. O Congresso Nacional foi fechado, as cassações de mandatos foram retomadas, a imprensa passou a ser completamente censurada, foram suspensos os direitos individuais, inclusive o de habeas-corpus. O Conselho de Segurança Nacional teve seus poderes ampliados e a chamada Linha Dura assumiu o controle completo no interior do regime. Ações de guerrilha urbana, já iniciadas antes do AI-5, se avolumaram nitidamente até setembro de 1969¹⁹.

A Constituição de 1967, que Castello Branco havia introduzido em substituição à Carta de 1946, e que tentava legalizar um sistema carente de legitimidade constitucional, é trocada, por decreto, pela Constituição de 1969. Este último arremedo de Constituição, completamente inconstitucional à luz de qualquer abordagem apoiada nos princípios universais do Direito, nada mais fazia do que desdobrar as imposições contidas no draconiano AI-5. E este tinha abolido os direitos individuais, que representam o eixo central de todos os preceitos do constitucionalismo, bem como da própria democracia²⁰.

Ernesto Geisel assumiu a Presidência da República em março de 1974, anunciando um projeto de distensão lenta, gradual e segura. Cinco anos depois, ao transmitir o posto ao general João Baptista Figueiredo, entregaria ao sucessor um regime ainda não democrático, mas onde a repressão política era menos acentuada. Estaria abolido o AI-5, a liberdade de imprensa vinha sendo devolvida aos poucos, as propostas de anistia eram debatidas abertamente e Golbery do Couto e Silva, que voltou então à primeira cena na vida política nacional, preparava uma proposta de reforma partidária extinguindo o bipartidarismo forçado²¹.

No entanto, é certo que nos três primeiros anos de Geisel, os interrogatórios mediante tortura e a eliminação física dos opositores políticos continuaram sendo rotina. O desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das

-
18. BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf>. Acesso em: 24 out. 2011, p.23.
 19. BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf>. Acesso em: 24 out. 2011, p.26.
 20. BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf>. Acesso em: 24 out. 2011, p. 27.
 21. BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf>. Acesso em: 24 out. 2011, p.27.

mortes ocorridas, torna-se regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e a repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios²².

No âmbito político, 1979 é o ano da Anistia, que foi aprovada em 28 de agosto, envolvendo questões polêmicas. Mesmo incorporando o conceito de crimes conexos para beneficiar, em tese, os agentes do Estado envolvidos na prática de torturas e assassinatos, a Lei de Anistia possibilitou o retorno de lideranças políticas que estavam exiladas, o que trouxe novo impulso ao processo de redemocratização²³. Nesse mesmo ano, foi aprovada a reformulação política que deu origem ao sistema partidário em vigência até os dias de hoje.

Desde 1978, no entanto, vinham se repetindo atentados a bomba, invasões ou depredações de entidades de caráter oposicionista, jornais e mesmo bancas de revista, cuja autoria sempre foi interpretada como só podendo caber aos integrantes do aparelho de repressão.

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federal, batizada como Constituição Cidadã que definiu o país como uma democracia representativa e participativa, fixando, no artigo 1º, que o Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Ocorre que os anos passaram e o Brasil nunca foi informado oficialmente sobre o verdadeiro aparato de repressão, ainda hoje prevalecem incertezas e interpretações discordantes a respeito de quem foram os responsáveis, porque aconteceram, como aconteceram e onde aconteceram diversos sequestros, torturas, desaparecimentos e mortes de pessoas.

Apesar disso, pode-se afirmar que o Brasil tem plenas condições de trazer a verdade e a memória esses fatos para superar os desafios ainda restantes à efetivação de um robusto sistema de proteção aos Direitos Humanos.

Uma das formas de abordagem do debate sobre as violações de Direitos Humanos e Fundamentais decorrentes do regime militar é o da justiça de transição, que diz respeito à justiça dos fatos ocorridos nos períodos políticos e ao confronto entre justiça e verdade, dando destaque à investigação, documentação e divulgação pública dessas violações em busca de uma memória voltada à pacificação e reconciliação, nas palavras de Tietel: *“La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores.”*²⁴

22. BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf>. Acesso em: 24 out. 2011, p.27.

23. BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf>. Acesso em: 24 out. 2011, p.28.

24. TIETEL, Ruti G. Genealogía de la Justicia Transicional. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>>. Acesso em: 24 out. 2011, p.01.

Conforme Teitel, a justiça transicional moderna se compõe de três fases: *“justicia transicional moderna se remontan a la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, la justicia transicional comienza a ser entendida como extraordinária e internacional en el período de la posguerra después de 1945. La Guerra Fría da término al internacionalismo de esta primera fase, o fase de la posguerra, de la justicia transicional. La segunda fase o fase de la posguerra fría, se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989. Hacia finales del siglo XX, la política mundial se caracterizó por una aceleración en la resolución de conflictos y un persistente discurso por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad. La tercera fase, o estado estable, de la justicia transicional, está asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que echan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia.”*

A justiça de transição vai além da reparação e punição dos responsáveis pelos atos de tortura, sequestro, desaparecimento e mortes, pois busca a verdade e resgata a memória, gerando políticas públicas com a necessária opinião pública, visto que está relacionada com perdão e reconciliação.

Para a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, a verdade *tiene sus raíces en el derecho internacional humanitario, particularmente en lo que se refiere al derecho de los familiares a conocer la suerte de las víctimas, y en la obligación de las partes en conflictos armados de buscar a los desaparecidos.*²⁵

E no que diz respeito à memória, Sylvas destaca que *“El proceso de construcción de la memoria se relaciona con la identidad individual y colectiva, con la recuperación de un pasado histórico y con la defensa de los Derechos Humanos.”*²⁶

E o objetivo principal da justiça transicional é de construir uma história alternativa dos abusos que ocorreram no passado em busca da verdade e da justiça, regatando a memória, através do mecanismo institucional que são as *Comissões da Verdade*. A Comissão da Verdade é um organismo oficial, criado por um governo nacional para investigar, documentar e tornar público abusos de direitos humanos em um país durante um período específico²⁷, o que passamos a analisar.

4. A CRIAÇÃO DA COMISSÃO DA VERDADE NO BRASIL E A PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Foram formadas Comissões da Verdade em diversos países, todos com apoio internacional, na busca em conhecer as causas das violências ocorridas nos períodos de di-

25. NACIONES UNIDAS. Comisión de derechos humanos. Promoción y protección de los derechos humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. In: E/CN.4/2006/91, 09 de enero de 2006, 62º período de sesiones. Tema 17 del programa provisional, 2006. p.4.

26. SYLVAS, Graciela Aletta. Memória para armar. In: Revista de História Social y Literatura de America Latina. Vol. 8, nº 3, 2011, 140 – 162. Disponível em: <www.ncsu.edu/project/acontracorriente>. Acesso em 24 out. 2011, p. 01.

27. TEITEL, Ruti G. Genealogía de la Justicia Transicional. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/biblioteca/digital>>. Acesso em: 24 out. 2011, p.11.

tadura, identificando os conflitos e os casos de violação dos Direitos Humanos. Um dos países que implementou a Comissão da Verdade foi a Argentina. Sua Comissão da Verdade foi batizada de Comissão Nacional para a Investigação sobre o Desaparecimento de Pessoas (CONADEP), que tinha como objetivo investigar as violações ocorridas no período de 1976 a 1983. A comissão criou o documento *Nunca Mas* e com as informações geradas por esta comissão a população argentina passou a conhecer a história das ocorrências do período militar²⁸.

Em 2008 o governo brasileiro foi notificado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos do Relatório que decidiu sobre o “Caso Lund e outros vs. Brasil”²⁹. O documento continha várias recomendações ao Estado. Tendo em vista que as informações sobre o cumprimento neste caso não foram satisfatórias, a demanda foi submetida à Corte, a qual decidiu o feito em 24 de novembro de 2010.

Uma das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi a de sugerir ao Brasil a implementação de uma Comissão da Verdade, a qual, conforme o documento em seu parágrafo 297, “pode contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade”³⁰.

Apesar de já existir no Brasil uma comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos, constituída por familiares e advogados das famílias das vítimas, que tentaram resgatar memórias e verdades, bem como a Comissão da Anistia, o Brasil ainda não conta com uma “Comissão da Verdade”.

Porém este trabalho já foi iniciado. Foi sancionada em 18 de novembro de 2011 a Lei nº 12.528 que cria a Comissão Nacional da Verdade. De acordo com a lei, a comissão deverá examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período de 1946 até a data da promulgação da Constituição de 1988, com o objetivo de promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria; recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional.

A explicação da ementa da Lei é a seguinte: A Comissão da Verdade busca efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. A Comissão da Verdade será integrada por 7 membros, designados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, de reconhecida idoneidade e conduta ética, identifica-

28. CONADEP. COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS. *Nunca Más*. 6 ed. Buenos Aires: Eudeba, 2003.

29. O processo originou-se em 1995, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional e pela Human Rights Watch/América, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da “Guerrilha do Araguaia” e seus familiares.

30. BALDI, Cesar Augusto. Guerrilha do Araguaia e direitos humanos: considerações sobre a decisão da Corte Interamericana. In: SILVA, Ivan. L. M. e NEIRA, Karina F. Crimes da ditadura militar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

dos com a defesa da democracia e institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos³¹.

A Lei também enumera os objetivos da Comissão Nacional da Verdade, dentre os quais: promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior; recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional³².

A Lei prevê ainda as competências da Comissão Nacional da Verdade: para que possa executar os objetivos previstos, tais como a possibilidade de: requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo; convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que possam guardar qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados; promover audiências públicas³³.

Sobre os dados e documentos sigilosos, a Lei dispõe que serão fornecidos à Comissão Nacional da Verdade e não poderão ser divulgados ou disponibilizados a terceiros, cabendo a seus membros resguardar seu sigilo, bem como possibilita à Comissão requerer ao Poder Judiciário acesso a informações, dados e documentos públicos ou privados necessários para o desempenho de suas atividades. Estabelece ainda que é dever dos servidores públicos e dos militares colaborar com a Comissão Nacional da Verdade; dispõe também que as atividades da Comissão não terão caráter jurisdicional ou persecutório; dispõe que as atividades desenvolvidas pela Comissão Nacional da Verdade serão públicas, exceto nos casos em que, a seu critério, a manutenção de sigilo seja relevante para o alcance de seus objetivos ou para resguardar a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem de pessoas; dispõe que a Comissão poderá atuar de forma articulada e integrada com os demais órgãos públicos³⁴.

A Lei dispõe ainda da criação de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramentos Superiores para exercício na Comissão Nacional da Verdade e que a Comissão terá prazo de 2 anos, contados da data de sua instalação, para conclusão do trabalho; estabelece que todo o acervo documental e de multimídia resultante da conclusão dos trabalhos da Comissão deverá ser encaminhado para o Arquivo Nacional para integrar o Projeto Memórias Reveladas³⁵.

31. BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 12.528/2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm> Acesso em: 15 dez. 2011.

32. BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 12.528/2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm> Acesso em: 15 dez. 2011.

33. BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 12.528/2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm> Acesso em: 15 dez. 2011.

34. BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 12.528/2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm> Acesso em: 15 dez. 2011.

35. BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 12.528/2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm> Acesso em: 15 dez. 2011.

As críticas sobre o projeto são levantadas desde antes da aprovação na Câmara dos Deputados e essas sustentam-se nas questões atinentes ao número de membros da Comissão, bem como o prazo estabelecido de dois anos para a conclusão do trabalho.

No dia 21 de outubro do corrente ano a Ministra da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Maria do Rosário, rebateu essas críticas ao projeto no debate sobre “Direito à Memória e à Verdade”, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A ministra admitiu que existem pontos polêmicos no projeto, como o relativo ao número de membros da comissão, considerado pequeno, e o que diz respeito ao período para elaboração de relatório conclusivo. Porém a ministra afirma que a escolha por sete membros foi feita para dar agilidade na tomada de decisões e alega que foram criados instrumentos fundamentais para auxiliar a Comissão, a exemplo da rede de Observatórios das Universidades, com o Ministério da Educação, bem como comitês autônomos, que buscarão informações e indicarão pessoas para serem ouvidas pela Comissão da Verdade³⁶.

Para apoiar técnica e financeiramente a criação de Observatórios nas Universidades Brasileiras foi criado um Comitê de Gestão da Rede dos Observatórios do Direito à Verdade, à Memória e à Justiça das Universidades brasileiras³⁷ através da Portaria nº 1.516 da Secretaria de Direitos Humanos. Este órgão visa o assessoramento de políticas públicas no âmbito dos objetivos do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3)³⁸.

E ao Comitê de Gestão da Rede de Observatórios caberá:

I. auxiliar na implementação das diretrizes 24 e 25, do Eixo VI, do Plano Nacional de Direitos Humanos - PNDH 3 do Governo Federal; **II** - fomentar e assessorar a criação dos Observatórios junto às Universidades; **III** - promover a constituição de uma rede de cooperação física e virtual, entre estes Observatórios; **IV** - auxiliar os Observatórios e a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República na gestão e publicidade do conhecimento para outros centros de ensino e pesquisa no país; **V** - facilitar a elaboração de metodologias e técnicas apropriadas à análise de documentos atinentes aos seus objetivos; **VI** - auxiliar na sistematização e avaliação de experiências correlatas à Verdade, Memória e Justiça para constituição de um banco de dados; **VII** - propor interlocuções com diferentes atores envolvidos com essa temática, visando à ampliação do conhecimento adquirido pelos Observatórios;

36. BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Notícia do dia 21/10/2011: “Maria do Rosário: Comissão da Verdade é conquista, não concessão”. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.gov.br/2011/10/21-out-2011-maria-do-rosario-comissao-da-verdade-e-conquista-nao-concessao>> Acesso em: 26 out.2011.

37. É importante referir que o Professor Rogério Gesta Leal, Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul, orientador dessa pesquisa, foi nomeado Coordenador Executivo do Comitê de Gestão da Rede dos Observatórios do Direito à Verdade, à Memória e à Justiça das Universidades brasileiras.

38. BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Portaria nº 1.516 de 04/08/2011. Disponível em: < <http://www.torturanuncamais-sp.org/site/index.php/noticias/477-criado-comite-de-gestao-sobre-observatorios-de-dh>>. Acesso em: 26 out. 2011.

e VIII - fomentar um debate público sobre a Verdade, Memória e Justiça através de ações diversas com a sociedade civil³⁹.

No momento em que o Comitê de Gestão das Redes desses Observatórios objetiva propor interlocuções com diferentes atores envolvidos na temática, visando à ampliação do conhecimento e objetiva fomentar um debate público sobre a Verdade, Memória e Justiça através de ações diversas com a sociedade civil, percebe-se que pode haver um espaço de participação e deliberação democrática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ocorre que as tarefas da Comissão da Verdade não podem ser concebidas como temporalmente restritas ao período de dois anos – que é o previsto para sua existência institucional –, mas alcança transcendência diferenciada, pois pretende imprimir na comunidade política em que vai operar transformações ilustradas sobre o custo e os riscos da Democracia. Isto significa sensibilizar mentes e corpos à defesa pró-ativa das liberdades públicas fundamentais, o que fará surgir, se espera, compromissos cívicos e republicanos para a mobilização permanente das instituições representativas e mesmo da cidadania ativa nacional em prol dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Não se espera que a Comissão da Verdade consiga dar conta de analisar exaustivamente os mais de vinte e seis milhões de documentos hoje já existentes nos arquivos públicos sobre as lutas políticas só de 1964 a 1985; tampouco se imagina que vá conseguir dar respostas absolutas e completas para os temas de sua competência, por isto deve ser capaz de gerar redes de cooperação horizontal com o mais diverso conjunto de atores políticos e sociais, fazendo com que o maior número possível de pessoas se sinta responsável por esta empreitada, pois seguramente os tempos sombrios da violência de Estado tiveram suas noites duradouras também em face do permissivo silêncio de boa parte da população daqueles períodos.

Pois que então a Comissão da Verdade reedifique os nossos sentidos e a nossa resistência ao terror institucional do exercício do Poder; que deixe um legado de perenidade, verdade e memória redentoras, o que fará com que brasileiros e brasileiras continuem, com seus próprios passos e pulsos, dando continuidade ao trabalho desta Comissão, agora não mais tutelados pelo Estado, mas por vontades e consciências próprias, donos de seus destinos e vidas, jamais permitindo que lhes sejam usurpadas as liberdades novamente.

Em síntese, percebe-se que a Comissão da Verdade traz alguns espaços públicos de participação da sociedade, a exemplo dos Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras. No momento em que o Comitê de

39. BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Portaria nº 1.516 de 04/08/2011. Disponível em: < <http://www.torturanuncamais-sp.org/site/index.php/noticias/477-criado-comite-de-gestao-sobre-observatorios-de-dh>>. Acesso em: 26 out. 2011.

Gestão das Redes desses Observatórios objetiva propor interlocuções com diferentes atores envolvidos na temática, visando à ampliação do conhecimento e objetiva fomentar um debate público sobre a Verdade, Memória e Justiça através de ações diversas com a sociedade civil. , percebe-se que há um espaço de participação e deliberação democrática, pois encontra-se aqui um espaço de troca de conhecimentos e interesses e articulações não somente sobre preferências individuais, mas sobre as preferências e interesses de toda uma coletividade, que relacionam-se com a construção da identidade da memória, com a recuperação de um passado histórico e com a defesa dos Direitos Humanos. Porém no caso do Brasil, só será possível essa verificação efetivamente após concluídos os trabalhos da Comissão e se forem cumpridos todos os seus objetivos. Mas de início já se observa que é possível promover um debate público sobre a Verdade, Memória e Justiça através de ações diversas com a sociedade civil.

6. REFERÊNCIAS

- BALDI, Cesar Augusto. Guerrilha do Araguaia e direitos humanos: considerações sobre a decisão da Corte Interamericana. In: SILVA, Ivan. L. M. e NEIRA, Karina F. *Crimes da ditadura militar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Estado Governo Sociedade: Para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 9 Ed., 2001.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf>. Acesso em: 24 out. 2011.
- _____. Notícia do dia 21/10/2011: “*Maria do Rosário: Comissão da Verdade é conquista, não concessão*”. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.gov.br/2011/10/21-out-2011-maria-do-rosario-comissao-da-verdade-e-conquista-nao-concessao>> Acesso em: 26 out. 2011.
- BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 12.528/2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm> Acesso em: 15 dez. 2011.
- CONADEP. COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS. *Nunca Más*. 6 ed. Buenos Aires: Eudeba, 2003.
- GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Paideia, 1987.
- LEAL, Rogério Gesta Leal. Demarcações conceituais preliminares da Democracia Deliberativa: matrizes Habermasianas. In: LEAL, Rogério Gesta Leal. *Democracia Deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de casos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.
- LÜCHMANN, Ligia Helena Hahn. Capital Social, Sociedade Civil e Democracia Deliberativa. In: *REDES – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, v.8, nº 3, p. 105-130, 2004.
- NACIONES UNIDAS. Comisión de derechos humanos. *Promoción y protección de los derechos humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad. In: E/CN.4/2006/91, 09 de enero de 2006, 62º período de sesiones. Tema 17 del programa provisional, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembléia Geral. Resoluções: AG/RES. 2175

(XXXVI-O/06) de 6 de junho de 2006.

- SYLVAS, Graciela Aletta. *Memória para armar*. In: Revista de História Social y Literatura de América Latina. Vol. 8, nº 3, 2011, 140 – 162. Disponível em: <www.ncsu.edu/project/acontracorriente>. Acesso em 24 out. 2011.

- TEITEL, Ruti G. *Genealogía de la Justicia Transicional*. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/biblioteca-digital>>. Acesso em: 24 out. 2011.

- WASSERMANN, Claudia. O império da Segurança Nacional: o golpe militar de 1964 no Brasil. In: WASSERMANN, Claudia; GUAZZELLI, C.A.B. (Org.) *Ditaduras Militares na América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS DE TORTURA, SEQUESTRO, DESAPARECIMENTO E MORTE DE PESSOAS EM REGIMES DE EXCEÇÃO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS¹

Rogério Gesta Leal

Resumo: Pretende este trabalho indagar, genericamente, sobre as possibilidades de responsabilização do Estado por atos de tortura, seqüestro, desaparecimento e morte de pessoas em regimes de exceção.

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado. Regime Militar . Violações aos Direitos Humanos.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo neste ensaio tratar do tema da responsabilidade do Estado brasileiro por atos de tortura, seqüestro, desaparecimento e morte de pessoas no período do regime

1. Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do Projeto de Pesquisa intitulado: A natureza filosófica e política da democracia deliberativa e participativa e seus efeitos pragmáticos no âmbito das políticas públicas no Estado Democrático de Direito brasileiro: limites e condicionantes do diálogo entre o político e o jurídico, junto ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, bem como é fruto dos seminários de Doutorado em Direito.

militar. Para tanto, quero contextualizar o debate a partir da perspectiva do direito internacional e nacional.

2. O REGIME DE EXCEÇÃO MILITAR E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É notório na história recente do Brasil que, desde a edição do AI-5, em 13/12/1968, e do Decreto-Lei nº477/1969, e sob as suas sombras, se praticaram as maiores arbitrariedades a repercutir intensamente nos direitos dos cidadãos, que se viram inteiramente desprotegidos e submetidos a uma onda de repressão até então nunca vista. O governo militar conseguiu exilar milhares de pessoas e cassações políticas.

Os esquadrões da morte, desde 1968, eliminaram um número até hoje desconhecido de pessoas. A esse número somam-se os extermínios efetuados pelo aparelhamento policial em nome da segurança e do restabelecimento da ordem. Neste cenário de horror, é preciso lembrar que: *Not only missing persons should be considered as victims but also all the members of their families understood in their broadest possible sense*².

Registram-se, ainda, as alterações levadas a efeito no texto constitucional e na edição de determinadas leis, como, dentre outras, as já citadas Lei de Imprensa, a Lei Antigreve, a Lei de Segurança Nacional, o Estatuto do Estrangeiro, para que o sistema encontrasse sua sustentação. Francisco C. Weffort dá uma idéia clara do panorama geral brasileiro deste período:

*Nos dez anos que vão de 1964 a 1974, o sistema político formado durante o período democrático foi inteiramente destruído. Não apenas foi destruído o sistema partidário, abolido em 1965, para dar lugar ao simulacro de bipartidarismo ARENA-MDB, o qual não passou durante os anos Medici de um exercício de ficção política. Nos anos de terror, após 1968, a própria imprensa tornou-se, através da censura, em um simulacro de si própria. Na ausência do habeas corpus, para mencionar logo o caso extremo, o sistema judiciário se anulou como poder independente. E o Congresso, destituído dos seus poderes e ameaçado pelo fantasma das cassações, converteu-se em cenário sem vida*³.

O Estado brasileiro se afigurou, em muitos de seus quadros, como que gerenciando o terror institucional, reivindicando para si o monopólio do exercício ilegítimo

2. ICRC Report. The missing and their families: Summary of the conclusions arising from the events held prior to the International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts (19 – 21 February 2003), p. 11. In <http://www.icrc.org>, acesso em 22/02/2011. Diz o relatório ainda que: Such a situation is bound to have a direct impact on others as well. It will affect the entire community and its capacity to cope with its past, to end the war or violence in which it stagnates and ensure sustainable peace. As outlined in the South African Truth and Reconciliation Commission's objectives, "establishing and making known the fate and whereabouts of victims" is one of the means of achieving national unity and reconciliation.
3. WEFORT, Francisco. Por que democracia ? São Paulo: Brasiliense, 1984, p.65.

da violência; foi manejado como um objeto particular, alheio a qualquer finalidade pública e perdido por uma crise de identidade sem precedentes. Na concepção política de Claude Lefort, este tipo de governo conseguiu, com tais comportamentos, criar um anti-Estado, gerido por um conjunto desordenado de iniciativas políticas, todas tendentes ao arbítrio cada vez mais intenso de alguns comandantes das Forças Armadas⁴. Forja-se, aqui, o que Coetzee chama de um verdadeiro Estado Bandido, blindando ações de tamanha violência física e simbólica referidos com vestes de legalidade formal autoritária, e operando com a lógica da disseminação do medo para desmobilizar a sociedade⁵.

Com a formação do Destacamento de Operações de Informações e o Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), em janeiro de 1970, formalizou-se no Exército um comando que centralizou as ações das demais Armas e da polícia federal e estadual no âmbito da repressão. Da mesma forma, em nível estadual, os militares ainda contaram com o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) para lhes auxiliar nestas tarefas⁶. Não se pode esquecer também a experiência dantesca da chamada Operação Bandeirantes (OBAN), configurando-se como verdadeiro e estruturado regime de exceção paralelo ao Estado, eis que, conforme Paulo Sérgio Pinheiro, composto por circuitos fora da hierarquia militar, financiada por empresários paulistas em 1969⁷.

Em nível das Forças Armadas, há registros históricos de que se formaram também macro-estruturas de inteligência e repressão militar, a saber: (1) o Centro de Informações da Marinha – CENIMAR; (2) o Centro de Informações do Exército – CIE; (3) o Centro de Informação e Segurança da Aeronáutica – CISA. A estes se vinculavam os órgãos estaduais e mesmo municipais envolvidos na segurança pública da polícia civil e da brigada militar. Estes órgãos tinham, por sua vez, uma bem montada organização interna e de procedimentos, envolvendo: (a) Setor de Infiltração, responsável pela investigação, infiltração e espionagem nos movimentos de oposição; (b) Setor de Busca, responsável pela apreensão de documentos e materiais tidos como subversivos e prisões de pessoas; (c) Setor de Triagem, que fazia a separação dos materiais apreendidos para lhes dar prioridade e importância; (e) Setor de Análise, que operava o rastreamento de comunicações entre os opositores, avaliação dos documentos selecionados, buscando desmobilizar os movimentos de oposição⁸.

A história desta repressão registra o desrespeito absoluto das garantias individuais dos cidadãos, previstas na Constituição que os generais diziam respeitar, desenca-

-
4. LEFORT, Claude. *L'Invention Démocratique- Les limites de la domination totalitaire*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 1981; --*Essais sur le politique - XIX-XX siècles*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 1984; --*Pensando o Político*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.
 5. COETZEE, J. M. *Diary of a bad year*. New York: Penguin, 2007.
 6. VÁRIOS AUTORES. *Brasil: Nunca Mais*. Publicado pela Arquidiocese de São Paulo. Rio de Janeiro: Vozes, 1985.
 7. PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Esquecer é começar a morrer*. In SOARES, Inês V. P. & KISHI, Sandra A. S. *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.15.
 8. ETCHICHURY, Carlos; WAGNER, Carlos; TREZZI, Humberto e MARIANO, Nilson. *Os Infiltrados: eles eram os olhos e os ouvidos da ditadura*. Porto Alegre: AGE, 2010, p.48.

deando uma prática sistemática de detenções na forma de seqüestro, sem qualquer mandado judicial nem observância de lei.

A suspeita de subversão estendia-se a familiares e amigos das pessoas procuradas pelas forças policiais-militares. À luz da ideologia da Segurança Nacional, o inimigo não era apenas uma pessoa física, era um eixo de relações visto potencialmente como núcleo de organização ou partido revolucionário. Assim, os que se encontrassem ao lado da pessoa visada, ainda que por vinculações profissionais, efetivas ou consangüíneas, eram indistintamente atingidos pela ação implacável dos agentes que encarnavam o poder do Estado⁹.

O número de pessoas envolvidas nestes expedientes do Estado de Segurança Nacional ainda hoje não é totalmente conhecido, porém, pode-se dizer que no auge da repressão um universo de quase 8.000 (oito mil) pessoas foram diretamente atingidas e violentadas em seus direitos mínimos de cidadania, via inquéritos policiais militares. Em razão de tais registros também se pode perceber quais as camadas sociais mais envolvidas: (a) a classe média urbana; (b) a faixa etária dos indiciados era majoritariamente inferior 30 anos, grande parte com formação universitária; (c) as acusações mais freqüentes diziam respeito à militância em organização partidária proibida e à participação em ação violenta ou armada¹⁰.

Em texto recente, Linhares e Teixeira registraram que o número expressivo de cerca de 50 mil pessoas detidas somente nos primeiros meses da ditadura, 10 mil cidadãos exilados em algum momento do período ditatorial, mais de 450 pessoas mortas e desaparecidas além de inúmeras vítimas de tortura, estupro e tratamento desumano, mostra que estes atos criminosos constituíam verdadeira política de estado dirigida contra a população civil¹¹. Não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, a resposta armada e por vezes violenta que a oposição ao regime militar deu na época, haja vista os vários movimentos organizados para tanto, dentre outros: (a) Vanguarda Popular Revolucionária –VPR; (b) Partido Comunista Brasileiro – PCB; (c) Partido Comunista do Brasil – Pcdob; (d) Partido Comunista Brasileiro Revolucionário – PCBR; (e) Vanguarda Armada Revolucionária Palmares – VALPALMARES; (f) Ação Libertadora Nacional – ALN; (g) Movimento de Libertação Popular – MOLIPO; (h) Movimento Revolucionário 8 de Outubro – MR-8; (i) Marx, Mao e Guevara – M3G¹².

9. Idem, p.79.

10. Idem.

11. In ZANEIR, Alebe Linhares e TEIXEIRA, Gonçalves. As medidas de responsabilização do estado e de seus agentes por crimes cometidos durante a ditadura militar brasileira (1964-1985). In Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

12. ETCHICHURY, Carlos; WAGNER, Carlos; TREZZI, Humberto e MARIANO, Nilson. Os Infiltrados: eles eram os olhos e os ouvidos da ditadura. Op. Cit., p.50.

No que tange ao controle jurisdicional sobre os abusos cometidos pelas forças do sistema, sabe-se das limitações impostas pelo próprio texto constitucional e pela ideologia conservadora de grande parte dos juristas brasileiros. Tanto é verdade que o estudo levado a cabo pelo movimento do Brasil: Nunca Mais, registra que dos 6.385 indiciados em processos militares consultados, presos e torturados, apenas 1,4% dos casos foram comunicados regularmente à autoridade judicial¹³.

É sintomático que somente na chamada abertura democrática da década de 1980 é que se começou a presenciar provocações investigativas oficiais envolvendo as violações de que estou tratando, por razões e justificativas óbvias e próprias ao período, a maior parte delas encerradas sem sucesso, tanto pela aplicação da Lei de Anistia, como por simples resguardo dos interesses hegemônicos vigentes então. Citam-se dois casos paradigmáticos daquela época, a saber: (a) o pedido de punição de três torturadores que cegaram, em fevereiro de 1976, num presídio de Aracaju, o preso político Milton Coelho de Carvalho, julgado improcedente pelo então Superior Tribunal Militar, que aplicou a Lei de Anistia para afastar a responsabilidade do Estado e dos torturadores – funcionários públicos que eram; (b) o famoso caso Vladimir Herzog, encaminhado à justiça por representação do então Deputado Federal Hélio Bicudo (PT-SP), envolvendo o policial Pedro Antônio Mira Grancieri, de alcunha *Capitão Ramiro*, em face da morte de Herzog nas dependências do DOI-CODI, em 1975¹⁴.

É claro que não estou esquecendo o trabalho incansável de organizações sociais, instituições como a Associação Brasileira de Imprensa e a Ordem dos Advogados do Brasil, setores da Igreja, e vários outros segmentos importantes do país que bravamente mantiveram-se mobilizados durante todo o regime militar, o que inclusive já registrei em trabalho anterior, destacando aqui, somente a título de exemplificação, o episódio em que Tristão de Ataíde (Alceu Amoroso Lima) denunciou o desaparecimento do deputado federal Rubens Paiva, em 1971¹⁵.

Um exemplo efetivo disto é o caso da abertura da chamada vala clandestina de Perus, localizada no cemitério Dom Bosco, na cidade de São Paulo, no dia 4 de setembro de 1990. Lá foram encontradas 1.049 ossadas de presos políticos, indigentes e vítimas dos esquadrões da morte. Em seguida, os familiares dos mortos e desaparecidos políticos obtiveram o apoio da prefeita Luiza Erundina, que criou a Comissão Especial de Investigação das Ossadas de Perus. Entre 17 de setembro de 1990 e maio de 1991, instalou-se na Câmara Municipal de São Paulo uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar irregularidades da vala clandestina. Em dezembro de 1990, as ossadas foram transferidas para o Departamento de Medicina Legal da Uni-

13. Op. cit., p.88. É interessante lembrar que desde o Ato Institucional nº2, de 27 de outubro de 1965, passou à Justiça Militar a competência para processar e julgar os crimes contra a Segurança Nacional. Vigia nesta época a Lei nº1.802, de 05 de janeiro de 1953, que tipificava os crimes contra o Estado e contra a ordem política e social.

14. Veio à tona aqui novamente o fato do Brasil não ter ratificado a convenção da ONU sobre a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade.

15. Estou falando de meu livro LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

versidade Estadual de Campinas (UNICAMP), no Estado de São Paulo. O trabalho da Comissão Especial de Investigação das Ossadas de Perus e da CPI estendeu-se a todos os cemitérios da capital e demais cidades, assim, outras ossadas foram encaminhadas ao DML/UNICAMP para que se procedesse as pesquisas com fins de identificação. Com o término do mandato da prefeita de São Paulo, em dezembro de 1992, os familiares continuaram suas pesquisas sem respaldo institucional¹⁶.

Quero ver a partir de agora como se amoldam os marcos normativos que trataram e tratam da matéria sob comento.

3. MARCOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS E NACIONAIS SOBRE O TEMA

Naquela quadra histórica é óbvio que, em termos de marcos normativos protetores dos Direitos Humanos e Fundamentais, a situação do país era lamentável, eis que somente com a abertura democrática – meados da década de 1980 – é que se começa a buscar inserção internacional e nacional destes elementos.

Veja-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos fora adotada e proclamada na terceira sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em Paris, nos termos da Resolução nº 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948. Nesta mesma data, fora assinada pelo Brasil. Quase quarenta anos depois, em 28 de novembro de 1985, o então Presidente da República, José Sarney, submeteu ao Congresso Nacional proposta de adesão do país ao Pacto Internacional Sobre os Direitos Cívicos e Políticos, assim como ao Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Congresso Nacional aprovou a proposta de adesão aos dois textos pelo Decreto Legislativo nº226, de 12/12/1991, sendo que o ato de adesão só veio a ocorrer em 24/02/1992¹⁷.

De outro lado: (a) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes¹⁸, adotada pela Resolução nº39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1984, somente foi ratificada pelo Brasil em 28/09/1989; (b) a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Resolução nº34/180, da Assembléia Geral

16. In <http://www.desaparecidospoliticos.org.br/>, acesso em 12/04/2011. Registra o documento ainda que a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos do Comitê Brasileiro pela Anistia/RS, em 1984, pela Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, editou um livro onde constam 339 nomes de pessoas vítimas do regime militar, dos quais 144 são de desaparecidos, e orientou a pesquisa para a elaboração do Dossiê dos Mortos e Desaparecidos Políticos a partir de 1964, publicado em Recife, em 1995, e em São Paulo, em 1996.

17. Importa referir que, no âmbito interno brasileiro, os dois Pactos foram promulgados em 06 de julho de 1992, através do Decreto nr.592.

18. Nela os Estados-partes se obrigam: a assegurar a proibição total da tortura e a punição de tal ofensa; proibir a extradição de pessoas para Estados onde corram risco substancial de serem torturadas; cooperar com outros Estados para a prisão, detenção e extradição de possíveis torturadores; educar os encarregados da manutenção da ordem a propósito da proibição da tortura; rever, sistematicamente, os procedimentos e métodos de interrogatório de pessoas detidas; investigar, prontamente, alegações de tortura; compensar as vítimas de tortura. A Constituição Brasileira de 1988 prevê como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, além de instituir a Lei nº 9.455, de 07/04/1995, que define os crimes de tortura no país.

das Nações Unidas, em 18/12/1979, foi ratificada pelo Brasil em 01/02/1984; (c) a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução nº2.106-A (XX), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21/12/1965, foi ratificada pelo Brasil em 27/03/1968; (d) a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução nº L.44 (XLIV), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20/11/1989, foi ratificada pelo Brasil somente em 24/09/1990.

É importante que se tenha claro que o Brasil não aderiu, desde logo, a dois Protocolos facultativos importantes que tratavam da matéria atinente à competência do Comitê dos Direitos Humanos de ação na ordem interna do país, e referente à pena de morte, matéria depois vencida com sua adesão à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ainda em 1992.

Do lado da estrutura internacional de normas reguladoras dos Direitos Humanos no Ocidente, têm-se ainda instrumentos regionais de regulamentação desta matéria e, no caso da América, o Sistema Regional Interamericano¹⁹.

Tendo seu desenvolvimento alavancado já pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que remontam às resoluções da Oitava Conferência Internacional Americana, realizada em Lima, no ano de 1938, o Sistema Regional foi ganhando espaço e corpo, até a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária, em Buenos Aires, no ano de 1967, que deliberou sobre a necessidade de se estabelecer uma Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Esta Comissão tem prestado valorosos serviços para os Direitos Humanos e, em suas inspeções e manifestações, não tem poupado críticas à forma com que muitos países, principalmente da América Latina, vêm tratando de suas obrigações assumidas nos Tratados e Pactos²⁰.

No relatório de 1980, sobre a situação dos Direitos Humanos na Argentina, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entendeu que se tornava necessária a atuação de órgãos de supervisão internacional. Esta mesma Comissão, em relatórios mais recentes, relacionou a proteção dos Direitos Humanos com a própria organização política interna do Estado e o exercício efetivo da democracia em várias ocasiões, tendo instado os Estados-membros da OEA a incorporar, aos textos de suas Constituições, certos direitos, e a harmonizar suas legislações respectivas com os preceitos contidos nos tratados dos Direitos Humanos²¹.

-
19. Refoge ao tema deste trabalho, ao menos neste momento, apreciar a importância de outros eventos internacionais que contribuíram de forma indubitável à formação do Sistema Regional Interamericano de proteção dos Direitos Humanos, como o da Conferência Interamericana Sobre os Problemas da Guerra e da Paz, na cidade do México, em 1945; a Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948, criadora da Organização dos Estados Americanos(OEA).
 20. No continente americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu relatório anual de 1977, constatou deficiências no direito interno de muitos países (inoperância de garantias e meios de defesa, falta de independência do Poder Judiciário), que deixavam de oferecer proteção adequada às vítimas de violações de direitos humanos. Ver o texto de ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.
 21. Conforme relato de TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p.412.

Para o que interessa ao tema central deste ensaio, importa ter presente que a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes²², prevê de forma expressa, dentre outras coisas que os Estados signatários se obrigam a: (a) assegurar a proibição total da tortura e a punição de tal ofensa; (b) proibir a extradição de pessoas para Estados onde corram risco substancial de serem torturadas; (c) cooperar com outros Estados para a prisão, detenção e extradição de possíveis torturadores; (d) educar os encarregados da manutenção da ordem a propósito da proibição da tortura; (e) rever, sistematicamente, os procedimentos e métodos de interrogatório de pessoas detidas; (f) investigar, prontamente, alegações de tortura; (g) compensar as vítimas de tortura. Nesta mesma direção, a Constituição Brasileira de 1988 prevê como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, a tortura e o tratamento cruel e degradante, tendo o país instituído somente em 1995, a Lei nº 9.455, de 07/04/1995, que define os crimes de tortura no país.

A Convenção referida se ocupou desde logo em definir quais os elementos fundacionais do crime de tortura, a saber: (a) a infligência intencional de dor ou sofrimento agudos, físicos ou mentais; (b) a finalidade do ato, que pode ser a obtenção de informações ou confissões, a aplicação de castigo, a intimidação ou a coação, e qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; (c) a vinculação do agente ou responsável, direta ou indiretamente, com o Estado²³. Ademais, ainda nos termos do mesmo dispositivo da Convenção, estes tipos de condutas para serem criminosas devem ter sido praticadas por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Por sua vez, o art.2º, da Convenção, refere de maneira expressa que, sejam quais forem as circunstâncias (ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência), a tortura é prática inaceitável pelos Estados-Partes, e quando ocorrida: os Estados devem adotar medidas para garantir que as investigações sobre o sucedido sejam totalmente imparciais (art.12); que o Estado assegure às vítimas de tortura o direito à indenização (art.14); que as provas ilícitas advindas de práticas de tortura sejam expressamente proibidas em qualquer processo – salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada (art.15).

Já a lei brasileiro nº 9.455/95, exige para configurar o crime de tortura o emprego de violência e grave ameaça, enquanto que a Convenção se refere a qualquer ato que possa infligir dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, além do dispositivo nacional configurar este crime como delito comum, enquanto a Convenção o enquadra como delito próprio – envolvendo vínculo com o Estado.

22. Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1984, e ratificada pelo Brasil em 28/09/1989, promulgada pelo Decreto nº40, de 15/02/1991. Cumpre o registro ainda de que o Brasil, através do Decreto nº 6.085, de 19/04/2007, promulgou o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, adotado em New York em 18/12/2002, e cujo objetivo é estabelecer um sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde pessoas são privadas de sua liberdade.

23. Art.1º, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes.

Para além disto, o Brasil também firmou e ratificou, na data de 20/07/1989, aprovada pelo Decreto Legislativo nº05/89, e promulgada pelo Decreto nº98.386/89, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, instituída pela OEA, em seu XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral, em Cartagena das Índias, Colômbia, em 09/12/1985.

Todo este esforço de normatização e mesmo enquadramento internacional do país no âmbito a proteção dos Direitos Fundamentais não surtiu efeitos naquilo que é central em processos como este: na mudança cultural de tratamento do tema e de comportamentos a ele vinculados, haja vista o relatório da Anistia Internacional no Brasil em 2001, dando conta que:

Há um uso sistemático de tortura e maus-tratos no momento em que é efetuada a prisão e durante o interrogatório de suspeitos para obtenção de confissões, informação ou para extorquir dinheiro... a grande maioria das vítimas é composta de suspeitos criminais de baixa renda, com grau de instrução insuficiente, freqüentemente de origem afro-brasileira ou indígena, que compõem um setor da sociedade cujos direitos sempre foram ignorados no Brasil²⁴.

O mesmo ocorre com a Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas através da Resolução 47/133, de 18 de dezembro de 1992, associada à proteção que os Convênios de Genebra, de 12 de agosto de 1949, e seus Protocolos Adicionais de 1977, observados os termos da resolução 43/173, de 9 de dezembro de 1988, assim como os princípios relativos a uma eficaz prevenção e investigação das execuções extralegais, arbitrárias ou sumárias, formulados pelo Conselho Econômico e Social, em sua Resolução 1989/65, de 24 de maio de 1989, e aprovados pela Assembléia Geral em sua resolução 44/162, de 15 de dezembro de 1989.

É de se ver que na declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados, tem-se a assertiva de que nenhum Estado cometerá, autorizará ou tolerará desaparecimentos forçados (art.2.1.), bem como que, *além das sanções penais aplicáveis, os desaparecimentos forçados deverão gerar responsabilidade civil dos seus autores e do Estado ou das autoridades do Estado que tenham organizado, consentido ou tolerado tais desaparecimentos, sem prejuízo da responsabilidade internacional desse Estado, de acordo com os princípios do direito internacional (art.2.5.).*

É interessante como dispõe o documento referido sobre o fato de que *nenhuma circunstância, qualquer que seja, mesmo em se tratando de ameaça de guerra, estado de*

24. ANISTIA INTERNACIONAL. Tortura e Mas-Tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. Brasil: Anistia Internacional, 2001, p.05. Registra o relatório ainda que a maior parte dos atos de tortura e tratamentos degradantes e cruéis ocorre nas delegacias de política e estabelecimentos penais.

guerra, instabilidade política interna ou qualquer outro estado de exceção, pode ser invocada para justificar os desaparecimentos forçados (art.7), além do que os Estados velarão para que a autoridade competente disponha das faculdades e dos recursos necessários para levar a cabo a investigação, incluídas as faculdades necessárias para exigir o comparecimento de testemunhas e a apresentação de provas pertinentes, assim como para proceder sem demora visitas a locais (art.13.2.).

E de se lembrar que em 1968, a Assembléia Geral das Nações Unidas criou a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos crimes contra a humanidade, podendo ser responsabilizado o Estado no particular. Dispõem seus artigos primeiro e segundo que:

(a) São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes: Os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as “infrações graves” enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra; Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de “apartheid”; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos.

(b) Sendo cometido qualquer crime mencionado no Artigo 1º. as disposições da presente Convenção aplicar-se-ão aos representantes da autoridade do Estado e aos particulares que nele tenham participado como autores ou como cúmplices, ou que sejam culpados de incitamento direto à sua perpetração, ou que tenham participado de um acordo tendo em vista cometê-lo, seja qual for o seu grau de execução, assim como aos representantes do Estado que tenham tolerado a sua perpetração.

Assim é que, a despeito do Brasil não ter ratificado esta Convenção, ela tem operado efeitos em vários países exatamente em nome da proteção de Direitos Fundamentais envolvidos na espécie. E isto por quê? Pelo fato de que uma das formas de se reconhecer alguém como indivíduo é reconhecer que esse alguém não é somente sujeito de suas próprias ações, mas também objeto das ações dos outros, e sendo assim, precisam conhecer e reconhecer seus direitos não apenas

para agir tendo por base estes direitos, mas fundamentalmente para respeitar os direitos dos outros²⁵.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem contribuído em muito na geração de diretrizes à atribuição de sentido das normas veiculadas por estes Tratados e Pactos internacionais, extraindo inclusive deles verdadeiros princípios emergentes de proteção aos Direitos de que tratam, um dos quais diz com a tese de que a responsabilidade do Estado e de seus agentes que praticaram violações à vida humana digna não se aplica somente nas chamadas situações de transição democrática, mas transcendem a elas, pois dizem respeito à impunidade, sendo que aquelas transições terminam e muitas questões relacionadas com o passado persistem, restando o questionamento sobre o que fazer com as degradações humanas ocorridas jamais cicatrizadas.

Por outro lado, políticas públicas que visam recuperar o tipo de memória e verdade de que estou tratando geram outros efeitos importantes em nível de conscientização política e formação da opinião pública, no sentido de constituir/restaurar a confiança entre os cidadãos e entre estes e as instituições públicas, imprimindo às reparações – não só pecuniárias – outra função substancial, a saber, atestar que é possível e necessário restabelecer relações de igualdade e respeito entre os poderes públicos e a comunidade que eles representam²⁶.

E não se diga que tais políticas só podem nascer de governos de esquerda e que têm em seus quadros pessoas que sofreram na carne com isto, eis que a experiência internacional já demonstrou que estes temas envolvem verdadeiros patrimônios comuns universais – vida humana, liberdade, igualdade, regimes democráticos, etc.. Assim é que a França contou com o governo conservador de Chirac para reconhecer os atos de tortura, morte e desaparecimento de pessoas no fatídico episódio ocorrido em 17/07/1942, quando a gestão de Philippe Pétain/Vichy prendeu em massa mais de 1.300 judeus no velódromo de inverno em Paris, para em seguida enviá-los para campos de concentração alemães²⁷.

No Chile, com o fim da ditadura militar em 1989, e com o governo da *Conciliación*, em 1990, foi criada a Comissão da Verdade e Reconciliação, que apurou várias situações de tortura, morte, desaparecimento e seqüestros de pessoas por este regime, a despeito dos inúmeros indultos que igualmente promoveu em face de muitos agentes da força pública que foram enquadrados na Lei de Anistia de 1978 (criada pelos próprios militares)²⁸.

25. MEZAROBBA, Glenda. O que é a justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In SOARES, Inês V. P. & KISHI, Sandra A. S. Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.44. Lembra o autor que o reconhecimento é importante, precisamente porque constitui uma forma de identificação do significado e do valor das pessoas – novamente como indivíduos, como cidadãos e como vítimas.

26. Neste sentido ver o trabalho de GREFF Pablo de. The Handbook of reparations. New York: Oxford University Press, 2006.

27. WILLIAMS Charles. Pétain: How the Hero of France Became a Convicted Traitor and Changed the Course of History. In <http://www.ralphmag.org/DP/petain.html>, acessado em 30/03/2011.

28. CASSEL, Douglas. Lecciones de las Américas: lineamientos para una respuesta internacional ante la Anistia de Atracidades. In Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, vol.24. Julho/dezembro de 1996

Na Argentina, a despeito das confusas e ineficientes estratégias do governo Alfonsín, e do comportamento liberalizante dos governos Menem (Lei *Punto Final* (Lei nº23.492, de 29/12/1986) e *Obediencia Debida* (Lei nº23.521, de 09/06/1987)), desde 2006, com a invalidação ao menos parcial destas normas, o país já apurou a responsabilidade de mais de 30 pessoas por atos de tortura, morte, seqüestro e desaparecimento de pessoas, sendo que mais de 500 estão ainda sendo processadas²⁹.

O caso África do Sul, por outro lado, além de inovador também foi muito eficiente, eis que tratou destes temas pós-ditaduras com sensibilidade e espírito reconciliador, alterando a lógica à apuração da verdade e memória, valorizando sobremaneira as narrativas pessoais dos envolvidos – vítimas e algozes -, através de sua *Truth and Reconciliation Commission* – TRC, e incentivando procedimentos especiais de confissão e desculpa. Nestes termos, todas as pessoas que confessassem estórias de tortura, abusos, ocultação de cadáveres, e outros crimes da repressão, perante a TRC, receberiam o indulto, gerando massivos comportamentos de auto-responsabilização sem a presença impositiva e dura do Estado Democrático na condição de julgador³⁰.

No caso brasileiro, vários são os episódios e situações envolvendo os tempos após a ditadura, mas pode-se sublinhar aqui o momento especial da data de 04/12/1995, quando o país reconheceu oficialmente a existência de pessoas mortas e desaparecidas por terem participado, ou terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, através da Lei Federal nº9.140/95, sendo que o Decreto nº2.255, de 16.6.1997, concedeu as primeiras indenizações previstas nesta Lei. Criada Comissão Especial para a gestão destas demandas, esta se encarregou de: (a) proceder ao reconhecimento de pessoas desaparecidas, bem como as que, por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação em atividades políticas, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, tenham falecido, por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas; (b) envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados; (c) emitir parecer sobre os requerimentos relativos à indenização que venham a ser formulados pelas pessoas referidas na Lei³¹.

29. Idem, p.38. Vekja-se que o argumento da obediência devida foi inclusive rechaçado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando assevera que: Los jefes son legalmente responsables. A razão de la doctrina de la responsabilidad jerárquica, las personas que ocupan puestos de autoridad serán legalmente responsables por las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario cometidas por las personas que operan bajo su control efectivo. In INSTITUTE. International Human Rights Law. Los Principios de Chicago sobre Justicia transicional. In <http://www.iidh.ed.cr/biblioteca/digital>, acesso em 29/01/2011, p.76. O Uruguai adotou a mesma estratégia, nos termos da Lei nº15.848/1986, assim como o Chile, nos termos do Decreto-Lei nº2.191, de 19/04/1978.

30. ASMAL, Kader. International Law and Practice: dealing with the past in the South African experience. In *International Law Review*, vol.15, nº06, November/2000, p.1215. Lembra o autor que as anistias foram muitas vezes a condição de possibilidade para que se estabelecessem Comissões da Verdade e da Memória em diversos países, inclusive na África do Sul.

31. Art.4º, da Lei sob comento. Veja-se que no art.11 há inclusive a previsão do quanto a ser indenizado: Artigo 11 - A indenização, a título reparatório, consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 3.000,00 (três mil reais) multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido, levando-se em consideração a idade à época do desaparecimento e os critérios e valores traduzidos na tabela constante do Anexo II desta Lei. § 1º - Em nenhuma hipótese o valor da indenização será inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Para além das indenizações financeiras, resultou do trabalho desta Comissão a publicação do Livro *Direito à Verdade e à Memória*, consignando os registros de trabalhos desenvolvidos, sem, no entanto, enfrentar o problema dos arquivos secretos e sua disponibilidade. E qual o custo disto, dentre outros? O do risco de serem perdidos para sempre, como mostrou a reportagem do jornal *O Globo*, edição de 13/12/2004, dando conta de que documentos produzidos por órgãos de informação da Aeronáutica, da Marinha, do Exército, e de outras instituições ligadas à repressão, foram incinerados na Base Aérea de Salvador, matéria inclusive veiculada pelo programa televisivo do *Fantástico*, da Rede Globo, exibindo 78 fragmentos de fichas, prontuários e relatórios produzidos ou recebidos pela Base Aérea. Os papéis datam de 1964, quando se instalou a ditadura militar no país, até 1994, época em que já se vivia em regime democrático³².

O jornal *Estadão*, de São Paulo, em data de 10/02/2010, noticiou que: *Após quatro anos de pressão do governo, a Aeronáutica entregou ao Arquivo Nacional, no início do mês, pelo menos parte dos documentos secretos que produziu durante a ditadura militar*, todavia, ela própria informara anteriormente que esses itens haviam sido destruídos, o que reaviva a suspeita de que as Forças Armadas mantêm escondidos papéis sigilosos da ditadura³³.

Os documentos referidos fariam parte do acervo do Centro de Segurança e Informação da Aeronáutica (Cisa), constituindo-se em 189 caixas, com aproximadamente 50 mil documentos acumulados nos governos militares, entre 1964 e 1985, incluindo informações sobre Ernesto Che Guevara, Fidel Castro e Carlos Lamarca, havendo indícios de que *registros importantes tenham sido retirados antes de efetivada a entrega, no último dia* ³⁴.

No Rio Grande do Sul, com a lei 11.042/97, também houve o reconhecimento da responsabilidade estatal por danos causados às pessoas detidas por motivos políticos entre dois de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. No período de vigência desta lei, mais de 1.378 pessoas pediram indenizações por motivos de sevícias em prisões. Destas, mil foram concedidas, atingindo um total de R\$ 18 milhões para os cofres públicos, tendo a comissão encarregada deste trabalho ouvido cerca de 560 testemunhas e 197 torturados, promovendo mais de 1.200 audiências³⁵.

O Ministério da Justiça publicou, no último dia 05 de abril/2011, a Portaria nº417, que pretende facilitar o acesso a determinados documentos relacionados ao regime militar, do Sistema Nacional de Informação e Contra-informação, em especial referente aos anos de 1964 a 1985, sob a guarda do Arquivo Nacional. Tal gesto talvez contribua na avaliação mais refletida que se tenha de fazer sobre os termos restritivos de acesso a este tipo de informação construídos pela Lei Federal nº8.159/91,

32. In <http://www.consciencia.net/brasil/desaparecidos.html>, acessado em 12/04/2011.

33. <http://youpode.com.br/blog/alguemmedisse/tag/exercito/>, acessado em 14/04/2011.

34. Idem.

35. Conforme informação colhida no sítio <http://www.al.rs.gov.br>, acessado em 13/04/2011.

e posterior Lei Federal nº11.111/2005, ambas criando dificuldades temporais longínquas de abertura dos arquivos secretos do regime de exceção.

Por outro lado, não se pode também perder a perspectiva de que muitos documentos daquele período não tenham sido transferidos ao Arquivo Nacional, aliás, como relata a matéria jornalística de Vera Rotta, publicada na Revista Carta Maior, na edição de 06/02/2006, que vale a pena ser transcrita:

BRASÍLIA - *Existem arquivos secretos do Exército, da Marinha e da Aeronáutica que não fazem parte do acervo transferido da Agência Brasileira de Inteligência (Abin) para o Arquivo Nacional, no final do ano passado. A afirmação é de Diva Santana, vice-presidente do Grupo Tortura Nunca Mais na Bahia e atual representante dos familiares na Comissão Especial dos Mortos e Desaparecidos Políticos criada pela Lei 9.140, de 4 de dezembro de 1995.*

Diva esteve em Brasília no último dia 2 de fevereiro para participar da primeira reunião da Comissão em 2006 e, em entrevista exclusiva a CARTA MAIOR, falou da história de luta dos familiares – que há mais de 30 anos procuram os restos mortais de seus parentes assassinados pela ditadura militar.

Ela é irmã de Dinaelza Santana Coqueiro e cunhada de Vandick Coqueiro. Dinaelza e Vandick foram executados na Guerrilha do Araguaia. Parte das informações que Diva colheu sobre os parentes foram dadas por moradores da região. Dados oficiais, no entanto, chegaram a ela por meio de relatório confidencial do Exército encaminhado ao Ministro Maurício Corrêa, durante o governo Itamar Franco (92/94). “Nós só começamos a afirmar que eles estavam mortos depois desse relatório”, conta. “Eu levei o corpo de meu pai e eu o levei ao tumulto. Ele está morto. Mas até aquele relatório, eu não falava que minha irmã ‘estava morta’. Depois da lei 9140, nós recebemos um atestado de óbito em que consta: Dinaelza Soares Santana, filha de fulano e cicrana, nasceu em tal lugar, morreu lei 9140. Essa morte só no Brasil é que tem. A morte da Lei. Eu não gosto nem de ver esse atestado de óbito. Não gosto nem de olhar porque é terrível. Morte: lei 9140. Uma lei que mata. Outras leis são para dar vida e essa é para matar. Só num país como o nosso é que isso existe. E o povo engole e se cala diante de um negócio desses. Só num país com um povo que não é cidadão, que é mal informado isso não acontece”. Leia a seguir trechos selecionados da entrevista com Diva Santana:

CARTA MAIOR – *Qual a maior dificuldade dos familiares para ter acesso às informações que levam ao corpo e as circunstâncias da morte de seus parentes?*
DIVA SANTANA - *A grande dificuldade é saber a verdade. Continuamos ba-*

talhando pela abertura dos arquivos das Forças Armadas. Na minha opinião, pouca coisa dos arquivos que foram gerados em todo o período do regime militar estava na Abin. Ali estavam arquivos de informações. Não são os processos, e nem os inquéritos, nos quais se descrevem prisões, torturas e mortes. Para esclarecer os casos, se faz necessário abrir todos os arquivos das Forças Armadas. E esses arquivos estão aí. Volta e meia nos deparamos com declarações públicas e com livros feitos com informações de militares. Portanto, os arquivos das Forças Armadas existem. Vamos continuar lutando para que eles sejam abertos, não só para prestar esses esclarecimentos, mas também para o povo brasileiro, para que faça parte da nossa história.

CM – Como você vê o processo brasileiro de tratar o período da ditadura militar em relação a outros países da América Latina que passaram pelo mesmo processo?

DS - Às vezes penso viver num país do faz-de-conta. A gente vê a Argentina e o Chile tratando dessas questões e exemplos como o Paraguai que teve seus arquivos abertos. Conheço pessoas que fizeram mestrado trabalhando arquivos do Paraguai. E nesses arquivos encontra-se alguma coisa do Brasil [em relação à Operação Condor]. Não dá para continuar escondendo os fatos que aconteceram aqui no Brasil. Mesmo porque foi feito com dinheiro público, com verbas públicas. Ninguém pode pegar esses registros, levar para sua casa, botar num baú e esconder e queimar a verdade. No nosso país, a prática de queimar arquivos vem desde Rui Barbosa. Ele queimou os arquivos dos senhores de engenho que maltratavam os escravos e hoje você tem um seguimento social – a raça negra – que não tem registros da sua história, não sabe como reconstitui-la porque não existem arquivos. Essa prática no Brasil é antiga e tem que ficar para trás. Tem uma sociedade, tem um povo que precisa contar sua história. Essa verdade tem que vir à tona e espero e acredito que venha. Um dia isso vai acontecer.

CM – Os militares afirmam sistematicamente que esses arquivos não existem, que grande parte dele foi queimada, que o incêndio do Galeão destruiu muita coisa, Mas também há pessoas que participaram pelo lado dos militares que ainda estão vivas, como, por exemplo, o major Curió. Que medidas poderiam ser tomadas para que essas pessoas dessem depoimentos sobre a época, sobre o que aconteceu?

DS – Eu li recentemente em jornal o major Curió afirmando que tem muitos documentos e que vai fazer um livro antes de morrer. Esta comissão deve chamar o Major Curió e outros que afirmam ter arquivos. Eu já falei da prática de queima de arquivos e recentemente todos os brasileiros tomaram conhecimento em matéria no Fantástico da Rede Globo sobre os arquivos queimados na Base Aérea de Salvador. A primeira resposta dada pela aeronáutica à reportagem foi a de que esses arquivos haviam sido queimados no incêndio do Aeroporto do Galeão. A matéria mostra então restos

de papéis queimados com carimbos do Dops, da Aeronáutica, do Serviço Secreto. Isso descaracterizou e desmentiu a informação de que foram queimados no Galeão³⁶.

CM – Então eles escondem esses arquivos e eventualmente aparecem alguns queimados para parecer que não existem mais?

DS – *Eu não acredito que três forças brasileiras – Marinha, Exército e Aeronáutica [sem contar as polícias estaduais] – que prenderam, torturaram e mataram não têm um registro disso. Também não acredito que eles registraram e depois mandaram queimar. Eu não acredito. Eles [o governo federal] têm responsabilidade com todo o trabalho desenvolvido por essas três forças, têm responsabilidade para com a nação, com os tratados que esse país tem lá fora. Isso é muito ruim e leva o país a um descrédito total. Um país que não conta a sua história e que tem três forças militares se comportando dessa maneira – queimando arquivos com informações sobre brasileiros desaparecidos – é absurdo. Esses arquivos não foram queimados. Além do mais, tudo isso foi feito com dinheiro público. Na minha opinião, em relação a esses arquivos da Bahia, alguém das forças retrógradas que ainda dominam boa parte do Estado quis acobertar, limpar, não deixar vestígios da ligação de seu nome com a repressão militar. Alguém que sentiu o avanço da política, com um operário governando, um nordestino governando esse país, e percebeu que alguma coisa mudou. Alguém sentindo que futuramente seu nome poderia aparecer como coadjuvante daquele período manda botar fogo nos arquivos. Eu não provo nada disso. Isso é a leitura que eu faço deste episódio.*

CM – De que fatos você tira essa avaliação? – DS – *Ao longo desses anos, antes pelo Comitê de Anistia, depois pelo grupo Tortura Nunca Mais, venho sempre recorrendo aos superintendentes da Polícia federal, aos secretários de estado e aos ministros da Justiça pela abertura dos arquivos da Bahia. Na época do governo Itamar, estivemos com o superintendente da Polícia Federal na Bahia buscando a abertura dos arquivos. Fomos primeiro ao secretário de estado, Sérgio Abib. Ele nos informou que ao assumir a Secretaria de Segurança Pública encontrou os arquivos dos DOPS e remeteu o que encontrou para a Polícia Federal. Fomos a Polícia Federal. O superintendente confirmou que estavam naquela superintendência, porém só nos daria acesso com autorização do ministro da Justiça. Viemos até o ministro Maurício Corrêa e pedimos providência. Ele disse que ia provi-*

36. Veja-se que o art.9º, da Lei Federal nº8.159/1991, dispôs que: a eliminação de documentos produzidos por instituições públicas e de caráter público será realizada mediante autorização da instituição arquivística pública, na sua específica esfera de competência. Ocorre que a ambiguidade destes termos talvez possa autorizar o entendimento casuístico de que somente os documentos que estão em posse desta instituição arquivística pública (Arquivo Nacional, por exemplo) é que devem observar o que diz a norma, pois os documentos que se encontram sob os cuidados das forças militares não são alcançados pela esfera de competência destes arquivos públicos referidos.

denciar, mas não o fez. Logo depois, veio o governo Collor. Viemos novamente dessa vez ao ministro Bernardo Cabral, relatando a mesma história e nada de providências. Falamos com todos os ministros subsequentes, Jobim, Renan Calheiros, Íris Rezende. Nenhum nos deu autorização. No último ano do governo Fernando Henrique Cardoso, o ministro da Justiça, Paulo de Tarso, me nomeou, pelo Diário Oficial, para que eu tivesse acesso àqueles arquivos da Polícia Federal para subsidiar os trabalhos dessa comissão. Logo em seguida, entrou o governo Lula. Nós procuramos o superintendente da PF. Ele disse não ter conhecimento do assunto, mas que viria a Brasília conversar com o delegado Paulo Lacerda e que procurássemos por ele em 15 dias. Procuramos e ele pediu para alguns meses para fazer uma arrumação nas dependências onde poderíamos verificar os arquivos. Voltamos em três meses. Encontramos a sala bem arrumada e um agente acompanhou o trabalho da gente. Ele nos levou ao galpão para ver as caixas. Quando eu entrei no galpão da PF, a primeira coisa que meu olho bateu foi em letras de hidrocor vermelho escrito DOPS. Eu disse, quero ver aquelas pastas ali. Ah aquelas pastas ali só tem as fichas de funcionários. Eu disse, mas eu quero ver. Eram muitas caixas. Realmente ele abriu umas 10 e todas estavam com papéis do funcionalismo da superintendência. Eu fiquei desolada. Aí partimos para trabalhar todas as pastas. Encontramos inquéritos e relatos. Por exemplo, sobre a morte do Lamarca, sobre a morte da Iara Iavelberg. Tudo isso a gente encontrou com descrição. Perguntamos pelos processos. Informaram que haviam sido enviados para Auditoria Militar. Chegamos à auditoria militar e lá consta um resumo de cada processo e eles disseram que, depois de 1988, esses processos vieram para Brasília para a 2ª região militar. E aí eu quero chegar aos arquivos queimados da base aérea de Salvador. Qual é a minha dedução, os três meses que eles pediram para arrumar nosso canto para podermos trabalhar foram solicitados para limpar os arquivos do DOPS que, depois, foram colocados na base aérea e incinerados. Essa é a leitura que eu faço. E pergunto: porque a comissão que foi criada para investigar essa queima de arquivos não me chama para eu dar a minha opinião? Eu acho que esses arquivos foram retirados da Polícia Federal e levados para algum lugar para depois botarem fogo. E é o mesmo período. O período em que a gente está lá fazendo esse trabalho é quando no final do ano se bota fogo naqueles arquivos. Na minha opinião é para esconder, ocultar a participação de alguém naquele episódio. Aqueles arquivos que estavam na base aérea eram os que estavam na Polícia Federal da Bahia. São documentos importantíssimos. Trazem, por exemplo, esclarecimentos sobre a morte da Iara Iavelberg que eles sempre disseram que foi suicídio. Lá tem o relatório da Polícia Federal que diz que não foi bem assim. Então serve para elucidar muita coisa. Acabei de falar com o

Ministro (Paulo Vannuchi) e informei que o superintendente da Polícia Federal falou pra mim que não tem o menor interesse que aqueles documentos continuem ali. Quer que o ministro decida. Eu vou conversar com ele e fazer um documento para o ministro para que ele decida o destino daqueles arquivos que estão na Polícia Federal da Bahia.

CM – Foi formada uma comissão interministerial para investigar a questão dos mortos e desaparecidos do araguaia. Essa comissão já apresentou algum relatório aos familiares? **DS** - Não temos conhecimento. Estamos esperando a apresentação de algum relatório. Nem como familiar, nem como dirigente de entidade não temos nenhum conhecimento nem de qual seja o trabalho dessa comissão interministerial. Uma outra comissão também, que não dá nenhuma informação é a que foi criada para averiguar a queima dos arquivos em Salvador. Houve aquela primeira perícia – feita pela Polícia Federal – que diz que [os documentos] foram queimados fora [da Base Aérea] e jogados lá dentro. Houve uma segunda perícia, do Instituto Criminalístico de Brasília – muito bem feita que confirmou que a queima foi feita lá. E aí parece que foi pedida uma nova perícia e ainda não temos nenhum resultado sobre isso.

CM – E eses arquivos que foram para o Arquivo Nacional? Eles eram de difícil acesso quando estavam na Abin? **DS** - Eles foram de difícil acesso por um tempo, mas atualmente qualquer cidadão fazia um requerimento à Abin e, em menos de um mês, recebia um relatório de toda a sua vida pregressa. Não estava havendo dificuldade. Acho que só mudou de lugar. Parece que lá (no Arquivo Nacional) você consegue uma cópia do documento e a Abin não dava essa cópia, só o relatório, mas ali estava tudo. Eu conheço dois relatórios de dois militantes na Bahia que contêm informações de toda a vida deles. Um trabalho muito bem feito. Ali você pega e vê que eles têm informações. Mas, buscou aonde? Não tem um arquivo secreto? Tem. Porque a Marinha na Bahia não permitiu nem conversar com a gente. Nós pedimos uma reunião ao comandante da Marinha. Quando soube que era sobre os arquivos não recebeu a gente. Por que o comando do Exército não recebe a gente para falar sobre arquivos? Custa a ele dizer: “não, nós não temos”? É muito sintomática essa postura. Não recebe, não quer conversar.

CM – Mas mesmo que os arquivos não existam, muitas pessoas ainda estão vivas e sabem o que aconteceu... **DS** - Tem muita gente viva ainda. Eu li o livro do [jornalista Luiz] Maklouf [Carvalho], que faz a entrevista com o coronel Lídio. Ele fala muita coisa. Fala até de gente que trabalha hoje ainda no Ministério de Minas e Energia, de gente que atuou no Araguaia. No livro ele fala. Quando Lula assumiu, muitos deram baixas de seus serviços porque estavam todos aqui no serviço secreto, mas

ainda tem gente trabalhando. Torturadores, gente que participou da repressão na ativa. Eu inclusive tenho a impressão de que há um acordo entre eles, tipo: está na hora de começarmos a falar.

CM – Ou de começar a contar a história que eles querem contar...

DS - *Exatamente. Mas isso eu não generalizo todos os militares, não. Acho que são alguns militares, não são todos. Muitos militares defendem que seja aberto. Fez, todo mundo sabe que fez, por que não colocar acessível a todo o povo? A gente pode não saber oficialmente, mas eu sei como a minha irmã morreu. Eu sei que ela era torturada para entregar os companheiros, como ela não entregava e respondia com muita altivez às porradas que ela tomava, ela cospe na cara do Curió e o Curió dá um tiro na testa dela. Quem disse isso, foi quem viu a morte dela. E eles sabem disso. Ai, de vez em quando, vem um dizer: “eu não durmo de noite”. Eu outro dia falei com um militar de Minas pelo telefone e perguntei porque ele resolveu falar isso agora. Ele disse: “para ver se eu consigo tirar isso de minha cabeça. Eu não durmo de noite”. Ele culpou os militares, dizendo que fez um serviço lá e depois foi jogado e que nem aposentadoria tem. Já me perguntaram sobre a movimentação de militares pedindo indenizações. Eu digo que eu falo pelo meu lado. Cada um que fale do seu lado. Direitos são iguais para todos. Quem tiver seus direitos que reivindique. Eu estou reivindicando o meu lado.³⁷*

Não se pode perder a memória também, ainda relacionada a estes fatos, de que a busca mais efetiva pelos arquivos secretos da ditadura começou em 2005, quando a então ministra Dilma Rousseff assumiu o comando da Casa Civil. Em novembro daquele ano, ela determinou o recolhimento de todos os arquivos produzidos pelos extintos Conselho de Segurança Nacional (CNS), Comissão Geral de Investigações (CGI) e Serviço Nacional de Informações (SNI). Em 30 dias, todos os 230 mil microfilmes, 13 arquivos de aço e 1.000 caixas com documentos foram levados pela Polícia Federal ao Arquivo Nacional³⁸.

Em meio a este cenário todo, ainda no ano de 2005, a Organização das Nações Unidas - ONU fez uma recomendação ao Brasil para que: (a) fosse revelada toda a verdade, mediante a abertura de arquivos do período militar e a criação de comissões da verdade imparciais; (b) fosse efetivada a responsabilização pessoal dos perpetradores de graves violações de direitos humanos, entendendo que a situação de impunidade é fator de inspiração e dá confiança a quem adota práticas violadoras de direitos; (c) fosse levado a efeito a reparação patrimonial dos danos às vítimas, através de indenizações financeiras; (d) fossem reformados institucionalmente os serviços

37. Entrevista colhida no sítio http://laastro.ufsc.br/?page_id=1543, acessado em 14/04/2011.

38. Conforme reportagem do Jornal Estadão, de São Paulo, publicado em 28/02/2010, e veiculada no sítio eletrônico: <http://youpode.com.br/blog/alguemmedisse/tag/exercito/>, acessado em 14/04/2011

de segurança, expurgando de seus quadros quem propagava a teoria do período; (e) fossem instituídos espaços de memória, para que as gerações futuras soubessem que, no país, se praticou o terror em nome do Estado.

Apesar disto, em manobra explicitamente violadora dos tratados firmados, o governo brasileiro sancionou, em 05 de maio de 2005, a Lei nº 11.111/2005, que entrou em vigor no dia da sua publicação, praticamente inviabilizando o acesso aos arquivos, eis que dispôs: (a) *Art.2o. O acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral será ressalvado exclusivamente nas hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos do disposto na parte final do inciso XXXIII, do caput, do art. 5o, da Constituição Federal;* (b) *Art.3o. Os documentos públicos que contenham informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado poderão ser classificados no mais alto grau de sigilo, conforme regulamento.*

Ao lado disto, porém, há compromissos do Governo Brasileiro, só para falar desde o Programa Nacional de Direitos Humanos II, no sentido de apoiar a organização e operação de defesa dos Direitos Humanos, fortalecendo a cooperação com organismos internacionais de proteção aos direitos humanos e reconhecendo o sistema interamericano de Direitos Humanos como interlocutor e protagonista fundamental à concretização destes Direitos³⁹. Neste mesmo documento, restou expressa a aceitação da jurisdição compulsória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, atribuindo-lhe garantia adicional a todos os brasileiros no que tange à proteção de tais direitos.

Agora, no Programa Nacional de Direitos Humanos III, foram ratificados e ampliados aqueles compromissos de Estado e de Governo, em seu eixo orientador VI, diretrizes 23, 24 e 25. Nas razões de justificação e fundamentação deste eixo orientador lê-se:

A investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania. Estudar o passado, resgatar sua verdade e trazer à tona seus acontecimentos, caracterizam forma de transmissão de experiência histórica

que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva.

O Brasil ainda processa com dificuldades o resgate da memória e da verdade sobre o que ocorreu com as vítimas atingidas pela repressão política durante o regime de 1964. A impossibilidade de acesso a todas as informações oficiais impede que familiares de mortos e desaparecidos possam conhecer os fatos relacionados aos crimes praticados e não permite à sociedade elaborar seus próprios conceitos sobre aquele período.

A história que não é transmitida de geração a geração torna-se esquecida e silenciada. O silêncio e o esquecimento das barbáries geram graves lacunas na experiência coletiva de construção da identidade nacional. Resgatam-

39. Conforme Programa Nacional de Direitos Humanos-PNDH II, in WWW.mj.gov.br/sedh/pndh/pndhII, acessado em 10/10/2010.

do a memória e a verdade, o País adquire consciência superior sobre sua própria identidade, a democracia se fortalece. As tentações totalitárias são neutralizadas e crescem as possibilidades de erradicação definitiva de alguns resquícios daquele período sombrio, como a tortura, por exemplo, ainda persistente no cotidiano brasileiro.

O trabalho de reconstituir a memória exige revisitar o passado e compartilhar experiências de dor, violência e mortes. Somente depois de lembrá-las e fazer seu luto, será possível superar o trauma histórico e seguir adiante. A vivência do sofrimento e das perdas não pode ser reduzida a conflito privado e subjetivo, uma vez que se inscreveu num contexto social, e não individual.

A compreensão do passado por intermédio da narrativa da herança histórica e pelo reconhecimento oficial dos acontecimentos possibilita aos cidadãos construir os valores que indicarão sua atuação no presente. O acesso a todos os arquivos e documentos produzidos durante o regime militar é fundamental no âmbito das políticas de proteção dos Direitos Humanos⁴⁰.

Mas qual a responsabilidade do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público interno e externo em face destes acontecimentos e cenários? É o que passo a tratar agora, primeiro sobre o prisma geral da responsabilidade objetiva e, em seguida, verificar pontualmente como isto se dá nos casos objeto deste estudo.

4. ESTADO DA ARTE DO ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DA RESPONSABILIDADE EM GERAL DO ESTADO ADMINISTRADOR NO BRASIL E SUA POSSIBILIDADE APLICATIVA PARA OS COMPORTAMENTOS DE EXCEÇÃO DO REGIME MILITAR

É importante reconhecer que, em termos históricos, no Brasil imperial não havia qualquer disposição geral acolhendo a responsabilidade do Estado, embora esta fosse adotada em leis e decretos específicos, conforme notícia Amaro Cavalcanti⁴¹. São desse período, entre outros, o Decreto nº 1.930, de 26.04.1857, que obrigava a Fazenda Pública a ressarcir os danos causados por servidor de estrada de ferro.

Já a Constituição de 1824, art.179, nº29, previa a responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, salvo no que respeitava ao Imperador, que gozava do privilégio da irresponsabilidade (art.99), entendendo-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes.

40. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Brasília: SDH/PR, 2010, p.170.

41. CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado. Rio de Janeiro: Borsó, 1957.

A Constituição de 1891, a primeira dessa fase, previa, quase nos mesmos termos da anterior, a responsabilidade dos funcionários públicos pelos abusos e omissões praticados no desempenho de seus cargos, ou quando fossem indulgentes com seus subalternos (art.82). A partir disso, leis e decretos tornavam expressa a responsabilidade da Fazenda Pública por atos danosos praticados por seus agentes. São exemplos, entre outros, o Decreto nº1.663, de 30.01.1894, que responsabilizava o Estado por prejuízos decorrentes de colocação de linha telegráfica; o Decreto nº1.692-A, de 10.04.1894, que tratava da responsabilidade da União ligada aos serviços de correio⁴².

Veja-se que se chegou a aventar, neste período, como queria Pedro Lessa, da necessidade de se adotar a teoria do risco integral como fundamento da responsabilidade civil do Estado, enquanto vários acórdãos consagravam o dever da União Federal de indenizar os prejuízos ocorridos por ocasião dos bombardeios de Manaus e Salvador e nos distúrbios que danificaram empresas alemãs, por ocasião da 1ª Guerra Mundial, e do afundamento de navios brasileiros, que precedem a entrada do Brasil na 2ª Guerra Mundial⁴³.

Até a Constituição de 1946 imperava no país, em termos de responsabilidade do Estado, a lógica privada do disposto no art.15, do Código Civil de 1916⁴⁴, associado às circunstâncias configuradoras da chamada falta do serviço, passando-se a partir daqui a adotar a Responsabilidade Objetiva do ente público, consoante os termos do art.37, §6º, da Constituição Federal de 1988, o que vem ratificado pelo art.43, do novel CCB, ao dispor que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

No clássico trabalho sobre responsabilidade civil de José de Aguiar Dias, pode-se atentar à importância de requisito material à caracterização da responsabilidade em geral que se afigura relevante para a responsabilidade do Estado, a saber, o elemento causa do ato potencialmente danoso, assim identificado por ele:

*Só é causa aquele fato a que o dano se liga com força de necessidade.
Se numa sucessão de fatos, mesmo culposos, apenas um, podendo evitar*

42. É de se referir que, antes disto, já em 1890, houve o Decreto n. 451-B, de 31.5.1890, dispondo sobre o Registro Torrens, e o Decreto n. 847, de 11.10.1890, publicando o novo Código Penal. Naquele estabeleceu a obrigação da Fazenda Pública de indenizar os danos que alguém sofresse em consequência da indevida inscrição de imóvel ou direito real seu em nome ou em favor de outrem (art.61). O Código Penal, ao tratar da reabilitação, atribuiu ao Estado a responsabilidade direta pelos danos decorrentes de erro judiciário reconhecido em sentença de reabilitação. Em ambos os casos, o Estado foi colocado diretamente em confronto com o lesado, como devedor da obrigação e legitimado passivo na ação de indenização.

43. LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915, p. 166/167.

44. Referia expressamente este dispositivo que: Art.15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. É interessante notar que Caio Mário da Silva Pereira já lembrava à época que era muito difícil - quando não impossível -, à vítima, a demonstração da culpa do agente público, por se encontrar em posição de inferioridade diante do ente estatal, e, por isso, raramente atingia tal desiderato e, comumente, ficava sem ver reparados os danos. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 131.

*a conseqüência danosa, interveio e correspondeu ao resultado, só ele é causa, construção que exclui a polêmica sobre a mais apropriada adjetivação. Se ao contrário, todos ou alguns contribuíram para o evento, que não ocorreria, se não houvesse a conjugação deles, esses devem ser considerados causas concorrentes ou concausas*⁵⁵.

Weida Zancaner é mais radical ao dizer que *o rompimento do nexa causal faz ruir toda a estrutura de imputação de responsabilidade a quem quer que seja, e sua falta, como não poderia deixar de ser, acarreta a inexistência de responsabilidade*⁴⁶.

O problema se agrava na medida em que a prática forense brasileira tem demonstrado que o Estado, em situações que envolvem prestações de direitos individuais e sociais judicializadas, muito pouco tem contribuído – e sequer se defendido eficazmente – na demarcação de que responsabilidades são suas e quais podem suportar; não tem demonstrado probatoriamente a ausência de recursos para dar conta de suas competências, cuidando-se para que o atendimento de uma demanda não leve a outras a periclitarem substancialmente (proibição da insuficiência), o que só tem agudizado a sangria dos cofres públicos com determinações de bloqueios de valores em conta corrente da Fazenda Pública, ou até seqüestro de valores diretamente do caixa do orçamento, causando profundos impactos na gestão ordinária das contas públicas.

Talvez a experiência americana aqui possa valer de alguma forma, no sentido de buscar à solução de casos envolvendo Direitos Fundamentais qual a *alternativa menos restritiva* a estes direitos enquanto pertencentes ao gênero humano (e, portanto, a toda a Sociedade), investigando sobre a dimensão da necessidade no caso concreto, no sentido de estabelecer parâmetros com o fim de impor limites à atuação do Estado nestes domínios. Assim, a jurisdição deve aferir o grau de importância dos interesses estatais e sociais em jogo e demandar se, existindo alguma medida alternativa para alcançar tais interesses, que seja a menos lesiva aos Direitos Fundamentais que provocaram o controle⁴⁷.

Nesta linha de raciocínio, Canotilho sustenta a necessidade da decisão/interpretação da restrição aos direitos fundamentais levar em conta as perspectivas pessoais, materiais, temporais e especiais. A material diz com a avaliação da intensidade e a dimensão da repercussão negativa gerada no direito fundamental; as perspectivas temporais e espaciais dizem com a avaliação da incidência do gravame, observando que a restrição se opere pelo menor prazo possível e no âmbito mais restrito possível; a perspectiva pessoal, por sua vez,

45. DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79.

46. ZANCANER, Weida. Da responsabilidade extracontratual da administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.84. Na mesma direção BACELAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.204.

47. BASTRESS Jr., Robert M. El principio de la alternativa menos restrictiva em Derecho Constitucional norteamericano. In Cuadernos de Derecho Público, nº5. Madrid, 1998, p.239/253.

relaciona-se com a exigência de que a medida afete apenas as pessoas cujos interesses devem ser sacrificados⁴⁸.

Há situações, todavia, que efetivamente fogem da normalidade e do que se pode aceitar em termos de suportabilidade individual e social dos erros do Estado, tal qual mostra o caso envolvendo o Sr. Antônio Carlos Liberger, cidadão gaúcho que, em meados de 2006, recebeu em sua residência o contingente de 16 policiais militares e dois policiais civis que buscavam uma bolsa contendo R\$ 9.000,00 (nove mil reais), frutos de assalto a uma casa lotérica. Mesmo não tendo encontrado nada, os agentes públicos deram voz de prisão ao Sr. Antônio, tendo-o algemado e revistado em via pública, sob a mira de armas de fogo e o testemunho de pessoas que passavam pelo local⁴⁹.

Apesar do magistrado no primeiro grau não ter reconhecido a violação de direitos fundamentais do Sr. Antônio para fins indenizatórios, o Tribunal de Justiça gaúcho entendeu que, se o Estado tem o dever de investigar crimes, precisa fazê-lo respeitada a ordem constitucional e infraconstitucional de direitos e garantias dos envolvidos, principalmente no que tange à identificação do acusado, quando este nega a prática do delito – o que ocorreu na espécie.

Segundo o relator do feito, *restou caracterizado o excesso na conduta de tais servidores, com base em elementos frágeis de convicção da polícia. Tal autorização foi realizada com base em suposta informação anônima, que afirmava que o autor era partícipe do assalto ocorrido na casa lotérica, corroborado por testemunha às fls. 76 dos autos, que se confundiu com a figura do autor*⁵⁰.

Não há como deixar de reconhecer o excesso praticado pelo Estado, promovendo ação drástica descompromissada com a verificação da alegada idoneidade do autor, quando, em verdade, a autoridade policial deveria ter checado a vida pregressa do suposto criminoso, antes de tomar as medidas que levou a cabo, tanto que mais tarde os autores do crime foram presos e nenhum deles era o indicado como implementador da ação.

Restou desta forma evidenciada a gritante *falha na atuação do Poder Público na prestação do serviço, consistente na conduta incauta e negligente de seus prepostos*, concluiu o julgador, o que conduz ao reconhecimento da responsabilidade estatal objetiva pela reparação do dano moral. Em face disto, a apelação foi provida e o Estado do Rio Grande do Sul foi condenado a pagar R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo prejuízo extrapatrimonial, mais consectários de correção e sucumbência.

48. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997, p.262. Em momento posterior deste texto, o autor vai reconhecer a possibilidade de, em situações de recessões e crises econômicas, pensar-se em contingenciais reversibilidades fáticas de direitos sociais, de direitos adquiridos, diferenciando tais situações daquelas em que está patente a proibição de retrocesso social (pp.333 e 469).

49. Autos do Apelo de nr. 70030021349, julgado pela Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relatoria do Des. Romeu Marques Ribeiro.

50. Idem, p.05.

Se é verdade que a jurisprudência brasileira tem ampliado em muito o âmbito da responsabilidade objetiva do Estado⁵¹, isto não significa que se possa confundir-la com responsabilidade subjetiva, que ainda continua regulando situações – e não pessoas – nas quais fatos e atos se conformam em modalidades culposas e dolosas. É o caso da decisão seguinte do STF:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. OMISSÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CRIME PRATICADO POR FORAGIDO. ART. 37, § 6º, CF/88. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1. Inexistência de nexo causal entre a fuga de apenado e o crime praticado pelo fúgitivo. Precedentes. 2. A alegação de falta do serviço - faute du service, dos franceses - não dispensa o requisito da aferição do nexo de causalidade da omissão atribuída ao poder público e o dano causado. 3. É pressuposto da responsabilidade subjetiva a existência de dolo ou culpa, em sentido estrito, em qualquer de suas modalidades - imprudência, negligência ou imperícia. 4. Agravo regimental improvido⁵².

Quero lembrar aqui lição comezinha da Teoria do Estado que diz com não se poder confundir Estado e Governo enquanto instituições que se entrecruzam no cotidiano da gestão pública, mas têm formas constitutivas e natureza política distintas: o primeiro, oriundo do processo de maturação cognitiva e filosófica da cultura ocidental moderna, pela via da soberania popular e vontade constituinte, que criou um espaço público de gestão de interesses comunitários destinado a todos (como alternativa às formas autoritárias, sacras e medievais de épocas históricas anteriores); o segundo, agente público próprio, resultado da deliberação popular pela via do sufrágio – para mandato de prazo certo - e organizado enquanto sistema normativo (Presidencialismo, Parlamentarismo, cargos e carreiras públicos) e forma próprios (Monarquia ou República), com responsabilidades penais e cíveis diante de suas obrigações cotidianas⁵³.

51. Só para falar de um lugar comum na jurisprudência do STF, já decidi este Tribunal que: EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. AGRAVO IMPROVIDO. I - Inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. Súmula 282 do STF. II - É que o Tribunal possui o entendimento de que o Estado se responsabiliza pela integridade física do preso, devendo reparar eventuais danos ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. No caso, malgrado se trate de ato omissivo, que torna subjetiva a responsabilização, caracterizada está a falta do serviço, com culpa genérica do serviço público. Precedentes. III - Agravo regimental improvido. AI 718202 AgR. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 28/04/2009, Órgão Julgador: Primeira Turma. Grifo meu.

52. RE 395942 AgR/RS. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 16/12/2008, Órgão Julgador: Segunda Turma.

53. Ver meu texto LEAL, Rogério Gesta. Teoria do Estado: cidadania e poder político na Modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

O Estado são todos enquanto povo e cidadãos, perenemente; o Governo é contingente e circunstancial, sazonal, e também, hoje, a Sociedade Civil, haja vista os níveis de participação política que se exigem dela⁵⁴.

Ao se pretender estender a responsabilidade objetiva do Estado a situações que demandam –volto a dizer, em face de suas particularidades fáticas intrínsecas–, aferição subjetiva de dolo ou culpa, isto pode significar onerá-lo demasiadamente, ampliando as possibilidades de desoneração dos agentes públicos em detrimento do patrimônio público.

Veja-se que recentemente o Supremo Tribunal Federal concedeu uma tutela antecipada condenando o Estado de Pernambuco ao pagamento de todas as despesas necessárias à realização de implante de marcapasso diafragmático muscular a um cidadão que ficou paraplégico em decorrência de assalto em via pública⁵⁵. No mesmo período o informativo 502, do STF, registrou que:

Entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das conseqüências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, e que, no caso, estariam presentes todos os elementos que compõem a estrutura dessa responsabilidade.

É incrível como a opinião pública vai se formando também nesta direção, como se o Estado fosse responsável sempre por qualquer sinistro que ocorre envolvendo matérias de sua competência, independentemente das circunstâncias fáticas de cada caso, conforme matéria jornalística veiculada pela internet, dando conta de que:

Quando o Estado se mostra omissos em suas obrigações, há a natural pressão dos cidadãos, ávidos pelo exercício dos direitos, cobrando atitudes e programas que contemplem todos os aspectos sociais de governo. Não raro, o próprio Estado mostra-se inadimplente em suas responsa-

54. Tratei com mais profundidade deste tema em meu livro: LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Na mesma direção ver o texto LEAL, Rogério Gesta. Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

55. STA 223 AgR/PE. Rel. orig. Min. Ellen Gracie. rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 14.4.2008.

bilidades, recaindo sobre os contribuintes o ônus da incompetência e da leniência oficiais, que fazem com que a aplicação da justiça seja um distante objetivo a ser perseguido. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) decidiu impor ao governo de São Paulo condenação pelo crime de estupro de uma estudante de 12 anos dentro de uma escola pública no município de Hortolândia (Correio Popular, A5, 28/1). Entenderam os juízes que o Estado não garantiu a segurança e integridade física da estudante dentro de um prédio público e deve pagar uma indenização estipulada em R\$ 177 mil. O mesmo tribunal já havia condenado o estuproador a 9 anos de prisão⁵⁶.

É de se notar que esta matéria revela um pouco a percepção que a Sociedade tem do Estado, confundindo-o com Governo e, por isto, vinculando a ele eventuais decepções e mesmo frustrações motivadas que possui em relação à gestão pública.

Ademais, como lembra Maria Sylvia, se a Constituição de 1988 também adotou, para fins de responsabilidade do ente estatal, a teoria do risco administrativo, esta não pode significar risco integral. A teoria do risco administrativo vincula-se à responsabilidade objetiva do Estado e, para que esta aflore, devem ser demonstrados a conduta estatal (positiva ou negativa), o dano, o nexos causal entre tais elementos e a inexistência de causa excludente desse nexos, isto é, fato da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior⁵⁷.

Daí a percuciente advertência do Ministro Gilmar Mendes, ao se questionar no particular:

O Direito brasileiro, como é sabido por todos nós, aceita a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Mas, será que isso quer dizer a responsabilidade do Poder Público por qualquer fato ou ato, comissivo ou omissivo no qual esteja envolvido, direta ou indiretamente? Qualquer acadêmico de Direito que tenha uma mínima noção dos requisitos para a configuração dessa responsabilidade sabe que não⁵⁸.

Aliás, o próprio direito administrativo francês, na dicção do clássico Laubadère, teve oportunidade de sustentar que:

La jurisprudence a consacré, au-delà de la responsabilité pour faute, une responsabilité de l'administration pour risque: elle admet que, dans certains cas, les collectivités publiques sont tenues de réparer les dommages entraînés par leur activité même non fautive.

56. In <http://letralegal.blogspot.com/2009/02/responsabilidade-e-omissao-do-estado.html>, acessado em 15/03/2010.

57. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2008. p. 507.

58. MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"? Disponível em www.idp.org.br. Acesso em 10/09/2009, p.04.

La responsabilité pour risque est, rappelons-le, celle qui est engagée dès lors qu'est établie une relation de cause à effet entre l'activité de l'auteur du dommage et ce dommage lui-même. Elle ne peut être levée que par la preuve soit de la faute de la victime, soit de la force majeure; elle ne l'est pas par le simple cas fortuit c'est-à-dire la circonstance que la cause d'accident est inconnue; ce dernier trait distingue le système du risque du système de la présomption de faute, dans lequel la responsabilité est écartée aussi bien par le cas fortuit que par la force majeure⁵⁹.

Em outra clássica decisão, o STF, orientando-se pela chamada Teoria da Interrupção do Nexo Causal, veiculada hoje de forma explícita nos termos do art.403, do Novo Código Civil Brasileiro⁶⁰, decidiu:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107, da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6, do artigo 37, da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação

59. LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970, p.491.

60. Que diz: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual civil.

*da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido*⁶¹.

Não se pode perder de vista, por outro lado, o que se tem chamado na doutrina especializada de causas excludentes do nexos causal configurador da responsabilidade extracontratual do Estado (por ação e omissão) incorporadas pela doutrina e pela jurisprudência especializadas, a saber: (a) fato da vítima; (b) fato de terceiro; (c) caso fortuito e força maior; (d) legítima defesa em relação ao autor da agressão injusta; (e) consentimento do lesado em relação aos bens disponíveis. Em tais circunstâncias, por certo que a responsabilidade precisa ser cotejada no universo probatório próprio, ensejando sensível perquirição sobre as causas preponderantes, efetivas e eficazes, que contribuíram – e com que intensidade –, para o evento danoso, isto porque, em havendo concorrência destas causas, pode não haver exclusão de responsabilidade, mas proporcional abrandamento da indenização ou ressarcimento.

Não quero pautar esta reflexão, todavia, tão somente pelo corte jurisprudencial hegemônico referido até aqui, em face inclusive do reconhecimento de que temas como estes estão constituídos de fenômenos complexos de natureza política, social e econômica, adotando o critério posneriano de que *uma dieta composta exclusivamente por votos da Suprema Corte é receita de má nutrição intelectual*⁶².

O próprio Novo Código Civil brasileiro, em seu art.927, disciplina que a responsabilidade no país deve ser aferida a partir da ilicitude do ato que deu causa à violação do direito subjetivo (e não somente ao dano), ficando obrigado a repará-la. De outro lado, só haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Na dicção de Gerson Branco, o divisor de águas da responsabilidade civil deixa de ser a tradicional dicotomia responsabilidade contratual e extracontratual, passando-se à divisão com base no fundamento da culpa ou do risco⁶³.

61. RE 130764/PARANÁ. Recurso Extraordinário. Relator Min. Moreira Alves, julgamento em 12/05/1992, Primeira Turma, publicado no DJ-07/08/1992, p.11782. Em sentido contrário: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexos de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental no Recurso Especial nº573595 AgR / RS. Relator Min. Eros Roberto Grau, julgado em 24/06/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma, publicado no DJe-152, de 14/08/2008.

62. POSNER, Richard A. Para além do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.222. Por uma questão de coerência teórica, registro que o autor parece entrar em contradição quando, mais adiante, afirma que: os juízes não têm permissão para aconselhar-se com estudiosos acadêmicos, em particular, sobre casos pendentes; nem possuem tempo e os recursos necessários à realização de pesquisas empíricas sérias... A realidade brasileira é outra hoje, eis que os magistrados estão cada vez mais usando de recursos multidisciplinares para gestarem os conflitos que lhes acorrem (perícias especialíssimas, audiências públicas, colaboradores de outras áreas do conhecimento, como assistentes sociais, psicólogos, etc., em casos envolvendo direito de família, criança e adolescente, por exemplo).

63. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p.74.

É digno de lembrança que em decisão histórica o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1968, enfrentou esta temática, em especial analisando a responsabilidade de Município em face da ruína de imóvel residencial causada por infiltrações de águas provenientes de córrego não canalizado devidamente. Na oportunidade, o Min. e administrativista Themístocles Cavalcanti referiu que:

Considero insuficiente a aplicação da doutrina do risco porque ela representa uma solução puramente civilista, de opções muito restritas, entre a responsabilidade fundada na culpa e a responsabilidade objetiva. No direito administrativo o quadro é mais amplo porque abrange todas as modalidades do mal funcionamento ou não funcionamento do serviço, dos defeitos de obras ou trabalhos públicos, da culpa funcional, enfim, todas as formas de responsabilidade que independem da vontade da administração, mas que são consequência de fatos produzidos pelos serviços públicos⁶⁴.

Com muito acerto asseverou o então Ministro do STF que a teoria do risco se resume em estabelecer como causa da responsabilidade uma simples relação entre o fato e o prejuízo. Nenhum elemento subjetivo entra na apuração da responsabilidade. Não admitindo, por isso, a aplicação pura e simples da teoria do risco que abrangeria inúmeras ações do Estado nos múltiplos setores de sua atividade administrativa, econômica, assistencial, de segurança, etc..

Na década de 1970, de igual sorte o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de sustentar que:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO CONTRA A UNIÃO FEDERAL. CULPA PARCIAL DA VÍTIMA. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. II. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA, INSCULPIDA NO ART. 194 E SEU PARAGRAFO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946, CUJO TEXTO FOI REPETIDO PELAS CARTAS DE 1967 E 1969, ARTS. 105/107, RESPECTIVAMENTE, NÃO IMPORTA NO RECONHECIMENTO DO RISCO INTEGRAL, MAS TEMPERADO. III. INVOCADA PELA RE A CULPA DA VÍTIMA, E PROVADO QUE CONTRIBUIU PARA O DANO, AUTORIZA SEJA MITIGADO O VALOR DA REPARAÇÃO. PRECEDENTES. VOTO VENCIDO. RECURSO NÃO CONHECIDO⁶⁵.

Nesta esteira decisional, o STF, na década de 1980, ratificou o mesmo entendimento, no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado não significava que

64. Nos autos do Recurso Especial nº61387/SP, Segunda Turma, e com a composição dos Ministros Evandro Lins e Silva, Themístocles Brandão Cavalcanti, Aliomar Baleeiro, Adalício Nogueira e Aduacto Cardoso, sendo o Relator o Min. Themístocles Brandão Cavalcanti.

65. RE nº68107/SP, Relator(a): Min. ADALÍCIO NOGUEIRA. Relator(a)p/Acórdão: Min. THOMPSON FLORES, julgamento: 04/05/1970, Segunda Turma, publicado no DJ 09-10-1970 PP-04766, EMENT. VOL-00814-01, PP-00259. Em seu voto, o relator para o acórdão fez questão de registrar que embora tenha a Constituição admitido a responsabilidade objetiva, aceitando mesmo a teoria do risco administrativo, fê-lo com temperamentos, para prevenir excessos e a própria injustiça.

fosse ele responsável, sempre, por dano causado a terceiro por seus órgãos representativos. Diz textualmente o relator: *Não se adotou, no sistema jurídico brasileiro, em tema de responsabilidade civil, a teoria do risco integral*⁶⁶.

Adverte bem Cristina Queiroz que a garantia de uma proteção efetiva do direito jusfundamental não resulta criada a partir da legislação ou política pública aprovada, mas vem posta através da *atuação da legislação*, daqui advindo a noção de dever de proteção jurídico-constitucional – pressuposto quer do Legislador, quer do Administrador Público, quer do Judiciário –, caracterizando-se como verdadeiro dever positivo do Estado em face do titular do direito como um direito de defesa em sentido material. *Por sua vez, o dever de proteção do Estado, uma vez dimanada a lei de proteção, converte-se, face ao titular do direito, num direito de defesa em sentido formal*⁶⁷.

Nesta linha de raciocínio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já vem andando há bastante tempo:

*RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MORTE DE DETENTO. O ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF art. 5, XLIX) sendo dever do Estado garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente. Assassinado o preso por colega de cela quando cumpria pena por homicídio qualificado responde o estado civilmente pelo evento danoso, independentemente da culpa do agente público. Recurso improvido. Por unanimidade, negar provimento ao recurso*⁶⁸.

A par destas considerações, dever-se-ia perguntar: estes conceitos e teorias sobre a responsabilidade do Estado Brasileiro servem para o tratamento das violações a Direitos Humanos e Fundamentais em caso de tortura e desaparecimento de pessoas perpetrados por governos militares e de exceção?

Tais interrogantes vêm premidos pelas provocações jurisdicionais que se tem assistido nos últimos tempos no país, dentre as quais a que envolve o polêmico caso Herzog, acima referido, apresentada à jurisdição. A sentença de primeiro grau, do juiz Márcio José de Moraes, em 1978, responsabilizou o Estado pela prisão ilegal do jornalista e por não ter zelado por sua integridade física e moral no sistema detentivo que o albergava, evidenciando desde já antigas posições dos tribunais brasileiros sobre o ponto⁶⁹.

66. RE nº78.569-PR, Relator Min. Firmino Paz, julgado em 15/09/1981, Primeira Turma.

67. QUEIROZ, Cristina M. M. O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.70. Todavia, a própria autora reconhece, no mesmo texto, fl.74, quando trata do princípio do não retrocesso social em termos de Direitos Fundamentais Sociais, que: Mas haverá aí fundamentalmente de distinguir entre uma reversibilidade fáctica, relativa a recessões e crises económicas, da proibição do retrocesso social propriamente dito, isto é, a reversibilidade dos direitos adquiridos como ocorre, v.g., quando se reduzem os créditos da segurança social, o subsídio de desemprego ou as prestações de saúde. Na mesma direção, SERNA, Pedro & TOLLER, Fernando. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos. Buenos Aires: La Ley, 2000.

68. STJ, RESP 5711, decisão 20.03.1991, Ministro Garcia Vieira.

69. <http://www.desaparecidospoliticos.org.br/>, acesso em 12/04/2011.

Afiguram-se como paradigmáticas também duas Ações Cíveis Públicas (nº2008.61.00.011414-5 e nº2009.61.00.005503-0), promovidas pelo Ministério Público Federal de São Paulo, junto à Oitava Vara da Fazenda Pública Federal, envolvendo a responsabilidade do Estado em face de atos de tortura, morte e desaparecimento de pessoas, e mais que isto, o seu dever de regresso para com os agentes públicos que perpetraram tais condutas, isto nos termos do art.37, §6º, da CF/88⁷⁰.

De igual sorte a Ordem dos Advogados do Brasil, através do Prof. Fábio Konder Comparato, ingressou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº153), em 2008, provocando o Supremo Tribunal Federal no sentido de que defina mais apropriadamente o que são e quais são os crimes conexos e assemelhados aos políticos acobertados pela Lei da Anistia, afastando deles os chamados delitos comuns praticados pelos agentes da repressão (tortura, seqüestro, homicídio, estupro, entre outros)⁷¹.

A resposta daquela Corte foi negativa a tal provocação, sob os argumentos, dentre outros, de que:

- a. Pelos termos da Lei n. 6.683/79, são crimes conexos aos crimes políticos os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política; podem ser de qualquer natureza, mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política;
- b. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei;
- c. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia;
- d. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados - e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou - pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal;
- e. A Lei de Anistia se afigura como as chamadas Leis-Medida (*Massnahmengesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual;

70. Conforme informação do sítio <http://letralegal.blogspot.com/2009/02/responsabilidade-e-omissao-do-estado.html>, acessado em 15/03/2010.

71. Importa referir que o Chile - dentre outros países - optou por excluir de suas leis de anistia os crimes definidos internacionalmente como de lesa humanidade, em face de suas incompatibilidades com as declarações de Direitos Humanos firmados pelo país.

- f.** É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683;
- g.** A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento - o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.
- h.** A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes - adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987, bem como a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição, que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes, não alcançando, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas.
- i.** Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá - ou não - de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário;
- j.** A anistia da lei de 1979 foi reafirmada no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário;
- k.** A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade - totalidade que o novo sistema normativo é - tem-se que [é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979⁷².

Tais argumentos da Suprema Corte, com o devido respeito, não se sustentam, tema que pretendo abordar em outra oportunidade.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que são imprescritíveis as ações de reparações de danos ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar⁷³. De forma explícita um dos relatores de processos desta natureza – hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal -, Luiz Fux, chegou a asseverar que: *a violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de*

72. Julgada em 29/04/2010, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Eros R. Grau, publicado no DJE-145, em 06-08-2010, no Ementário vol. 02409-01, p.00001. Nesta ação, o Min. Ricardo Lewandowski restou vencido, uma vez que o primeiro dava parcial provimento à ADP; da mesma forma o Min. Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição.

73. Precedentes: REsp 959.904/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJE 29/09/2009; AgRg no Ag 970.753/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008; REsp 449.000/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/06/2003, DJ 30/06/2003 p.195.

*exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*⁷⁴. No ponto, ainda detalha o relator o tipo de enquadramento desta responsabilidade estatal, a saber:

*A responsabilidade estatal, consoante a legislação infraconstitucional (art. 186, do Código Civil) e à luz do art. 37 §6º, da CF/1988, resta inequívoca, bem como escorreita a imputação da indenização fixada a título de danos morais. A análise da existência do fato danoso, e o necessário nexo causal entre a suposta conduta omissiva e os prejuízos decorrentes da mesma implicam análise fático-probatória, razão pela qual descabe a esta Corte Superior referida apreciação em sede de recurso especial, porquanto lhe é vedado atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora, ante a ratio essendi da Súmula n.º 07/STJ*⁷⁵.

Em outras decisões tem também ratificado esta posição:

*AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. TORTURA. REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. A Segunda Turma desta Corte Superior, em recente julgamento, ratificou seu posicionamento no sentido da imprescritibilidade dos danos morais advindos de tortura no regime militar (REsp 1.000.009/PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJU 21.2.2008), motivo pelo qual a jurisprudência neste órgão fracionado considera-se pacífica. [...] (original sem grifo)*⁷⁶.

ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE POLÍTICA. PRISÃO E TORTURA. INDENIZAÇÃO. LEI Nº 9.140/1995. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. REABERTURA DE PRAZO.

1. Ação de danos morais em virtude de prisão e tortura por motivos políticos, tendo a r. sentença extinguido o processo, sem julgamento do mérito, pela ocorrência da prescrição, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932. O decisório recorrido entendeu não caracterizada a prescrição.

2. Em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva.

3. O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra

74. Recurso Especial nº1085358 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/04/2009, e publicado no DJe 09/10/2009.

75. Idem. Ver os Precedentes: AgRg, no REsp. nº723893/RS, DJ de 28.11.2005; AgRg, no Ag. nº556897/RS, DJ de 09.05.2005; REsp. nº 351764/RJ, DJ de 28.10.2002.

76. In AgRg no REsp 970.690/MG, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, 2º Turma, unânime, j. 7/10/2008, DJ 5/11/2008.

quando se busca indenização por danos morais conseqüentes da sua prática.

4. *A imposição do Decreto nº 20.910/1932 é para situações de normalidade e quando não há violação a direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal.*

5. *O art. 14, da Lei nº 9.140/1995, reabriu os prazos prescricionais no que tange às indenizações postuladas por pessoas que, embora não desaparecidas, sustentem ter participado ou ter sido acusadas de participação em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 e, em conseqüência, tenham sido detidas por agentes políticos.*

6. *Inocorrência da consumação da prescrição, em face dos ditames da Lei nº 9.140/1995. Este dispositivo legal visa a reparar danos causados pelo Estado a pessoas em época de exceção democrática. Há de se consagrar, portanto, a compreensão de que o direito tem no homem a sua preocupação maior, pelo que não permite interpretação restritiva em situação de atos de tortura que atingem diretamente a integridade moral, física e dignidade do ser humano (...)*⁷⁷.

Em outra linha decisional, o próprio Supremo Tribunal Federal, recentemente, autorizou a extradição do ex-militar argentino Norberto Raul Tozzo, acusado de ter comandado, em 1976, o seqüestro e o fuzilamento de 22 prisioneiros políticos. Tozzo está preso no Brasil desde 2008, cabendo agora à Presidente da República decidir se irá ou não extraditá-lo⁷⁸.

Como justificar a postura de um dos Tribunais Superiores afinada com o sistema jurídico brasileiro em termos de Tratados, Pactos e Declarações Internacionais firmados pelo país, reconhecendo a responsabilidade estatal por atos de tortura, seqüestro, morte e desaparecimento de pessoas, a qualquer tempo, para fins de ressarcimento –inclusive por danos morais–, e o outro restringindo tais possibilidades sob argumentos múltiplos, dentre eles o de não reconhecer a imprescritibilidade das violações cometidas, ou de incluir nos chamados crimes políticos anistiados toda a ordem de ilícitos penais cometidos de forma atentatória à vida das pessoas?

Em outras ações judiciais envolvendo atos de tortura, seqüestro, morte e desaparecimento de pessoas provocado por agentes das forças públicas no período do regime militar brasileiro, e que buscam indenizações por danos materiais e imateriais, não se contou com a mesma clareza a importância do adequado e complexo entendimento fatural que ocorreu nos julgados anteriormente citados, em especial da história constitutiva dos eventos danosos, suas abrangências diretas e indiretas, materiais e imateriais, em face das pessoas atingidas (torturados, mortos, desaparecidos, seqüestrados, e seus familiares, afetos, vínculos laborais e de realização profissional, psíquica, etc.).

77. In REsp 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, 1º Turma, Maioria, j. 26/11/2002, RSTJ 170/120.

78. Conforme notícia publicada no Jornal Correio Braziliense, Brasília, edição de 21/05/2011, p.06.

Assim, uma compreensão deste fenômeno que não leva em conta tal conjuntura, dá mais relevo a temas formais como o da prescrição e decadência da pretensão ressarcitória, independentemente da violação a Direito Fundamental aqui ser considerada como de lesa humanidade⁷⁹.

Por outro lado, o entendimento e compreensão mais arejados, vai levar em conta aquelas variáveis referidas, reconhecendo, por exemplo, que:

1. Merece reparo a decisão singular que julgou extinto o feito em razão do reconhecimento da prescrição do direito de ação, aplicando ao caso dos autos o Decreto nº 20.910 de 1932, porquanto constatada a imprescritibilidade da demanda que visa reparar danos morais decorrentes de tortura praticada durante período de exceção do Estado, cujos agentes públicos extrapolaram os poderes de polícia, utilizando métodos desumanos para obter objetivos escusos.

2. Com efeito, adotar a prescrição quinquenal com base no Decreto nº 20.910 de 1932 é destituir a força normativa da Constituição, e reconhecer a aplicabilidade de norma de conteúdo valorativo inferior em detrimento de princípio de maior valor consagrado na Carta Magna.

3. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e a tortura o mais expressivo atentado a esse pilar da República, de sorte que reconhecer a imprescritibilidade dessa lesão é uma das formas de dar efetividade à missão de um Estado Democrático de Direito, reparando odiosas desumanidades praticadas na época em que o país convivia com um governo autoritário e a supressão de liberdades individuais consagradas⁸⁰.

Como lembra Taylor, o amparo incondicionado às pessoas que foram responsáveis por atos de tal monta atentatórios aos Direitos Humanos e Fundamentais e à própria condição humana implica outorgar o direito ao esquecimento status de impunidade absoluta, e neste passo, tendo ciência de que esta possui três dimensões na espécie: (a) afetando as vítimas e a Sociedade por não conseguirem ter acesso e saber sobre a verdade dos fatos violadores ocorridos (assim como sobre suas razões fundantes e reais); (b) afetando as vítimas e seus familiares quando não recebem as indenizações devidas (tomando todos os cuidados para não ensejar a mercantilização da dor e das violações); (c) afetando políticas públicas voltadas à prevenção para que não se repitam os fatos sob comento⁸¹.

Este tema ainda não se ultimou.

79. Como o fez o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESO POLÍTICO. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. Pretensão da parte em ver-se ressarcida por supostos danos decorrentes da prisão e tortura por motivos políticos. Prescrição quinquenal. O fato gerador do direito à indenização é o advento da Lei 11.042/97. Reconhecimento da prescrição. A Lei 11.815/2002 não possui reflexo no prazo para ajuizamento da demanda judicial. Sentença confirmada. Precedentes jurisprudenciais. Apelação Cível nº70016138430, julgado pela Quarta Câmara Cível, em 14/12/2007, Relator Des. José Francisco Pellegrini.

80. Apelação Cível nº70037772159, julgada pela Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 20/04/2011, Relator Des. Jorge Luiz Lopes do Canto.

81. TAYLOR, Wilder. La problemática de la Impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas – notas para la reflexión. In Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, vol.24, julho/dezembro de 1996. p.197.

5. BIBLIOGRAFIA

- ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado na Constituição de 1988*. In MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Tortura e Mas-Tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal*. Brasil: Anistia Internacional, 2001.
- ASMAL, Kader. *International Law and Practice: dealing with the past in the South African experience*. In *International Law Review*, vol.15, nº06, November/2000.
- BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BASTRESS Jr., Robert M. *El principio de la alternativa menos restrictiva em Derecho Constitucional norteamericano*. In *Cuadernos de Derecho Público*, nº5. Madrid, 1998.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil*. In MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CASSEL, Douglas. *Lecciones de las Américas: lineamentos para una respuesta internacional ante la Anistia de Atrocidades*. In *Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos*, vol.24. Julho/dezembro de 1996.
- CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1957.
- COETZEE, J. M. *Diary of a bad year*. New York: Penguin, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAS, Juarez. *A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão*. In *Revista de Direito Administrativo*. Nº241. Rio de Janeiro: RDA, 2005.
- GASPARI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GREFF Pablo de. *The Handbook of reparations*. New York: Oxford University Press, 2006.
- ICRC Report. *The missing and their families: Summary of the conclusions arising from the events held prior to the International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts* (19 – 21 February 2003).
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na Modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEFORT, Claude. *L'Invention Démocratique- Les limites de la domination totalitaire*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 1981.
- _____. *Essais sur le politique - XIX-XX siècles*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 1984.
- _____. *Pensando o Político*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?* Disponível em www.idp.org.br. Acesso em 10/09/2009.
- MEZAROBBA, Glenda. *O que é a justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro*. In SOARES, Inês V. P. & KISHI, Sandra A. S. *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 507.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Esquecer é começar a morrer*. In SOARES, Inês V. P. & KISHI, Sandra A. S. *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- POSNER, Richard A. *Para além do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)*. Brasília: SDH/PR, 2010.
- SERNA, Pedro & TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000.
- TAYLOR, Wilder. *La problemática de la Impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas – notas para la reflexión*. In Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, vol.24, julio/desembro de 1996.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- VÁRIOS AUTORES. *Brasil: Nunca Mais*. Publicado pela Arquidiocese de São Paulo. Rio de Janeiro: Vozes, 1985.
- WEFORT, Francisco. *Por que democracia ?* São Paulo: Brasiliense, 1984.
- WILLIAMS Charles. *Pétain: How the Hero of France Became a Convicted Traitor and changed the Course of History*. In <http://www.ralphmag.org/DP/petain.html> acessado em 30/03/2011.
- ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- ZANEIR, Alebe Linhares e TEIXEIRA, Gonçalves. *As medidas de responsabilização do estado e de seus agentes por crimes cometidos durante a ditadura militar brasileira (1964-1985)*. In Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.