

ISSN 2236-8957

**Revista da**

**EMERJ**

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**



**Volume 1 n°4 - Edição Especial - 1998**

**ANAIS DA**

**4ª Semana  
de Integração  
Jurídica  
Interamericana**



**1 a 4 de dezembro de 1998  
Petrópolis - Rio de Janeiro  
Brasil**



A ESCOLA DO JUIZ

## Diretoria da EMERJ

### **Diretor-Geral**

Des. Manoel Carpena Amorim

### **Conselho Consultivo**

#### *Efétivos*

Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva

Des. Laerson Mauro

Des. Darcy Lizardo de Lima

#### *Suplentes*

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Des. Marcus Antonio de Souza Faver

Des. Fernando Celso Guimarães

### **Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos**

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

### **Diretora do Departamento Geral de Estudos e Coordenadora de Ensino**

Dra. Márcia Claudia Accioly Pimentel

### **Chefe de Gabinete**

Dra. Maria Alice Marinho Vieira

© 1998, EMERJ

## Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**Coordenador:** Des. Décio Xavier Gama

### **Conselho Editorial:**

Des. Manoel Carpena Amorim; Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva; Des. Laerson Mauro; Des. Darcy Lizardo de Lima; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Juiz Fernando Marques Campos Cabral; Juíza Ana Maria Pereira de Oliveira; Juiz Henrique Carlos de Andrade Figueira; Juíza Letícia de Faria Sardas.

### **Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ:**

Irapuã Araújo (Editor, MTb 597/MA-RJ); Márcio Alvim (Editoração); Geórgia Kitsos (Editoração *website*); Geórgia Kitsos e William Lages (capa)

### **Impressão:**

Gráfica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

### **Tiragem:**

2.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro:  
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951 (impresso); 2236-8957 (*on-line*)

V.1, n.4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro, RJ

Telefones: (021) 533-6642 / 533-5644 / 588-3376 - Fax: (021) 533-8129

**E-mail: [emeripublicacoes@ti.ri.gov.br](mailto:emeripublicacoes@ti.ri.gov.br)**

# **4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana**

(1 a 4 de dezembro de 1998)

Rio de Janeiro - **Petrópolis** - Brasil

TEMA CENTRAL:

**Consolidação dos Princípios  
Institucionalizadores  
e Organizacionais do  
Poder Judiciário,  
da Magistratura  
e do Ministério Público.**



## **PRIMEIRO DIA**

TEMA:

### **“O Poder Judiciário e as Garantias Constitucionais dos Direitos Humanos”**

#### **Sessão de Abertura - Presidência:**

Des. Manoel Carpena Amorim  
(Diretor-Geral da EMERJ - Brasil)

#### **Proposições para a Sistematização das matérias**

Juiz Paulo Orval Particheli Rodrigues (Brasil)

### **“O Poder Judiciário e os Deveres Humanos”**

Presidência: Min. Luiz Carlos Fontes de Alencar (Brasil)

Expositores: 1º) Juiz Benedito Silvério Ribeiro (Brasil)

2º) Juiz Antônio Rulli Junior (Brasil)

3º) Des. Cristovan Daiello Moreira (Brasil)

#### **Dinâmica**

#### **Debates entre os coordenadores e os expositores**

Presidência: Des. Alberto Luiz da Costa (Brasil)

Leitura dos verbetes

### **“O Poder Judiciário e os Direitos Humanos”**

Presidência: Min. Guillermo Arancibia López (Bolívia)

Expositores: 1º) Min. Marcos Ibazeta Marino (Peru)

2º) Juiz Pedro Luiz Ricardo Gagliardi (Brasil)

3º) Des. Alberto Nogueira (Brasil)

4º) Min. Alberto Chaigneau del Campo (Chile)

5º) Juiz Paulo Orval Particheli Rodrigues (Brasil)

## **Dinâmica**

### **Debates entre os coordenadores e os expositores**

Presidência: Min. Bonifácio Rios Avalos (Paraguai)

Min. Jorge Horácio Nancleares (Argentina)

Min. Guillermo Arancibia López (Bolívia)

Juiz Virgílio Fernandes de Macedo Junior (Brasil)

Redação dos verbetes para súmulas

Leitura dos verbetes

## **“A Informática e a Prestação Jurisdicional”**

Presidência: Des. Dimas Ribeiro da Fonseca (Brasil)

Expositor: Dr. Marco Antônio Costa Souza (Brasil)

Debates e proposições

## **SEGUNDO DIA**

TEMA:

## **“Garantias e Impedimentos Constitucionais Funcionais da Magistratura”**

Presidência: Min. Juan Guzman Tapia (Chile)

Expositores: 1º Min. Guillermo Arancibia López (Bolívia)

2º Juiz Jorge Wagih Massad (Brasil)

Presidência: Min. Luis Alberto Absi (Argentina)

Expositores: 1º Min. Juan Gusman Tapia (Chile)

2º Des. Antonio Carlos Viana Santos (Brasil)

3º Min. Luis Alberto Absi (Argentina)

## **Dinâmica**

### **Debates entre os coordenadores e os expositores**

Presidência: Min. Jorge Horácio Nancleares (Argentina)

Expositores: Procurador Alécio Adão Lovatto (Brasil)

Min. Marcos Ibazeta Marino (Peru)

Redação dos verbetes p/súmulas e sistematizações  
Leitura dos verbetes

## **“Juizados Especiais”**

Presidência: Des. Antonio José Azevedo Pinto (Brasil)

Expositor: Juiz Arthur Arnildo Ludwig (Brasil)

### **TERCEIRO DIA**

TEMA:

## **“Autonomia Financeira e Administrativa do Judiciário”**

Presidência: Des. Manoel Carpena Amorim (Brasil)

Expositores: 1º) Des. José Lisboa da Gama Malcher (Brasil)

2º) Min. Bonifácio Rios Avalos (Paraguai)

3º) Min. Milton H. Cairolí Martínez (Uruguai)

4º) Juíza Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira (Brasil)

5º) Min. Daniel Gutierrez / Min. Eduardo Lombardi (Uruguai)

6º) Dra. Angela Augusta Santos Carvalho (Brasil)

### **Dinâmica**

#### **Reuniões**

Presidência: Min. Milton H. Cairolí Martínez (Uruguai)

Participantes: Juíza Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira (Brasil)

Des. José Lisboa da Gama Malcher (Brasil)

Dra. Angela Augusta Santos Carvalho (Brasil)

Dr. Domingos Pinto da Rocha (Brasil)



## **Impeachment do Juiz**

Presidência: Min. Rodolfo Luiz Vigo (Argentina)

Expositora: Juíza Vera Regina Muller (Brasil)

Debates Gerais

### **QUARTO DIA**

Tema:

## **“Institucionalização do Ministério Público para Tutela das Garantias dos Direitos Humanos”**

Presidência: Juiz Jorge Wagih Massad (Brasil)

Expositores: 1º Procurador Alcides Martins (Brasil)

2º Promotor Walberto Fernandes de Lima (Brasil)

3º Promotor Ricardo Ribeiro Martins (Brasil)

*Tema:*

## **“Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados”**

Presidência: Min. Alberto Chaigneau del Campo (Chile)

Expositores: 1º Des. Manoel Carpena Amorim (Brasil)

2º Dra. Silvana Stanga (Argentina)

3º Procurador Alécio Adão Lovatto (Brasil)

---

### **Coordenadora Geral do Evento:**

Dra. Maria Alice Marinho Vieira

### **Apoio:**

Secretária Geral: Dra. Márcia Cláudia Accioly Pimentel

Secretária 1º Grupo: Dra. Maria Clara Silva Almeida

Secretária 2º Grupo: Dra. Maria de Fátima da Silva Akel

# A apresentação

Meus Amigos,

Acabamos de realizar na subsede de Petrópolis a 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana, que visava discutir propostas para a consolidação dos princípios institucionalizadores e organizacionais do Poder Judiciário, Magistratura e Ministério Público, destinada à integração e aperfeiçoamento dos Magistrados e agentes do Ministério Público da ibero-américa.

De acordo com o Tratado de Assunção, de 1991, as línguas oficiais do encontro foram o português e o espanhol.

É verdade que a confraternização com os colegas da América Latina foi tão positiva que a língua oficial era mesmo o *portunhol*.

Lá, no Centro General Ayrosa, em Itaipava, onde nos reunimos, estiveram juntos colegas da Argentina, do Uruguai, do Paraguai, do Chile, da Bolívia e do Peru, que lado a lado com colegas do Brasil inteiro e do Estado do Rio de Janeiro, naturalmente, discutiram durante 4 (quatro) dias os problemas institucionais da Magistratura e do Ministério Público pertinentes aos diversos países da América.

O encontro promovido por nós teve a participação efetiva da Federação Americana das Instituições Educacionais, Culturais e Pesquisas para a Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Agentes do Ministério Público dos Países das Américas, dirigido por este notável companheiro que é o Des. Cristóvan Daiello.

Na organização ainda, com inestimável colaboração, o Dr. Antonio Rulli Júnior, Juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo.

Cumpramos também a presença do Ministro Luiz Carlos Fontes de Alencar, Coordenador Geral da Justiça Federal, que teve, como sempre, destacada participação nos trabalhos.

A reunião foi das mais positivas, resultando numa carta de princípios que está sendo divulgada.

Neste volume da Revista EMERJ, estamos publicando os Anais do encontro onde os leitores podem constatar a excelência do trabalho desenvolvido nos 4 (quatro) dias em que estivemos reunidos, a par do estreitamento natural que a convivência proporciona.

A reunião de Juristas da América Latina é o reflexo do sonho que já foi acalentado pelos grandes heróis do nosso Continente.

Que Deus nos ajude a prosseguir.

E que os nossos povos, irmanados pelos mesmos ideais, sejam capazes de construir um futuro melhor para a Ibero-América.

*Des. Manoel Carpena Amorim*

# S umário

## O Poder Judiciário e as Garantias Constitucionais

### DEVERES HUMANOS

*BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO*

23

I. Introdução. II. Deveres Humanos relativos aos direitos de primeira geração. III. Deveres humanos relativos aos direitos de segunda geração. IV. Deveres relativos aos direitos de terceira geração. V. Deveres relativos aos direitos de Quarta geração. Proposições.

*ANTÔNIO RULLI JUNIOR*

31

I. Introdução. II. Democracia e participação. III. Contraditório, participação e processo. IV. Jurisdição e processo. Proposições.

*CRISTOVAN DAIELLO MOREIRA*

48

Direitos e deveres humanos. A vivência e colaboração com a Escola Judicial da Guatemala. Os deveres teológicos e teológicos-religiosos, filosóficos, ideológicos e psicológicos. Remissão a dispositivos constitucionais.

### DIREITOS HUMANOS

*MARCOS IBAZETA MARINO*

55

La concepción tridimensional del Derecho. El Derecho Objetivo e las conductas humanas intersubjetivas. Los derechos subjetivo e los intereses difusos. Derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales e derechos difusos. Concepto científico

de los derechos humanos de René Cassin, principal redactor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Control difuso en toda clase de procesos: algunos regulados en el artículo 200 de la Constitución Peruana. Conclusión.

*PEDRO LUIZ RICARDO GAGLIARDI*

70

I. Introdução. II. Direitos Humanos e Extradicação. III. Direitos Humanos e Pacto de San José. IV. Direitos Humanos e Indigenato. Proposições.

*ALBERTO NOGUEIRA*

79

1. Introdução. 2. O papel do Juiz na sociedade contemporânea. 3. Direitos do homem, direitos fundamentais e liberdades públicas: diferenciações e convergências. 3.1. Direitos do homem (Direitos Humanos). 3.2. Direitos fundamentais. 3.3. As liberdades públicas. 3.4. Conclusão.

*ALBERTO CHAIGNEAU DEL CAMPO*

100

Ideas generales. El poder judicial y su papel. Valores respecto a la persona humana. El valor dignidad. El valor libertad natural. La libertad personal. La libertad en la esfera privada. La libertad economica. El valor igualdad. Tres ultimas consideraciones.

*PAULO ORVAL P. RODRIGUES*

116

I. Principios Básicos. II. Garantías laborales (**Garantías individuales**): 1) Principios fundamentales, 2) Protecciones específicas: 2-a) admisión, 2-b) condiciones de trabajo; 2-c) Remuneración; 2-d) duración del trabajo; 2-e) descanso; 2-f) trabajadores menores; 2-g) mujeres; 2-h) familia del trabajador; 2-i) automatización; 2-j) tiempo del servicio; 2-k) despedida arbitraria o sin justa causa; 2-l) prescripción; 2-m) participación, (**Garantías Colectivas**): 1) actividad sindical; 2) Reconocimiento de las convenciones y acuerdos colectivos de trabajo; 3) Garantía del derecho de huelga.

## **A Informática e a Prestação Jurisdicional**

*MARCO ANTONIO COSTA SOUZA*

122

A necessária e maciça utilização dos recursos tecnológicos no judiciário. A aceleração das fases do processo. Confiabilidade. Gestão da prestação jurisdicional com a utilização da informática. Aumentar a

capacidade de decidir e rapidez na tramitação processual: dois fatores que podem ser auxiliados pela utilização da informática.

## **Garantias e Impedimentos Constitucionais Funcionais da Magistratura**

*GUILLERMO ARANCIBIA LÓPEZ*

**129**

Las modificaciones de la Constitución boliviana de 1967 e la actual Constitución de 1994. El Tribunal Constitucional e el Consejo de la Judicatura para la administración de las finanzas, la economía, recursos humanos. La Defensoria del Pueblo.

*JUAN GUZMÁN TAPIA*

**142**

1. Palabras preliminares. 2. Impedimentos funcionales. 3. Las garantías consagradas en la Constitución Política para el debido funcionamiento de la Magistratura. 4. Otras disposiciones que implican garantías o restricción funcionales a la judicatura. 5. Consideraciones finales.

*ANTONIO CARLOS VIANA SANTOS*

**153**

1. Introdução 2. Garantias constitucionais funcionais da Magistratura. 3. Impedimentos constitucionais funcionais da magistratura. Proposições.

*LUIS ALBERTO ABSI*

**166**

Garantías constitucionales de la magistratura: 1) monopolio judicial, 2) inamovilidad; 3) intangibilidad salarial; 4) impedimentos.

## **Juizados Especiais Cíveis**

*ARTUR ARNILDO LUDWIG*

**182**

Resposta a indagações sobre o procedimento. Roteiro para a audiência de conciliação. Roteiro para a audiência de instrução e julgamento.

## **Autonomia Financeira e Administrativa do Judiciário**

*JOSÉ LISBOA DA GAMA MALCHER*

**191**

Evolução constitucional e independência formal. Autonomia administrativa e autonomia financeira.

*BONIFÁCIO RIOS AVALOS*

1) Introdução; 2) Independência funcional y financiera. 3) Autarquia presupuestaria; 4) Monto que sirve de base para el presupuesto; 5) Conclusión.

**193**

*MILTON CAIROLI MARTINEZ*

1) Introdução. 2) Independência externa. 3) Independência interna. 4) La autonomía presupuestal. 5) La carrera judicial. 6) La escuela de capacitación. 7) Gobierno y organización, la Acordada Nº 7192, junio de 1993. 8) Conclusiones.

**205**

*ANA LÚCIA CARVALHO PINTO VIEIRA*

Introdução. I. Autonomia, independência e otimização da prestação jurisdicional. II. Poder Judiciário. Autonomia Administrativa. III. Judiciário. Autonomia Administrativa. Integração Jurídica Interamericana. IV. Judiciário e autonomia financeira. V. Autonomia financeira. Reflexos no Judiciário gaúcho. Proposições.

**216**

*DANIEL GUTIÉRREZ/EDUARDO LOMBARDI*

Prenotandos. Régimen vigente en materia presupuestal. Critica. Régimen vigente en materia administrativa.

**223**

*ANGELA AUGUSTA SANTOS CARVALHO*

A participação orçamentária do Tribunal de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

**231**

## **Institucionalização do Ministério Público**

*ALCIDES MARTINS*

1. Origem, histórico e evolução. 1.1. O Ministério Público nas Constituições anteriores. 2. O M.P. na Constituição Federal de 1988. 2.1. Visão geral. 2.2. Posicionamento constitucional. 2.3. Dispositivos comuns. 2.4. Conceito. 2.5. Princípios institucionais: unidade, individualidade e autonomia. 2.6. As designações do procurador-geral. 2.7. Hierarquia e independência. 2.8. Unidade e individualidade do M.P. diante da incompetência do Juízo. 2.9. Autonomia institucional. 2.10. Como a Constituição da República organiza o M.P. 2.11. O M.P. junto ao Tribunal

**237**

de Contas. 2.12. O Procurador Geral da República. 2.13. Os demais procuradores-gerais. 2.14. Litisconsórcio no M.P. 2.15. Organizações, atribuições e estatuto. 16. Garantias e prerrogativas.

## **Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados**

*MANOEL CARPENA AMORIM*

**249**

Seleção e Admissão de Juízes - Concurso público de provas e títulos. A participação das Escolas da Magistratura estaduais, do Trabalho e Nacional, na formação dos magistrados: profissionalização. O curso de iniciação de três meses pelos Juízes nomeados, na EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). A interiorização da EMERJ e suas subsedes. O programa EMERJ-BRASIL de educação à distância pela TV, sua repercussão e seus resultados.

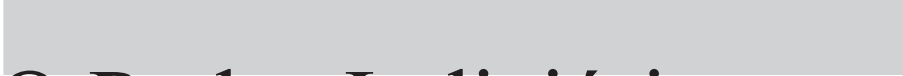
## **Carta de Princípios de Itaipava**

Proposições finais

**261**







O Poder Judiciário  
e as Garantias  
Constitucionais

(Deveres Humanos)





# O Poder Judiciário e os Deveres Humanos

( 1 )

**Juiz Benedito Silvério Ribeiro**

Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

## **1. Introdução**

Foi uma honra muito grande aceitar o convite do Desembargador Manoel Carpena Amorim, DD. Diretor Geral da EMERJ, para falar sobre o tema: “O Poder Judiciário e as Garantias Constitucionais dos Direitos Humanos - Deveres Humanos”.

O tema, na verdade, se refere aos deveres nos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade da justiça e da paz no mundo.

Não se pode falar dos direitos sem dar a correspondente dos deveres.

A cidadania envolve o exercício pleno do direito pelo cidadão, o que significa a evolução em busca de uma vida melhor e, conseqüentemente, o progresso moral do homem. Os deveres se constituem na contrapartida desses direitos ligados à vida, à liberdade, à intimidade, à educação, saúde, trabalho, participação democrática e à vida das gerações futuras.

Farei algumas colocações sobre os deveres correspondentes a esses direitos.

## **2. Deveres Humanos relativos aos direitos de primeira geração**

A Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. E assumindo forma de declaração, e não de tratado,

confirma o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, afirmando um código comum a ser seguido por todos os Estados. Representa o amplo consenso alcançado acerca dos requisitos mínimos necessários para uma vida com dignidade. É uma visão moral da natureza humana, tratando seres humanos como cidadãos autônomos e iguais e que merecem igual consideração e respeito.

Por essa razão, é conveniente falar dos deveres humanos, pela natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, reconhecimento explícito na Constituição Federal de 1998, como se vê no parágrafo 2º, do art. 5º.

A natureza dos deveres humanos decorre dos direitos naturais e inatos ou direitos positivos e históricos, ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. No dizer de Norberto Bobbio (A era dos direitos, RJ, Campus, 1992), a questão dos direitos humanos não é mais o de fundamentá-los, mas o de protegê-los.

O dever primordial que envolve os liames da família, pressupõe reciprocidade entre pais e filhos. No caso do dever de respeito dos pais para com os filhos está o da maternidade, relativamente à amamentação.

O dever de reciprocidade traz como consequência o pensionamento dos pais em relação aos filhos e vice-versa.

No caso de falta do dever do sustento material o nosso sistema penal prevê a figura do art. 244, do CP, ao considerar crime “deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inato para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários, ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente gravemente enfermo”.

Estes deveres relacionados aos direitos de primeira geração dizem respeito não só ao dever da mãe amamentar os filhos, como o dever dos pais pelo sustento, criação e alimentação, sob pena de prisão, destituição ou suspensão do pátrio poder. Esses deveres são aqueles decorrentes de obrigações primárias.

Há, ainda, outros deveres como o de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho (art. 342, do CP) e o dever de cumprir as leis, fazer ou não fazer em virtude de lei, sob pena de desobediência (art. 330, do CP).

**Proposição:**

*Os deveres relativos aos direitos de primeira geração implicam em obrigações cujo descumprimento pode acarretar consequências civis e sobretudo penais.*

**3. Deveres Humanos relativos aos direitos de segunda geração**

Esses deveres decorrem dos direitos sociais e econômicos, protegendo o indivíduo na questão da educação, saúde, trabalho etc.

A Constituição Federal estabelece como dever do Estado e da Família, o acesso de todos (art. 205, da CF), à educação, como condição plena de desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; atendimento em creche e pré escola às crianças de zero até 6 anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta do ensino noturno regular, adequado às condições do educando e atendimento ao educando, no ensino fundamental através de programas suplementares e material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208).

Em relação ao dever do trabalho inúmeros são estes, detendo-me apenas na norma do inciso XX, do art. 7º, sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (artigos 372 e s.s., da CLT).

Há, ainda, o dever de voto que no nosso sistema é obrigatório (art. 14, parágrafo 1º, inciso I, da CF). Também existe a obrigatoriedade consistente no dever de prestação do serviço militar.

**Proposição:**

*O dever do Estado com a educação e o trabalho da mulher deve ser efetivado mediante garantias das normas constitucionais ou infra constitucionais.*

#### 4. Deveres Humanos relativos aos direitos de terceira geração

Esses deveres se referem aos interesses difusos<sup>1</sup> e permitem a participação do cidadão na vida democrática, como forma de participação na vida política. A falta de norma regulamentadora pode ser questionada através do mandado de injunção (art. 102, II, a, 105, I, h e 121, § 1º, da CF) ou ainda a participação dada ao cidadão para pleitear a anulação ou declaração de atos lesivos ao patrimônio público. Este procedimento pode ser feito através da ação popular cujo objetivo é o dever da moralidade administrativa. Ou ainda a ação civil pública destinada à busca da reparação e proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; à reparação por infração da ordem econômica e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, sempre referentes àqueles interesses.

O dever de cidadania se expressa na participação do cidadão na vida da *polis*.

Na verdade, os deveres estão afetos à própria garantia dos direitos, com isso significando a necessidade da função jurisdicional harmonizadora de direitos e deveres do indivíduo.

A cidadania se expressa na falta de norma regulamentadora através do mandado de injunção (Artigos 102, II, a, 105, I, h e 121, §1º, da Constituição Federal). O Eminent Desembargador Lair Loureiro<sup>2</sup> aponta julgado da Sessão Plenária do Tribunal de Justiça de São Paulo, de mandado de injunção procedente, de servidores municipais, no caso enfermeiras, que pretendiam percepção de adicional noturno superior ao diurno, por direito assegurando na Constituição da República, artigos 7º, IX e 39 e na da Lei Orgânica do Município de São Paulo em seu artigo 96, §2º, aplicando analogicamente os preceitos do mandado de segurança coletivo à falta de regramento processual adequado.

Outro exemplo de cidadania é a participação dada ao cidadão para pleitear a anulação ou declaração de atos lesivos ao patrimônio público<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Antônio Rulli Júnior, *Universalidade da Jurisdição*, São Paulo, Oliveira Mendes ed., 1998.

<sup>2</sup> Lair da Silva Loureiro e Lair da Silva Loureiro Filho, *Mandado de Segurança e Mandado de Injunção*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, pp.383-390.

<sup>3</sup> Desembargador Antonio Raphael Silva Salvador, *Ação civil pública - aspectos processuais*, São Paulo, Editora Oliveira Mendes, co-edição APAMAGIS, 1997, pp.6-7.

Diz a norma do inciso LXXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. É alguém que “...age em nome próprio e no exercício de um direito seu, assegurado constitucionalmente”.<sup>4</sup> O sujeito da ação popular defende interesse da sociedade enquanto entidade coletiva destituída de personalidade jurídica. É o aspecto de participação política e democrática da cidadania, um meio especial de acesso à jurisdição, com a característica de controlador da legalidade administrativa dos atos de governo, evitando-se a lesividade, a ilegalidade e a imoralidade.

A ação civil pública se destina à busca da reparação e proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; à reparação por infração da ordem econômica e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, sempre referentes àqueles interesses (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985). São interesses que recebem proteção possível não pelo cidadão, como acontece na ação popular, mas por outros legitimados, como determinado na lei.

A ação civil pública se apresenta como instrumento político de participação, porque permite a preservação de bens e valores relevantes para a comunidade, em última análise, protege a sociedade através de seus interesses difusos. A questão do meio ambiente ligada à idéia de que o homem é parte integrante da natureza, fundamento de respeito às condições físicas do próprio planeta. Com esta finalidade vem se pronunciando os julgados dos nossos Tribunais. EMENTA: Constitucional. Ação direta. Liminar. Obra ou atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente. Estudo prévio de impacto ambiental. Diante dos amplos termos do inc. IV do par. 1º, do art. 225, da Carta Federal, revela-se juridicamente relevante a tese de inconstitucionalidade da norma estadual que dispensa o estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais. Mesmo que se admitisse a possibilidade de tal restrição, a lei que poderia viabilizá-la estaria inserida na competência do legislador federal, já que a este cabe disciplinar, através de normas gerais, a conservação da natureza e a proteção ao meio ambiente (art. 24, inc. VI, da Constituição Federal),

---

<sup>4</sup> Celso Bastos, *Curso...*, pp.223/224.



não sendo possível, ademais, cogitar-se da competência legislativa a que se refere o parágrafo. 3º, do art. 24, da Carta Federal, já que esta busca suprir lacunas normativas para atender a peculiaridades locais, ausentes na espécie. Medida liminar deferida. (S.T.F., ADIMC 1086/SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 01/08/1994). EMENTA: Processual civil. Ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento de compra e venda de imóveis. Juros. Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade, doutrina. Jurisprudência. Recurso provido.

I - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) A nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) A indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) A obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula.

II - Como já assinalado anteriormente (R.ESP. 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob o influxo de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III - Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

IV - Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos num só tempo. (S.T.J., R.ESP. 105215/DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento em 24/06/1997).

Não há mais dúvida de que o próximo século será marcado pelo direito coletivo.

A partir do século XIX as Constituições passaram a ter a forma escrita e a característica de rígidas, protegendo os direitos do indivíduo e estabelecendo o Estado de Direito.

Esta nova perspectiva levou à estruturação do poder político através da separação dos poderes.

A jurisdição ganhou relevo como função autônoma dentro da separação dos poderes, embora as constituições da Europa mantivessem a função atrelada à administração. Ao contrário, a Constituição americana previa a independência da função como poder autônomo. No direito brasileiro, a tradição sempre foi de função autônoma e independente.

Mas, deve-se reconhecer que a rigidez constitucional significa autonomia da jurisdição que é sempre prevista no Estado de Direito como garantia dos direitos fundamentais do indivíduo.

No direito constitucional brasileiro a tradição é de prestígio da função jurisdicional, como pedra angular do sistema.<sup>5</sup>

O Estado de Direito tem por fundamento o princípio da legalidade e como tal só através da função jurisdicional é possível manter a ordem criada, com a responsabilidade de instituições livres, condição da paz e da educação do povo, valores do bem viver e de honestidade, inclusive administrativa e legislativa. A Constituição do Império (1824) e as que se seguiram na República (1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988) sempre consideraram a jurisdição como o lado interno da soberania do Estado, dando-lhe a natureza de função independente. A perfeição da função caminhou para a universalidade e, como consequência, para a universalização de seu instrumento. É uma conquista própria do constituinte brasileiro e dos nossos juristas.

### **Proposição:**

*Os deveres decorrentes dos interesses difusos ou coletivos devem estar amparados por procedimentos capazes de proteger o patrimônio público contra atos lesivos e a proteção do meio ambiente e do consumidor.*

## **5. Deveres Humanos decorrentes dos direitos de quarta geração**

Esses deveres decorrem dos direitos à vida das gerações futuras.

A engenharia genética e a clonagem acarretaram mudanças rápidas na sociedade. A evolução da ciência revela os mitos do desconhecido e o

---

<sup>5</sup> Cândido Motta Filho, *Rui Barbosa e o Poder Judiciário*, RDP, 1/159-169, São Paulo, R.T. :“O Judiciário, como ele demonstrou, teve na história das instituições políticas brasileiras, um roteiro que não o desmereceu” (p.165)

desconhecido sempre foi causa de instabilidade. Na medida em que se explica o mito, determinando-se a natureza das coisas é que se torna ciência, trazendo segurança, e a jurisdição só pode normalizar o que é conhecido, o que é seguro no presente e no futuro, diante do princípio da segurança jurídica; porque qualquer *decisum* sobre o que não é conhecido é julgamento privado de qualquer fundamentação. O próprio direito positivo se assenta sobre o que é conhecido: a mudança com estabilidade social trazida pela evolução da própria consciência histórica.

O próprio erro profissional, decorrente do atraso da ciência, não é punido, mas, tão somente o erro médico decorrente da negligência, da imprudência e da imperícia.

É dever do Estado a preservação da ordem social e moral e a condição humana também exige evolução que preserve valores e normatize a questão da manutenção artificial da vida, transplante de órgãos, a fertilização *in vitro*, a clonagem, entre outros, superando preconceitos, e permitindo evolução ética.

A jurisdição não faz saltos porque sua ética não permite distanciamento da lei e da realidade, qualificando-se pelo seu resultado, ou seja, a solução do caso concreto satisfazendo os anseios das partes e da sociedade, sem deixar resquícios, para evitar a insatisfação social e da própria consciência histórica, no binômio que pode ser aceito pelo indivíduo e não ser aceito pela comunidade naquele momento, ou vice-versa.

### **Proposição:**

*O Estado tem o dever de manter ascendência sobre as experiências científicas relativa à engenharia genética e clonagem, garantindo o direito à vida das gerações futuras.* ◆

# O Poder Judiciário e os Deveres Humanos

( 2 )

## **Juiz Antônio Rulli Júnior**

Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

### **I. Introdução:**

O meu profundo agradecimento ao honroso convite formulado pelo Eminentíssimo Desembargador MANOEL CARPENA AMORIM, DD. Diretor-Geral da EMERJ e reconhecimento pelo esforço na organização da 4ª Semana Interamericana de Integração Jurídica. O meu tema diz respeito ao Poder Judiciário e às garantias constitucionais dos direitos humanos: deveres humanos.

Portanto, devo me ater ao dever do Estado na organização da jurisdição como função indispensável ao alcance da **justiça**. O dever de jurisdição cabe ao Juiz-Estado.

### **II. Democracia e participação**

O conceito fundamental de democracia se assenta na participação, significando o povo no exercício do poder, isto é, o poder exercido em nome do povo, que é o seu titular.

O parágrafo único do art. 1º, da Constituição Federal, estatui que todo o poder **emana do povo**, complementando no art. 14 o modo de exercício da soberania e este só se torna possível pela **democracia e participação**.

Os duzentos anos de constitucionalismo fixaram dois conceitos básicos: constituição escrita e rigidez constitucional. Este marco é sem dúvida importante o suficiente para determinar a soberania popular. É com muita

propriedade que Patrice Gélard<sup>1</sup> entende que a Constituição Americana de 1787 foi concebida para limitar a arbitrariedade dos governantes, pois havia desconfiança em relação ao poder executivo e legislativo, ao contrário das Constituições concebidas na França, principalmente, a partir de 1791, emanadas segundo os ideais da Revolução Francesa, onde o Estado é algo de positivo e o seu desenvolvimento é a garantia da personalidade humana.

Num e noutro sistema a preocupação é permitir o exercício do poder através do povo, como condição de aperfeiçoamento da sociedade e da pessoa humana, pela participação na construção do processo político, ou seja, permite-se a democracia participativa, cada geração dando a sua contribuição de forma própria e diferenciada na realização e formação da vontade política.

Este marco divisório influenciou todas as constituições modernas, acarretando o que Patrice Gélard<sup>2</sup> considera como a internacionalização do direito constitucional pela necessidade que se tem de uniformizar os Direitos do Homem, a eles assegurando proteção, porque a soberania pertence ao povo. A democracia exige participação. O princípio participativo é entendido como a “...participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo”<sup>3</sup>, ou aquele “...onde o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de todos os cidadãos (arts. 48º e 112º) para o seu exercício...”<sup>4</sup>

A ação popular prevista no inciso LXXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, é exemplo do exercício da cidadania, permitindo a qualquer cidadão anular ato lesivo ao patrimônio público. Ou ainda, os direitos relativos ao meio ambiente e consumidor, ação civil pública, permitindo atuação direta sobre as relações sociais nocivas ao ambiente e consumo, ou ao erário público, em prejuízo direto da própria coletividade, judicializando a política e politizando a jurisdição.<sup>5</sup>

A efetivação do princípio democrático só se torna viável através da representatividade, participação e pluralismo na “...garantia geral da vigên-

<sup>1</sup> Revista da Faculdade de Direito, Série Internacional V, São Paulo, FMU, jan./jun. 1996, nº15, “As transformações do direito constitucional na sociedade contemporânea”, pp. 35-45.

<sup>2</sup> Id., ib.

<sup>3</sup> José Afonso da Silva, *Curso...*, p.120.

<sup>4</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1995, 6ª. ed., p.431.

<sup>5</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da Justiça*, in Revista Jurídica da Prefeitura Municipal de São Paulo, CEJUR, nº1, 1995, pp.21-42.

cia e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º, da Constituição Federal)<sup>6</sup>; consubstanciando-se no Estado Democrático de Direito na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, dotada de supremacia que vincule todos os poderes e atos das respectivas funções, garantindo os direitos fundamentais, a justiça social, a igualdade, a divisão de poderes, a legalidade e a segurança jurídica.<sup>7</sup> A democracia vincula-se à participação, tornando-se modo na satisfação das necessidades que surgem no dia a dia.

O aumento quantitativo e qualitativo da população significa o aumento das necessidades, cuja satisfação significa necessariamente participação, rareando os bens que acarretam sempre novas mudanças nos modos e nos meios de soluções razoáveis. Quem não luta por seus direitos não é digno de seus direitos. A jurisdição é o termômetro das transformações e torna-se a única alternativa dentro da fidelidade dos seus fins para conciliar a satisfação das necessidades, pois não pode impedir o aperfeiçoamento dos indivíduos e do próprio corpo social e político.

O aumento das necessidades vem significando o aumento da litigiosidade e da criminalidade, binômio que tem qualificado o homem e a sociedade por milênios, diante das insatisfações que inevitavelmente passam a surgir. Onde existir o homem e a sociedade aí existirá o conflito e a litigiosidade.

E sem a participação democrática não há como criar uma consciência capaz de solucionar os litígios e evitar a criminalidade.

A obrigação de viver em sociedade cria insatisfações de toda ordem que geram os conflitos. As normas cada vez mais complexas e sofisticadas exigem participação, exercício de cidadania, na constante busca de superação não só das insatisfações, como das soluções que se superem gradualmente, evitando-se a desarmonia que acaba tomando conta do organismo social, único modo de evolução harmoniosa e tranqüila. Estas soluções exigem a participação do povo “...o conjunto dos cidadãos do Estado”<sup>8</sup>, estabeleci-

---

<sup>6</sup> José Afonso da Silva, *Curso...*, p.108. Acentua que a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste na superação das desigualdades sociais e regionais como modo de realização da justiça social.

<sup>7</sup> Id., *ib.* A questão da participação democrática tem a garantia do sistema e está espalhada por princípios que na verdade se apoiam na concepção dos direitos fundamentais.

<sup>8</sup> Dalmo de Abreu Dallari, *Teoria...*, p.88. Ressalta o povo na participação da formação da vontade do Estado.

das determinadas condições para a participação na formação da vontade do Estado e no exercício da soberania, porque o elemento básico do Estado Democrático de Direito é a noção de governo do povo, com princípios fundamentais de supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e igualdade de direitos, garantias da participação do povo na organização, na formação e atuação do governo.<sup>9</sup>

A democracia se funda na participação, vínculo entre povo e poder<sup>10</sup>, responsável pela promoção do bem comum, em razão do poder nacional se encontrar disseminado por todas as moléculas da sociedade<sup>11</sup>. Cada geração, umas com maior e outras com menor intensidade, tem o seu modo de participação e de influência na escolha de caminhos. Esta participação do poder jurisdicional acompanha cada época, tendo como característica fundamental a pacificação, dimensão das possibilidades das soluções nos litígios, porque todas as formas de “influência” sobre os centros de poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia<sup>12</sup>, porque participação democrática é cidadania. O exercício do poder, desta forma, reafirma a condição do Estado gestor do bem comum. A participação na Democracia não se faz somente com o sufrágio universal: toda forma de influência sobre centros do poder se constituem em forma de participação, em forma de cidadania.

O processo, a instrumentalidade da jurisdição, exige participação, sendo indispensável, além da atuação do juiz e das partes, a atuação do Ministério Público e do advogado. A experiência demonstra que a concentração do poder nas mãos de um só, atenta contra os postulados básicos da Democracia.

Esta preocupação tem sido a tônica na evolução do poder político e as formas conciliatórias se apegaram na garantia da igualdade e da liberdade, garantia da participação.

---

<sup>9</sup> Id., ib., entendendo implícito que o povo, expressando livremente a sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e igualdade, condições evidentes de participação.

<sup>10</sup> José Afonso da Silva, *Curso...*, 118.

<sup>11</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade...*, p.120. Critérios através dos quais a nação possa ter para escolher seus próprios caminhos.

<sup>12</sup> Id., ib., p. 238. É a participação do indivíduo na determinação dos destinos da sociedade política, como outro escopo político da jurisdição e do sistema processual.

A influência permite a participação de todos, com liberdade e igualdade, nos centros do poder e não somente daqueles ligados ao poder ou que tenham proximidade com o poder. É o sentido da participação em direção às soluções democráticas, no exercício da cidadania e da soberania, na formação da vontade do Estado. Exige-se responsabilidade que deve ser estimulada pela educação que o Estado deve aos seus governados.

A litigiosidade tem provocado situações de incômodo e de imprevisão, exigindo participação responsável para extirpar as violências, as tensões, inclusive as cobranças de ineficiência das instituições, que têm levado aos linchamentos, formação dos esquadrões de extermínio, transmissão de doenças infecto-contagiosas, como a Aids, soluções próximas do autotutelismo, exigindo a criação de um canal permanente entre o poder e os jurisdicionados que estabeleça a participação efetiva, minorando os desmandos sociais, em especial dos grandes centros urbanos. Esta participação responsável capaz de influenciar os centros de poder torna possível a mudança necessária, ainda que através de um setor de relações públicas governamentais encarregado da divulgação de decisões importantes para a sociedade.

Negação evidente de participação é recurso em processo crime onde se aplica multa baixíssima, na expectativa de uma eventual prescrição. Além de antidemocrático, torna o efeito político, social e jurídico da função jurisdicional completamente nulo, envolvendo custo de processo acima do razoável e tornando mais difícil a tarefa de juízes, advogados e promotores de justiça, permanentemente assoberbados de casos para apreciação e julgamento, justificando a criação de leis para casos de pequeno potencial ofensivo, onde se impõe condição de maior participação, como já ocorre nos Juizados Especiais de Pequenas Causas.

### **Proposição:**

*É dever do Juiz-Estado a participação democrática no processo, no interesse das partes e efetivação da Justiça.*

## **III. Contraditório, Participação e Processo**

A idéia de democracia tem exigido o conceito de universalização da jurisdição, na medida em que se queira uma justiça cada vez mais efetiva



para todos, ou como se tem designado “uma justiça para o povo”, com custo mínimo, acesso fácil, rapidez e eficiência. Processo marcado pela oralidade e pela simplicidade.

Ora, contraditório e participação poderiam parecer meios de entrave. Mas, na verdade constituem-se em princípios primários de segurança para aplicação da própria justiça. São fenômenos internos da jurisdição que mantêm a confiabilidade na solução das contendas. Os dois princípios evitam inclusive a protelação, não só dos interessados como da lentidão na decisão do próprio juiz.

O contraditório e a participação se tornam indispensáveis e criam uma consciência jurídica onde (em que deve) deve prevalecer a identidade individual e coletiva, o sentimento de comunidade e de pátria, evitando uma nação sem patriotas e uma coleção de indivíduos que se organizam politicamente apenas para garantir seus próprios interesses, sem qualquer ética ou consciência histórica de compromisso com o Estado, a sociedade e o indivíduo. A consciência jurídica assim criada é a legitimação e a legitimidade do poder em si mesmo, realizado através do processo, na disciplina jurídica da função jurisdicional.

O processo é o procedimento realizado em contraditório<sup>13</sup>.

E o processo “deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude os seus escopos institucionais”<sup>14</sup>. A jurisdição está destinada a cumprir o fim do Estado, busca do bem comum e o processo pelos escopos determinados por esse fim, por esta razão, devem assegurar o viver honestamente. Esta boa função do processo só se viabiliza com a participação: não é possível jurisdição sem participação. A boa qualidade da justiça aí está centrada. Na jurisdição o poder é exercido através da dinâmica do processo, procedimento caracterizado pelo contraditório e viabilizado no princípio do devido processo legal, cuja observância legitima o resultado de seu exercício.

Ninguém pode ser submetido a julgamento sem procedimento.

A participação e o contraditório exigem forma instrumental através da qual a prestação jurisdicional possibilita ao Estado dar a cada um o que é seu segundo a ordem jurídica estabelecida. A Constituição brasileira

---

<sup>13</sup> Id., ib., p. 88-103 e 177-193. O direito de procedimento que as partes têm, assegurado no princípio do devido processo legal.

<sup>14</sup> Id., ib., p. 385. Refere-se ao aspecto positivo e a efetividade do processo.

consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo, em seu art. 5º, inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garantindo no inciso LIV que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, estabelecendo no inciso XXXV o acesso à justiça, o contraditório e a plenitude de defesa (inciso LV). O processo é a forma instrumental da jurisdição<sup>15</sup> que garante a plenitude de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais<sup>16</sup>, e como decorrência evidente, impedindo, ainda, que alguém venha a ser processado duas vezes pelo mesmo fato (princípio da *double jeopardy*).

Torna-se atributo imediato da personalidade, são os chamados direitos cívicos<sup>17</sup>. Esta característica de universalidade não se debruça somente sobre o direito positivo, no caso dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, mas se estende aos chamados direitos humanos, mais abrangentes do que aquelas, observados os direitos cívicos, nada escapando de sua apreciação (Artigo 5º, §2º, da Constituição Federal).

O Juiz somente decidirá dentro deste contexto, como forma de bem decidir, interpretando o melhor direito, ainda que lacunosa a lei.

O parâmetro constitucional possibilita interpretação, ainda que fora do direito positivo, pois diferentemente do direito romano onde o pretor por vezes criava o direito, os princípios do sistema habilitam solução jurídica. O Juiz não cria, portanto, o direito: a lacuna é da lei e não do sistema<sup>18</sup>. No direito romano a criação do direito decorria da necessidade de se evitar o retorno à violência. A ampliação do princípio constitucional é de tal ordem que o Juiz nunca poderá se recusar a dizer o direito, daí o porquê da participação e do contraditório.

A universalidade da jurisdição está ligada à efetividade do processo. A dinâmica da função jurisdicional estabelece o modo como ela se exerce e que é o processo<sup>19</sup>. A jurisdição surgiu ligada ao Direito Natural, evoluindo dentro do Estado de Direito e aperfeiçoando-se dentro de um critério de

---

<sup>15</sup> José Afonso da Silva, *Curso ...*, p. 372-373.

<sup>16</sup> Id., ib.

<sup>17</sup> Id., ib.

<sup>18</sup> Maria Helena Diniz, *A lacuna do direito*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1988, p. ...

<sup>19</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade ...* p. 177. A dinâmica do poder que nada mais é do que o modo como ele se exerce e que em direito processual é o processo.

universalidade, isto é, tornando-se sua aplicação cada vez mais extensa aos conflitos. No Estado Democrático de Direito a universalização pelo processo é a tônica, a ponto de se permitir o acesso de um maior número de pessoas e causas ao judiciário, através da assistência judiciária, com a superação dos obstáculos decorrentes da pobreza. Ou, ainda, a tutela dos interesses difusos, dirigidos ao consumidores e ao meio ambiente. Outra abertura para a universalização se dirige para o procedimento com maior racionalização, atendendo de forma mais adequada causas mais simples e de menor complexidade, principalmente com os Juizados Especiais de Pequenas Causas e de Pequeno Potencial Ofensivo, além do princípio de justiça coexistencial, nos chamados Juizados Especiais de Conciliação.

O processo revela procedimento animado pela relação processual que persegue a realização do direito material, meio de efetivação da justiça.

A evolução em direção à universalidade se faz através de seu exercício que é o processo, em permanente dinâmica do poder, não se confundindo jurisdição e processo, sendo este o instrumento para o exercício do poder e não só da jurisdição<sup>20</sup>, significando atuação através de procedimento feito em contraditório.

O processo se torna meio para evitar os riscos de injustiça, capaz de alterar as situações em disputa, realizando de forma definitiva o direito material buscado pelas partes. No Estado Democrático de Direito a universalidade da jurisdição significa que qualquer cidadão tem o direito de acesso à justiça através do exercício do processo, modo inevitável de sua realização, pois só assim é canalizada à realização dos fins do Estado. A industrialização e a urbanização aceleradas, resultado do fluxo migratório e do crescimento demográfico, têm tornado acanhada a reforma judiciária nas cidades maiores e nos grandes centros urbanos. A idéia do conciliador lançada pelo Juizado Especial de Pequenas Causas tem tornado mais efetiva a idéia de Justiça junto à população. A idéia de colegiado para simplificar o andamento mais rápido da Justiça revela preocupação salutar de atendimento às causas de pequena expressão econômica ou pequeno potencial ofensivo, com fórmulas mais adequadas de processo, fundadas na oralidade, na negociação e na conciliação. Vivemos um século de massa e a tendência de aumento de população no Brasil tem tornado inevitável

---

<sup>20</sup> Id., ib., p. 159. O aspecto dinâmico do poder é o meio de seu exercício, ou seja, o processo e não a jurisdição propriamente dita.

qualquer controle. A falta de infra-estrutura se acentua em todas as áreas, inclusive na Justiça.

As soluções simples trazem maior confiabilidade no Judiciário, pois, as partes envolvidas terão condições de se aperceberem da justeza ou não das decisões, satisfazendo seus anseios e atendendo melhor seu próprio direito. As partes sentem maior segurança jurídica e preferem errar com a Justiça, ainda, quando esta erre. A simplicidade dos questionamentos viabiliza a participação no processo de realização da Justiça, objeto indispensável do mecanismo de jurisdição: processo e direito se complementam.

### **Proposição:**

*É dever do Juiz-Estado dar ao processo o procedimento animado pela relação processual que persegue a realização do direito material, meio de efetivação da justiça.*

## **IV. Jurisdição e Processo**

O Estado Democrático de Direito pressupõe a participação do povo no poder. O exercício da jurisdição só se faz com a participação: a participação direta da cidadania na formação dos atos de governo. E esta participação se viabiliza através do processo. Mas, o escopo jurídico por si só é insuficiente. Não basta dizer no texto constitucional que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário. É necessário que se dê condições de acesso, e, portanto, é imprescindível a universalização do processo como forma segura de pacificação dos conflitos. O modelo adotado pela Constituição Federal é o de democracia social, participativa e pluralista (Artigo 1º), fundada no princípio da constitucionalidade, através de Constituição rígida, emanada da vontade popular dotada de supremacia, com vinculação de todos os poderes e atos deles provenientes, com livre atuação das regras de jurisdição constitucional; abrangendo os direitos fundamentais, a justiça social, o princípio da igualdade, divisão de poderes, independência do Juiz, legalidade e segurança jurídica<sup>21</sup>. Ora, o Estado busca a realização de seus fins, já definidos na Constituição, com o objetivo único

---

<sup>21</sup> José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 107/108. O Estado Democrático de Direito se funda no objetivo primordial de superação das desigualdades sociais, realizando a justiça social.

que é o bem comum, em última análise o próprio homem. E todas as funções para aí convergem, em perfeita harmonia e independência entre si. O Estado foi constituído para atender às necessidades e as conveniências dos grupos sociais, e, assim, atingir o seu fim último: o bem comum. É com razão que Dalmo de Abreu Dallari qualifica a finalidade do Estado como sendo “...o bem comum de um certo povo, situado em determinado território. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo”<sup>22</sup>.

A idéia de bem comum exclui a pretensa antinomia indivíduo-Estado.

A jurisdição se torna garantia das tutelas do indivíduo, embora, por vezes dê primazia aos interesses coletivos, superando qualquer antinomia, pelo seu objetivo, sempre coincidente com o bem comum da parte e do todo. O Estado é o conjunto de pessoas humanas que se forma a nação, sociedade política e juridicamente organizada. O Estado, portanto, deve se manter adequado à realidade social, com condições de servir a estas mesmas pessoas, exatamente por ser instrumento do bem comum. O bem comum busca a criação de condições que permitam a cada homem e a cada grupo social a realização de seus respectivos fins particulares<sup>23</sup>. E ao se asseverar, que no Estado Democrático, fundado na supremacia da vontade popular, busca-se a igualdade de possibilidades, com liberdade, está se assegurando a expressão concreta de uma ordem social justa<sup>24</sup>. O escopo jurídico, assim, se tornaria insuficiente para atender à norma constitucional. Torna-se necessário recorrer ao plano político e social.

O plano político-social dirige-se para uma maior abertura do Judiciário a um número cada vez maior de pessoas e causas. É muito estreito afirmar a jurisdição como a justa composição da lide ou a atuação da vontade concreta a lei.

A idéia de bem comum, exige governo afeito à aplicação da lei de ofício, ao lado de atividades legiferantes e jurisdicionais, como forma de atendimento da realidade social e aos fins particulares da própria sociedade. Ora, tanto a função legislativa como a função jurisdicional estão envoltas nas mesmas circunstâncias, complementando-se reciprocamente.

<sup>22</sup> Dalmo de Abreu Dallari, *Teoria ...*, p. 95. A finalidade básica do Estado é a busca do bem comum.

<sup>23</sup> Id., ib., p. 21. A finalidade do bem comum é a criação e a busca de condições que permitam ao homem e ao grupo social a efetivação de seus respectivos fins particulares.

<sup>24</sup> Id., ib., p. 268. A democracia não é um ideal utópico, mas a expressão real de ordem social justa.

Na medida em que um maior número de pessoas e de causas chegam ao Judiciário, cresce a responsabilidade do espaço que se cria, para que o atendimento não se torne uma forma distante dos objetivos do Estado. O acesso a justiça é fundamental no Estado Democrático de Direito, pois, como lembra José Afonso da Silva, este “abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências do Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”<sup>25</sup> e onde a “democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem”<sup>26</sup>. O modelo brasileiro incorpora os princípios da democracia social, participativa e pluralista, não sendo um Estado de Direito voltado para o individualismo ou neutralismo, mas um Estado de Direito Social<sup>27</sup>. A universalidade da função jurisdicional é uma tendência não só do direito constitucional, mas também dos processualistas<sup>28</sup>. A primeira questão que surge quando se pensa no acesso à justiça diz respeito ao custo. As custas processuais se apresentam sempre como barreiras às pessoas de pouco ou nenhum poder aquisitivo. Embora, a Advocacia se constitua em “munus público”, não fica o Advogado com a obrigação de trabalhar de graça, sendo tal situação proibida pela Constituição brasileira. A superação do problema aparece com a Justiça Gratuita, através da Lei nº 1060, de 5.2.1950, quando se concedeu assistência judiciária aos necessitados. Posteriormente, com a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas foi contornado o aspecto do recolhimento das custas. O artigo 133, da CF, superando o obstáculo do custo do Advogado no processo, cria a

---

<sup>25</sup> José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 106/107. A prática dos direitos sociais possibilita concretizar as exigências de um estado de justiça social centrada na dignidade da pessoa humana, transformando a sociedade e impondo mudanças sociais democráticas.

<sup>26</sup> *Id.*, *ib.*, p. 117. “... democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem.”

<sup>27</sup> *Ib.*, *id.*, p. 103. O autor apresenta as diferenças entre o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito: participação operante do povo na coisa pública.

<sup>28</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade...*, p. 391. As decepções e as esperanças frustradas geram insatisfações que impedem a realização de práticas pacificadoras, incompatíveis com o bem comum buscado pelo Estado Democrático de Direito. A insatisfação é gerada pelas inúmeras dificuldades de acesso e lentidão. A justiça democratizar o seu espaço, passando a orientar a população, principalmente através dos órgãos de classe e promovendo campanhas pela imprensa. A lentidão cria desestímulo permanente, pela crença que gera de ineficiência e a Escola de Magistrados é o melhor caminho para conscientizar os juízes sobre a solução tardia e seus inconvenientes, impedindo o retardamento e as “chicanas” de toda ordem.

Advocacia e a Defensoria Pública, como modo de assegurar sempre o acesso à justiça aos necessitados, com prestação de orientação jurídica e defesa, em todos os graus de jurisdição. A própria Constituição, ao determinar a assistência aos necessitados, não poderia exigir do Advogado trabalho sem remuneração. A função jurisdicional, muito além de se preocupar com o lema “suum cuique tribuere”, procura a integração do indivíduo na sociedade, permitindo-lhe, independentemente de sua situação social, sempre em igualdade de condições, e a universalidade da jurisdição é essa garantia de igualdade permanente e constante.

O escopo do processo é permitir a universalidade da tutela jurisdicional. Instrumento da Justiça não pode conotar empecilho de nenhuma ordem, como prática pacificadora voltada para o restabelecimento da harmonia social.

Torna-se indispensável a função jurisdicional, para qualquer grupo da nação. O aspecto econômico, evitando-se que os mais pobres fiquem privados da tutela jurisdicional, pelo alto custo econômico do processo, vem sendo sanado de forma satisfatória pela legislação brasileira: assistência judiciária, convênios com a Secretaria da Justiça e da Cidadania e a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Pública e Pequenas Causas. O Estado Democrático de Direito revela a abertura do Judiciário a número crescente de pessoas e causas, criando mecanismos legais que abranjam cada vez mais situações que evitam a chamada litigiosidade contida. O conceito de acesso à Justiça também evoluiu dentro do conceito de Direito Natural<sup>29</sup>. No Estado Liberal o acesso era possível para aqueles capazes de enfrentar os custos do processo. O efetivo acesso à Justiça sofreu progressivo desenvolvimento, caracterizando-se como um direito básico da sociedade moderna<sup>30</sup>.

Mas, o custo do processo não envolve somente as custas, deve-se computar os honorários de advogados, por vezes demasiados caros.

A assistência judiciária deve se voltar para um programa adequado às circunstâncias particulares do desenvolvimento das instituições atuais<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Mauro Cappeleti e Bryant Garth, *El acceso a la justicia*, La Plata, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de la Plata, 1983, p. 19.

<sup>30</sup> Id., ib., p. 23 e sgts.

<sup>31</sup> Roberto O. Berizonce, *Efectivo Acceso a la justicia*, La Plata, Liberia Editora Platense S.R.L., 1987, p. 7 e sgts.

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, tem desenvolvido programa razoável de assistência judiciária através de convênios com a Secretaria da Justiça.

A Procuradoria Geral do Estado também cuida com zelo da assistência judiciária, tendo a Constituição Federal e a Constituição Estadual dado grande ênfase à figura do Advogado e à Defensoria Pública.

O Estado Democrático de Direito tem dado uma conotação diferente do Estado liberal aos escopos do processo. Não somente em relação à assistência judiciária, mas, também, em relação às causas de pequeno valor econômico. Os juizados informais de conciliação que antecederam os juizados especiais de pequenas causas demonstram uma necessidade constante de não se excluir em nenhuma hipótese questões que possam criar litigiosidade e pelo pouco valor econômico deixem de ser consideradas importantes para o grupo social ou para o próprio indivíduo que demanda.

Os escopos do processo impedem a exclusão de qualquer cidadão do acesso à Justiça. O mecanismo da Assistência Judiciária e os Juizados Especiais se prestam a esses escopos. O processo, diante do Estado, se revela como meio ordenado e legal de exercício do poder, assim a legitimação do provimento jurisdicional se faz pela observância do procedimento. A jurisdição é o exercício organizado do poder e a sua dinâmica se expressa no processo.

### **Proposição:**

*O dever de acesso à justiça deve estar caracterizado pela assistência judiciária aos necessitados e na implantação dos juizados especiais de pequenas causas permitindo que um número maior de pessoas traga ao Judiciário os seus casos.*

O juiz vivencia, juntamente com as partes, a função jurisdicional, com o compromisso ético com a Justiça, através da cumplicidade no exercício do poder de império, perseguindo a paz social e resolvendo concretamente os litígios, pela participação contraditória.

Os romanos tinham consciência dos escopos da jurisdição e definiam como sendo a arte do bom e do eqüitativo, não lesando a ninguém, dando a cada um o que é seu e vivendo honestamente.

O direito natural trazia como consequência uma ética de convivência que não mais se limitava à paz momentânea das soluções das contendas,



mas envolvia-se em definitivo na busca de uma paz permanente e perpétua, evitando intervenção constante dos juizes, procurando o aprimoramento das relações em sociedade, fazendo evoluir o indivíduo.

A consciência do escopo político estava representada no poder de império, voltava-se para a determinação de não lesar a ninguém (*alterum non ledere*).

O escopo social estava representado na disposição de dar a cada um o que é seu, único modo de se conseguir a paz social (*suum cuique tribuere*).

O escopo jurídico significava a aplicação da lei ao caso concreto, único meio de se conviver honestamente (*honeste vivere*).

Na realidade, a importância da universalidade da jurisdição está no reconhecimento da formação da consciência jurídica de cada um viver honestamente.

O Judiciário é apenas um parâmetro para a jurisdição, um modelo ou padrão de comportamento para se viver honestamente: a aplicação do direito passa a ser o mínimo exigido quando a ética de convivência é transgredida.

A paz em sociedade, pela jurisdição, somente se efetiva através dessa consciência jurídica de se viver honestamente, porque não se trata de uma paz momentânea na solução das contendas, mas de uma paz permanente. A ética da convivência se torna anterior ao próprio direito desejado e essa mesma ética que interessa na pacificação e na harmonia social. A jurisdição se volta para este aspecto ético, como meio de se atingir o bem comum, em cumplicidade permanente de valores, em perfeita univocidade de linguagem.

O escopo jurídico acarreta necessariamente a consideração deste valor ético, tendo-o como anterior ao próprio direito: sem essa consciência jurídica se torna difícil reconhecer a efetividade do próprio poder de império ou do valor social de dar a cada um o que é seu. A segurança da consciência jurídica do viver honestamente embasa a certeza dos próprios escopos da jurisdição.

A legitimação e o procedimento não tem outra razão, senão permitir, através do poder de império e da justiça social, o entendimento de que a aplicação da lei ao caso concreto exige o viver honestamente. Em caso contrário, cairíamos no cinismo de uma nação sem consciência jurídica, com indivíduos que apenas se aglutinariam para fazer valer seus próprios interesses em detrimento dos demais e porque não do próprio país. A universalidade da jurisdição existe com essa finalidade, ou seja, evitando uma

distorção cavilosa das relações sociais, criando a consciência de se viver honestamente, diante da lesão ou ameaça a direito.

A legitimação do provimento jurisdicional só é possível pela observância do procedimento e essa legitimação do próprio procedimento é reconhecida pelas oportunidades de participação que ele oferece, sendo ilegítimo o processo realizado sem observância do procedimento.

A universalidade da jurisdição recai sobre a possibilidade da ameaça ou lesão a direito.

O provimento jurisdicional ao apreciar estes aspectos será legítimo se possibilitar procedimento que ofereça reais oportunidades de participação contraditória. Seria desqualificado de legitimação caso de julgamento do mérito fora das hipóteses enquadráveis no art. 330, do C.P.C.

Faltaria à essa legitimação o escopo social, embora, presentes, aparente e formalmente, o escopo jurídico e o escopo político.

O mestre de São Francisco tem entendido que “... o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo”<sup>32</sup>.

Adverte: “O que precisa ficar muito claro, como fator de segurança para as partes e como perene advertência ao juiz, é a substancial exigência de preservação das fundamentais garantias constitucionais do processo, expressas no contraditório, igualdade, inafastabilidade de controle jurisdicional e na cláusula *due process of law*”<sup>33</sup>.

A legitimação pela participação contraditória é uma exigência política, colocada no texto constitucional (Constituição Federal art. 5º, inciso LIV- *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*).

A idéia de legitimação justifica os próprios fins dos escopos da instrumentalidade da jurisdição.

O que possibilita segundo Carlos Maximiliano<sup>34</sup> a *interpretação do direito levar em conta o resultado*, meio de legitimação de sua aplicação.

O que prevalece na política é a versão que se dá ao fato e no direito é a interpretação do fato diante do resultado buscado pela lei. E esta procura

<sup>32</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade...*, p. 185 e segs.

<sup>33</sup> Id., *ib.*, p.182.

<sup>34</sup> *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, 9ª. ed., 3ª. tiragem.

do resultado exige efetiva participação contraditória, pois o direito não admite a distorção do fato.

O fundamento da decisão dada pelo Juiz se apóia na instrução.

E a oportunidade desse momento é o processo. Os direitos plasmados na Constituição não são garantias jurídico-formais, senão direitos plenos e operativos que exigem efetiva realização material. A sua violação ou falta de sua virtualidade impõe diretamente ao Estado um dever de certeza positiva, uma ação dirigida para vencer os obstáculos do caminho de sua concretização<sup>35</sup>.

A legitimação e a oportunidade significam a garantia da defesa judicial dos direitos, em igualdade de condições, com o livre e irrestrito acesso à jurisdição; significando a igualdade de todos perante a lei e a igualdade perante a justiça.

É no momento de estar em juízo que se revela uma igualdade que fora do processo não seria possível. Fora do processo as partes estão em desigualdade, mas, no processo são iguais pelas oportunidades.

Ao lado da assistência judiciária e dos juizados especiais, surge outro aspecto de fundamental importância e que é visto como a obtenção de procedimentos mais simples e racionais, econômicos e eficientes, com criação de formas de solução dos conflitos, em sistema descentralizado e participativo; promovendo-se uma justiça coexistencial<sup>36</sup>. O cidadão, independente de sua condição social ou econômica, tem o acesso simplificado à justiça. O valor da causa se torna de somenos importância diante do bem, ainda que de ínfimo valor econômico, posto em julgamento a proteção do direito.

É bom lembrar o pensamento sempre atual do Ministro Sydney Sanchez<sup>37</sup> ao considerar a oportunidade como o momento em que se exige do Juiz reflexão sobre os valores dominantes e o bom caminho para o juiz é o culto profundo do direito, o aprimoramento do senso de imparcialidade, de responsabilidade e de justiça, a preocupação com os direitos e faculdades,

---

<sup>35</sup>. Roberto O. Berizonce, *Efectivo acceso a la justicia*, La Plata, Libreria Editora Platense S.R.L., 1987, p.7.

<sup>36</sup>. Id., ib., p.13.

<sup>37</sup>. “O juiz e os valores dominantes, o desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por justiça”, Conferência feita em 07.06.1991, na Escola Paulista da Magistratura, no I Curso de Deontologia do Magistrado.

deveres e obrigações das partes em conflito e com solução adequada das lides. Tudo sem o menosprezo ao interesse público e à necessidade de paz social.

Não lesar a ninguém, dar a cada um o que é seu e viver honestamente se constituem em lemas do direito e da justiça que devem nortear o juiz ao considerar a oportunidade, impedindo decisões temerárias, arbitrárias e injustas, evitando que questões se perpetuem ou que se ampliem os conflitos.

**Proposição:**

*O Processo exige do Juiz-Estado o dever de consciência jurídica, fundamento de legitimação e de legitimidade do procedimento, através do contraditório e da ampla defesa. ◆*

# O Poder Judiciário e os Deveres Humanos

( 3 )

## **Des. Cristovan Daiello Moreira**

Corregedor Geral - aposentado - da Justiça do Rio Grande do Sul

Na era e espaço do culto, dogmático, e idolatria dos direitos humanos, ao aviventar a idéia, os ideais, as razões e teleologia dos “Deveres Humanos, não deliro com os loucos” - Mición de Terencio, in A Utopia - Tomás Morus, Guimarães Editora - Lisboa, 1996, pág. 62.

Do silenciar, quase absoluto, da Temática pelos condutores políticos, titulares dos Poderes Judiciários, Legisladores e Executivos, doutrinadores jus-filósofos, mestres, meios de comunicação social, sociedade, povo, nações e homens, resultou o olvidar do existir e exigir, axiológico, dos “Deveres Humanos”.

Afloraram-me à consciência, como um despertar e emergir do inconsciente. Ao, em 1997, a convite da ONU, ir, viver e colaborar com o institucionalizar e dinamizar da Escola Judicial da Guatemala, na América Central.

Era uma das exigências impostas pela Unidade Revolucionária Guatemalteca como condição a assinatura das Normas do Acordo de Paz, subscrito, afinal, no México, em meados de 1997.

Vivíamos estertores de uma Guerra civil, com mais de trinta anos de cruéis e impiedosos conflitos, pesados e dolorosos sacrificios estimados em 110.000 - cento e dez mil mortes de homens, mulheres, velhos, crianças. Destruir de valores humanísticos, propriedades materiais e espirituais e o vicejar de ódios latentes. Naquele torvelinho pregava-se, difundia-se, ensinava-se, apregoava-se o imperar exclusivo dos “Direitos Humanos”.

Aliás a “Missão das Nações Unidas” na Guatemala preocupava-se com a tutela dos Direitos Humanos mas, descurava com o ideal de “educar

para formar” - Maritain, em Deveres Humanos - e da correspondente exigibilidade como valores insubstituíveis ao consolidar da Paz, Verdade, Beleza, justiça distributiva, legal e comutativa e do bem comum.

No Brasil, ao observar os agires comportamentais dos motoristas a transitarem com os veículos pelas ruas a infringirem, com dolo ou culpa, o direito positivo. Constatar o crescer dos praticantes do “desporto nacional”, como na Itália, da fraude fiscal, com os sonegadores a figurarem impávidos nas crônicas sociais. Verificar o incensar da juventude, o fruir pleno dos princípios do prazer e do poder. E aferir calar ou adulterar da verdade como sistema das relações fáticas, humanas, jurídicas e processuais, refleti e pensei viver-se no universo dos direitos humanos como “fins em si mesmo”.

Proclividade e situação, na substância, a afrontar a concepção finalística do Homem - Kant. A embargar a construção lógica dos valores, imanentes e transcendentos da vida, liberdade, dignidade humana, cidadania, projeções idealísticas da pessoa, a imperiosidade da solidariedade, do bem comum e da responsabilidade.

Mas é da história e historicidade do pensamento axiomático: “*Summum jus, summa injuria*”. Quanto mais direito, mais injustiça - Tomás Moro, Obra e vol. Cit. Pág. 41.

Por conseguinte, o viver dos seres racionais e o acontecer da Justiça será um dos corolários e aplicar com sabedoria através dos Poderes da Educação e Cultura, o “princípio da igualdade” defendido por Platão, entre os deveres humanos, na dimensão da exigibilidade possível, e os direitos humanos, na grandeza das tutelas.

Cuide-se, por exemplo da “Liberdade”, como argumenta “*ad nomine*”.

É um poder ético, mas, sobretudo, um dever humano intrinsecamente relacionado com a finalidade: viabilizar o realizar do homem com seus próprios fins. In Fulton J. Sheen - “Problemas da Liberdade”. Livraria Agir Editora, 1962.

Como dever humano ou direito humano há de ser limitado para não chegar ao despotismo ilimitado, como assinalou Dostoievski, in “Os Possessos”. Não apenas pelo veto ao infringir a idêntica liberdade de qualquer outro homem - Spencer e Kant. Mas pelo reconhecer, declarar e exigir das responsabilidades sociais, norteadas pelo bem comum, a prevalecerem sobre o individualismo.

Inegável existirem, ademais, milhares de pequeninos “devo”, inseparáveis de um objetivo ou propósito, como “devo estudar para

adquirir conhecimento”, “comer minha comida”, vinculado com o dever do bem-estar corporal, mental, psíquico e social, e o supremo “devo” - alcançar o fim para que fui criado, como destacou Fulton S. Sheen, in “Problemas da Liberdade”. Livraria Agir Editora, 1962. Pág. 32.

Depara-se outrossim com alguma situações fáticas jurídicas sem a correlação vinculativa - Dever e Direitos Humanos. Assim, para os portadores de neuro-lesões severas e profundas, e “loucos de todo gênero”, não se lhes reconhece a responsabilidade e a exigibilidade dos deveres humanos. Atribui-se-lhes a dignidade humana, mas nega-se-lhes o exercício, direito dos direitos.

Deveres humanos é um definir do sistema conceptual. O descumprir inviabilizara o viver em paz e harmonia, subjetivo e nas relações objetivas exteriores entre os homens e os Estados, nacionais ou estrangeiros. E impediria afirmar da beleza, verdade e justiça, segundo sistema conceptual superior das Teorias do Direito, do Estado Democrático de Direito, em evolução para o Estado Democrático de Justiça. V. Bunge, Mário, parágrafo 98. In “Metodologia Científica”, Eva Maria Lakatos, Marina de Andrade Marconi. Editora Atlas, São Paulo, 1ª Ed. 3 tiragens, 1983. Pág. 99.

Numa ordenação, metódica, científica, far-se-á uma abordagem sistêmica, inicial e circunscrita a alguns princípios ou preceitos constitucionais classificatórios dos deveres humanos.

Óbvio refugir a integralidade da natureza das espécies e a perfeição lógica, necessária ao operacionalizar as idéias. Servirá, contudo, a reflexões, arquitetar e formular de juízos críticos, sanar de erros de perspectiva e ao desenvolver do poder criativo do conhecimento racional, objetivo, factual, transcendente dos fatos, analítico, claro, preciso, comunicável, investigação metódica, sistemática, acumulativo, factível, geral, explicativo, preditivo, aberto e útil da ciência dos “Deveres Humanos” - Eva Maria Lakatos, Marina de Andrade Marconi - “Metodologia Científica”. Cap. 3, Fatos, Leis e Teorias, obra e vol. citados. Págs. 86 a 117.

Em caráter de esboço, ei-los:

I. Teológicos, com ou sem religião - Dietrich Bonhoeffer, “Ato e Ser”. Ética, Tentação, 1953. A. T. Robinson - Bispo Anglicano - “Diante de Deus”.

Ia. “Sob a proteção de Deus”, invocado no Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988.

Ib. Teológicos-religiosos. (Artigo 5, VI, da Constituição Federal.)

Ic. Assegurar o livre exercício dos cultos religiosos.

II. Filosóficos, ideológicos e psicológicos.

A - Potencializar em atos a igualdade perante a lei. (Art. 5, caput da C. F.) “Princípio da Igualdade” - Platão.

B - Igualdade dos homens e mulheres em relação aos direitos e deveres humanos. (Art. 5, I, da C.F.)

C - A garantirem a sacralidade da vida, dignidade humana, inviolabilidade racional da liberdade humana, física e infinita do pensamento e da consciência. (Art.5, IV, da C.F.)

D - Converter em realidade à função social da propriedade, material ou intelectual - projeções da personalidade. (Art. 5, XXII, letras “a”, “b”, e “c”, da C.F.)

E - Observar e respeitar a inviolabilidade da casa, intimidade, vida privada, a imagem, o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados, e das comunicações telefônicas. (Art. 5, XI e XII, da C.F.)

F - Negar valor ao anonimato. (Art. 5, IV, da C.F.)

G - Concorrer para eficientizar e eficazizar os objetivos definidos no artigo 3, I a IV, da C. F, por força das idéias de “existir quer dizer existir, para os outros” - Bonheffer.

H - Não produzir provas ilícitas e as contra a verdade dos fatos, a verdade da razão e da justiça, por significarem o semear e o crescer da impunidade e das injustiças individuais, sociais e dos seres estatais.

I - Recolher os tributos e não alterar o patrimônio, os rendimentos, as atividades econômicas, para o desfigurar, na forma e na substância, a capacidade econômica dos fatores geradores, bases do cálculo. (Art. 145, III, inc. 3º, 146, II, da C.F.)

J - Promover o poder de educação (Art. 205 da C.F.), visando o pleno desenvolvimento da pessoa.

L - Instrumentalizar o integral exercício do Poder Cultural. (Art. 215 da C.F.)

M - Defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. (Art. 225 da C.F.)

N - Incentivar o planejamento familiar (Art. 226, inc. 7, da C.F.), sob pena da miséria reinar absoluta numa progressão geométrica.

O - Assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência



comunitaria, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Art. 227 da C.F.)

P - Repelir, refutar e inadmitir quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (Art. 227, inc. 6º, da C.F.)

Q - Amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhe o direito à vida. (Art. 229 da C.F.)

Relembro. Complemento.

Extraídos da natureza e teleologia, imanente e transcendente dos homens, certos deveres humanos não são de hoje ou de ontem, mas de toda a eternidade, e ninguém sabe desde quando existem. “Antígona, a heroína eterna da Lei Natural” - Maritain, “Le homme et l’État”. Ed. Puf. Paris, 1953, pág. 78.

Concernente alguns ao refletir sobre os problemas do conhecimento, valores, ética, prática da virtude, do bem e da verdade - Sócrates, “Aristóteles, Ética a Nicômaco” - Platão, “Teoria das Idéias”.

Nem leis escritas são, como:

A - Opor-se, com ações, às normas constitucionais e às do direito positivo, aniquiladoras da vida, infringentes da qualidade de vida, obstaculizadoras ao realizar pleno do homem, dignidade humana, liberdade, cidadania e bem comum.

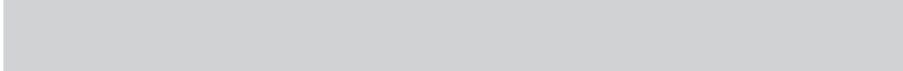
B - Contestar a vontade do Estado, expressa em leis e atos iníquos, contrários à razão reta e ao imperar do Justo - Sto. Agostinho.

C - Criar o estado democrático de direito em o evoluir para o “Estado Democrático de Direito”.

Ser feliz.

Urge retirar os deveres humanos da sombra do ostracismo com o prévio, científico, investigar, pesquisar, estudar metódico e sistematizar da Teoria e Princípio. E, depois, evangelizar através de seminários, cursos, currículos, conferências, debates dialogais coordenados pelas Escolas de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Agentes do Ministério Público, Faculdades de Direito, institutos culturais da Ordem dos Advogados do Brasil, com o clarificar e contínuo divulgar incisivo pelos meios de comunicação social.

Se agir não houver, os deveres humanos figurarão em mais uma simples declaração, inócua, vazia, ineficaz e ineficiente. ◆



O Poder Judiciário  
e as Garantias  
Constitucionais

(Direitos Humanos)





# El Poder Judicial y los Derechos Humanos

( 1 )

## **Min. Marcos Ibazeta Marino**

Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima - Perú

El título abarca una gama temática de lo más apasionante para comprender a cabalidad la integralidad del ser humano que en su relación con otros de su especie, forman núcleos sociales con vida propia, la misma que no puede ser distinta de la naturaleza de sus integrantes.

Es que no se puede concebir al individuo y al Estado en planos de confrontación, sino en una íntima vinculación ontológica, en la cual el ser del primero define el ser del segundo, para caminar, individual y colectivamente, hacia fines superiores de justicia, construyendo las diferentes jerarquías valorativas, como el orden, la seguridad, la libertad, entre otros, en busca del progreso y bienestar, tanto particular como social.

En tal dirección apunta el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, doctor Francisco Fernández Segado, al afirmar que “en definitiva, los derechos fundamentales, los derechos humanos más ampliamente, se han convertido en un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente considerados, a la par que en un elemento constitutivo del ordenamiento jurídico, con lo que han venido a establecer una suerte de vínculo directo entre los individuos y el Estado, operando en último término como fundamento de la propia unidad política”<sup>1</sup>.

Por esta razón es que dentro de una economía globalizada en la que la competitividad por calidad en un libre mercado quiere, en teoría, provocar el desarrollo de la creatividad individual a sus más altos niveles, lo que en realidad se persigue es un crecimiento constante, tanto material

<sup>1</sup> Prólogo al libro *Instrumentos Internacionales y Teoría-Derechos Humanos*, Compilación: Walter Gutiérrez y Carlos Mesía.- Edición Oficial Ministerio de Justicia.- Perú.- 1995.

como espiritual, que se refleje en el ámbito particular del sujeto, como en su ámbito social estatal.

Pero ese crecimiento no se da sino a través de relaciones humanas o de vinculaciones entre las personas y las cosas de las cuales extrae alguna utilidad convirtiéndolas en bienes; de modo que siendo los recursos del entorno escasos y perecibles, resulta indispensable la implantación de un plexo de equidad entre los integrantes del núcleo social en relación con sus entornos geográficos y sociales que en esta Aldea Global abarca ya todo el planeta.

Precisamente allí se halla el fundamento de la regulación normativa conocida hoy como Derecho Objetivo, que tiende a encaminar las conductas humanas intersubjetivas por las sendas de equidad que en él se trazan para que los individuos se relacionen entre sí, en una gama de derechos subjetivos extraídos de aquél, sobre una plataforma de libertad y seguridad como soporte de la paz social con justicia, que es lo que finalmente enrumbará tanto a los particulares como a la sociedad en su conjunto hacia sus aspiraciones de desarrollo material, moral y espiritual.

Dentro de esa concepción tridimensional del Derecho podemos concluir que se integran varias clases de intereses: un interés particular que motiva a cada individuo a buscar medios de satisfacción en función de sus propios programas de vida; un interés social que responde a las aspiraciones de la sociedad en su conjunto, que como Estado tiene sus propios fines. Estos dos intereses no deberían contraponerse o excluirse, porque el fundamento del desarrollo de los pueblos en su conjunto o de sus individuos integrantes, se da a través de la mutua retroalimentación porque siempre el desarrollo de uno debe importar también el del otro.

Finalmente existen los intereses difusos, referidos a la defensa de aquellos recursos que provienen del medio ambiente, tanto de la naturaleza como del entorno social, de los cuales los individuos obtienen sus medios de supervivencia.

Las relaciones humanas (jurídicas) se dan en esa constante contraposición de intereses, en un eterno juego de derechos subjetivos enmarcados por el Derecho Objetivo.

Sin embargo, existen derechos inherentes a la dignidad de las personas y a su condición de tales, los cuales no pueden serle arrebatados ni negados por el Estado, porque no provienen de él, ni requieren de su reconocimiento. Al contrario, es el Estado el obligado a hacerlos vigentes y a protegerlos.

Como dice Pedro Nikken “la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial”<sup>2</sup>.

Resulta fácil advertir, entonces, que todo Estado para conseguir los objetivos de bien común y satisfacer los objetivos de bien particular, debe contar con integrantes libres y sanos, tanto física como espiritualmente, para lograr también una sociedad sana, como soporte idóneo para el desarrollo de la capacidad creadora de sus miembros.

Pero, adicionalmente, debe ser un Estado en el que sus integrantes “sientan” la protección y tengan “confianza” de que los actos de cualquier autoridad guardarán coherencia con esos supuestos y que cualquier conducta particular que quiebre el marco de juridicidad, el plexo de equidad social, será eficazmente reprimida, generando el resarcimiento automático del daño causado, en sus reales dimensiones, para eliminar cualquier atisbo de impunidad.

Ahora bien.

Con la vigencia de los derechos humanos a partir de instrumentos internacionales, ratificados por los Estados Partes, éstos los han incorporado a su normatividad constitucional y, por ende, teniendo como elemento común la dignidad del ser humano, ya el marco axiológico del Derecho trasciende las fronteras de un país y extiende un manto mundial sobre las relaciones jurídicas entre los individuos y el poder estatal (o el poder en general), convirtiéndose en un Derecho Objetivo universal del cual emanan derechos subjetivos también universales.

De este modo, así como en el derecho interno se producen conflictos derivados de las relaciones jurídicas en el que se conjugan los diversos tipos de intereses ya descritos, del mismo modo, por una proyección conceptual, también las relaciones jurídicas previstas por los tratados y convenciones sobre derechos humanos, derivarán por ciertos motivos en conflictos que deben ser resueltos.

---

<sup>2</sup> En Ob. Cit., extraído del *Manual de las Fuerzas Armadas*.- Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loayza, Ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.1994.

Como bien afirma el profesor Fernández Segado en la obra citada, “resulta evidente que el derecho fundamental es ante todo derecho, y ello exige ineludiblemente un cauce de tutela del mismo, que lo proteja frente a cualquier violación, o aun amenaza de violación, independientemente de que provenga de los poderes públicos o de los particulares”.

Es que no hay que olvidar que el individuo siempre se halla frente al Poder, de cualquier índole, que en determinado momento puede quebrar su capacidad de resistencia material, moral, espiritual etc., por cuya razón, creemos, es que se habla de “derechos y no de deberes”, lo cual no significa que éstos no existan, pues todos los conceptos en el universo se explican en función de sus contrarios, de sus antípodas. Pensamos que así como toda persona siempre busca que los demás cambien para mejor, o que los demás asuman sus responsabilidades, sin asumir aquella las propias; esa proyección psicológica hacia un Estado lo pone siempre en la tentación de la tiranía.

El que tiene poder abusa. El poder siempre implica discriminación.

La ONU señala que la discriminación se produce en varios segmentos como por ejemplo, por razones económicas, sociales, culturales, geográficas, de género, de raza, por minoridad, en materia laboral etc.

Los derechos fundamentales, cuya fuente es la dignidad de la persona, no admiten elemento alguno de discriminación, bajo ningún segmento, sea este de orden socioeconómico, cultural, étnico, de aislamiento geográfico, por género, por nacionalidad etc., de modo que el reconocimiento de los mismos lleva implícito el compromiso de los Estados de garantizar su vigencia y asegurar la protección de cada uno de sus integrantes.

Por su naturaleza de inherencia a la persona humana, adquieren otras características propias como el ser irreversibles al ser reconocidos como tales, progresivos porque sucesivamente van incorporando a su ámbito de protección a otros derechos, universales porque siendo inherentes a la dignidad de la persona alcanza a todos los seres humanos sin distinción alguna de modo que su lógica consecuencia es la transnacionalidad, cuyo proceso de internacionalización ha generado una vasta normatividad internacional, que algunos calculan en cerca de un centenar de instrumentos relativos a los derechos humanos, sustantivos como procesales, entre tratados y declaraciones, sólo en las últimas décadas<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Pedro Nikken *El Concepto de Derechos Humanos*, en Compilación Instrumentos Internacionales y Teoría-Derechos Humanos-Walter Gutiérrez y Carlos Mesia. Ministerio de Justicia-Perú. 1995.

Precisamente esas particularidades provocaron todo un largo e intenso proceso para su reconocimiento en el plano internacional, provocando la subsiguiente incorporación a las normas internas de los países que asumieron los compromisos emanados de los tratados, convenciones y declaraciones. Es decir, que el Estado parte no sólo reconocía esos derechos y los incorporaba a su legislación interna, sino que se comprometía, además, a garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de los mismos, sometiéndose inclusive a las acciones de control internacional, como ocurre con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que surgen del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos.

Para ubicarnos mejor frente a la obligación de tutela de los derechos fundamentales por parte de los Estados, es bueno señalar la progresividad de aquellos en relación a su aparición y reconocimiento en el tiempo.

La primera generación de los derechos humanos focalizó su atención en lo que hoy se conoce como derechos civiles y políticos, siendo su objeto la protección de la libertad y seguridad personales, que abarca el libre albedrío y la protección de la integridad personal, física y moral, así como su derecho a participar en la vida pública.

La segunda generación está referida a los derechos económicos, sociales y culturales, a través de los cuales se pretenden mejores condiciones de vida y de acceso al progreso material y cultural en niveles razonables para todos los seres humanos, protegiendo su salud, educación, su derecho al trabajo, a la seguridad social etc.

La tercera generación centra su análisis en los derechos difusos, es decir, de los derechos colectivos de la humanidad, como el derecho al medio ambiente, al desarrollo y a la paz.

Adicionalmente han surgido mecanismos de protección de ciertas categorías de personas: mujeres, niños, trabajadores, refugiados, discapacitados; así como defensas contra ciertos atentados de singular importancia contra los derechos humanos, como la discriminación racial, el genocidio, la tortural, la trata de personas, el apartheid.

Podrá notarse que aquellos intereses particulares, comunes y difusos, a través de estas generaciones de derechos humanos, traspasan las fronteras de los Estados y dentro de la Teoría General del Derecho se proyectan a la Aldea Global del Mundo, teniendo como centro a la persona humana.

Porque obviamente como norma jurídica internacional tiene todos los atributos de la norma jurídica: general, abstracta, obligatoria y, por ende,



potencialmente coercible, por cuya razón nosotros no creemos que tal norma haya carecido de fuerza vinculante porque eso la deslegitimaría como norma.

Asumimos, más bien, que manteniendo su carácter de obligatoriedad, creó métodos más sutiles de coerción, tal vez no directas pero no obstante ser indirectas, sus efectos son tremendamente negativos para los transgresores. Un Estado puede ser sometido al aislamiento internacional, a la pérdida del crédito mundial, a su eliminación como centro de inversiones de capital, de turismo etc., a partir de los cuales han ido perfeccionándose sus sistemas de control y protección, mediante Comisiones, Comités, Relatores etc., los que cada vez con más frecuencia actúan en pro de la tutela de los derechos fundamentales a favor de personas individuales, aun en contra de los Estados a los que pertenecen.

Los Estados están llenos de Organizaciones No Gubernamentales, que no son otra cosa que supervisores particulares, vigilantes del respeto de los derechos humanos, vinculados estrechamente con las Naciones Unidas o la OEA, mediante las cuales éstas obtienen la información necesaria sobre el tema.

En este punto, debemos reproducir el concepto científico que de los derechos humanos tenía René Cassin el principal redactor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido que “la ciencia de los derechos humanos se define como una rama especial de las ciencias sociales, cuyo objeto es el estudio de las relaciones humanas a la luz de la dignidad humana, así como la determinación de los derechos y facultades que son necesarias como conjunto para el pleno desarrollo de la personalidad de cada ser humano”<sup>4</sup>.

Si el objetivo final es la determinación de los derechos y facultades que son necesarias para el pleno desarrollo de cada ser humano, en los tres niveles generales de protección de los derechos humanos de acuerdo a las generaciones ya señaladas (aunque algunos estudiosos ya hablan de una cuarta generación), así como en las categorías personales y de agravios muy considerables también descritos, lo que corresponde en estos tiempos es trabajar mucho más a fin de lograr que la garantía constitucional de la protección sea realmente efectiva.

---

<sup>4</sup> Walter Gutiérrez Camacho y Carlos Mesía Ramírez Ob. Cit.

Esto nos lleva al tema de las Garantías Constitucionales como especie dentro del género de la Protección Jurisdiccional de los Derechos Humanos.

Como dice el profesor brasileño Marcos Alfonso Borges, “el Estado por una imperiosa necesidad de su propia finalidad política, se obliga a través de la organización constitucional de sus poderes y de los órganos de justicia, a prestar asistencia a los particulares en caso de ruptura del equilibrio jurídico y ejercer función jurisdiccional toda vez que se produzca violación, amenaza o posibilidad de violación de las relaciones de derechos aseguradas por la ley”<sup>5</sup>.

Es clara entonces la referencia a los conceptos de jurisdicción, acción, contradicción y proceso.

Sin desconocer las teorías organicistas, subjetivas, objetivas o de la sustitución para buscar una definición de la jurisdicción, adoptaremos el concepto propuesto por el profesor Juan Monroy Gálvez<sup>6</sup>, para quien “jurisdicción es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social con justicia”.

Obviamente que si bien el servicio de justicia es asumido de manera general como un monopolio estatal, que se brinda mediante el proceso, es claro que para que éste cumpla sus fines, el Estado actúa con todo su imperio.

Pero frente a ese poder jurisdiccional se ubica el derecho de la población a la tutela jurisdiccional que se demanda a través de la acción, que supone un derecho subjetivo y abstracto, que a su vez provoca el derecho de contradicción con las mismas características.

Es que uno de los derechos fundamentales es precisamente el del debido proceso que se inserta dentro de aquél relativo a la igualdad ante la ley, que abarca toda la gama del derecho objetivo, y, en lo que respecta a la tutela, al derecho de acceso efectivo al proceso.

Si contraponemos a esta concepción focalizada de jurisdicción, el de una jurisdicción abierta a nivel mundial, bajo el marco de la normatividad

---

<sup>5</sup>. Marcos Alfonso Borges *Proceso de Ejecución* en Revista Peruana de Derecho Procesal II.

<sup>6</sup>. Juan Monroy Gálvez, *Introducción al Proceso Civil*. Edit. Temis S.A.-1996, Pág.213.

internacional positiva sobre derechos humanos, comprenderemos que no hay tal contraposición sino una clara proyección del Derecho desde un ámbito nacional hacia el todo mundial sin fronteras.

La pregunta es ¿Cómo y por quién se brinda la tutela jurisdiccional efectiva a través del debido proceso legal por casos de violación o amenaza de violación de los derechos humanos?

Podemos decir que hay dos planos muy marcados en la actualidad. El primero, constituido por la organización jurisdiccional que cada Estado implanta; y, el segundo, por la estructura organizacional que las Naciones Unidas ha implementado para controlar la vigencia y respeto de los derechos humanos, así como para juzgar las transgresiones.

Respecto al primero, hemos visto que por el principio de incorporación, nuestras Constituciones han asumido la gama de derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional a través de los diferentes tratados, convenios y resoluciones, insertándolos en su texto bajo la denominación de derechos constitucionales, los cuales, siguiendo la ruta del principio de coherencia, impregnan con la supremacía de su rango constitucional, toda la legislación de inferior jerarquía.

Si uno de los fines de la jurisdicción es el de controlar la constitucionalidad normativa, es obvio que la protección de los derechos humanos en coherencia con su rango constitucional, debe recaer en varios segmentos procesales.

El primero es el relativo a la jurisdicción ordinaria referente a los distintos procesos judiciales en los cuales el Juez está obligado a ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las normas, es decir, a aplicar la norma constitucional sobre cualquier otra de inferior jerarquía incompatible con aquella.

Esto nos lleva a establecer que existen principios procesales con rango constitucional aplicables a todos aquellos procesos, como el de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, de la independencia de los jueces, de la imparcialidad judicial, de la publicidad, de contradicción, de la debida motivación o fundamentación de las resoluciones, de la instancia plural, de la cosa juzgada, y de la obligatoriedad de las formas legales, entre otros, que tienden a configurar un sistema autónomo, ajeno al legislativo y a la administración, bajo la figura del juez natural sujeto sólo al proceso y la ley.

Adicionalmente, en la evolución del Derecho Procesal, se ha llegado a la concepción actual de que el ámbito de disponibilidad de las partes res-

pecto de él debe restringirse a lo que estrictamente caiga dentro del marco de libre disposición de los individuos, como lo relacionado con los principios civilistas de instancia de parte, coherencia, impugnación privada etc., pero siendo la regla general su inserción en sistemas procesales publicísticos, en los cuales el logro de los fines del proceso es de vital importancia para toda la comunidad, para todo el interés social, al cual se aplican principios tales como el de la dirección del proceso, concentración, intermediación, economía, celeridad, buena fe y lealtad procesales, integración procesal, preclusión, entre otros; avanzando el proceso penal a un sistema acusatorio, garantista de los derechos fundamentales.

Pues bien, así como se rodea al proceso de ciertas condiciones esenciales para constituirlo en un derecho fundamental de las personas, también se impone como obligación de los jueces, observar en su desarrollo, tanto para la aplicación de las normas procesales, como de las normas sustantivas, la coherencia constitucional sobre toda otra norma implicante de inferior nivel.

Todo proceso debe ser garantista de los derechos constitucionales, los cuales en la Constitución Peruana están detallados en el artículo 2, cuya enumeración no es taxativa, a tenor del artículo 3. Entre ellos encontramos los siguientes:

A la vida, a la identidad, a la integridad moral, psíquica y física. A su libre desarrollo y bienestar.

A la igualdad ante la ley. A la libertad de conciencia y religión. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. A la reserva de información referida a intimidad en los sistemas informáticos. Al honor y la buena reputación. Al derecho de información, secreto bancario y reserva tributaria. A la intimidad personal. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica, científica y propiedad sobre ellas. A la inviolabilidad de domicilio. Al secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados. A elegir el lugar de residencia. A reunirse pacíficamente sin armas. A asociarse. A contratar con fines lícitos. A trabajar libremente. A la propiedad y herencia. A participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. A la reserva sobre sus convicciones y al secreto profesional. A su identidad étnica y cultural. Al derecho de petición. A la nacionalidad. A la paz, la tranquilidad, disfrute de tiempo libre, descanso y gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. A la legítima defensa. A la libertad y seguridad personales y todo lo que ella comprende,

como el del libre albedrío, la restricción de la libertad personal sólo en los casos previstos en la ley, la no prisión por deudas, la de no ser condenado sin previo juicio, el principio de legalidad en materia penal, la presunción de inocencia, la de no ser detenido sin mandato escrito y motivado del Juez, o por la policía en caso de flagrancia, la prohibición de incomunicación, salvo autorización expresa de la ley; la no violencia moral, psíquica o física y la prohibición a ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, entre otros.

Pues bien, como ya se ha indicado anteriormente, si el primer plano de la jurisdicción, correspondiente al ámbito de soberanía de cada Estado, no resulta eficaz, surge el segundo, perteneciente ya al ámbito de competencia de los organismos internacionales encargados del control previo sobre la real protección y defensa de los derechos humanos, así como de aquellos que ejercen función jurisdiccional contra los Estados infractores.

Entre ellos podemos mencionar a la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales nacen con la Convención Americana de los Derechos Humanos; así como a los Comités contra la Tortura, las Desapariciones Forzadas, las Detenciones Arbitrarias, entre otros, que emanan de otros tantos convenios, en los cuales actúan además Relatores Especiales y toda una gama de estamentos de vigilancia, denuncia e investigación sobre violaciones de los derechos humanos.

Cuando un caso de violación de los derechos humanos pasa de los entes de control y prevención, como una denuncia formal, ante el órgano competente de la jurisdicción internacional, lo que éste resuelva obliga al Estado objeto de la condena y si bien no hay mecanismo de coerción directa, ya vimos que sí existen procedimientos indirectos de igual eficacia.

Resumiento lo dicho en los párrafos anteriores, si la jurisdicción interna de un Estado de demuestra idoneidad para los fines protectores de los derechos humanos, los entes de control y jurisdicción internacionales están legitimados para desconocerlo y asumir el conocimiento directo del caso investigado.

En otras palabras, si no hay confiabilidad, credibilidad, transparencia, respeto y compromiso visible y concreto para la defensa de los derechos humanos, la jurisdicción interna es prescindible porque no sirve para el logro de los fines de la protección de los derechos inherentes a la dignidad humana que todo el mundo quiere cautelar.

Ahora bien.

Hasta el momento hemos analizado los derechos humanos dentro de la Teoría General del Derecho, descubriendo la existencia de un bosque normativo relativo a los derechos humanos, del cual emana la fuerza obligatoria del respeto a los derechos subjetivos que cada persona extrae como tal de esa regulación, cuyas infracciones, como conductas antisociales y antihumanas, son objeto de control, primero por la jurisdicción nacional de cada Estado Parte del Convenio o Tratado; y, en defecto de aquella, por la jurisdicción internacional.

Pero como la jurisdicción no actúa sino a través del debido proceso legal, es necesaria entrar al análisis de dicha temática.

Hemos visto que todos estos derechos han sido elevados al rango constitucional, de modo que por el principio de coherencia normativa y prevalencia de la norma constitucional sobre todas las demás, los Jueces están obligados a ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, mediante el cual se abre la primera vía de protección de los derechos humanos en cualquier clase de procesos. El artículo 138 de la Constitución Peruana recoge este principio<sup>7</sup>.

Si el control difuso puede ejercerse en toda clase de procesos, existen algunos específicamente de tutela constitucional de los derechos humanos, como el Hábeas Corpus, el Amparo, la Acción Popular, la Acción de Inconstitucionalidad, el Hábeas Data y la Acción de Cumplimiento, que están reguladas en el artículo 200 de la Constitución<sup>8</sup>, no suspendiéndose el

---

<sup>7</sup>. Constitución Peruana 1993.- Art.138 "... En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefiere la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

<sup>8</sup>. Constitución Peruana.- Art.200.-Son garantías constitucionales:

Inc.1.-La acción de Hábeas Corpus que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

Inc.2.-La acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanados de procedimientos regular.

Inc.3.-La acción de Hábeas Data que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refieren el art.2, incisos 5), 6) y 7) de la Constitución(relativos a la libertad de información, honor y reserva informática).

Inc.4.-La acción de Inconstitucionalidad que procede contra las normas que tienen rango de ley:leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Inc.5.-La Acción Popular, que procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emane.

Inc.6.-La Acción de Cumplimiento que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

ejercicio de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo ni siquiera durante los regímenes de excepción, dejándose el análisis de la razonabilidad entre los derechos y las causas del estado de excepción a los jueces.

Respecto a esos procesos, que los define como constitucionales, el profesor peruano Samuel Abad Yupanqui<sup>9</sup>, alineándose con la tesis del profesor argentino Néstor Sagués, entiende por proceso constitucional a aquel encargado de velar, en forma inmediata y directa, por el respeto del principio de supremacía constitucional o por la salvaguarda de los derechos constitucionales, cuyo conocimiento puede corresponder a un Tribunal Constitucional o al Poder Judicial.

Como ya vimos la manea en que todos los jueces ejercen el control difuso de la constitucionalidad de las normas, así como el conocimiento en ciertos niveles de instancia de los procesos constitucionales, además de los principios de la función jurisdiccional la Constitución Peruana ha creado como órgano de control de la Constitución, en su Artículo 201, el Tribunal Constitucional, asignándole competencia para conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad y en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

Este ente de control nace precisamente de la obligación internacional que el Estado Peruano ha asumido respecto a la protección y respeto por los derechos humanos, incorporados a la Constitución como derechos fundamentales<sup>10</sup>.

Pero no puede ejercerse el control difuso si es que el justiciable no tiene acceso al proceso, que en sí mismo es un derecho fundamental, de modo que puede producirse una conculcación o amenaza de violación, tanto del derecho al proceso, como de los demás derechos constitucionales en mención, generándose la necesidad de tutela constitucional específica.

Precisamente uno de los temas que ha comenzado a debatirse con gran intensidad en el Perú, es el relativo al proceso como instrumento de desigualdad, como herramienta de poder y discriminación, así como la búsqueda de un sistema procesal y de una organización jurisdiccional que

---

<sup>9</sup>. Samuel Abad Yupanqui, *El Proceso Constitucional de Amparo: Aproximaciones desde la Teoría General del Proceso*. Revista Peruana de Derecho Procesal I. Setiembre 1997.

<sup>10</sup>. Constitución, Art.44.-“Son deberes primordiales del Estado....garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y, promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

lo convierta en lo que debe ser: un instrumento de tutela al alcance de todos y con el mismo nivel de eficacia en la respuesta para todos.

Es que todo proceso, como un todo coherente, a través de actos del Juez y de las Partes, dialécticamente desarrollados mediante formas preestablecidas por la ley, respetándose todos los principios constitucionales del debido proceso que recoge el Art. 139 de la Constitución Peruana, se convierta en la herramienta ideal que asegure a la jurisdicción el logro de la plena efectividad del derecho a la igualdad ante la ley, eliminando la impunidad al resolver un conflicto de intereses, sancionar las conductas antisociales y ejercer el control de la coherencia constitucional del ordenamiento jurídico.

Sobre este punto vale recordar lo afirmado por el profesor chileno Enrique P. Haba<sup>11</sup>, en el sentido de haber quedado demostrado que la simple elevación de ciertos derechos de la persona humana al rango de preceptos constitucionales no es suficiente para garantizar su eficacia y que la verdadera garantía de esos derechos consiste precisamente en la eficacia de su protección procesal. Agrega, remitiéndose a Peces-Barba y Prieto Sanchis<sup>12</sup>, que “siendo las garantías de los derechos fundamentales principalmente de naturaleza jurisdiccional, es preciso recordar que la efectividad de un sistema de libertades no depende sólo de que se articulen procedimientos adecuados de tutela, sino que requiere además de la presencia de unos presupuestos políticos, económicos, sociales y culturales, incluyéndose en esas categorías la separación de poderes, el imperio de la ley, el pluralismo ideológico, la democracia política etc., sin cuyas condiciones ambientales resulta impensable cualquier procedimiento jurídico de defensa de los derechos fundamentales”.

Nos encontramos entonces ante una tremenda disyuntiva: a aceptamos que tenemos un sistema procesal efectivo y eficaz al alcance de todos los justiciables o reconocemos que el proceso es un instrumento de discriminación por razones geográficas, económicas, culturales etc., que puede tornarse en una herramienta de poder que bajo el disfraz de legalidad resulte un vehículo idóneo de abuso de poder, de derecho y, por último, desembocar en un despreciable espectro de impunidad.

---

<sup>11</sup> Enrique P. Haba, *Protección Judicial de los Derechos Humanos*, en Ob.Cit. *Compilación...*

<sup>12</sup> Enrique P. Haba. Ob.Cit.



Pero allí no terminan nuestros problemas de análisis, porque aún encontrándose el proceso al alcance de todos, es necesario evaluar su nivel de confiabilidad y credibilidad, que en realidad no es ya responsabilidad del sistema sino del Juez.

Es que cuanto más discriminación produzca el proceso, cuanto más abusos se cometan con él si es que sirve a los apetitos de poder, cuanta mayor sea la impunidad que signifique ir al sistema procesal, mayor será la desconfianza y la falta de credibilidad en la población, no obstante lo cual todos judicializarán sus relaciones jurídicas, porque obviamente todos quieren alcanzar ese poder que les dá la posibilidad de prevalecer arbitrariamente sobre su prójimo.

Hacemos esta descarnada especulación teórica para advertir la tremenda responsabilidad de los jueces de un determinado Estado, quienes a través de su independencia e imparcialidad son los que finalmente garantizan el respeto de los derechos humanos y eliminan la impunidad.

Si la judicatura de un país no logra superar niveles mínimos de credibilidad, el proceso a su cargo no será una adecuada herramienta de protección y, por lo tanto, la materia le será sustraída por la jurisdicción internacional, con graves efectos para la población y para el Estado mismo.

### **A modo de conclusión:**

Actualmente coexisten un Derecho Objetivo interno estatal y un Derecho Objetivo externo internacional sobre derechos humanos.

Tratándose de derechos objetivos, subyace la idea de normatividad, de modo que tanto la norma nacional como la internacional tienen las mismas características de generalidad, abstracción, obligatoriedad y potencial coercibilidad.

En un primer nivel actúa la protección nacional mediante la jurisdicción interna que utiliza el debido proceso como instrumento idóneo para el control constitucional de los derechos humanos, con las modalidades peculiares a cada Estado.

Para lograr una plena vigencia de los derechos humanos es requisito indispensable una acción jurisdiccional confiable en términos de imparcialidad, independencia y coherencia en el uso de los instrumentos procesales hacia los fines del proceso.

Los procesos de tutela constitucional de los derechos humanos,

tienen la misma naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional en general, con matices de especialidad y sumarización, para asegurar la oportunidad y eficacia que busca el sistema procesal.

El proceso, así entendido, debe eliminar toda característica de instrumento de poder y herramienta de discriminación, a fin de ser el vehículo idóneo para la efectividad del derecho a la igualdad ante la ley. ◆

# O Poder Judiciário e os Direitos Humanos

( 2 )

## **Juiz Pedro Luiz Ricardo Gagliardi**

Presidente do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

### **I. Introdução**

Agradeço ao convite do Desembargador Manoel Carpena Amorim, DD. Diretor Geral da EMERJ, para falar sobre o tema: “O PODER JUDICIÁRIO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS HUMANOS”.

É um prazer muito grande poder formular para os colegas algumas questões sobre a jurisdição e os direitos humanos no nosso sistema, em continuação à 1ª Semana Jurídica do MERCOSUL realizada na cidade do Guarujá, em São Paulo, em setembro de 1996; a 2ª Semana realizada no mês de maio de 1997, na cidade de Garibaldi, no Rio Grande do Sul, e a 3ª Semana realizada, no mês de novembro de 1997, na cidade de Florianópolis, em Santa Catarina, sob a orientação e coordenação dos Desembargadores Cristovan Daiello Moreira, do RGS, e Alberto Costa, de SC, e do Juiz Antonio Rulli Junior, de SP.

Estas atividades representam um esforço permanente das Escolas Superiores da Magistratura Brasileira e das Associações no intuito de criar uma educação permanente entre os Juízes, criando motivação necessária para o aperfeiçoamento das Instituições e da própria sociedade.

Este ano, no dia 10 de dezembro, comemoramos o Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em

10/12/1948 e assinada pelo Brasil, na mesma data<sup>1</sup>, na ordem dos considerandos estatui que *o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade da justiça e da paz no mundo.*

A garantia dos direitos fundamentais é a própria jurisdição, atividade por excelência para a solução dos conflitos. A minha abordagem se prende à questão da extradição, ao Pacto de San José da Costa Rica (Declaração Americana dos Direitos Humanos) e à questão indígena, aproveitando as lições do Caro Colega Rulli Júnior, em sua obra intitulada *Universalidade da Jurisdição*.

## II. Direitos Humanos e Extradição

Tem-se entendido que a expressão direitos humanos é de maior extensão que a expressão direitos fundamentais<sup>2</sup>. Estes direitos devem ser tratados igualmente na ordem externa e interna dos Estados.

A partir do movimento democrático de 1985, consolidado na Constituição Federal de 1988, levou o Brasil à ratificação de tratados e à efetiva proteção dos direitos humanos. O avanço significativo é o reconhecimento das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos por parte do Estado brasileiro<sup>3</sup>.

Em julgado de 28 de agosto de 1996, do Supremo Tribunal Federal (**Extradição nº 633-9**, República Popular da China, **Relator Ministro Celso de Mello**), entendeu-se que a correlação entre extradição e respeito aos direitos humanos decorre da essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns que, entretanto, **não exonera** o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - **de velar pelo respeito aos direitos fundamentais** do súdito estrangeiro que venha a sofrer em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro.

---

<sup>1</sup> *Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado, Série Documentos, nº14, São Paulo, dezembro 1996, p.49.

<sup>2</sup> Enrique Ricardo Lewandowski, *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

<sup>3</sup> Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996.

Entende o Ministro Celso de Mello que “A possibilidade de privação, em juízo penal, do **due process of law**, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado - **garantia** de ampla defesa, **garantia** do contraditório, **igualdade** entre as partes perante o juiz natural e **garantia** de imparcialidade do magistrado processante - **impede** o válido deferimento do pedido extradicional” (RTJ 134-56-57).

O desrespeito ao fundamento ético da jurisdição impede um julgamento justo exigido pela consciência histórica de proteção aos direitos humanos. É consignado, no acórdão do referido pedido de extradição, as profundas restrições impostas pelo ordenamento positivo chinês ao regime das liberdades públicas, “...tanto que o Relatório Anual do Departamento de Estado norte-americano, divulgado em março de 1996, **após** destacar que a República Popular da China é ‘um Estado autoritário no qual o Partido Comunista Chinês constitui a fonte mais importante de poder’, revela a existência, naquele País, de inúmeros abusos cometidos por autoridades governamentais contra direitos básicos das pessoas, **relacionando**, dentre várias outras, as seguintes situações de flagrante anormalidade: **detenções** arbitrárias; **regime** de incomunicabilidade por períodos muito prolongados; **confissões** obtidas mediante violência; **prática** de tortura; **execuções** extrajudiciais; **desaparecimento** de pessoas; **tratamento** cruel e degradante dispensado pela polícia e por outros agentes da repressão; **dificuldade** de acesso dos indiciados presos a seu advogado; **impossibilidade de organizações humanitárias internacionais**, como a Cruz Vermelha Internacional e instituições congêneres, terem acesso ao universo concentracionário chinês; **concessão** de fiança criminal sujeita ao poder discricionário das autoridades incumbidas da segurança pública; **utilização** do processo penal e da decretação de prisão como instrumentos de pressão sobre disputas meramente comerciais, valendo destacar, no ponto, os casos Cui Peeyan e Troy Mac Bride; **prática** de seqüestro; **prática** de seqüestro, com o objetivo de introduzir em território chinês réu domiciliado em área sujeita à soberania de Estado estrangeiro (refiro-me ao caso de James Peng, seqüestrado em 1994 por autoridade policiais chinesas em Macau, que ainda se acha sob domínio português e levado para a República Popular da China para julgamento), de que resultou longa condenação penal; **recusa** de julgamento público e justo.”

O caso, ora tratado, diz respeito à extradição de Qiang Hong acusado de defraudação (Artigo 152, do Código Penal Chinês) e que corresponde à

figura do estelionato (artigo 171) do Código Penal Brasileiro, mero crime patrimonial, punido com pena de morte naquele País. Houve o compromisso de comutação da pena de morte em pena privativa da liberdade (artigo 91, III, da Lei nº 6815/80, Estatuto do Estrangeiro). O nosso sistema extradicional qualifica-se como de controle limitado (RTJ 140/436), com predominância da atividade jurisdicional, permitindo ao Supremo Tribunal Federal exercer fiscalização concernente à legalidade extrínseca do pedido de extradição formulado pelo Estado estrangeiro. Não autoriza que se renove na extradição passiva o litígio penal que lhe deu origem, nem que se promova o reexame ou rediscussão do mérito.

Entretanto, excepcionalmente, são analisados aspectos materiais concernentes à própria natureza da imputação penal,<sup>4</sup> circunstância indispensável à solução de eventual controvérsia sobre a ocorrência da prescrição penal, observância do princípio da dupla tipicidade e, ainda, configuração eventualmente política tanto ao delito imputado ao extraditando quanto das razões que levaram uma soberania a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro.

Os direitos humanos exigem atividade jurisdicional capaz de assegurar julgamento honesto através de juiz independente e imparcial, exigência maior para aqueles Países que insistem em retrocesso injustificável na aplicação de pena de morte (decapitação, enforcamento, fuzilamento, tiro na nuca, injeção letal, câmara de gás, cadeira elétrica, garrote, fogueira, lapidação, entre outras), de prisão perpétua (*ad aeternum*, sem qualquer preocupação com a pessoa do sentenciado ou sua eventual recuperação) ou de penas cruéis (amputação de membros ou partes destes, inclusive com uso de técnica anestésica, chicote, palmatória, vara, cobaias humanas, tortura, entre outras), penas incompatíveis com a atual evolução ética da sociedade que as vem reverberando de forma permanente e de constante desaprovação.

A África do Sul sofreu boicote, em razão de discriminação racial, acelerando o processo de aplicação global dos direitos humanos, formando consciência universal de repúdio a qualquer forma de desrespeito à observância dos direitos fundamentais. E mais recentemente o desrespeito aos direitos humanos no Timor Leste e sua autodeterminação e na ex-Iugoslávia com perseguição étnica ou a perseguição dada aos curdos.

---

<sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal, Extradicações - *Julgamentos e Legislação*, Brasília, 1976 e 1979, Iº e IIº Volumes.

### **Proposição:**

*Deve ser negado pedido de extradição para países que desrespeitem os direitos humanos ou apliquem penas cruéis, prisão perpétua e pena de morte e não se comprometam à comutação de referidas penas em relação ao réu objeto do pedido de extradição.*

### **III. Direitos Humanos e o Pacto de San José**

Outro exemplo de respeito aos direitos humanos na ordem interna relaciona-se à aplicação do Pacto de São José.

Em julgado de 18 de dezembro de 1995, do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 73.151-1, Rio de Janeiro, Relator o Eminentíssimo Ministro MOREIRA ALVES), envolvendo aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), entendeu-se que a Convenção não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na Constituição e nas leis dos Estados-Partes: “Convém explicitar que a ordem de prisão, nesses casos, além de compatível com o princípio de presunção de inocência (Constituição Federal - artigo 5º, LVII), não afronta a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), como demonstra o despacho exarado pelo eminente Ministro Celso de Mello, no *HABEAS CORPUS* nº 73.295-MG - (Medida Liminar). Não se alegue, de outro lado, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) - já formalmente incorporada ao direito positivo interno do Brasil (Decreto nº 678-92) - impediria a privação antecipada da liberdade individual do réu ainda sujeito à decisão penal condenatória recorrível. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre esse específico aspecto da questão, enfatizou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade (*HABEAS CORPUS* 72.366 - São Paulo, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, julg. em 13/9/95), pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao *status libertatis* do réu, proclama que ‘Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados - Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas’ (Artigo 7º, n. 2 - grifei). Na realidade, essa cláusula da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao remeter ao plano do direito positivo interno a definição normativa das

hipóteses de supressão da liberdade pessoal, admite que o sistema jurídico nacional ou doméstico de cada Estado institua - como o faz o ordenamento estatal brasileiro - os casos em que se legitimará a privação antecipada do *status libertatis* do réu ou do condenado.”

O respeito aos direitos humanos, segundo a Convenção, não exclui a aplicação do direito positivo interno. A Constituição Federal, ratificado e promulgado o Tratado, exige a adaptação das normas ao nosso direito interno, inexistindo aplicação automática daquele. A Constituição é a “suprema lei da terra”, não os Tratados, que só vigorarão quando da adaptação ao nosso direito positivo interno.

A cultura do nosso povo e a tradição do nosso direito sempre foram de respeito às garantias fundamentais, mesmo quando da vigência do Estado de exceção, reveladas na consciência ética do bem viver (viver honestamente) transmitidas pela importância dada à jurisdição, em âmbito interno e externo, justificando, sobretudo, o respeito aos Direitos Humanos e o direito à autodeterminação dos povos<sup>5</sup>.

### **Proposição:**

*Não constitui ofensa aos direitos humanos a privação do **status libertatis** do réu, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*

## **IV. Direitos Humanos e o Indigenato**

Questão de relevância para a jurisdição é aquela de respeito ao indigenato. Em excelente estudo, Marco Antonio Barbosa<sup>6</sup> tem entendido, acompanhando recomendações e estudos da Organização das Nações Unidas, que nas sociedades multiétnicas há a necessidade de uma atuação baseada em critérios que afirmem, pelo menos em princípio, a igualdade de direitos culturais entre os diferentes grupos étnicos, e que há uma obriga-

---

<sup>5</sup> Artigo 1º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, in *Direitos Humanos um novo caminho*, publicação do Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Humana, da Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, São Paulo, 1994, p.28.

<sup>6</sup> *Terras indígenas no Brasil, uma contribuição para seu estudo*, Dissertação de Mestrado, F.D. da



ção por parte do Estado de formular e pôr em prática uma política cultural que crie as condições para a coexistência e o desenvolvimento harmonioso dos diferentes grupos étnicos que vivem em seu território, seja através de disposições pluralistas que garantam a não ingerência de um grupo sobre outro, seja através de outros programas que garantam oportunidades iguais e efetivas para todos.

Ao longo da nossa história, a soberania dos povos indígenas e seus direitos territoriais foram freqüentemente reconhecidos na legislação portuguesa para o Brasil, embora na prática houvesse muita contradição.

João Mendes Junior<sup>7</sup> assinala: “Os reis de Portugal e os padres da Companhia de Jesus foram as potências que contiveram os colonos; mas, aqueles nem sempre se mantiveram firmes e estes (que muitas vezes fizeram papel semelhante ao da política inglesa nos Estados Unidos) tiveram que entrar em luctas terríveis e de contemporizar”.

É fácil entender a atitude dos reis portugueses que desde o descobrimento e missões anteriores respeitavam os índios, principalmente, pelo processo hereditário de sucessão dos caciques, idêntico ao de Portugal. João Ramalho havia se desentendido com sua família em Portugal e resolvera embarcar em uma das expedições marítimas das descobertas, sendo lançado, em 1491, nas costas de São Vicente. Aqui, acabou se casando com Bartira, cujo nome de batismo era Isabel, filha do cacique Caramuru. E quando da chegada de Martim Afonso de Souza, este conversou em português com o cacique, sabendo como ocorria a sucessão na tribo<sup>8</sup>.

Editou o rei português o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, determinando que se respeitasse as terras ocupadas pelos indígenas. Os jesuítas, por sua vez, seguiam as determinações da Igreja. O papa Paulo III pelo Breve de 9 de junho de 1537, reiterado em 1539 pela Bula de Urbano VIII, que o fez extensivo ao Brasil, declarou que os índios eram verdadeiros homens como os demais e tinham todo o direito à sua liberdade, não devendo e não podendo ser dela privados, nem do domínio de seus bens, mesmo que ainda não estivessem convertidos aos cristianismo.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> *Os indígenas no Brasil - seus direitos individuais e políticos*, Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912, p.22.

<sup>8</sup> *Estrutura e organização do Poder Judiciário no Brasil e universalidade da jurisdição*, Antonio Rulli Junior, in Revista da Faculdade de Direito das F.M.U., São Paulo, ano 10, nº VI, série internacional, pp.13-22.

<sup>9</sup> Marco Antonio Barbosa, *Terras indígenas...*, p.78.

Os portugueses aqui encontraram diversos povos, nações indígenas, reconhecendo o *sedum positio* dos aborígenes, sobre a terra, além do *ius possessionis* e do *ius possidendi*, criando a consciência histórica do direito congênito ao solo, pela posse ordinária do mesmo e o fato da conquista ter respeitado esses direitos, essencialmente incorporado aos seus patrimônios, por serem direitos inalienáveis e imprescritíveis.

Pelo sistema de sesmarias,<sup>10</sup> com medida aproximada de mil e trezentos hectares, as terras sempre foram concedidas com reserva do prejuízo de terceiro e preservando o direito dos índios, isto é, simultaneamente, com a concessão das mesmas, institui-se ressalva ao direito anterior, congênito ao índio.<sup>11</sup>

A Constituição Federal e o Estatuto do Índio (Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973) reconhecem que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente (Constituição Federal, artigo 231, § 2º), constituindo-se em patrimônio inalienável e indisponível e os direitos sobre este é imprescritível (Constituição Federal, artigo 231, § 4º), sendo, assim, vedada a remoção (Constituição Federal, artigo 231, § 5º). Aliás, o artigo 14, da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho textualmente afirma que: “Os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que eles ocupam tradicionalmente devem ser reconhecidos aos povos interessados.” São direitos que decorrem da própria natureza humana que exige evolução ética muito mais extensa do que a própria norma qualificada pelo direito.

Estes direitos vieram reconhecidos em decisão do Poder Judiciário, proferida nos autos do Processo nº 907/84-R, da 3ª Vara Cível do II Foro Regional Santo Amaro-Ibirapuera, da Comarca de São Paulo<sup>12</sup>, possibilitando a homologação da área pelo Governo do Estado de São Paulo (Governador Franco Montoro) e pelo Governo da União (Presidente José Sarney), dentro do Município da Cidade de São Paulo, do aldeamento indígena denominado “Krukutu”. Entendeu-se que estas sociedades humanas, igualmente estruturadas sob todos os aspectos da realidade social como as sociedades modernas, apresentam cooperação que supera o etnocentrismo e o evolucionismo,

---

<sup>10</sup> Juiz Benedito Silvério Ribeiro, *Tratado de Usucapião*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1992, 2 Vols., pp. 491-515 e Ruy Cirne Lima, *Pequena história territorial do Brasil - sesmarias e terras devolutas*, Porto Alegre, Ed. Sulina, 1954.

<sup>11</sup> Marco Antonio Barbosa, *Terras indígenas no Brasil*, p.78.

<sup>12</sup> in Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo, Ano III, nºs. 5/6, julho 1986, pp. 7/14.

aplicando as normas do sistema jurídico brasileiro, respeitando a plenitude da vontade das próprias comunidades indígenas, escapando aquela decisão de uma concepção unitária do Direito.<sup>13</sup>

**Proposição:**

*Os direitos humanos dos índios se constituem em patrimônio inalienável e indisponível e os direitos sobre este são imprescritíveis, decorrendo da própria natureza humana que exige evolução ética muito mais extensa do que a própria norma qualificada pelo direito. ◆*

---

<sup>13</sup>. Marco Antonio Barbosa, *Terras indígenas no Brasil...*, pp.168-169.

# O Poder Judiciário e os Direitos Humanos

( 3 )

**Des. Alberto Nogueira**

Vice-Presidente do TRF

## 1. Introdução

O juiz exerce uma função e um papel. A função sempre foi e continua sendo a mesma: a de julgar. O papel, ao contrário, tem variado ao longo da história, de conformidade com a finalidade e o objeto daquela, que se resumem na tutela (proteção) de determinados bens e interesses.

O Judiciário é a organização onde o juiz atua, e se estrutura de acordo com as contingências de tempo e lugar.

Pode, ou não, representar um **Poder**, com maior ou menor peso, em relação ao **Estado** (em suas múltiplas formas históricas) ou à **Sociedade**.

Os Direitos Humanos surgem em razão do próprio homem, antes do Estado, com o Estado e mesmo contra o Estado, qualquer que seja a sociedade onde viva (mesmo em uma sociedade nazi-fascista ou “comunista”).

No presente trabalho, examinaremos a relação entre o Poder Judiciário (com o foco principal sobre a função do juiz) e os Direitos Humanos (como direitos novos de 3ª e 4ª gerações).

## 2. O Papel do Juiz na Sociedade Contemporânea

O juiz aparece no meio social como uma “entidade” complexa, como tudo que vive, como tudo que é social. O juiz, no acertado diagnóstico de

GIUSEPPE FERRARI, não faz parte de uma outra galáxia<sup>1</sup>: é uma pessoa, homem ou mulher. Pode ser qualquer um de nós.

Destacamos, aqui, o papel do juiz e não, propriamente, da figura do juiz. Inobstante, dir-se-á, mas o papel do juiz não será o próprio juiz? Sim e não, na medida em que, nessa nossa visão, o juiz pode desempenhar mais de um papel e, apesar dessa variação, continuará sendo a mesma pessoa. Em suma, o juiz assume no tempo e no espaço uma multiplicidade de papéis, cabendo desvendar um deles, próprio da sociedade contemporânea.

Num trabalho muito interessante, sob o título “O Juiz na Sociedade Moderna ou Repensando o Judiciário”<sup>2</sup>, o Desembargador REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fez, a propósito do tema em exame, diversas colocações, todas adequadas e pertinentes. Em apertado resumo, o notável magistrado sustenta que o juiz deve se integrar na política, influir no aparelho legislativo e procurar obter leis adequadas. Com apoio em BOAVENTURA SANTOS, entende que se o juiz conseguisse fazer funcionar o judiciário com eficiência outra coisa não lograria senão reproduzir a injustiça, máxime em um país como o Brasil, cujas leis, na maior parte desatualizadas, outra coisa não finalizam se não reproduzir o sistema e seu aparelho de dominação. Como se vê, trata-se de tese bastante arrojada, coerente com a premissa acima. Nessa linha, o papel do juiz seria o de manter o “status quo”. Nossa visão passa por caminho diferente, no qual se distinguem “julgar” de “fazer funcionar”. No “funcionamento” encontramos “papéis”: o juiz é ao mesmo tempo ator e autor. Dentro do Judiciário, é ele o principal ator, ao julgar cada caso.

Sob o aspecto institucional, o juiz aparece em outra posição, ao lado do processo e da organização judiciária, conjunto que se volta para a realização da Justiça.

Sem uma adequada organização judiciária, sem um devido processo, pouco poderá fazer o juiz. O devido processo legal, portanto, tal como consagrado no art. 5º, LIV e LV da Constituição de 1988, depende, para sua concretização, desses elementos estruturais. Chegamos assim à substancial diferenciação: a função tem a ver com o julgamento, enquanto que o papel se volta para a atuação.

---

<sup>1</sup> FERRARI, Giuseppe. *La giustizia è il giudice*: A. Milani, 1989.

<sup>2</sup> RT-683 - setembro de 1992 - p. 244/248.

Ao longo da história, todos os juízes desempenharam a mesma função de julgar. Mas o papel que assumiram sempre se modificou de acordo com cada época. Segundo a lição de SÃO TOMÁS DE AQUINO, os juízes seriam escolhidos como pessoas quase divinas. Esse enfoque místico e mítico ao mesmo tempo intriga e assusta, se considerarmos o ato de fazer justiça. No seu Tratado da Justiça, indaga: é lícito julgar?, já que no Eclesiastes se diz: “Não julgueis porque sereis julgados”. Sua resposta vem de pronto: sim, mas fazendo justiça. Diante desse quadro de análise, vislumbramos nele o primeiro papel do juiz nos tempos remotos. Transportando-se esse mesmo papel para o plano contemporâneo e à luz das análises mais autorizadas<sup>3</sup>, corta-se o vínculo divino do juiz, e este passa a ser visto como uma pessoa humana, um profissional, um operador do direito que tem a responsabilidade e o dever de encontrar a solução correta para cada caso. Isso não exclui sua participação ativa em toda a vida social, expondo suas idéias, colaborando na elaboração das leis e até negando aplicação às que considere injustas, pois de acordo com sua convicção íntima sempre encontrará uma fórmula legítima de realizar a justiça no contexto de um Estado Democrático de Direito<sup>4</sup>.

O papel que examinamos aqui é, em qualquer hipótese, adstrito à função. Um papel dentro da função, portanto. Por isso mesmo é que GIUSEPPE FERRARI escreveu uma excelente monografia com o sugestivo título “A Justiça é o Juiz” (no original, “La Giustizia è il Giudice”<sup>5</sup>). A afirmativa envolve uma metáfora que, tudo dizendo, nada esclarece, de

---

<sup>3</sup> *Tribunais Constitucionais Europeos y Derechos fundamentales, favoreu, luis e outros* (ed.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (Colección Estudios Constitucionales).

<sup>4</sup> Nas palavras de Calamandrei: “O Magistrado ou o advogado que se preocupa com o facto – o factista - é um homem corajoso, modesto mas honesto, a quem interessa mais encontrar a solução justa que melhor se adapte a realidade, do que fazer boa figura como colaborador de revistas jurídicas...” (*Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados*, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 7ª ed., p. 133). Ou, na correta observação de Mauro Cappelletti: “o bom juiz pode ser criativo, dinâmico e *ativista* e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz” (*Juízes Legisladores?* Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre - 1993, p. 74). Veja-se ainda a certa lição de Benjamin N. Cardozo: “Os sentimentos de justiça não podem ser banidos da teoria do direito nem de sua administração... Pode-se acorrenatar o direito com toda sorte de cadeias e grilhões. O juiz sábio arranja sempre um meio de libertar a vítima. Isso é verdadeiro nos sistemas baseados em códigos. É certamente mais verdadeiro num sistema como o nosso” (*A Natureza do Processo e A Evolução do Direito*, ref. Lêda Boechat Rodrigues. Coleção AJURIS, Porto Alegre, 1978, p.23/24).

<sup>5</sup> Ob. Cit.

feição, ademais, tautológica, portanto ficamos sem saber o que é a Justiça e o que é o Juiz. Trabalhar com um duplo conceito indecifrado de igualdade acaba sendo artifício lógico, embora requintado. Entretanto, se dissermos que o papel do juiz está na função de juiz, tudo fica mais fácil e mais claro. Embora variando no tempo, o papel do juiz deve corresponder à Justiça, que, por sua vez, há de ser considerada sob vários aspectos: a) como idéia, numa acepção ampla; b) como o lugar onde se presta a jurisdição; c) como organismo, em seu funcionamento e em sua estrutura<sup>6</sup>. Vemo-la no tríplice aspecto mas não de forma abstrata, como galáxia perdida no espaço sideral ou no “buraco negro” jurídico, e sim, concretamente, aqui e agora. O juiz, nessa confluência, é o aplicador, o elucidador, ou, na fórmula aristotélica, o mediador<sup>7</sup>. Se é lícito falar-se em teatro antigo, teatro grego, teatro medieval, teatro moderno e pós-moderno (já que estamos a tratar de “papel”), nada impede que se fale em justiça antiga, justiça medieval, justiça moderna e justiça contemporânea. Para uma leitura mais completa, consulte-se o clássico “O Juiz e a Função Jurisdicional” do MINISTRO MARIO GUIMARÃES, escrito depois de mais de 40 anos de brilhante magistratura, ao se aposentar, ao qual, em sua modéstia, chamou de “trabalhinho” para auxiliar seus colegas mais jovens, mas, em verdade, um verdadeiro e completo tratado<sup>8</sup>. Dentro dessa tipologia - e com o propósito de estimular o debate - vemos nos tempos antigos o juiz envolvido com a tradição e com a religião, só aparecendo os Tribunais mais tarde<sup>9</sup>. Na atual fase, tem-se desenvolvido um grande esforço no sentido da diversificação de novos instrumentos para solução de conflitos sem a obrigatória participação do juiz, em especial a partir do Projeto de Florença, graças à genialidade e invulgar dedicação do Professor MAURO CAPPELLETTI<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Na tríplice visão de ROGER PERROT, cf. *Institutions Judiciaires*, Ed. Montchrestien, 4ª Ed., Paris, 1992, p. 20/21.

<sup>7</sup> Ob. Cit.

<sup>8</sup> Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1958

<sup>9</sup> Sobre o tema, veja-se *A Cidade Antiga*, de Fustel de Coulanges, EDIOURO, rep. do original *La Cité Antique, étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome* (1864) e de Werner Jaeger, PAIDÉIA, *A Formação do Homem Grego*. Ed. Martins Fontes/Editora Universidade de Brasília, São Paulo, 1ª ed., 1986.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (eds.) *Access to Justice: a world survey*. Milan: A. Giuffrè; Alphenaaanderijn: Sijthoff, 1978; 6 v. (The Florence Access - to - Justice Serie). Em Português, ed. brasileira intitulada *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988, 168 p.

Mais uma vez se constata que o papel do juiz não exaure o da Justiça, na medida em que esta pode ser concretizada (no sentido de prestação jurisdicional) por meios outros, tal como preconizado pelo referido estudo.

No regime antigo o juiz era um funcionário do Rei e a este subordinado, e portanto, nessa condição, fazia a justiça por aquele determinada e não de acordo com a própria convicção. Em caso de dúvida, recorria à consulta real para obter uma interpretação oficial. Esse sistema cedeu lugar a uma nova Justiça, ao advento da Revolução Francesa de 1789, pautada nos Códigos. Nessa nova fase, o papel do juiz (moderno) passou a ser o de aplicar a lei (“le juge c’est la bouche de la loi”) escrita. O juiz medieval aplicou a lei do Rei. O moderno passou a aplicar os Códigos. O juiz do Século XIX é o juiz legalista, o servo da lei e, por extensão, do Poder Legislativo<sup>11</sup>.

A essa altura, parece ter ficado evidente a distinção entre função e papel, bem como as mudanças ocorridas, relativamente a este último, conforme as transformações. Sendo dinâmico esse papel, cabe à sensibilidade do juiz perceber com a necessária antecipação as mudanças sociais para se adaptar, sem traumas, às situações emergentes, mudando, em maior ou menor velocidade, as tonalidades e nuances de cada papel, de tal modo que assegure a Justiça adequada para as situações presentes e futuras. Assim procedendo, o juiz penetrará mais facilmente em “A Era dos Direitos” de seu tempo, na fascinante análise e terminologia de NORBERTO BOBBIO<sup>12</sup>. Isso é válido para a sociedade moderna capitalista ou socialista: o Direito Burguês está condenado à morte pelo exaurimento de sua funcionalidade, sendo correta, no particular, a crítica (antecipada) de PROUDHON, ao discorrer sobre a idéia de “Justiça e Liberdade”<sup>13</sup> Vivemos uma época de transição do Estado Burguês para o Estado Contemporâneo, que se afirma cada vez mais como um Estado Democrático de Direito e, tal como sucede nessas conjunturas, enfrentamos uma grande e generalizada crise<sup>14</sup>. Estado de Direito (ou Burguês), Estado Social (na linha de atendimento às grandes massas, tal como ocorreu com o “NEW DEAL”) e Estado Democrático de

---

<sup>11</sup> Sobre o tema, consulte-se a obra clássica de Aldo Schiavone, *Las Origenes del Derecho Burgues*, Hegel contra Savigny, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986 (do original italiano *Alli Origini del Diritto Borghese*, Hegel contra Savigny, Gins. La Terza ° Figli, Roma – Bari, 1984).

<sup>12</sup> *A Era dos Direitos*, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992

<sup>13</sup> *Justicia y Libertad*, Barcelona, 1977 (não consta a editora, apenas a impressora, Tramacor).

<sup>14</sup> Bem ilustrativa, sob esse aspecto, a visão (conservadora) de Georges Ripert em *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1947.



Direito, eis a seqüência que se desenvolveu e se desenvolve a nossos olhos. Na outra vertente: na antiguidade as Doze Tábuas e diplomas similares eram aplicados como “lei fundamental”(tradição, religião, costumes...); na Idade Média, “a vontade do Rei”(onde tivesse autoridade) ou do “Senhor da Terra”(em caso contrário); a Lei Codificada no Estado Burguês (ou industrial) e, finalmente, a Constituição, no atual estágio.

Não significa isso que o costume e a lei escrita tenham perdido seu valor. Continuam valendo e conservam sua inegável utilidade. Mas, sendo o Direito também uma luta<sup>15</sup>, pretendemos - para fins de debate - que o papel de juiz contemporâneo é o de aplicar a Constituição<sup>16</sup>, abrindo espaço para a plena concretização do Estado Democrático de Direito, entendido este como um salto a mais no sentido da liberdade, que se soma a todas as conquistas realizadas pelo homem no decorrer de uma longa e gloriosa alvorada jurídica.

Tal o papel do juiz contemporâneo, tão diverso do antigo juiz romano, que, por força dos “Institutos”, estava plena e exclusivamente vinculado às leis, às constituições e aos costumes, tal como determinado por Justiniano. No texto original:

“Superest ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem imprimus illud observare debe judex, ne aliter judicet quam quod legibus aut constitutionibus, aut moribus proditum est”(Justiniano. *Corpus juris civilis*, livro 4, título XVII, edição de 1856, p. 210).

---

<sup>15</sup>. Na inesquecível e sempre atual lição de Rudolf Von Ihering, in *A Luta Pelo Direito*, Ed. Liber Juris, Rio de Janeiro, 1987.

<sup>16</sup>. No trabalho intitulado *También Los Jueces Son Hombres*, escrito para edição alemã de Elogio dei giudici, PIERO CALAMANDREI esclarece que, no texto original, elaborado no período fascista, foi sobremodo enaltecedor do papel dos juízes. Em suas palavras: “El Elogio de los jueces fue, pues, entre líneas también un elogio de la legalidad, entendida como garantía de la libertad: esto explica también el tono generalmente optimista de las anotaciones sobre los jueces escritas por mi en aquel periodo, para poder soportar sin dejarse consumir por la anarquía de la opresión política de aquel período, era necesario continuar creyendo al menos en la justicia de los jueces” ( *In, Derecho Procesal Civil*, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1986, p. 253). Vinte anos mais tarde (a 1ª ed. foi de 1935), foi mais severo com os juízes, substituindo aquele otimismo por “un discreto y resignado pesimismo” (idem, p. 254. Em nota de rodapé, esclarece-se que por razões editoriais, renunciou-se ao título acima para se manter o primitivo, que, em alemão, figurou como *Lob der Richter*, tradução literal do original italiano. Esse episódio bem demonstra como o papel do juiz pode-se alterar, diante de circunstâncias políticas, tal como sucedeu na Itália, onde, pelo menos nos primeiros anos do fascismo, os magistrados formados em época anterior mantiveram um posicionamento democrático e libertário, o que não fizeram os juízes do período fascista).

O tema que ora examinamos foi superiormente analisado pelo respeitado jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni em conferência pronunciada no seminário sobre Reforma Judicial no Equador (Zaffaroni, 1993).

Nessa explanação, Zaffaroni formulou seu modelo básico de magistraturas, correspondentes a três estágios da evolução política da magistratura, a saber: a) magistraturas empírico-primitivas; b) magistraturas técnico-burocráticas; e c) magistraturas democráticas de direito.

A primeira dessas magistraturas, no enfoque desse autor, corresponde a um Estado de direito “legal”, mas dotada de considerável nível técnico, revela considerável grau de consolidação institucional no país. Ressente-se, entretanto, de inserir-se numa estrutura hierarquizada (“a carreira”), com risco à independência interna do juiz.

A terceira, além de apresentar um nível mínimo técnico-jurídico, satisfaz com maior amplitude o princípio da independência (interna e externa) dos juízes “mediante a transferência do governo do Poder Judicial para um órgão diferente do Executivo e do Supremo Judicial”, integrado este por “uma maioria de juízes que representam todos os colegas e uma minoria de juristas independentes designados pela representação popular” (Zaffaroni, 1993, p. 29-30).

Nessa análise, sustenta que o modelo empírico-primitivo foi superado na Europa no final do século passado e que, na América Latina, “o único caso de garantia de forte profissionalidade se acha no Brasil” (idem, p.30).

Os modelos de magistratura democrática, continua o mestre, fizeram a transição do Estado “legal” de direito para o Estado “constitucional” de direito (ibidem, p. 36).

Como visto, embora sob ótica diversa, o diagnóstico de Zaffaroni coincide, no essencial, com o nosso, em especial quando apontamos a superação dos códigos (modelo “legal”) pelas modernas Constituições (modelo de juiz “constitucional”).

### **3. Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e Liberdades Públicas: Diferenciações e Convergências**

As expressões “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “liberdades públicas” têm sido, equivocadamente, usadas indistintamente como sinônimos. Em verdade, guardam, entre si, de rigor, apenas um núcleo comum, a liberdade.

Daí o grande número de “conexões” ou “ângulos de abordagens” apontados nas obras especializadas sobre o tema dos direitos humanos. Há quem, como, por exemplo, BLANCA MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, reserve a expressão “direitos humanos” para aqueles positivados em nível internacional (exigências básicas relacionadas com igualdade e liberdade da pessoa, que não tinham alcançado um estatuto jurídico-positivo) e “direitos fundamentais” para os direitos humanos positivados em nível interno, ou seja, garantidos pelos ordenamentos jurídico-positivos estatais<sup>17</sup>.

Tais conexões se articulam nas mais diversas cadeias de conceitos, nos contextos específicos em que os autores se fixam.

Vejam algumas figurações dessa espécie, a partir do conceito-chave de “liberdade”.

Em MARIO DE LA CUEVA, lê-se:

“... donde se conclui que a soberania é o poder comum das liberdades, ou para dizê-lo com expressões que usamos em outro ensaio: no pensamento rousseauiano, a soberania não é atributo de um poder, que como tal não existe, nem o é de uma entidade, o Estado, que se impõe ao povo e aos homens, porque essa entidade nada mais é senão a fantasia criada por Hegel do Estado como um deus terrestre; a soberania, dissemos, é parte da essência da vontade geral, que, por ser livre, não aceita nenhuma outra superior, porque deixaria de ser livre, e sim, ao contrário, define o uso de sua liberdade, seu estilo de vida e seu destino na história”<sup>18</sup>.

Sob o título “Marx et les Droits de l’Homme”, BERNARD BOURGEOIS faz interessante e precisa reflexão:

“Em sua obra ‘Direito natural e dignidade humana’, E. Bloch descreve a história ocidental através do diálogo ou do conflito da corrente do direito natural - que afirma principalmente a dignidade que o homem deve à sua liberdade - e a corrente da utopia social - que

---

<sup>17</sup> VALLEJO FUSTER, Blanca Martínez. *Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual*. In: BALLESTEROS, Jesús (ed.). *Derechos Humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. Madrid: Tecnos, 1992, P. 44-45.

<sup>18</sup> CUEVA, Mario de la. *La idea del Estado*. 4a. Ed.. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 111.

quer promover a felicidade do homem pela e na edificação de uma comunidade pacífica. A primeira corrente culminou na Revolução de 1789, a segunda, na Revolução de 1917. Na realidade, segundo Bloch, a tarefa de um marxismo autêntico consiste justamente em reconciliar a liberdade do direito natural com a venturosa solidariedade da utopia social, porque ‘não existe verdadeira instauração dos direitos do homem sem o fim da exploração, não existe verdadeiro fim da exploração sem a instauração dos direitos do homem’<sup>19</sup>.

O respeitado catedrático lusitano SOARES MARTÍNEZ, no plano da Filosofia do Direito averba:

“Outra questão complexa respeitará à destrição entre as **liberdades teóricas**, abstractas, apenas visionadas, ou apenas definidas pelo legislador; e as **liberdades reais**, efectivas. Estas implicam segurança. Isto é, a certeza, ou, ao menos, a elevada probabilidade, de que as liberdades definidas poderão exercer-se. A problemática da liberdade é, assim, por natureza, inseparável do respeito da **autoridade**, das estruturas da polícia e da administração da justiça, sem eficácia das quais não haverá liberdades reais”<sup>20</sup>.

Na visão de GEORGES VEDEL, “os direitos do homem, as liberdades e os direitos fundamentais, qualquer que seja o nome pelo qual sejam chamados, provêm originariamente do direito natural”<sup>21</sup>.

A lição de DOMINIQUE TURPIN é um colosso de clareza, precisão e objetividade:

“Muitas vezes consideradas como sinônimas, as noções de ‘direitos do homem’ e de ‘liberdades públicas’ não se superpõem totalmente. A primeira é mais antiga, mais ampla, mais ambiciosa, mais imprecisa, porque mais filosófica ou política (ela está hoje em dia

---

<sup>19</sup> BOURGEOIS, Bernard. *Marx et les droits de l’homme*. In: PLANTY-BONJOUR, Guy. *Droit et liberté selon Marx*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p. 5-6.

<sup>20</sup> MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do direito*. 2a. ed. Ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 41.

<sup>21</sup> VEDEL, Geprge. *La constitution comme garantie des droits: le droit naturel*. In: Tropes, Michel; Jaume, Lucien. *1789 et l’invention de la constitution*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994. p. 205.

na moda, constituindo-se para muitos um sacerdócio e para alguns uma sinecura). A segunda é mais recente (seu ensino autônomo data apenas de 1954 e 1962), mais modesta, mas também mais jurídica, logo, mais precisa (e, por consequência, sem dúvida mais protetora)”<sup>22</sup>.

Na elegância de seu estilo didático e de extrema clareza, ensina JEAN RIVERO: “As liberdades públicas são os poderes de autodeterminação consagradas pelo direito positivo”<sup>23</sup>.

E, em seguida, a perfeita distinção que o professor emérito da Universidade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Paris faz, com absoluta precisão, entre “liberdades públicas” e “direitos do homem”: “As duas noções, de ‘direitos do homem’ e de ‘liberdades públicas’, são vizinhas, mas, no entanto, distintas: elas não se situam sobre o mesmo plano, de um lado, e não têm o mesmo conteúdo, de outro lado. Elas não se situam no mesmo plano - a noção de ‘direitos do homem’, cujas origens históricas e filosóficas veremos mais adiante, surge da concepção do Direito Natural”<sup>24</sup>.

A noção de direitos humanos, diz JEAN RIVERO, transcende seu reconhecimento pelos textos legais, sendo este reconhecimento, entretanto, possível:

“Os direitos do homem, com efeito, apresentam características que permitem ver um direito no sentido próprio do termo, de uma possibilidade reconhecida ao homem: um titular, um objeto preciso, um sujeito contra o qual se pode opor. É então possível lhe conferir uma sanção que os faça entrar no direito positivo. É o que se passou com o direito internacional: os direitos do homem, tal como proclamados pela Declaração Universal de 1948 e determinados pelos pactos de 1966, definem na sociedade internacional uma categoria jurídica à qual os textos atribuem um regime de proteção. Deu-se o mesmo no quadro europeu. O direito interno francês não procedeu dessa forma. Não considerou os direitos humanos no seu conjunto uma categoria autônoma com seu estatuto próprio”<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> TURPIN, Dominique. *Les libertés publiques: théorie générale, libertés de l'esprit, liberté individuelle, liberté sociales*. Paris: Dunod, 1993. p.7

<sup>23</sup> RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. 7 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1974. V. 1: Les droits de l'homme. P. 21.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid. p. 21-22.

Assim também JEAN MORANGE, que, ao mesmo tempo em que assinala aparecerem as expressões “direitos do homem” ou “liberdades públicas”, em alguns manuais, segundo as preferências de cada autor, como sinônimos<sup>26</sup>, afirma que “as liberdades públicas traduzem juridicamente, mais ou menos fielmente, uma filosofia dos direitos do homem”<sup>27</sup>, acrescentando: “É banal afirmar que nenhuma liberdade pode ser ilimitada. Mesmo aos olhos dos liberais mais extremistas, a liberdade de cada um deve terminar onde começa a liberdade do outro”<sup>28</sup>.

A distinção entre “liberdades públicas” e “direitos do homem” também se distingue por outro critério, aliás por todos reconhecido, como lembra o autor acima citado, ao frisar que “nos países anglo-saxões os direitos do homem evocam o direito internacional, ao passo que as liberdades públicas correspondem mais aos *civil rights*”<sup>29</sup>.

FRANÇOIS TERRÉ, professor da Universidade PANTHEÓN-ASSAS (Paris-II), é ainda mais didático, em duas passagens distintas. Na primeira, fazendo conexões: “aos conceitos de **liberdades públicas** e de **direitos do homem** - sustentados pela noção de direito subjetivo -, deve-se acrescentar um outro, em nossa época, sob a influência crescente do direito constitucional. Trata-se daquilo que se tem convencionado chamar de **direitos fundamentais**”<sup>30</sup>.

Na segunda, analisando tais conceitos à luz de critérios orgânicos: “Mais significativos são, em definitivo, os critérios de natureza orgânica, manifestando essencialmente uma superioridade da Constituição: os direitos e liberdades fundamentais são, em primeiro lugar, protegidos contra o poder executivo, mas também contra o poder legislativo, enquanto que as liberdades públicas - no sentido do direito francês clássico - são essencialmente protegidas contra o poder executivo... Em segundo lugar, os direitos fundamentais são garantidos em virtude não apenas da lei, mas sobretudo da Constituição ou dos textos internacionais ou supranacionais”<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> MORANGE, Jean. *Droits de l'homme et libertés publiques*. 3. Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p.11.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 16-17.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 17-18.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p.125.

<sup>30</sup> TERRÉ, François. *Sur la notion de droits et libertés fondamentaux*. In: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. *Droits et libertés fondamentaux*. 3. Ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 10.

As liberdades públicas, averba JEAN RIVERO, “constituem precisamente uma destas categorias, consagrada notadamente pelo artigo 34 da Constituição. Elas correspondem aos direitos do homem inseridos no direito positivo através de seu reconhecimento e ordenamento pelo Estado”<sup>32</sup>.

E, em tom de alerta ou de advertência: “É necessário frisar que se as liberdades públicas são sempre direitos do homem, nem todos os direitos do homem são liberdades públicas”<sup>33</sup>.

Nessa linha e também na melhor didática francesa, JACQUES MOURGEON: “Em resumo, os direitos do homem se definem como sendo prerrogativas disciplinadas por regras que a pessoa detém para si própria nas relações com os particulares e com o poder”<sup>34</sup>.

São ainda do mestre da Universidade de Ciências Sociais de Toulouse:

“Após a reforma de 1954, os programas universitários incluíram o estudo das ‘liberdades públicas’, expressão que, desde então, a doutrina utiliza, às vezes; que a jurisprudência aceita mal (ela prefere a outra, “liberdades fundamentais”); que o legislador menciona em alguma ocasião; mas que é consagrada na Constituição de 1958 (art. 34)”<sup>35</sup>.

Finalmente, com a mesma preocupação de JEAN RIVERO, aponta: “Se, entretanto, as liberdades públicas são direitos do homem, esta última categoria é muito mais ampla e extensa que a anterior”<sup>36</sup>.

JACQUES ROBERT e JEAN DUFFAR (colaborador) a respeito do tema assim se posicionam: “Existe uma diferença entre as duas expressões: ‘direito do homem’ e ‘direitos do cidadão’; os direitos do homem têm um caráter pré-social; os direitos do cidadão, ao contrário, estão ligados à existência da cidade”<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> RIVERO, Jean. *Les libertés publiques...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 22-23.

<sup>34</sup> MOURGEON, Jacques. *Les droits de l’homme*. 5 ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1990. p. 8.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 8

<sup>37</sup> ROBERTO, Jacques, DUFFAR, Jean. *Droits de l’homme et libertés fondamentales*. 5. Ed. Paris: Montchrestien, 1994, p. 40. No original: “Il existe une différence entre les deux expressions: <<droits de l’homme>> et <<droits du citoyen>>. Les droits de l’homme ont un caractère présocial; les droits du citoyen, au contraire, sont liés à l’existence de la Cité.”

E, quanto à distinção entre “liberdades públicas” e “Direitos do Homem”, lançam advertência semelhante: “Acrescentamos que todos os direitos do homem não têm necessariamente o caráter de ‘liberdades públicas’. O direito ao trabalho ou à instrução são direitos do homem, mas não liberdades”<sup>38</sup>.

Fora da França, o magistério de ANTONIO E. PÉREZ LUÑO não discrepa desses enunciados, a despeito de interessantes nuances de aportes. Assim, diz o mestre da Universidade de Sevilha: “a definição de direitos humanos que sustento atende a três idéias-guia: 1<sup>a</sup>) **jusnaturalismo** em seu fundamento; 2<sup>a</sup>) **historicismo** em sua forma e 3<sup>a</sup>) **axiologismo** em seu conteúdo”<sup>39</sup>.

A posição do professor PERÉZ LUÑO está bem estruturada em sua lógica de situação, quando a explicita com invejável clareza: “Por fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos entendo a que conjuga a sua raiz ética com sua vocação jurídica”<sup>40</sup>.

E, em elegante síntese didática: “A distinção germânica entre *Menschenrechte* y *Grundrechte*, a francesa entre *droit de l’homme et libertés publiques* ou a italiana *entre diritti umani e diritti fondamentali* atende à respectiva dualidade de planos (prescrito e descritivo) e ao diferente nível de positividade de ambas as categorias”<sup>41</sup>.

Segundo a tese sustentada por esse autor, “nem todo direito humano é um direito fundamental, enquanto não for reconhecido por um ordenamento jurídico positivo: mas ao inverso, não é possível admitir um direito fundamental que não consista na positivação de um direito humano”<sup>42</sup>.

Seguindo uma rota semelhante e na trilha dos autores acima referidos, no presente estudo destacamos (a seguir) as expressões “Direitos do Homem”, “Direitos Fundamentais” e “Liberdades Públicas” para um exame mais completo e aprofundado.

### 3.1. Direitos do homem (Direitos Humanos)

Para JEAN-MARC VARAUT, a tônica na expressão “Direito do Homem” (no singular) recai na preposição “do”. Em suas palavras: “Na ex-

---

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion*. 5. Ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 514.

<sup>40</sup> Ibid., p. 515.

<sup>41</sup> Ibid., p. 515.

<sup>42</sup> Ibid., p. 521.



pressão **direito do homem**, o mais importante é a preposição do. Ela indica uma relação de posse e coloca a questão essencial da natureza do homem<sup>743</sup>.

Assinala o que para nós é absolutamente tranqüilo, “que o Direito positivo não esgota a fundamentação dos direitos humanos, é algo que não merece maior discussão”, isto porque, também assim entendemos, “De um lado, os direitos humanos são exigências éticas; de outro, são direito na medida em que formam parte de um ordenamento jurídico-positivo”<sup>744</sup>.

Nessa perspectiva dualista, os direitos humanos surgem como uma exigência ética e se integram, imperativamente, no ordenamento jurídico positivo. O “salto” do **infra** para o **constitucional**, ou mesmo **supra**, na Espanha, é descrito em cores vivas por LUIS PRIETO SANCHIS:

“Pois bem, durante mais de uma década os direitos humanos, o Estado de Direito, a democracia avançada e tantas outras noções afins converteram-se nas idéias dominantes para cujo estudo eram chamados não apenas os filósofos do Direito ou da política, mas inclusive os juristas ‘dogmáticos’ que quiseram dar cabal conta do ordenamento positivo.

Ao menos uma vez, o relógio acadêmico indicava a mesma hora que a de nossa história coletiva, pois efetivamente essa foi a ideologia que animou o processo constituinte e que acabou plasmada na Constituição de 1978 cuja maquete (reprodução) professoral, ademais, é clara em numerosos preceitos”<sup>745</sup>.

Nessa matriz, averba o citado jurista espanhol, a “tábua de direitos” mais fundamentais inspirou-se na Declaração de 1789, no que saltam à vista algumas incorporações e também algumas omissões, encontrando-se, na Seção 2ª do Capítulo II, “direitos e garantias de natureza econômica, tributária e laboral”<sup>746</sup>.

SERGE-CHRISTOPHE KOLM por seu turno articula os “direitos do ser humano” (sem referir-se à expressão “direitos do homem” ou “direitos

---

<sup>43</sup>. VARAUT, Jean-Marc. *Le droit au droit: pour un libéralisme institutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986. P. 239.

<sup>44</sup>. VIDAL GIL. Ernesto J. *Los derechos humanos como derechos subjetivos*. In: BALLESTEROS, Jesús (ed.). *Derechos Humanos...*, op. cit., p. 24.

<sup>45</sup>. PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990. p.12.

<sup>46</sup>. Ibid., p.107.

humanos”) ao “princípio liberal”, de que a construção ideológica mais precisa é a do **proprietarismo**<sup>47</sup>.

A visão de JACQUES MOURGEON se volta para um plano mais transcendental ou material, na medida em que, para esse autor, “os direitos do homem se definem como prerrogativas ditas por regras que toda pessoa detém em seu próprio nome e que se aplicam nas relações com os particulares e com o poder”<sup>48</sup>.

A nota em destaque para a conceituação dos direitos do homem parece ser, para JACQUES ROBERT e JEAN DUFFAR, o “mundialismo”, no sentido de que extravasam os limites dos cidadãos de cada país para atingir um valor universal<sup>49</sup>.

Pela vertente marxista e ao menos no contexto dos eventos ocorridos após 1789, a visão a respeito dos direitos do homem assume uma feição completamente diferente de tudo que se viu até aqui.

Como bem assinala BERNARD BOURGEOIS, em trabalho intitulado “Marx et les droits de l’homme”, que, aos olhos de Marx os direitos do homem se tornam na negação conjunta do direito e do homem<sup>50</sup>.

Ou seja, os direitos do homem são o “não-direito” e o “não-homem”<sup>51</sup> porque são direitos dos burgueses<sup>52</sup>.

O marxismo em sua concepção original deixou, sem dúvida, um grande vazio na temática dos direitos humanos porque se deteve na mera análise e conseqüente diagnóstico do Estado Burguês.

Não rompeu o impasse na superação desse estágio para a reformulação de uma teoria dos direitos humanos de toda e qualquer pessoa, e não apenas do cidadão burguês.

No particular, parece ter ignorado até mesmo a proposta de Hegel, que via no Estado o papel de conduzir o processo de afirmação dos direitos humanos em todos os segmentos da nova sociedade (sem classes?).

<sup>47</sup> KOLM, Serge-Christophe. *Le libéralisme moderne*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984. p.42.

<sup>48</sup> MOURGEON, Jacques. *Les droits de l’homme*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. p. 8.

<sup>49</sup> ROBERT, Jacques, DUFFAR, Jean. *Droits de l’homme et libertés fondamentales*. 5. Ed. Paris: Montchrestien, 1994. p. 42.

<sup>50</sup> BOURGEOIS, Bernard. *Marx et les droits de l’homme*. In: PLANTY-BONJOUR, Guy (org.). *Droit et liberté selon Marx...*, op. cit., p. 13.

<sup>51</sup> Ibid., p. 13.

<sup>52</sup> Ibid., p. 19.

Bem oportunas as palavras de MIGUEL BAPTISTA PEREIRA no seu aprofundado livro sobre modernidade e secularização: “Hegel concebeu o estado de direito como a condição de possibilidade da validade da liberdade concreta, isto é, toda a ordem jurídica, com os direitos humanos e as liberdades do cidadão, pressupõe o estado como garantia de realização. A libertação de << *belum omnium contra omnes* >> da condição pré-civil da natureza é a constituição de uma ordem jurídica assegurada pelo poder estatal e só nesta ordem é possível a liberdade moral e responsável”<sup>53</sup>.

### 3.2. *Direitos Fundamentais*

A melhor exposição que conhecemos sobre as origens dos modernos “Direitos Fundamentais” é a de HANS PETER SCHNEIDER. Esse jurista alemão abre seu trabalho sobre as origens da Lei Fundamental de Bonn de forma magistral:

“Raramente coincidiram na história mundial tantas comemorações e aniversários de Constituições como em 1988/1989. É quase inevitável estabelecer comparações: os franceses celebram o bicentenário de sua revolução, os ingleses o 300º aniversário da *Glorious Revolution* (do que, por certo, pouco se tem escutado), os americanos a ‘reentrada’ em vigor de sua Constituição e a eleição de seu primeiro presidente, os italianos o 40º aniversário de sua República e os espanhóis celebram os dez anos de existência de sua nova Constituição. Os alemães nós poderíamos congratular, não sem certa amargura, de poder recordar algo mais que haver provocado, faz agora 50 anos, a Segunda Guerra Mundial: o 40º aniversário de nossa Lei Fundamental. Com independência da alegria e orgulho justificados que desperta o fato de nos encontrarmos diante da Constituição ‘mais liberal’ de nossa história, não há que esquecer que tampouco a Lei Fundamental caiu do céu, surgiu sem nada mais, se conseguiu sem luta. É necessário recordar que a Lei Fundamental surgiu em meio a constantes enfrentamentos com as forças restauradoras por uma parte e com os aliados, por outra e teve que ser literalmente conquistada.”<sup>54</sup>

<sup>53</sup> PEREIRA, Miguel Baptista. *Modernidade e secularização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 113-114.

<sup>54</sup> SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 15.

Não cabe, aqui, fazer o comentário dessa luta, cumpridamente descrita nesse trabalho, mas apenas, após a transcrição dessa linda abertura, completar a citação com duas passagens que tudo sintetizam a respeito do tema nele abordado. Na primeira, esclarece-se que o grande feito dos alemães foi o de afastar a antiga e arraigada tese segundo a qual eram sempre considerados como “manifestações marginais extra-estatais da Constituição, com um caráter meramente programático. A Lei Fundamental tentou primeiro evitar esta marginalização, essencialmente antepondo os direitos fundamentais em bloco aos demais artigos e dotando-os sem exceção de vinculação jurídica obrigatória em face de todos os poderes estatais. Vista assim, a Lei Fundamental pode ser considerada como a ‘Constituição dos direitos fundamentais’, interpretada e desenvolvida sempre em função dos ditos direitos fundamentais.”<sup>55</sup>

Por fim, em fecho preciso: ...”a Lei Fundamental pode ser em geral definida como a Constituição dos direitos humanos e civis.”<sup>56</sup>

Na segunda passagem, explica como se deu a mudança do sistema anterior para o atual:

“Afastando-se claramente do mero caráter programático dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar, a Lei Fundamental, com isso, ao mesmo tempo, não apenas reforçou a vinculação do poder público à Constituição (art. 20, ap. 3, LF) quanto aos direitos humanos e dos cidadãos, como também os acentuou especialmente no texto normativo.”<sup>57</sup>

E, concluindo: “À diferença da anterior tradição constitucional alemã do século XIX e começos do século XX, os direitos fundamentais têm validade não mais pelas próprias leis, mas, ao contrário, as leis têm força pelos direitos fundamentais.”<sup>58</sup>

Reforçando esse entendimento e expondo outros argumentos de inegável pertinência, averba MICHEL PÉDAMON, professor da Universidade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Paris (Paris II), em livro dedicado ao Direito Alemão:

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 16-17. “É fato que toda Constituição se elabora em oposição ao regime

<sup>56</sup> Ibid., p. 17

<sup>57</sup> Ibid., p. 79.

<sup>58</sup> Ibid., p. 79.

político que se pretende abolir. Mas para os redatores da Lei Fundamental de 1949 (*Grundgesetz*), não se tratava somente de romper com um passado recente e doloroso, tratava-se de exorcisar este período do IIIº Reich que durante doze anos profanou o rosto da Alemanha e ao mesmo tempo seu direito.”<sup>59</sup>

Fizeram-no com tamanho empenho que levaram o princípio da rigidez constitucional ao máximo possível, instituindo o sistema também adotado na nossa Constituição de 1988, das “cláusulas pétreas”, em relação a matérias consideradas de absoluta importância para a sociedade e que por essa razão insuscetíveis de alteração, ainda que mediante regular revisão.

A superioridade dessas normas - e sua imutabilidade -, esclarece o citado autor com propriedade, impede que mesmo a maioria do Parlamento possa submetê-las “a qualquer revisão, enfim e sobretudo para a consagração dos direitos fundamentais (*Grundrechte*) de toda pessoa humana”<sup>60</sup>.

“Concretização” é a palavra-chave para a melhor compreensão da natureza dos Direitos Fundamentais: o homem concreto, socialmente localizado.

Sobre esse homem concreto, assim se refere JUAN FERRANDO BADÍA:

“A época contemporânea, que está presenciando a conversão ou transformação da democracia política em social, constata também que esta última reconhece os direitos do homem, mas à diferença da democracia liberal-burguesa, os considera como exigências, quer dizer, adquirem uma dimensão imperativa. O homem concreto tem direitos que correspondem a necessidades que, se não satisfeitas, o impedem de alcançar sua plenitude humana. O homem é plenamente

---

<sup>59</sup> PÉDAMON, Michel. *Le droit allemand*. Paris: Presses Universitaire de France, 1985. P. 55. No original: C’est un fait que toute constitution s’élabore par opposition au régime politique qu’elle entend abolir. Mais pour les rédacteurs de la Loi fondamentale de 1949 (*Grundgesetz*), il ne s’agissait pas seulement de rompre avec un passé récent et douloureux, il s’agissait aussi d’exorciser cette période du III Reich qui pendant douze ans avait profané le visage de l’Allemagne en même temps que son droit.”

<sup>60</sup> Ibid., p. 57. No original:....”d’aucune révision, enfin et surtout par la consécration des droits fondamentaux (*Grundrechte*) de toute personne humaine”.

livre quando está liberado de condicionamentos materiais e espirituais. E para isso necessita, este ‘homem concreto’, da intervenção do Estado.”<sup>61</sup>

Nessa linha, e como sempre magistralmente, NORBERTO BOBBIO, ao asseverar com profundidade e pertinência: “O próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status de indivíduo.”<sup>62</sup>

Nas palavras de MIGUEL DE UNAMUNO, deve ser considerado o Homem em sua dimensão de ‘carne e osso’ “el que nace, sufre y muere – sobre todo muere –, el que come y bebe, y juega, y duerme, y piensa, y quiere; el hombre que se va y a quien se oye, el hermano, el verdadero hermano.”<sup>63</sup>

De qualquer sorte, como afirma PÉREZ LUÑO “o termo ‘direitos fundamentais’ (droits fondamentaux) aparece na França em 1770 no movimento político e cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A expressão alcançou logo especial relevo na Alemanha, onde sob o título de os *Grundrechte* se articulou ao sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento de toda a ordem jurídico-política. Este é seu sentido na *Grundgesetz* de Bonn de 1949. Decorre daí que grande parte da doutrina entenda que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais”<sup>64</sup>.

### 3.3. *As Liberdades Públicas.*

As origens da expressão são longínquas, como assinala M. WALINE, ao comentar o tópico referente à 5ª regra para a definição de competência judicante “a autoridade judiciária é a guardiã das liberdades públicas”: “Mas desta antiga prevenção, ficou um costume jurisprudencial que faz da autori-

---

<sup>61</sup> FERRANDO BADÍA, Juan. *Democracia frente a autocracia: los tres grandes sistemas políticos. El democratico, el social-marxista y el autoritario*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1989, p. 106.

<sup>62</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 68.

<sup>63</sup> UNAMUNO, Miguel de. *Antología*. México, DF.: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 284.

<sup>64</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, op. cit., p. 30-31.

dade judicial, para retomar a expressão tradicional ‘a guardiã das liberdades públicas’, quer dizer, a protetora natural do cidadão contra os atentados da administração ou do governo, contra seus mais garantidos direitos, porque presumidos como os mais importantes.”<sup>65</sup>

Não é definível nem passível de conceituação a liberdade humana. Na bela percepção de GEORGES GURVITCH:

“Não se pode deduzir, nem explicar a liberdade humana, nem tampouco tirá-la de uma construção qualquer. Pode-se tão-somente prová-la, vivê-la, experimentá-la e após descrevê-la. Ela é uma propriedade, uma qualidade primordial, irredutível da existência humana, tanto coletiva quanto individual, flama subjacente a toda obra, ação, reação, conduta, realização. Ela pressupõe obstáculos a superar, resistências a vencer, barreiras a derrubar, realizações a ultrapassar, situações a transformar. Ela é uma liberdade situada, liberdade incrustada no real. Ela é uma liberdade sob condição, liberdade relativa.”<sup>66</sup>

E, nessa belíssima imagem: ”Os degraus da liberdade humana são escalonados até o infinito”<sup>67</sup>.

Embora não tenham as três expressões antes examinadas o mesmo significado, já que assentam em conteúdos diversos, representam elas, a nosso ver, a experiência de culturas e realidades próprias de determinados povos, na incessante marcha de libertação do homem.

## À Guisa de Conclusão

A experiência do século que se ultima trouxe à reflexão dos observadores mais atentos novas idéias e fórmulas que vêm impulsionando cada

---

<sup>65</sup> WALINE, M. *Droit administratif*. 5 ed. Paris: Serey, 1957. P. 83. No original: “Mais, de cette ancienne prévention, est restée une coutume jurisprudentielle Qui fati de l’authorité judiciaire, pour reprendre l’expression traditionnelle <<la gardienne des libertés publiques>>, c’est-à-dire la protectrice naturelle du citoyen contre les atteintes de l’administration ou du gouvernement, contrwe ses doirts les mieux garantis, parce que présumés les plus importants.”

<sup>66</sup> GURVITCH, Georges. *Déterminismes sociaux et liberté humaine*. 2. Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1963. p. 90-91.

<sup>67</sup> Ibid., p. 93.

dia com mais vigor a marcha libertária do homem em direção ao terceiro milênio<sup>68</sup>.

Essa formidável marcha se faz basicamente em três colunas de ataque:

a) passagem dos direitos do nível infra para o super (concretização dos direitos constitucionais - tônica de nosso *O devido processo legal tributário*) na linha dos Direitos Fundamentais<sup>69</sup>;

b) no campo da cidadania na dupla perspectiva *ex parte populi e ex parte principis* com a integração dos excluídos, de tal modo que a Constituição se faça efetiva a partir de uma Justiça independente e afinada com tal projeto (aspecto que abordamos nos *Limites da Legalidade Tributária no Estado Democrático de Direito*), temática que se articula com as Liberdades Públicas (na qual o Estado passa a ser um papel totalmente diverso do que desempenhou em fases anteriores); e, por fim,

c) a 3<sup>a</sup>, que é a dos Direitos Humanos, agora aqui considerados.

Eis que aí também se insere uma de nossas teses mais importantes, qual seja, a de que a teoria e a prática dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais e das Liberdades Públicas, longe de se excluírem, se complementam.

São as três rotas da confluência para o autêntico Estado Democrático de Direito. ◆

---

<sup>68</sup> Veja-se, no particular, a antológica passagem de OTTO VON GIERKE a respeito dos direitos humanos: “Neste sentido, a doutrina medieval já estava, de uma parte, imbuída da idéia dos direitos humanos inatos e indestrutíveis correspondentes ao indivíduo.” (VON GIERKE, Otto. *Teorias políticas de la Edad Media*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p. 228).

<sup>69</sup> A conclusão nº 22 desse trabalho está assim redigida: “O juiz moderno (a partir do século XIX) cumpriu o papel de assegurar as liberdades tradicionais. O juiz moderno atual é, antes de tudo, o aplicador dos Direitos Fundamentais inscritos nas modernas constituições. Antes aplicava os Códigos. Agora, além dos Códigos (e acima dos Códigos), aplica a Constituição.” (NOGUEIRA, Alberto. *O devido processo legal tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. P. 167). É nessa direção que marcha o direito moderno, como se vê, por exemplo, da Convenção Européia dos Direitos do Homem subscrita em 4 de novembro de 1950, a respeito da qual observa com propriedade JEAN-MARC VARAUT: “A originalidade e a importância dessa Convenção estão em adequar as instituições judiciárias de tal modo que lhe assegurem o efetivo respeito: a Comissão e a Corte Européia dos Direitos do Homem que têm sua sede em Strasbourg.” (VARAUT, Jean-Marc. *Le droit au droit, op. cit.*, p. 240).



# El Poder Judicial y los Derechos Humanos

( 4 )

## **Alberto Chaigneau del Campo**

Ministro de la Corte Suprema de Chile

En primer lugar deseo agradecer el honor de haber sido invitado a este seminario. El tema que me ha correspondido tratar es de una importancia muy señalada en estos días. Nadie duda de la relevancia que en el mundo entero han adquirido los derechos del hombre como elemento central de la legislación constitucional de los países y como principio rector de los tratados entre las naciones. En cada país es al Poder Judicial al que corresponde hacer cumplir estos derechos cuando son desconocidos o amenazados.

### **Ideas generales**

La ley fundamental chilena nace en 1980 durante el gobierno militar que se inició con el golpe militar del 11 de setiembre de 1973 y su vigencia se ha extendido desde el día 11 de marzo de 1981 hasta la fecha.

En ella se precisa que el Estado de Chile es unitario, que su territorio se divide en regiones. Es decir, el impulso político emana desde un sólo centro, desde un gobierno central que delega algunas funciones en organismos que se ubican en las regiones las que no tienen naturaleza federativa. Sólo el gobierno central y el poder legislativo desarrollan la función legislativa. Además, su forma de gobierno es republicana y constituye una democracia representativa donde las autoridades políticas son elegidas directamente por el pueblo en forma temporal y están sometidas a controles inter y hetero orgánicos. Pero también incluye un principio de democracia semi directa al aceptar los plebiscitos comunales y consagra el mecanismo de democracia semi representativa que es el plebiscito constitucional cuyo mecanismo es

puesto en marcha por el Presidente de la República, y contempla además, un elemento separado del sistema democrático, al permitir que algunos miembros del Senado de la República, que es la cámara alta del poder legislativo, no sean elegidos por elección popular sino que sean designados por órganos que la Constitución señala y que ocupen el cargo después de haber desempeñado la Presidencia de la República. Estos son los senadores designados y los senadores vitalicios, concepto este que es motivo de constantes discusiones acerca de su valor, trascendencia y necesidad.

Al igual que las Constituciones de otros países del cono sur, la de Chile consagra el principio de separación de los poderes desarrollado por la Revolución Francesa, que, con el objeto de proteger a la persona humana del inmenso poder del estado, distribuye este entre diferentes organismos titulares. En su capítulo primero, llamado Bases de la Institucionalidad, establece disposiciones en que indica que los órganos del estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas constitucionales y que ellos sólo actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley ya que todo acto emanado de personas o de órganos fuera del ámbito determinado por el ordenamiento jurídico carece de validez, operando a su respecto la nulidad de pleno derecho, además de originar las responsabilidades y sanciones correspondientes.

Antes de iniciar el tema de esta ponencia debo hacer presente que no es posible tratar en profundidad, en tan corto tiempo, un tema de la latitud y profundidad del pedido. En efecto, el tratamiento que la Constitución Política chilena da a los derechos humanos es lato y de muy profundo estudio. Para ello sería necesario, después del análisis de los valores fundamentales que informan las bases de la institucionalidad chilena, detenerse en cada una de las garantías constitucionales que el artículo 19 de la ley fundamental indica que asegura, no en forma taxativa, a las personas. De tal manera que hemos elegido como solución hacer una exposición más resumida de los valores y de los principios técnico jurídicos que la constitución señala y que están dirigidos a la protección de los derechos humanos en Chile, y al tratarlos, describir sólo muy someramente los derechos que la Constitución asegura.

## **Los valores básicos del ordenamiento constitucional chileno**

Cuando nos referimos a valores estamos hablando de ideales ético sociales que el estado concreta como prioritarios para la sociedad en una

época determinada. Lo hace el estado porque considera que la misma sociedad es la que siente que son precisamente esos los necesarios.

Damos la cara a una época en que no sólo la modernidad y la modernización son la tónica, sino en la que también constatamos la existencia de grandes y profundos cambios sociológicos, políticos, económicos y morales. Este hecho nos lleva a observar críticamente la realidad de la comunidad en que estamos acostumbrados a vivir. Nos damos cuenta, cada vez más claramente, de la necesidad de lograr la construcción de una sociedad que sospechamos debe ser distinta para que sea justa y ello nos enfrenta a una problemática que, entre muchas otras cosas, dice relación con conceptos tan importantes como la dignidad de la persona humana, su libertad y su igualdad, los que consideramos esenciales para asegurar los derechos humanos, la justicia, la legalidad y la legitimidad.

Estos valores hacen nacer la necesidad de plasmarlos en normas legales por los que quiere regirse una sociedad y este es un fenómeno que nace espontáneamente entre los hombres. De este deseo nace el derecho nacional e internacional para la protección de los derechos humanos que se basa en el respeto a la dignidad humana. Chile no está al margen de este desarrollo y por eso los principios técnico jurídicos que de tales valores se desprenden, los plasma en la Constitución Política de la República y, en los últimos años, la complementa con la ratificación de numerosos tratados internacionales que ha elevado al rango de normas constitucionales chilenas.

Los valores a que nos estamos refiriendo están comprendidos en la enumeración que se hace en los artículos de ella que están ubicados en el capítulo primero que es el relativo a las bases institucionales. Si bien ellos están referidos a la persona humana, a la familia, a los cuerpos intermedios y al estado, dado la índole de nuestra exposición, sólo nos detendremos en el estudio de los valores que dicen relación con la persona humana.

## **El Poder Judicial y su Papel**

Pero ningún derecho humano tendría ningún sentido y ninguna señal que se diera de reconocimiento en la Constitución tendría validez si no existieran los debidos mecanismos o recursos de carácter jurisdiccional que aseguren su real, efectivo y completo ejercicio. Esta labor está entregada, por la propia Constitución a los Tribunales que conforman el Poder Judicial, al que se dota de características adecuadas para ello.

Es la misma Constitución la que se ha encargado de indicar la forma en que el Poder Judicial es el garante de los derechos humanos en Chile. En primer lugar su labor, como la de los demás órganos del Estado debe someterse a las normas constitucionales y legales. Una Ley Orgánica Constitucional es la que organiza al Poder Judicial y garantiza la carrera funcionaria, dándole sólo a él la facultad de conocer de las causas civiles y criminales y de juzgarlas, sin que otro órgano del Estado pueda avocarse estas causas o pueda revisar los fundamentos de las sentencias. Por otra parte los jueces permanecen en sus cargos mientras dure su buen comportamiento y será la Corte Suprema el tribunal superior de todos ellos. Para facilitar el trabajo de garante de los derechos humanos ha dado el manejo al Poder Judicial de dos acciones constitucionales de importancia como son la acción de amparo y la de protección. La procedencia de este último recurso se irá indicando en cada caso.

## **Valores respecto a la persona humana**

El inciso primero del artículo 1 de la Constitución señala a la letra que **“los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”**. Como vemos en ella se consagran los valores de la dignidad, de la libertad natural y de la igualdad de la persona humana en sus derechos.

### **1 - El valor dignidad humana.**

La dignidad humana parte de una concepción antropológico filosófica que reconoce al ser humano como único, ser consciente de sí mismo, racional, perfectible y dotado del uso de la voluntad y de la afectividad. Esta calidad impide que pueda ser objeto de coacción física o mental y de algún tipo de discriminación.

Este valor se encuentra defendido en el reconocimiento que se hace en forma expresa en numerosos apartados del artículo 19 de la Constitución chilena. Esta disposición asegura a todas las personas, una lista, larga pero no taxativa, de derechos de diferente índole. Haremos una apretada síntesis de aquellas que nos parece reconocen la dignidad del hombre.

En el N° 1 del artículo 19, respecto el cual procede la acción de protección, se aseguran varios derechos a las personas que dicen relación con su dignidad y que son: 1° - el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, 2° - el derecho a la vida del que está por nacer, 3° - el que la pena de muerte sólo podría establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado y

3º - que se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

En el inciso 1 el artículo 19, respecto al **derecho a la vida** lo reconoce como un derecho humano básico y el más importante. Se estimó que la vida debe asegurarse totalmente y por eso se agregó la necesidad de que fuera acompañada por la integridad no sólo física sino también psíquica. De estos derechos derivan el derecho personal a disponer de su propio cuerpo y del propio cadáver y, por supuesto, la prohibición de la eutanasia.

En su inciso segundo indica que **la ley protege la vida del que está por nacer** con lo que se quiere decir que se condena el aborto y que la ley sólo puede determinarlo para casos tan específicos como los terapéuticos.

De la lectura del inciso tercero se puede colegir que la Constitución chilena, a diferencia de la de otros países, **no estimó** que consagrar el derecho a la vida significa **abolir la pena de muerte**. Actualmente en nuestra legislación penal su aplicación es posible pero no obligatoria para los jueces. La Constitución deja entregada la posibilidad de imponerla como castigo de delitos que sean considerados como tales por leyes que exigen un quórum muy alto para su aprobación en el Congreso.

Por último, en el inciso cuarto también se **prohíbe** aplicar cualquier **apremio ilegítimo** lo que completa la idea de la exigencia de respetar la integridad de la vida del hombre.

También se considera como un derecho propio de la dignidad del hombre el del N° 8 del artículo 19 de la Constitución, que protege **el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación**. No cabe duda que todo lo que naturalmente nos rodea en cuanto esté contaminado, no permite el pleno desarrollo de la vida y con ello se está desconociendo el respeto que se merece toda persona en su calidad de tal. Es deber del estado velar y tutelar por la preservación de la naturaleza y, más aún, la ley puede establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos y libertades si con ello protege el medio ambiente.

No cabe duda que otro de los atributos de la dignidad humana es la salud y por eso el N° 9 del mismo artículo asegura **el derecho a la protección a la salud**. La salud es hoy día un concepto positivo para el individuo y la sociedad y, por tanto fundamental para el desarrollo del país. El estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de la rehabilitación del individuo y las coordina y controla. Por último consciente de lo deseable que resulta que la persona pueda elegir libremente su atención, termina asegurando a las personas el

derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado. El recurso de protección procede sólo cuando se infringe su inciso final, es decir el derecho a elegir sistema de salud.

Teniendo conciencia el constituyente que el hombre necesita para asegurar su dignidad mantener durante su vida condiciones tan importantes como la ocupación y la atención de él y de su familia durante su vejez y su incapacidad, es que en el N° 18 del artículo 19 ha reconocido a las personas **el derecho a la seguridad social**. El estado supervigilará el adecuado ejercicio de este derecho y debe dirigir su acción a asegurar a todos los habitantes el goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. Agrega la disposición que la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias y que las leyes que se dicten con el objeto de regular el derecho de seguridad social serán leyes de quórum calificado, es decir, de una exigencia de votación superior a la normal. Por último, da muestra de la importancia de este derecho el que la propia Constitución en la letra h) del N° 7 del artículo 19, prohíba que se establezca como sanción la pérdida de los derechos previsionales.

## 2 - El valor **libertad natural**.

Es un valor propio del orden de ser del hombre ya que este es tan libre como digno. No es posible hoy día estimar que el hombre sea completo ni pueda desarrollarse en plenitud sino haciendo uso de su libertad en todas las dimensiones que ella tiene desde la más simple del libre albedrío y de auto determinación hasta la de lograr su desarrollo más sofisticado y último. Pero el concepto de libertad trasciende a la sola idea referida a la libertad personal, de la cual es uno de sus principales valores. En el ámbito de las libertades del hombre hay otro tipo de libertades que son de importancia y que la Constitución chilena se encarga de asegurar a todas las personas en Chile. Aún cuando la discusión sobre la clasificación de ellas es ardua, sin embargo diremos que simplemente distinguiremos entre la libertad personal, la libertad en la esfera privada, la libertad de la integración social, la libertad cultural y la libertad económica. (Vease al respecto el Tomo I del Derecho Constitucional de Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá).

### 2.1. La libertad personal.

Está descrita en el N° 7, protegido por el recurso de amparo, y es, **el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual**. La libertad personal física, de movimiento, está garantizada en la letra a) del mismo

artículo en la que se asegura a toda persona el derecho a residir, a permanecer y a trasladarse de un lugar a otro de la República y a salir del territorio nacional sin traba alguna. La única condición para ello es que se guarden las normas que establecen las leyes y no se produzca con ello perjuicio para terceros. Respecto de la seguridad individual que no es sino el conjunto de mecanismos que tutelan la seguridad de que la libertad individual no será anulada por abuso o arbitrariedad, la Constitución hace la descripción de una lista un poco mas larga de situaciones. En su letra b) indica que a nadie se le puede privar de libertad sino en los casos y en la forma que determinen la Constitución y las leyes. Las letras que continúan son descriptivas de las condiciones que deben cumplirse con las ordenes de arresto o detención. Así, en su letra c) señala las formalidades necesarias para que una persona pueda ser arrestada o detenida, para lo que exige que la orden haya sido expedida por funcionario público expresamente facultado por ley para hacerlo y que al hacerla ejecutar, haya sido intimada en forma legal al que la sufre. Estos requisitos pueden obviarse sólo cuando la detención se produce como consecuencia de la comisión de un delito flagrante. Y, en este caso, para evitar abusos, la Constitución obliga a quien detuvo al delincuente flagrante a hacerlo pero para el sólo objeto de ponerle a disposición del juez dentro de las veinticuatro horas siguientes. En general, el arrestado o detenido lo podrá ser sólo por cuarenta y ocho horas ya que en ese plazo debe ser puesto a disposición del juez y sólo éste podrá, por resolución fundada, ampliar el plazo hasta por cinco días y hasta por diez días, si se trate de investigar delitos de aquellos que estén descritos por la ley como delitos y acciones terroristas. Para dar mas seguridades aún a los privados de libertad, la letra d) del artículo 19 establece que los detenidos sólo podrán estarlo en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto y el encargado de estos sitios debe dejar constancia del ingreso de ellos, y de la autoridad de quien emanó la orden, en un registro público.

Debido a que la situación procesal de quien está detenido o procesado es incierta, el constituyente creyó necesario evitar la injusticia de mantenerlo privado de su libertad puesto que, como es claro, nunca, sino hasta el momento de la sentencia, será posible determinar fehacientemente su culpabilidad. Ante la posibilidad de mantener preso a un inocente, aseguró a las personas detenidas o procesadas, en la letra e) del artículo 19, el derecho a la libertad provisional. Sólo hacen excepción a este derecho constitucional tres situaciones: cuando la prisión preventiva o la detención sea considerada

por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario, cuando sea necesaria para mantener la seguridad del ofendido y, por último, cuando sea necesaria para la seguridad de la sociedad. Estos son tres casos en los que la jurisprudencia de los tribunales ha ido creando los caminos que deben recorrerse para la aplicación de tales principios. Esta institución también se encuentra tratada en el código de procedimiento penal donde se redondea su creación procesal hasta darle una dimensión hoy día de gran importancia en el derecho diario de los tribunales tanto de primera como de segunda instancia. Estos últimos conocen tanto las apelaciones de las resoluciones que la conceden como las que lo deniegan. Incluso cuando no se ha apelado la resolución que las concede, en casos especiales considerados de gravedad, la ley ordena que se revise su concesión por la Corte de Apelaciones en el trámite denominado de la consulta al que se refiere el inciso segundo de la letra e) del artículo constitucional que comentamos.

En el mismo orden de materias referidas a la libertad esta disposición indica que no sólo el inculpado no puede ser obligado a declarar sobre hecho propio, sino también, en su letra f) hace extensivo este derecho a sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley.

Prohíbe, en su letra g), imponer como pena la confiscación de los bienes, sin perjuicio del comiso en los casos que establece la ley, salvo que se trate de los bienes de las asociaciones ilícitas. Y en su letra h) prohíbe, también la sanción de la pérdida de los derechos previsionales.

Por último, esta disposición termina en su letra i) con un corolario casi perfecto de lo que significa para el constituyente la libertad de la persona humana. Toda persona que haya sido sometida a proceso o condenada, es decir que haya sufrido no sólo la detención y la prisión preventiva sino también el perjuicio que significa que se le haya sometido errónea o injustamente a tales actuaciones judiciales, una vez que se haya obtenido el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria, tendrá derecho a ser indemnizado por el estado por los perjuicios morales y patrimoniales sufridos. La disposición exige para la procedencia de tal acción que la Corte Suprema sea la que declare que todo se haya debido a actuaciones injustificadamente erróneas o arbitrarias.

## 2.2. La libertad en la esfera privada.

La primera libertad que aparece asegurada es la que señala el N° 4 del artículo 19, **el derecho y protección a la vida privada y pública y a**



**la honra de la persona.** Este derecho también protege a la familia y se encuentra entre los que el recurso de protección protege. Si estos hechos se cometen mediante un medio de comunicación social, dice la disposición, que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso que causa injustamente descrédito, será constitutivo de delito, salvo que dicho medio compruebe la verdad de las imputaciones realizadas.

Por su parte el N° 5 del artículo, también considerado por el recurso de protección, asegura la **inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada**, quedando, por tanto, cubierta la correspondencia de todo tipo y siendo tanto las cartas como los telegramas y los telefonemas inviolables, salvo los casos en que la ley indique lo contrario. El hogar sólo podrá ser allanado en los casos y formas que determina la ley. Siempre se ha considerado al hogar como la prolongación de la personalidad y la protección de la inviolabilidad del hogar tiene una añeja raigambre en la legislación constitucional mundial.

Por lo demás, en la esfera privada de la libertad, la Constitución de 1980 asegura a todas las personas, en el N° 6 del artículo 19, **la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos**, con el sólo límite de que ellos no se opongan a la moral, al orden público y a las buenas costumbres. Por su parte, el Código Penal castiga a aquellos que perturben, impidan o interrumpen el ejercicio del culto. Para hacer constar su anuencia la Constitución declara que los lugares de culto están exentos de toda clase de contribuciones y tienen los derechos que les reconocen las leyes actuales respecto de sus bienes. La acción de protección lo contempla entre los derechos que protege.

### 2.3. La libertad de integración a la sociedad.

El hombre necesita integrarse a la sociedad en que vive en forma libre para con ello formar parte de ella y, en especial para poder contribuir a su democratización.

En tal sentido la Constitución asegura, en el N° 12 del artículo 19, también protegido por el recurso de protección, **la libertad de emitir opinión y la de informar**. Es de toda evidencia que emana de la autonomía del hombre su posibilidad de emitir opiniones en todas las materias que desee, sean políticas, religiosas, científicas o filosóficas, ya sea por escrito o verbalmente. Como respuesta a tal libertad, será personalmente responsable por los delitos y por los abusos que de ello pueda derivarse. Una ley de quórum calificado dispondrá la descripción de estos abusos y delitos. Además, toda

persona puede poseer diarios, revistas y periódicos y las universidades y aquellas personas que señale la ley, pueden establecer operar y mantener estaciones de televisión. La ley evitará que se pueda establecer un monopolio sobre los medios de comunicación. Termina la disposición señalando que la ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica, disposición que es motivo de gran discusión y que en este momento es materia de un estudio de modificación constitucional.

El N° 13 del artículo 19 asegura **el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas, que contempla para proteger el recurso de protección**. La limitación referida a que estas se registrarán por las disposiciones generales de la policía se refiere a los casos en que tales reuniones se quieran llevar a afecto en calles y demás lugares de uso público.

Otro de los derechos humanos de este tipo, es el descrito por el N°14 del artículo 19, esto es, **el derecho a presentar peticiones a la autoridad**. No cabe duda que si una persona se dirige a la autoridad de su país en forma respetuosa y en términos convenientes, como indica la disposición, sea respecto de un asunto de interés público o privado, la autoridad debe escucharlo pues este no es sino una consecuencia de la forma democrática de gobierno.

El N° 15 del artículo 19 reconoce **el derecho a asociarse** sin permiso previo, como derivado de la libertad personal pues ella implica el derecho a reunirse con otros para obtener su desarrollo. Está considerado en el recurso de protección. Una asociación es una agrupación de personas que persiguen fines comunes de distinto tipo. Están prohibidas las contrarias a la moral, el orden público y la seguridad del estado. De entre ellas la Constitución se preocupa especialmente de los partidos políticos y da algunas normas sobre las que no nos detendremos por no ser materia propia de este trabajo. Diremos que se garantiza el pluralismo político pero se prohíben aquellos que no respetan los principios básicos del régimen democrático constitucional y que procuran el establecimiento de un sistema totalitario o de aquellos que hagan uso o apología de la violencia como medio de acción política.

#### 2.4. La libertad cultural.

El hombre como ser consciente de si mismo, inteligente y capaz de cambio, necesita durante el desarrollo de su vida educarse para desarrollar sus valores. No cabe duda que además, bajando a lo particular, cada familia desea transmitir a sus hijos los valores culturales y familiares que han sido los que les han servido en la vida.

En el N° 10 la Constitución asegura **el derecho a la educación** y en el N° 11, asegura **el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales**. Del hecho de que la Constitución haya separado en dos números ambos conceptos y de su sola lectura es posible determinar el significado de cada uno. Cuando se habla de la educación en el N° 10, debemos entender que se está refiriendo al acceso al saber, a la instrucción y a la formación necesaria en las distintas etapas de la vida, para que la persona pueda lograr su desarrollo y ser útil a la sociedad. Así lo ha definido la comisión de estudio de la Constitución y así se introdujo en el inciso segundo del numeral que se estudia. El estado debe otorgar especial protección a este derecho y siendo la educación básica, obligatoria, debe financiar un sistema gratuito para ello. A los padres corresponde el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. A su vez, en el N° 11 se indica que la libertad de enseñanza incluye el derecho a abrir, organizar y mantener establecimiento educacionales. La enseñanza es libre y su único marco es que no vaya contra moral, buenas costumbre, orden público y seguridad nacional. Los padres pueden elegir el establecimiento de enseñanza de sus hijos.

#### 2.5. La libertad económica.

El N° 16 del artículo 19 asegura a las personas **el derecho a la libertad de trabajo** y su protección, lo que habilita a la persona para buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación ya que serían nulas las exigencias que no se basaren en la idoneidad de los trabajadores. Todo lo que pueda darse de libertad en este sentido, la Constitución misma lo sujeta a la justa retribución de que habla el inciso segundo. En la misma disposición la Constitución reglamenta el derecho a la negociación colectiva, salvo los casos en que la ley lo impida expresamente y es la ley la que señalará los pasos que debe seguir con el objeto de que se logre una solución justa y pacífica. Por otra parte la huelga es permitida y la Constitución sólo la prohíbe a los funcionarios públicos y municipales o a aquellos que trabajen en corporaciones o empresas de utilidad pública. Está protegido por el recurso de protección.

El N° 19 asegura a la persona **el derecho a sindicarse**, considerado también en la acción de protección. Lo hace en los casos y en la forma que señala la ley, reconociendo el derecho a la libre afiliación ya que la afiliación sindical será siempre voluntaria. Las asociaciones sindicales gozan

de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determina la ley y esta les asegura la autonomía. Tiene prohibición de participar en la vida político partidista.

En los N<sup>os</sup>. 21 y 22, ambos protegidos por la acción de protección, se determina el **derecho a desarrollar cualquier actividad económica y la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el estado y sus organismos en materia económica**. Es lo que se ha dado en llamar el orden público económico, materia de grandes discusiones académicas y teóricas y que no son sino la forma de organizar al estado para que dicte las normas que van a organizar la actividad económica. Dada su complejidad no nos detendremos en su estudio. Bástenos señalar que se supone que el estado puede realizar actividades empresariales sólo si una ley de quórum calificado lo permite.

Los N<sup>os</sup>. 23 y 24, también protegidos por la acción de protección, se refieren a la **libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes** y al **derecho de propiedad**. El hombre puede adquirir para sí los bienes que pueda obtener, salvo los que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a toda la nación. Los hombres tienen el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. La ley es la que establece el modo de hacerlo y sólo la ley puede privar de la propiedad a una persona y sólo en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificado por el legislador y previo pago de una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado.

Por último, en este mismo orden de cosas el N<sup>o</sup> 25 del artículo 19, que considera el recurso de protección, asegura el **derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales**, y también el **derecho a la propiedad industrial**. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos como la paternidad, la edición, la integridad de la obra, todo de conformidad a la ley y la propiedad industrial comprende la propiedad sobre las patentes de invención, las marcas comerciales, los modelos, procesos tecnológicos y otras creaciones análogas por el tiempo que la ley establezca.

### 3 - El valor **igualdad**.

El tercer valor que las bases de la institucionalidad reconocen en la persona humana es el de la igualdad del hombre. Con ello se quiere indicar que se considera que el ser humano no es superior ni inferior a otro y que en vista de ello nadie puede ser discriminado ni se pueden establecer di-

ferencias injustas, arbitrarias o irracionales. La igualdad significa eliminar toda diferencia entre las personas y, además, corregir toda desigualdad que pueda producirse, evitando así toda situación de injusticia. Por ello el estado, según lo señala la parte final del artículo 1 de la Constitución asegura a las personas el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y promover la integración armónica de todos los sectores de la nación. De los derechos contenidos en este valor, el recurso de protección sólo se preocupa del de igualdad ante la ley y del de igualdad ante la justicia sólo en lo que dice relación al tribunal preestablecido para juzgar un hecho.

El N° 2 del artículo 19 de la Constitución asegura a las personas **la igualdad ante la ley**. Por eso en Chile no hay esclavos ni personas o grupos privilegiados y ni la ley ni la autoridad puede establecer diferencias arbitrarias.

En sentido parecido el N° 3 indica que la persona **tiene derecho a la igualdad ante la justicia, o lo que llama, a la igual protección en el ejercicio de sus derechos**. Con ello asegura el derecho a la defensa jurídica para todos, incluidos aquellos que no puedan procurársela por sí mismos. Asegura, además que las personas serán juzgadas por un tribunal legal y establecido con anterioridad a los hechos el que debe dictar sentencia fundándose en un proceso previo legalmente tramitado y con garantías de un justo y racional procedimiento. Termina prohibiendo que se presuma de derecho la responsabilidad penal de las personas y señalando que los delitos deben estar descritos en una ley anterior al hecho cometido y que la pena aplicable será aquella indicada con anterioridad a su comisión, salvo que le sea más favorable al procesado.

El N° 17 del artículo 19, por su parte, asegura a las personas **el derecho a la igualdad ante los cargos públicos**. En efecto, señala que la admisión a todas las funciones y empleos públicos estará abierta a todas las personas sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

Por último, el artículo 19 en el N° 20 señala que se asegura **el derecho a la igual repartición de los tributos y de las demás cargas públicas**. Los tributos deberán fijarse en proporción a las rentas o en la progresión o en la forma que fije la ley. En ningún caso podrán ser manifiestamente injustos o desproporcionados. También se asegura que se haga una igual

repartición de las cargas públicas que son prestaciones de carácter personal o patrimonial que no sean tributos que deben cumplir las personas, las que deben ser impuestas por ley y en forma igualitaria.

## **Tres Ultimas Consideraciones**

Refuerzan los valores ya señalados y las garantías constitucionales contenidas en la Constitución de Chile relacionadas con los derechos humanos, tres ideas más. Desgraciadamente las debemos exponer muy sucintamente dado la extensión de este trabajo. Pero, creemos, no es posible dejar, al menos de insinuarlas, dada la importancia que ellas tienen.

### *Primera Consideración.*

El artículo 19 de la Constitución chilena termina en su N° 26 otorgando una última garantía a la persona humana. Esta garantía es general y protege a los derechos fundamentales del hombre cuya enumeración hizo la disposición. Ella indica que estos derechos no pueden ser afectados en su esencia, no se les puede imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, ni siquiera por medio de preceptos legales (es decir leyes, decretos con fuerza de ley, y tratados internacionales que no versen sobre derechos fundamentales), que por mandato de la Constitución regulen o complementen dichas garantías. Si así se hiciera, por medio del Tribunal Constitucional (durante la formación de la ley) o por medio del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (después de la vigencia de la ley) habría que declarar la procedencia de la disposición comentada.

### *Segunda Consideración.*

La misma Constitución, en sus artículos 20 y 21 al instituir dos vías de impugnación que constituyen acciones constitucionales contra actos lesivos de las garantías constitucionales ya señaladas está dando al Poder Judicial la palabra en el cumplimiento de los derechos humanos.

El artículo 20 indica que la acción de protección (equivalente al recurso de amparo de las legislaciones de otros países) debe usarse para anular los actos u omisiones arbitrarias o ilegales que priven, perturben o amenacen

el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en la mayoría de los números del artículo 19 los que ya hemos indicados al analizarlos someramente. Se interpone ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conoce de él en primera instancia.

El N° 21 se refiere al recurso de amparo (el habeas corpus de otras legislaciones) que se interpone para salvaguardar el derecho a la libertad y la seguridad individual, el cual también es de conocimiento en primera instancia por la Corte de Apelaciones respectiva.

### *Tercera Consideración.*

La Constitución de Chile de 1980 reconoce que la potestad del estado tiene un límite fundamental y que el ejercicio de la soberanía se encuentra restringida absolutamente por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Decimos que es absoluta pues así fue concebida por el Poder Constituyente. El señor Evans de la Cuadra, uno de los comisionados ha dicho al respecto que *¿Ninguna reforma constitucional, salvo que se produzca una revisión completa de la Carta, de facto y bajo inspiraciones totalmente ajenas a las que operan en la preparación del Capítulo III de la Constitución de 1980, ninguna ley interpretativa, ninguna ley complementaria podrían afectar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza propia del ser humano?. (Enrique Evans de la Cuadra, Derecho Constitucional, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Pág.527.)*

Pero, más aún. Una modificación constitucional de 1989 hecha para robustecer con mayor profundidad, tanto nacional como supranacionalmente, los derechos humanos en nuestro ordenamiento constitucional, estableció como deber del estado y de sus órganos respetar y promover tales derechos y además aquellos que se encuentren garantizados por los tratados internacionales que hayan sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Este principio significa simplemente que en Chile las normas internacionales en materia de derechos humanos ratificadas, constituyen Constitución material y por lo tanto son un límite a la soberanía del estado el cual no puede sobrepasarlos nunca. Los derechos humanos asegurados en el tratado se incorporan al derecho jurídico interno, forman parte de la Constitución material y adquieren plena vigencia, validez y eficacia jurídica.

Para terminar, sólo nos queda hacer indicación de todas aquellas normas internacionales que, de acuerdo a lo que señala el inciso 2° del artí-

culo 5 de la Constitución Política de Chile, son ley chilena por el hecho de haber sido ratificados y de encontrarse vigentes. La lista de tales tratados internacionales de derechos humanos es muy grande y la mayoría de los conocidos fueron ratificados por Chile. Entre los más importantes podemos señalar la Convención sobre condición de los extranjeros, publicada en el Diario oficial de 14 de setiembre de 1934, la Convención sobre asilo político, del Diario oficial de 17 de mayo de 1935, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio del Diario oficial de 11 de diciembre de 1953, la Convención sobre los derechos políticos de la mujer, del Diario oficial de 30 de setiembre de 1967, Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos y derechos civiles a la mujer, del Diario Oficial de 26 de mayo de 1975, la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, del Diario Oficial de 30 de noviembre de 1971, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, del Diario Oficial de 12 de noviembre de 1971, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, del Diario Oficial de 27 de mayo de 1989, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de las NU, del Diario Oficial de 24 de octubre de 1991 y su Protocolo facultativo del Diario Oficial del 20 de agosto de 1992, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del Diario oficial de 26 de noviembre de 1988 y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, del Diario oficial de 26 de noviembre de 1988, la Convención sobre los derechos del niño, del Diario Oficial de 27 de setiembre de 1990, la Convención Americana sobre derechos humanos, del Diario oficial de 5 de enero de 1991, con reservas, la declaración americana de los derechos y deberes del hombre aprobada en Bogotá Colombia en 1948 y la Declaración Universal de los derechos del hombre aprobada el 10 de diciembre de 1948. ♦



# Garantías Constitucionales del Trabajador en Brasil

**Juiz Paulo Orval P. Rodrigues**

Vice-Diretor da Escola da Magistratura do Trabalho  
do Rio Grande do Sul

## 1. Principios Básicos

La República Federal del Brasil, como Estado Democrático de Derecho, tiene entre sus principales fundamentos:

- Los valores sociales del TRABAJO y de la libre iniciativa (art. 1º, IV).

Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal del Brasil, entre Otros:

- construir una sociedad libre, justa y solidaria.

- erradicar la pobreza, la marginalidad y reducir las desigualdades sociales y regionales (art. 3º, I y II).

Son derechos sociales, a la par de otros:

- el TRABAJO, la seguridad social (art. 6º).

El orden social tiene como base la PRIMACIA DEL TRABAJO y como objetivo el bienestar y la justicia social (art. 193).

El orden económico se fundamenta en la VALORIZACIÓN DEL TRABAJO HUMANO y en la libre iniciativa, tendiendo a asegurar una existencia digna para todos de acuerdo con los dictámenes de la JUSTICIA SOCIAL y observando como uno de sus principios la reducción de las desigualdades regionales y sociales (art. 170 y su inciso VII).

## II - Garantías Laborales

Típicas (excluyendo las relativas a la seguridad social: artículos 194 y 195; 201 y 202; art. 7º, incisos II, XXIV y XXVII, seguro de desempleo, jubilación y seguro contra accidente de trabajo, respectivamente) son INDIVIDUALES (art. 7º) y COLECTIVAS (arts. 8º, 9º, 10 y 11) con carácter de DERECHOS y GARANTIAS FUNDAMENTALES (título II de la Constitución).

### *II - a) Garantías Individuales*

#### *1) Principios Fundamentales:*

- igualdad entre trabajadores urbanos y rurales (“caput” del art. 7º).
- extensión de muchos derechos a los trabajadores domésticos (párrafo único del art. 7º).
- no discriminación en razón de sexo, edad, raza, estado civil y deficiencia psico-física (art. 7º, XXX y XXXI).
- no discriminación entre trabajo manual, técnico e intelectual, así como los respectivos profesionales (art. 7º, III).
- valorización del trabajo como empleo al igualar los derechos entre empleados y trabajadores temporarios (tradicionalmente considerados como no empleados).
- la consagración del derechos en la Constitución no excluye otros que busquen el mejoramiento de la condición social de los trabajadores consagrados en otras fuentes formales.

#### *2) Protecciones Específicas:*

##### *2 - a) Admisión:*

- no discriminación en razón de sexo, edad, raza, estado civil y deficiencia psico-física (art. 7º, XXX y XXXI).
- edad mínima (14 años, salvo en la condición de aprendiz - art 7º, XXXIII).

##### *2 - b) Condiciones de Trabajo (vida, salud, integridad física):*

- higiene y seguridad en el trabajo (art. 7º, XXII)
- trabajo peligroso, insalubre, penoso (art. 7º, XXIII - remuneración adicional).
- trabajo nocturno (adicional: art. 7º, IX).
- garantía de empleo (prohibición de despido arbitrario o sin causa justa) para el empleado integrante de una comisión interna de prevención de accidentes (Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias - art. 10, II, “a”).

- protección en relación a los accidentes de trabajo, com indemnización por el empleador en caso de dolo o culpa, paralelamente al seguro-acidente (art. 7º, XXVIII).

2 - c) *Remuneración:*

- no discriminación por motivos de edad, raza, sexo, estado civil e deficiencia psico-física (art. 7º, XXX y XXXI).

- salario mínimo (art. 7º, IV).

- piso salarial proporcional a la complejidad y extensión del tabajo (art. 7º, V).

- garantía de salario mínimo en caso de remuneración variable (at. 7º VII).

- irreductibilidad salarial, salvo pacto por convención o acuerdo colectivo (art. 7º, VI).

- protección al salario en la forma prevista por la ley, com previsión de crimen por retención dolosa del salario (art. 7º, X).

- aumentos salariales por trabajo nocturno, peligroso, insalubre, penoso (art. 7º, IX y XXIII), así como gratificación de navidad (art. 7º, VIII), gratificación por hijo (salario-familia, art. 7º, XII), por trabajo de duración superior a la normal (art. 7º, XVI) y participación en lucros y resultados (art. 7º, XI).

2 - d) *Duración del trabajo:*

- duracion diaria (8h) y semanal (44h), autorizada la reducción y la compensación por convención o acuerdo colectivo (art. 7º, XIII).

- duración reducida a seis horas para turnos ininterrumpidos de reemplazo, salvo negociación colectiva (art. 7º, XIV).

- adicional al salario por trabajo extraordinario, por lo menos de 50% (art. 7º, XVI).

2 - e) *Descanso:*

- mensual (vacaciones com aumento de 1/3 sobre el salario normal - art. 7º, XVII).

- semanal, de preferencia los domingos (art. 7º, XV).

- licencia de maternidad (art. 7º, XVIII).

- licencia de paternidad (art. 7º, XIX; A. D.C.T., art. 10, parágrafo 1º).

2 - f) *Tabajadores menores:*

- edad mínima 14 años, salvo en la condición de aprendiz - art. 7º, XXXIII).

- prohibición de trabajo nocturno, peligoso e insalubre (art. 7º, XXXIII).

2 - g) *Mujeres:*

- protección del mercado de trabajo para la mujer (art. 7º, XX).
- licencia de maternidad sin perjuicio del empleo ni del salario por 120 días (art. 7º, XVIII).
- prohibición de despedida arbitraria o sin justa causa desde la confirmación del embarazo hasta cinco meses después del parto (A. D.C.T., art. 10, II, "b").

2 - h) *Familia del Trabajador:*

- salario familiar (art. 7º, XII).
- asistencia gratuita a hijos y dependientes hasta los seis años en salas-cunas y centros pre-escolares (art. 7º, XXV).
- licencia de maternidad (art. 7º, XVIII).
- licencia de paternidad de cinco días (art. 7º, XIX; A C.D.T. art. 10, parágrafo 1º).

2 - i) *Automatización:*

- protección de acuerdo con la ley (art. 7º, XXVII).

2 - j) *Tiempo de servicio:*

- fondo de garantía de tiempo de servicio (art 7º, III).

2 - k) *Despedida arbitraria o sin justa causa:*

- generica: art. 7º, I y A D.C.T. art. 10, I (protección efectiva en forma de ley complementar aprobada por mayoría absoluta).
- especial para mujeres embarazadas (A D.C.T. art. 10, II, "b"), para integrante de la CIPA (Comisión Interna de Prevención de Accidentes - A D.C.T. art. 10, II, "a") y para dirigente o representante sindical (com garantía de apuración previa de falta grave - art. 8º, VIII).
- medidas de protección indirecta: aviso previo (al menos 30 días y proporcional al tiempo de servicio de acuerdo con la ley, art. 7º XXI) y pago de indemnización compensatoria en la forma estipulada por ley complementar (art. 7º, I); en ausencia de esta la indemnización, equivale a un porcentaje sobre el valor de los depósitos del FGTS(A. D.C.T. art.10, I).

2 - l) *Prescripción:*

- diferencia entre trabajadores urbanos (cinco años, limitados a dos años a partir de la terminación del contrato) y rurales (dos años com plazo inicial en el momento de terminación del contrato) - art. 7º, XXIX, existen aún reglas especiales para los trabajadores rurales (art. 233 - A D.C.T. art. 10, parágrafo 3º).

### *2 - m) Participación:*

- excepcionalmente en la gestión de la empresa, de acuerdo con la ley (art. 7º, XI)
- en los lucros y resultados (art. 7º, XI - igualmente en la forma establecida por la ley).

**Observación:** Carecen aún de reglamentación por legislación infraconstitucional: la protección contra despedida arbitraria o sin justa causa de alcance general (ítem 2 - k supra), el aviso previo proporcional al tiempo de servicio (ítem 2 - k supra), la crimen de retención dolosa de salario (ítem 2 - c supra), el gestión en la empresa (ítem 2 - m supra), la protección contra la automatización (ítem 2 - i supra), el adicional por trabajo penoso (ítem 2 - b e ítem 2 - c supra), la protección del mercado de trabajo da la mujer (ítem 2 - g supra).

## **II - b) Garantías Colectivas**

### *1) Actividad Sindical:*

- libertad de constitución de sindicatos, sin , necesidad de autorización del Poder Público. Sin embargo existe restricción por el principio de la UNICIDAD SINDICAL en la misma base territorial (extensión no inferior al municipio) - art. 8º, I y II.
- autonomía de organización y administración del sindicato, prohibiéndose la inteferencia o intervención del Poder Público (art. 8º, I).
- libertad del trabajador para asociarse a un sindicato (art. 8º, V).
- participación obligatoria de los sindicatos en las negociaciones colectivas (art. 8º, VI).
- estabilidad en el empleo de los dirigentes y representantes sindicales (art. 8º, VIII).
- sustitución procesal por el sindicato en cuestiones judiciales o administrativas en la defensa de intereses individuales y colectivos de la categoría profesional (art. 8º, III).

*2) Reconocimiento de las convenciones y acuerdos colectivos de trabajo (art 7º, XXVI).*

### *3) Garantía del derecho de HUELGA:*

- compete a los trabajadores decidir la oportunidad de la huelga y de los intereses a ser defendidos por ella (art. 9º “caput”).
- las actividades o servicios esenciales serán definidos por ley (art.9º,

parágrafo 1º).

- el atendimento de las necesidades impostergables de la comunidad durante la huelga será establecido por ley (art. 9º, parágrafo 1º)

- la ley definirá la responsabilidad por abusos cometidos (art. 9º, parágrafo 2º).

- la huelga está garantizada a los servidores públicos, no obstante, en los términos y en los límites fijados en ley complementaria (art. 37, VII - la ley reglamentadora aún no editada).

*4) Representante de los trabajadores en las empresas con más de doscientos empleados a fin de promover el entendimiento con los empleadores (art. 12).*

*5) Participación de los trabajadores en los órganos públicos colegiados en que sus intereses profesionales o de seguridad social sean objeto de discusión y de deliberación (art. 11). ◆*

# A Informática e a Prestação Jurisdicional

**Dr. Marco Antonio Costa Souza**

Advogado/RS

Calamandrei, muitos anos atrás, afirmou que para encontrar a Justiça é preciso ser-lhe fiel pois, como todas as divindades, só se manifesta àqueles que nela crêem.

Nos dias de hoje, podemos acrescentar que, além da fidelidade, a busca e distribuição da Justiça exige a maciça utilização de recursos tecnológicos, especialmente informática.

A associação da fidelidade mencionada pelo mestre Calamandrei com a tecnologia hoje disponível surge como a melhor, e talvez única, alternativa para os problemas presentes da prestação jurisdicional, especialmente sob o prisma do binômio custo/qualidade. Mas esta solução não fica restrita aos dias presentes, pois houvesse disponibilidade tecnológica no passado e a Justiça já poderia ter perdido sua reputação de morosa.

Basta lembrar o ditado pronunciado no princípio para todos aqueles que iniciam na carreira jurídica: Justiça que tarda é justiça que falha.

Ante a demanda hoje existente para a prestação jurisdicional não existe caminho alternativo, ou o Poder Judiciário busca amparo nos recursos tecnológicos disponíveis, ou deixará de cumprir seu papel social, falhando na aplicação do direito, pelo exercício lento do poder de compor e solucionar as pendências judiciais.

Uma singela observação da situação atual das diversas esferas do Poder Judiciário revela uma assombrosa desproporção entre o número de processos existentes, associados a perspectiva futura, e a capacidade do aparelho hoje disponível para lidar com este volume de ações.

Muito pode ser obtido pela simplificação dos procedimentos, muito

pode ser alcançado pela abreviação de recursos. Mas sempre faltarão meios de controlar tamanho volume de demandas e sempre haverá carência de juízes para apreciar tal quantidade de postulações.

A solução está em bem gerenciar a tramitação processual, através da utilização de recursos tecnológicos, hoje tornados disponíveis pela informática, a custos extremamente favoráveis, que permitam fazer o processo tramitar nos prazos previstos na legislação e conforme as necessidades do grupo social.

A informática de gestão permite que se administre o Poder Judiciário dentro da previsão legal, rapidamente identificando motivos para a morosidade dos processos e, com celeridade, buscando soluções para superar aquela dificuldade.

Através da utilização da informática é possível acelerar praticamente todas as fases de um processo, aliando, ainda, maior confiabilidade. Desde a distribuição de um processo, através daquilo que se convencionou chamar distribuição eletrônica, passando pelo cumprimento e contagem de prazos, elaboração de relatórios periódicos, elaboração de peças padronizadas, enfim toda a tramitação processual pode ser observada, controlada e, principalmente, otimizada com o emprego da informática.

Cabe apenas um alerta: a aplicação da informática deve ser uma solução integral, ou seja, o modelo adotado deve atingir todas as esferas, permitindo a absoluta integração de todos os procedimentos e, principalmente, proibindo a existência de sistemas parciais paralelos. A existência de sistemas paralelos, que tratam localmente determinadas situações, deve ser impedida, sob pena de algumas informações não estarem disponíveis no sistema principal e não poderem ser compartilhadas.

Desta forma, a proposição de um sistema informatizado de gestão deve ser único e integral, cobrindo todas as esferas, ainda que sua implantação não seja necessariamente simultânea, mas com a previsão de etapas sucessivas.

Mas, se tornada mais eficiente a tramitação processual, com maior velocidade chegarão os processos diante do magistrado, a espera de sua decisão.

Observa-se, portanto, que não traz benefícios significativos tornar mais ágil e rápida a tramitação processual se não for possível aumentar a capacidade de decidir do julgador.

Para aumentar a capacidade de decidir surgem duas opções: a primeira, simplista e associada a práticas corporativas, implica em aumentar indefini-



damente o número de julgadores; a segunda, consiste em proporcionar ao julgador maior capacidade de julgar.

Não se pode perder de vista a escassez de recursos em todos os países, especialmente naqueles onde as carências sociais são mais pronunciadas e, nesta situação, exigem uma aplicação eficiente dos poucos recursos, além de uma eficiente distribuição de justiça para diminuir as disparidades destas sociedades.

Elevar indefinidamente o número de julgadores não é solução para aplicar melhor e em tempo aceitável a justiça. A elevação do número de magistrados não conduzirá a uma melhor prestação jurisdicional, até mesmo pela falta de recursos humanos qualificados e pelo tempo necessário para a preparação e reciclagem de magistrados. Para atender a demanda futura na prestação jurisdicional seria preciso aumentar indefinidamente o número de juízes, comprometendo o sentido intrínseco de justiça através de uma solução inviável.

É muito mais razoável fornecer aos juízes condições de apreciar os feitos e julgá-los em prazos e formas mais adequadas. A hoje existente imensa facilidade de acesso a doutrina e jurisprudência não pode ser desprezada, mas é preciso conjugar esta maior disponibilidade de informação com maior capacidade de transformá-la em decisões justas e precisas.

A simples observância do tipo de ações hoje em tramitação nos foros leva a conclusão que existe uma repetição enorme de processos. Em muitos desses casos, pudesse o julgador de maneira confiável e com atenção às peculiaridades de cada caso, aplicar sua decisão de maneira uniforme e seria possível julgar mais casos em menor tempo.

Obviamente nem todos os casos são idênticos ou mesmo similares. Muitos litígios apresentados aos juízes são ímpares em todos os sentidos. Mas não é aceitável que processos repetitivos ocupem a quase totalidade do escasso tempo dos magistrados, dificultando ou impedindo a pesquisa e produção científica dos julgadores.

O estágio de evolução da tecnologia hoje existente permite criar sistemas inteligentes, capazes de auxiliar o juiz em sua tarefa primeira: julgar, decidir, aplicar a lei, fazer justiça. Não se pensa, em momento algum, substituir o homem pela máquina. A capacidade decisória ficará sempre com o magistrado que, através de processos indutivos propostos pelo sistema, decidirá sobre as diversas circunstâncias de cada caso. O resultado final indicará uma decisão do magistrado, respeitadas as peculiaridades de cada

caso, rigorosamente dentro dos parâmetros estabelecidos na legislação, mas com uma rapidez e uniformidade maiores.

Certamente, dentro de casos similares surgirá algum que exigirá, por suas especiais circunstâncias, a apreciação particular do magistrado. Mas paralelamente, milhares de outros poderão ser julgados com absoluta atenção das regras processuais e com observância dos legítimos interesses da justiça.

Dentro desta proposta, a primeira fase implicaria na elaboração de sistemas voltados para as demandas mais frequentes e aquelas onde houvesse maior erro na elaboração das sentenças, ou seja, naqueles casos onde a existência de inúmeras peculiaridades levasse o magistrado a equívocos na elaboração de suas decisões.

Obviamente muitas ações nunca serão objeto destes sistemas, quer por sua indiscutível raridade, quer por circunstâncias particulares que, no estágio tecnológico atual, são inviáveis.

Mas a simples possibilidade de permitir ao juiz, a seu exclusivo critério, utilizar mecanismos que lhe são oferecidos para julgar processos repetitivos ou específicos, conforme sua forma e maneira de decidir, não pode ser desprezada.

Por outro lado, não se trata de fornecer ao juiz textos pré-elaborados, com linguagem diferente daquela utilizada pelo magistrado. A proposição envolve a possibilidade do magistrado adaptar o texto ao seu estilo de escrever, afastar circunstância que entenda impertinente, agregar fundamentos e antecedentes que forneçam embasamento a sua decisão. A critério do juiz, suas decisões serão únicas e uniformes.

A utilização da informática para a gestão da prestação jurisdicional é matéria incontroversa, até mesmo pelos exemplos hoje existente, especialmente aqueles que foram pioneiros na sua aplicação. O uso de sistemas inteligentes, ainda não aceito, especialmente por receios fundados em desconhecimento da matéria, é hoje o recurso mais apropriado para desafogar as cortes dos inúmeros processos em tramitação.

Sempre é bom lembrar que não basta tornar rápida, segura e eficiente a tramitação processual, é preciso aumentar a capacidade de decidir, pois, do contrário, teríamos um imenso dique perante os magistrados, repleto de processos aguardando decisão.

Certamente apenas estes dois fatores não são capazes de resolver os complexos problemas da prestação jurisdicional. Todavia, entre os problemas que exigem uma solução mais urgente, estão a demora e precisão na

solução das lides.

Estes dois pontos podem ser muito auxiliados pela utilização da informática, conforme os recursos tecnológicos hoje existentes. Não se trata de uma solução futurista, mas de uma fórmula disponível em nossos dias.

Avançando um pouco mais além dos dias atuais, e considerando que as alternativas antes propostas são matéria do presente que se transforma rapidamente em passado, é preciso pesquisar e buscar novos mecanismos capazes de oferecer a sociedade meios mais eficientes, baratos e seguros de distribuir justiça.


Sem dúvida alguma as redes de computadores são a grande vedete do final de século. O termo internet, praticamente desconhecido poucos anos atrás, revolucionou o mundo em todos os segmentos. Atingiu, também, a Justiça, propondo e exigindo soluções antes não imaginadas.

A utilização dos recursos proporcionados pelas redes de computadores apontam para soluções fantásticas, desde a existência de processos digitais, julgamentos a distância, inspeções virtuais, depoimentos sem a necessidade de deslocamento físico, enfim, um sem número de atividades pode ser simplificada e realizada a custos razoáveis e, especialmente, com muito maior segurança.


Em breve, apenas como um exemplo simbólico, estaremos livres do trânsito infernal de papéis de um lado para outro. A utilização dos recursos tecnológicos proporcionará uma justiça mais ágil e mais confiável, com os erros humanos sendo reduzidos ao menor número possível.

Assim, a prestação jurisdicional estará mais próxima de suas finalidades essenciais, mas basicamente proporcionando decisões mais rápidas, corretas e justas, enfim promovendo e fazendo justiça na sociedade, afastando os desequilíbrios que dificultam, e quiçá inviabilizam, a vida em grupo.

Hoje, pedimos licença para mestre Calamandrei para dizer que para encontrar a justiça é preciso fidelidade, mas para fazer justiça é necessário utilizar toda a tecnologia disponível. ◆



Garantias e  
Impedimentos  
Constitucionais  
Funcionais da  
Magistratura





# Garantías e Impedimentos Constitucionales Funcionales de la Magistratura: Experiencia Boliviana

**Min. Guillermo Arancibia López**  
Corte Suprema de Justicia de Bolivia

El ser humano y el grupo social son dos realidades coexistentes, constitutivamente inseparables entre sí, interdependientes, no sólo cada una es parte de la otra, sino que cada una es producto de la otra, por ello es que no puede existir grupo social sin individuos e individuos sin grupo social.

Dentro el grupo social el hombre encuentra una gama enorme de posibilidades para satisfacer sus múltiples necesidades, por ello es que encontramos también un sin número de clases de grupos y muchas maneras de clasificarlos.

Teniendo en cuenta el tamaño, la complejidad como también la importancia de su finalidad, lo más grande y perfeccionado es el estado nación o la nación estado, cuya característica preponderante radica en poseer y disponer en forma irrenunciable de un territorio propio y precisamente delimitado para cobijar a su población.

Junto al territorio existe una organización social determinada por instrumentos normativos de conducta que regulan el comportamiento de los individuos con el fin de imponer y garantizar el orden, defender el bien público y proveer la paz y la seguridad, en suma el bienestar de la sociedad. Aristóteles en su obra “La Política” al referirse a la ciudad estado dice: “Nació de la necesidad de vivir y existe para vivir dichosa”.

El bienestar y la dicha que se busca en una sociedad organizada, precisa de un bien que se presenta como un condicionamiento indispensable, es decir, que no es posible se den si es que no está presente dicho bien, el mismo que viene a ser como el alimento absolutamente necesario sin el cual ningún

grupo social de la condición, clase, tipo o tamaño que fuere puede subsistir. Este bien es la justicia, que cuando falta sobreviene el caos y la destrucción.

En el empeño por encontrar mejores estructuras sociales el hombre ha creado diversas formas de organizar el poder, llegando a cobrar, en los últimos tiempos, una creciente y mayor universal aceptación el sistema democrático de gobierno, en el cual la autoridad significa, conceptualmente, la existencia de un gobierno legítimamente constituido; su poder se levanta, entonces sobre la autoridad suprema de la Ley. De ello se concluye que el concepto de autoridad está relacionado con la idea de justicia, y el concepto de poder, con el de derecho y de justicia. En una frase: “La autoridad es el poder ejercido por mandato de la Ley”.

Nuestras modernas naciones son el resultado de las grandes revoluciones de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, tiempos de profundos cambios donde se encuentra los orígenes políticos y jurídicos que forjaron las bases de las democracias actuales y dejaron huellas profundas en la historia universal.

La Revolución Francesa de 1789 fue el momento estelar de la humanidad. El punto de partida que marca la conceptualización de que los seres humanos deberíamos ser libres, iguales y fraternos, cuyo corolario es la Declaración de los Derechos del Hombre, lo que permite presentar a Francia como una de las naciones cunas de la libertad.

Lo que caracteriza este movimiento trascendental es la sustitución del dominio del poder, de la soberana voluntad del Rey, que gobernaba como delegado de Dios, a las manos del pueblo por medio de la representación delegada.

La libertad así conquistada no puede desarrollarse sin leyes, lo que reclama la creación de una Asamblea Constituyente que ofrezca sobre la base del principio de soberanía nacional, la ley de leyes, una Constitución para ordenar política y jurídicamente el Estado, desagregando las funciones del poder antes omnímodo en tres componentes: legislativo, ejecutivo y judicial.

El modelo nace en París el 14 de julio de 1790, cuando los delegados llegados de todas partes de Francia proclaman su pertenencia a la misma comunidad nacional por adhesión voluntaria a ésta. Es la primera manifestación del derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos.

Organizar las naciones en base a un nuevo sistema de normas, significa ocuparse de la realidad social apreciando su estructura compuesta de diversas partes que funcionan entre si interdependientes, con un criterio

diferenciado de valores en una escala normativa creando de esta forma lo que llamamos el Derecho Constitucional.

Este Derecho Constitucional que como dice el constitucionalista argentino profesor Alberto Antonio Spota: “Es el derecho de la libertad. La filosofía, base del estado de derecho, insita en el mundo de occidente contemporáneo, expresa que cada hombre y cada mujer son un fin en sí mismo por su sola condición de tales”.

El poder que es un atributo inherente sólo a la naturaleza del ser humano, posee intrínsecamente la condición de intensificarse en una dinámica tal que de ser posible lo lleva al estado de ser omnímodo, es así como vemos en el transcurso de la historia, en todas las latitudes y en todos los tiempos, el poder concentrado en una sola persona, en el líder, que propende ser todo poderoso, que proyecta su imagen inclusive al nivel de la divinidad y se convierte consecuentemente en el amo y señor, dueño de vidas y haciendas, con el derecho de obligar a sus súbditos sin ningún tipo de restricciones, concentrando en sus manos la facultad de dictar las normas de conducta, de juzgar su acatamiento y de castigar su desobediencia, sin tener que dar cuenta a nadie de sus actos.

Innúmeros ejemplos de tiranos que dominaron y sojuzgaron a muchas naciones, pueblos y millones de hombres, ilustra la historia desde los comienzos de la civilización, entre los más sobresalientes por ambiciosos y crueles podemos referirnos, en la antigüedad: al Emperador romano Nerón, producto de la desmedida ambición de Agripina su madre que lo encumbra sin ningún tipo de escrúpulos hasta la cúspide del poder del imperio romano. Nerón cometió los crímenes más atroces, incendió Roma e incluso en una sórdida lucha por la hegemonía del poder hizo matar a la ambiciosa madre.

Atila el Rey de los Hunos apodado el Azote de Dios, que invadió y dominó todo el Imperio de Oriente y casi logra apoderarse de Occidente, haciendo correr ríos de sangre. Italia y Roma se salvaron, gracias a los ruegos del Papa León I.

En nuestro siglo Hitler con su teoría del predominio de la raza aria y su necesidad del “espacio vital” y exterminio de los judíos logró dominar Europa, protagonizando la Segunda Guerra Mundial.

Stalin a la cabeza del Gobierno de la Unión Soviética ejerció el poder de una forma tan desmedida como pocos hombres lo hicieron en la historia, paralelamente al imponer los trabajos forzados en campos de concentración a más de 5 millones de presos, se dice hizo ejecutar a un medio millón de



personas supuestamente disidentes, imponiendo el culto a la personalidad, tan común en todos estos tipos de liderazgo.

Frente al escarnio que se hace a la dignidad del hombre, a la violación de los derechos humanos, al sojuzgamiento y esclavitud de los pueblos, a la miseria, desesperación y terror que se vive bajo la voluntad de los tiranos por la intensificación y concentración del poder en sus manos, es que se ha buscado organizar las naciones desagregando el poder para que de manera cuantitativa como cualitativa vaya a ser ejercido de forma desconcentrada, es decir, en manos de varios gobernantes al mismo tiempo, siendo Montesquieu, pensador e historiador francés uno de los abanderados del célebre principio de la división de los poderes del Estado, expuesto en su afamada obra “El Espíritu de las Leyes”.

Es así como, buscando el efecto contrario de la concentración del poder, y con el ejercicio del derecho ciudadano a elegir gobernantes en forma democrática, se logra estructurar el gobierno de las nuevas naciones, donde el hombre vive y se desenvuelve con libertad y garantías para el ejercicio de sus derechos fundamentales como sujeto que representa un fin en si mismos.

Cuando la forma democrática de gobierno que, hoy por hoy aparece, no obstante sus deficiencias y defectos, como el sistema más idóneo y de aplicación generalizada principalmente en el mundo occidental, empieza a deteriorarse, por el desequilibrio entres sus tres principales órganos, casi siempre o mejor dicho indefectiblemente, por un creciente protagonismo y preminencia del Poder Ejecutivo, como sucede en nuestros países latino-americanos, se desemboca otra vez en las dictaduras, que no es otra cosa que poner nuevamente en manos de un solo individuo todos los poderes, invocando el interés público.

Todas las naciones que para gobernarse optaron por el sistema democrático representativo, indefectiblemente tuvieron que crear una Constitución Política, que se la denomina también; carta fundamental, ley de leyes, o carta magna, precisamente porque contiene los principios rectores y esenciales en los que se asienta la estructura política del Estado, los derechos y garantías de la persona, la Constitución y funcionamiento de sus principales órganos.

La República de Bolivia nació sobre los principios liberales de soberanía y libertad, con la Constitución de 1826, sancionada por el Congreso Constituyente el 6 de noviembre, promulgada por Antonio José de Sucre en fecha 19 del mismo mes y año. El país se organizó bajo el sistema democrático de gobierno unitario y representativo, con los poderes Ejecutivo,

Legislativo y Judicial y un transitorio electoral de muy corta duración. Se señaló en ella cuales eran los derechos, los deberes y las garantías de los ciudadanos.

Estos principios primarios fueron aplicados y perfeccionados en las siguientes constituciones que rigieron Bolivia a lo largo de su existencia como nación libre e independiente. Las dos últimas, de 1967 y 1995, fueron influidas directamente por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamados por las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948.

La Constitución boliviana en vigencia, en la PRIMERA PARTE, Título Primero, bajo el rubro: “Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona”, incorpora esas libertades y garantías. Los artículos 5° y 8°, son casi una transcripción literal de la Declaración de los Derechos del Hombre. El artículo 5°, no reconoce ningún género de servidumbre y declara que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento y justa retribución. El artículo siguiente reconoce a todos los habitantes “Personalidad y Capacidad Jurídica”, conforme a las leyes y derechos, libertades y garantías reconocidas por la Constitución.

Continúa una declaración de trascendencia cuando garantiza la libertad y la dignidad como derechos inviolables, respetados y protegidos por el Estado.

El artículo 7°, detalla literalmente los derechos a la vida, la salud y la seguridad; a emitir libremente sus ideas y opiniones; a reunirse y asociarse para fines lícitos; a trabajar y dedicarse al comercio, la industria o cualquier actividad lícita que no perjudique el bien colectivo; a recibir instrucción y a adquirir cultura; a enseñar bajo la vigilancia del Estado, a ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional; a formular petición individual y colectiva ante los órganos competentes judiciales, a la propiedad privada, individual o colectiva, siempre que cumpla una función social; a una remuneración justa por su trabajo, que le asegure para si y su familia una existencia digna del ser humano; a la seguridad social, en la forma determinada por la Constitución y las leyes.

Entre los deberes fundamentales del ser humano, señala el artículo 8°: el cumplimiento de la Constitución y las Leyes de la República; al trabajo, según la capacidad y posibilidades socialmente lícitas; a adquirir instrucción y a contribuir en proporción a su capacidad económica para el sostenimiento de los servicios públicos. Para asistir, alimentar y educar a los hijos menores y proteger

y reconocer a sus padres en situación de enfermedad, miseria o desamparo; a prestar servicios civiles y militares para el desarrollo, defensa y conservación de la Nación; a cooperar al Estado y la comunidad en el servicio y seguridad sociales; y, finalmente, a resguardar los bienes e intereses de la colectividad.

El Título Segundo, el más importante de la Constitución, se refiere a “Las Garantías de la Persona”. Tiene que ver con la defensa de la libertad ciudadana, con las garantías e igualdad en el proceso, las garantías de la propiedad privada, las normas que deben reunir los impuestos para su cumplimiento y, las facultades del legislador para alterar y modificar los Códigos y dictar los procedimientos judiciales.

Todo ciudadano tiene las garantías del Estado para no hacer lo que la Constitución y las leyes no mandan, ni privarse de lo que ellas no prohíban. Los límites del poder están señalados por la propia Constitución. El artículo 34 es terminante cuando dispone: “Los que vulneren derechos y garantías constitucionales, quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria...”.

Lo complementa el artículo siguiente al disponer: “La declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución, no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías”.

Durante los 173 años de vida republicana, Bolivia cambió 16 diferentes constituciones, lo que significa un promedio de una constitución por cada diez años, por tal razón, es posible que sea el país que cuente con uno de los más altos índices de modificaciones constitucionales en todo el continente.

Si bien, desde la primera Constitución se asignó un capítulo especial tanto para derechos como para garantías fundamentales de la persona, hasta la nueva Constitución promulgada en 1939, después de casi más de un siglo, que es cuando se introduce por primera vez el recurso extraordinario del habeas corpus que había nacido en el Parlamento Inglés dos siglos y medio antes, no hubo ningún tipo de mecanismo constitucional con el que se pudiera disponer para hacer efectivo, tanto el derecho a la libre circulación, como el derecho al debido proceso.

Con las reformas introducidas a la Constitución en 1967, se produce un avance extraordinario a través del cual queda fortalecido definitivamente el ordenamiento supra legal al instituirse, también por vez primera, el afamado recurso del amparo constitucional, con cuya vigencia real se cubre todo el ámbito de los otros derechos libertades y garantías fundamentales los mismos que, hasta ese momento, debido a la ausencia de los instrumentos

procesales idóneos al nivel constitucional, no eran otra cosa que simples enunciados teóricos, aunque pudieron ser muy precisos novedosos y bien concebidos, pero ineficaces.

Fue necesario el transcurso de un largo período de maduración que duró 141 años, equivalente más o menos al 81% de vida republicana, para que la Constitución entrara en pleno vigor a proteger la libertad, los derechos y garantías fundamentales de los bolivianos, pese a las profusas reformas, que se explica fueron hechas, muchas de ellas en atención a la circunstancia y el calor político del momento, mayormente asentadas en propósitos intrascendentes, sin una profundidad suficiente, como por ejemplo: el aumento en algunos casos y la disminución en otros del período constitucional de Presidente de la República.

En la Constitución Política de 1861, en la parte referente a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, aparece el primer enunciado del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, lo que quiere decir que, por espacio de aproximadamente un lustro la Carta Magna, y por consiguiente el resto de las normas del sistema jurídico, fue un aparato débil e inconsistente, debido a que sin éste instrumento de control jerárquico sus normas eran susceptibles de ser contravenidas por otras de menor rango y así sucesivamente.

Seguramente con éste aporte, que fue el primero en la consolidación de la vida republicana del país y que permitió el desarrollo del constitucionalismo boliviano, se enriquece de una forma efectiva tanto el sistema democrático como el institucional.

Al convertirse en el órgano que controla la Constitución Política del Estado, la Corte Suprema de Justicia adquiere cualitativamente la prerrogativa máxima de la jurisdiccionalidad, lo que de ipso facto incrementa su importancia frente a los otros poderes del Estado, produciéndose en la interacción con estos un equilibrio mucho más efectivo y saludable para la democracia, si se tienen en cuenta que nuestros países al tener por modelo la Constitución Política de los Estados Unidos de Norte América de corte presidencialista, se da por naturaleza una propensión de prominencia del poder ejecutivo sobre los otros dos.

En cuanto a la parte institucional es innegable que el pueblo encuentre al sistema jurídico más coherente, confiable y seguro, debido a que, con el recurso de inconstitucionalidad, se afianza definitivamente la vigencia jerárquica de las normas legales, quedando libre de contradicciones y ofreciendo una efectiva seguridad tanto a ciudadanos nacionales como también

a ciudadanos extranjeros, haciendo por otra parte, que aumente el prestigio internacional del país.

Descrito el sistema de garantías constitucionales corresponde ilustrar a cerca de su dinámica, de manera que se pueda apreciar la efectividad de las normas como también las dificultades que opone el sistema sobre todo si se tiene en cuenta la última reforma constitucional de 6 de febrero de 1995, la misma que introdujo estructuralmente los cambios más audaces en la historia del Poder Judicial con la creación del Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura y el Defensor del Pueblo.

En el Código de Procedimiento Civil, cada una de las tres garantías constitucionales descritas tienen su propio capítulo con normas adjetivas. En el caso del habeas corpus, resulta completamente inoficiosa la reglamentación, debido a que en la norma constitucional pertinente, se tiene en forma completamente clara, regulado todos los pasos a seguirse.

Para la procedencia del habeas corpus, cuya demanda puede ser interpuesta, aparte del damnificado, por cualquier otra persona, que quiera y pueda actuar por él, con la facilidad inclusive de hacerlo sin poder notarial, debe haber el acto que suprima indebidamente la libertad de la persona, es más, no sólo esto, si no que basta el hecho de que tal persona se sienta indebidamente perseguida o procesada.

El habeas corpus es el recurso constitucional más expedito y accesible que los demás ya que puede interponérselo, en lugares donde no hay el juez de primera instancia, o sea ante el juez de menor cuantía llamado juez instructor, que los hay funcionando hasta en poblaciones reducidas. Igualmente se permite demandar habeas corpus en las ciudades capitales de departamento, indistintamente, ante aquel o ante el tribunal de apelación.

Una vez presentada la demanda la autoridad judicial de inmediato debe señalar día y hora de audiencia pública con la concurrencia del afectado, cuya presencia, en su caso se garantiza con la correspondiente orden impartida a la autoridad en cuestión. En dicha audiencia se resuelve la demanda con la sentencia respectiva, así no concurra la parte demandada; la resolución que ordena el fallo correspondiente, puede tener tres tipos de desenlace : ordenar de inmediato la libertad coartada, ordenar se reparen los defectos legales garantizando el debido proceso o, en su caso, poniendo al demandante a disposición del juez competente a efectos de que sea procesado en forma legal.

En caso de que el funcionario público o la persona demandada resistiera las disposiciones previstas en la tramitación del habeas corpus el

juez de la causa le pondrá a disposición del Juez en lo penal como reo de atentado contra las garantías constitucionales.

Si es la autoridad judicial quien no procediera de acuerdo a la norma constitucional del habeas corpus será sancionada, previo proceso ante el Consejo de la Judicatura.

Para los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan o supriman los otros derechos y garantías aparte de los que comprende el habeas corpus, como decíamos, está el recurso de amparo constitucional; si bien, es igualmente efectivo como éste no es tan expedito, esto se entiende dada la urgencia apremiante que conlleva, ya sea la amenaza o la privación de la libertad.

En defecto de la persona agraviada que recurre al amparo constitucional, puede hacerlo un tercero; pero sólo con poder notarial, sin perjuicio de que a falta de éste y por impedimento de aquel actúe como demandante el representante del Ministerio Público.

La demanda, en las capitales de departamento, debe conocerla únicamente el tribunal de apelación, en cambio en cualquier otra ciudad es competente el juez de primer grado, cuya competencia, en ambos casos, se abre siempre y cuando no hubiera otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados referente a su actuación supuestamente conculcadora.

Al igual que el habeas corpus el trámite es oral y, una vez que se cita a la autoridad o persona demanda para que preste información, o en su caso presente los actuados concernientes al hecho denunciado, el juez debe pronunciar la resolución final en audiencia pública, en base únicamente a la prueba presentada por el actor, si acaso la parte demandada no cumplió con lo requerido.

Al igual que en el recurso de habeas corpus, las determinaciones previas que tome la autoridad judicial y la decisión final que conceda el amparo serán ejecutadas inmediatamente y sin observación, bajo pena de abrirse causa penal al omiso por el delito de atentado contra las garantías constitucionales.

Si es la autoridad judicial quien no procede conforme al precepto constitucional que regula el amparo constitucional, de la misma manera que se estatuye para el recurso de habeas corpus, será sancionada previo proceso disciplinario.

Las diferencias procedimentales entre el recurso de habeas corpus y

amparo constitucional son propias de los bienes que protegen; en el primer caso está en juego la libertad que es el don más preciado que tiene el ser humano, frente a los otros derechos y garantías que no tienen la misma preciosa compulsión. En todo caso podemos concluir que en la Constitución boliviana no hay impedimentos funcionales para la magistratura que pueda entorpecer o mermar la efectividad de los dos recursos descritos.

La modernización del Estado, dados los insospechados progresos de la ciencia y la tecnología, que desde hace algo más de un lustro, avanzó tanto que superó todos los períodos juntos de la historia de la humanidad, empujeñó de una manera increíble el planeta en que vivimos y, dejó cortos a los más audaces visionarios, es un tema que afecta a todas las naciones y abre una brecha enorme entre la nueva realidad y el sistema normativo que rige la vida del hombre en sociedad. Como emergencia de ello, la consecuente urgencia universal de cambio y actualización que permita regular las consecuencias del inconmensurable progreso en todos los que hacer del hombre, bajo un efectivo control, sin el cual, dentro las naciones o entre las naciones, pueden darse crisis tan nefastas como nunca antes vivió la humanidad.

Específicamente en el mundo del derecho, por la propia jerarquía del sistema jurídico que regula las naciones, la modernización reclama cambios profundos en las constituciones políticas de todos los estados y naciones del planeta.

Uno de los más acuciantes problemas radica, precisamente en la vigencia de la Constitución, antes sagrada e intocable expresión de la soberanía, ahora, en algunos casos en segundo plano, a fin de dar paso a tratados y convenios internacionales como la condición absolutamente indispensable para encarar las consecuencias, principalmente económicas de interdependencia de regiones afines cuyas naciones no podrán subsistir a menos que se subsuman en lo que se llama modernamente el fenómeno de la globalización.

Con el propósito de incorporarse a las corrientes de actualización, en estos últimos años mi país realiza esfuerzos significativos para mejorar su estructura normativa y resolver la crisis que provoca los problemas internos como los emergentes del relacionamiento con los países de las regiones.

El mayor emprendimiento lo hizo el Congreso modificando la Constitución de 1967, de cuyos resultados, promulgó la actual Constitución el 12 de agosto de 1994, siendo las estructuras del Poder Judicial, las más

afectadas debido a la creación de dos nuevas instituciones: el Tribunal Constitucional de acuerdo a principios modernos del Derecho Constitucional, para encargarse del control de la constitución; y, el Consejo de la Judicatura, para la administración de las finanzas, la economía, recursos humanos, y el orden disciplinario de los funcionarios judiciales del Poder Judicial, bajo los fundamentos de la ciencia de la Administración Pública. También se creó la Defensoría del Pueblo.

El origen del control constitucional boliviano, se remonta al modelo norteamericano, cuya base doctrinal introducida por Hamilton y Madison proclamaba que “los jueces deben prescindir de la aplicación de la ley sancionada por el órgano legislativo cuando se halle en oposición a los textos constitucionales”...

Según la anterior Constitución modificada, las demandas de inconstitucionalidad debían ser interpuestas solo ante la Corte Suprema. Podía hacerlo cualquier persona que se creyera agraviada, ya sea sobre la integridad de la ley, decreto o resolución contraria a la Constitución o solamente sobre alguna de sus disposiciones. La tramitación era en la vía de puro derecho y el demandado la persona natural o jurídica, que se ampare o pretendiese ampararse o aprovecharse de la norma reputada de inconstitucional, o contra la autoridad que hubiere dado cumplimiento a la misma o pretendiera ejecutarla.

La sentencia que declarare probada la demanda no podía anular, revocar o modificar la disposición tachada de inconstitucional. Se concretaba a declarar su inaplicabilidad al caso particular y concreto debatido.

La ley que reglamenta el recurso de inconstitucionalidad de acuerdo a la Carta Magna vigente, distingue dos situaciones: 1º - El recurso directo o abstracto reservado en forma exclusiva al Presidente de la República, Parlamentarios, Fiscal General o Defensor del Pueblo. 2º - El recurso indirecto o incidental vinculado a un proceso judicial o administrativo, cuya decisión depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma legal, debiendo, en este caso, ser promovido por el tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte.

La diferencia sustancial entre el procedimiento anterior y el actual radica en la extensión que se da al fallo, siendo inobjetable las bondades del actual sistema frente al anterior puesto que, la desventaja que se reconoce en una norma contraria a la Constitución desaparece definitivamente con la derogación en caso de que la contradicción sea sólo parcial y con la abrogación si ella es total.



La ley que reglamenta al Tribunal Constitucional, sancionada el 1º de abril de 1998, en relación con el artículo 1º de las disposiciones transitorias de la Constitución vigente, está creando actualmente una situación de impedimento funcional. Este artículo transitorio dispone que, mientras los miembros del Tribunal Constitucional no sean designados, el Poder Judicial continuará trabajando de acuerdo a la anterior Constitución. Los cinco magistrados y sus suplentes, no solo que fueron designados sino posesionados el 6 de agosto de 1998; sin embargo, hasta la fecha no asumieron efectivamente sus funciones, con la plenitud de sus atribuciones porque la disposición transitoria, seguida de la ley reglamentaria, pospuso la vigencia del Tribunal Constitucional en 365 días luego de la posesión de sus magistrados.

Ante esta contradicción el criterio que debe primar es el de aplicar con preferencia la disposición transitoria de la Constitución, de suerte que la Corte Suprema de Justicia carecería de competencia constitucional, resultando sin efecto la *vacatio legis* impuesta por la ley del Tribunal Constitucional.

Existen modelos modernos, como el caso de Costa Rica, donde el Tribunal Constitucional si bien es completamente independiente en sus decisiones, forma parte como una sala de la Corte Suprema; con esta estructura gana en unidad el Poder Judicial y el equilibrio democrático entre los tres poderes del Estado, porque quierase o no, en la forma independiente como se lo creó en Bolivia, al sustraerse a la Corte Suprema la parte cualitativamente más preciada de la jurisdiccionalidad, es inevitable la desmembración, el debilitamiento y la división de la estructura del Poder Judicial. La preponderancia del Poder Ejecutivo en nuestras incipientes democracias es la razón que le mueve a no interesarse para fortalecerse al poder judicial, los partidos políticos prefieren avasallararlo, como siempre se hizo en Bolivia, y tenerlo sometido para mejorar su hegemonía cuando el partido acceda al gobierno.

Integrando una Sala de la Corte Suprema, la jurisdicción constitucional es exactamente la misma no se hace más independiente ni menos independiente, en cambio gana en unidad el Poder Judicial.

Bolivia avanzó significativamente en la modernización del Estado, a pesar de los circunstanciales impedimentos en la fluidez de las garantías Constitucionales. El Poder Judicial de mi país se esfuerza permanentemente por sustraerse, aunque sin éxito, de la perniciosa injerencia política, que es una de las infortunadas y calamitosas formas de corrupción, con ese propó-

sito ha dado, los últimos tiempos, pasos significativos para la capacitación judicial y la profesionalización de los jueces, porque está convencido que la fuerza moral y la grandeza de una nación sólo se alcanza en democracia, con el Estado de Derecho y por el imperio de la ley.

Saludo a nombre del Poder Judicial de BOLIVIA, la feliz iniciativa de esta reunión internacional, a tiempo de exteriorizar su fraternidad con las naciones de América a lo que suma sus esfuerzos, sus aspiraciones y sus anhelos por alcanzar un continente de paz, de prosperidad y de justicia. ◆

# Disposiciones Constitucionales Referidas a las Garantías e Impedimentos Funcionales de la Magistratura

**Min. Juan Guzmán Tapia**  
Corte de Apelaciones de Santiago

## 1. Palabras preliminares:

Corresponde, ante todo, expresar mi profunda gratitud a los organizadores de este importante encuentro, particularmente, al Excelentísimo señor Director General de la Escuela de la Magistratura del Estado de Rio de Janeiro, Desembargador Manoel Carpena Amorim y al Excelentísimo señor Desembargador, Cristovan Daiello Moreira por el honor que para mí constituye su invitación, junto con el señor Ministro de la Excelentísima Corte Suprema de Chile, don Alberto Chaigneau del Campo, para representar a los jueces chilenos ante este evento.

El tema que desarrollaré tiene por finalidad algunas de las principales limitaciones o impedimentos funcionales constitucionales y señalar, a su vez, las escasas garantías que dicha Carta asegura a los jueces. Como podremos ver, el Constituyente ha sido severo y restrictivo con nuestros jueces aunque generoso, en general, hacia los justiciables.

Destacaré hoy algunas disposiciones constitucionales de las que se puede apreciar el estrecho sendero por el cual pueden desarrollar su actividad jurisdiccional los jueces, sus múltiples limitaciones relativas a los ascensos, a su generación, al otorgamiento de la libertad provisionales, a la fiscalización efectuada a su labor por órganos extraños al Poder Judicial y a la judicialización de los otros Poderes, en materias que son propias de nuestro Poder Judicial, entre otras limitaciones.

## 2. Impedimentos funcionales:

Los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de Chile sientan la doctrina de la cual se derivarán las demás restricciones que mencioné. Dicen:

**6°:** “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determina la ley”.

**7°:** “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Se ha sostenido que los arts. 6° y 7° consagran el Estado de Derecho en su aspecto negativo o limitativo. En efecto este concepto resume las llamadas instituciones limitadoras del poder. Es cierto que estamos en presencia de un verdadero Estado de Derecho: 1) cuando impera la ley, definida y formulada como expresión de la voluntad general; 2) cuando se encuentra consagrada la separación de poderes o funciones; 3) cuando la administración actúa conforme a la ley, y está sometida al control jurisdiccional y 4) cuando se aplican, aseguran y respetan debidamente los derechos y garantías fundamentales o derechos humanos reconocidos en la Carta Fundamental.

El art. 6° consagra, ante todo, el principio de la supremacía material de la Constitución, lo que, incuestionablemente, es de por sí una institución limitadora integrante de todo Estado de Derecho.

Entre las garantías constitucionales existen también una serie de normas limitadoras para los jueces pero que por corresponder a las normas propias del debido proceso, resultan plenamente necesarias. Por ejemplo, el **Art. 19°c de la Constitución** dispone: “*Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin*

*embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes”.*

Como se puede apreciar, esta norma restringe toda detención que no se sujete a la reglamentación mínima allí impuesta.

Más adelante, la letra e) del mismo precepto limita nuevamente al juez o lo obliga a mantener la detención o prisión preventiva sólo cuando ellas tengan por objeto los fines en dicho precepto señalados:

*“La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.”*

El artículo que se refiere a las atribuciones especiales del Presidente de la República, que es el 32 de nuestra Carta Fundamental, en su número 14°, establece que al Presidente de la República le corresponde:

*“Nombrar a los magistrados de los tribunales superiores de justicia y a los jueces letrados, a proposición de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, respectivamente, y al miembro del Tribunal Constitucional que le corresponde designar, todo ello conforme a lo prescrito en esta Constitución”.*

Implica esta disposición otra restricción o impedimento funcional de la magistratura, toda vez que sustrae de su ámbito los nombramientos de los jueces, quedando limitado el Poder Judicial solamente a la conformación de las listas (cinenas o ternas), dejando al Ejecutivo la facultad de proponer cuál candidato debe ser nombrado, candidato que debe ser corroborado por el Senado cuando se trate del nombramiento de un ministro de la Corte Suprema. Queda así limitado el Poder Judicial en la designación, en definitiva, de los jueces de las Cortes de Apelación y de la Corte Suprema.

El N° 15 del artículo 32 señala como atribución especial del Presidente de la República, la de:

*“Velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial y requerir, con tal objeto, a la Corte Suprema para que, si procede, declare su mal comportamiento, o al ministerio público, para que reclame medidas disciplinarias del tribunal competente, o para que, si hubiere mérito bastante, entable la correspondiente acusación.”*

Aquella constituye otra ingerencia del Ejecutivo u otra limitación o impedimento funcional de la magistratura. Esta fiscalización constituye parte del recíproco control que se ejercen los diversos poderes públicos, evidentemente, pretendiendo la mayor transparencia e idoneidad de la función pública, en este caso del Poder Judicial para la mayor garantía para los gobernados.

Nuestra Constitución contiene un título relativo a los estados de excepción constitucional en el que indica:

**Art. 39:** *“El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado en las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública.”*

Más adelante, **en su artículo 41 N° 3°** agrega:

*“Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionales que le confiere esta Constitución. La interposición y tramitación de los recursos de amparo y de protección que conozcan los tribunales no suspenderán los efectos de las medidas decretadas, sin perjuicio de lo que resuelvan en definitiva respecto de tales recursos”.*

Ella, obviamente, implica una nueva limitación o impedimento funcional, quedando al margen de los tribunales y de su intervención, el ejercicio de los Derechos Constitucionales que pueden ser restringidos o limitados por el Poder Ejecutivo de acuerdo con el Congreso o con el Consejo de Seguridad Nacional, según el caso, en los términos referidos en el artículo 40 de la Carta Fundamental.

Nuevamente, en **el artículo 48**, que se refiere a las “atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados”, **en su N° 2, letra c)** podemos apreciar que incumbe a esta Cámara acusar constitucionalmente a los magistrados de los tribunales superiores de justicia. Dice aquella disposición:

*“Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:*

*Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas:*

*c) De los magistrados de los tribunales superiores de justicia”... “por notable abandono de sus deberes.”*

A su vez, en conformidad a lo dispuesto en **el artículo 49 N° 1** le compete al Senado: *“Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable con arreglo al artículo anterior.”*

Continúa dicha disposición señalando:

*“El Senado resolverá como jurado y se limitará declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa.*

*La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del Presidente de la República, y por la mayoría de los senadores en los demás casos.*

*Por la declaración de culpabilidad queda el acusado destituido de su cargo y no podrá desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular; por el término de cinco años.*

*El funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares.”*

La Constitución sustrae del ámbito de la magistratura la decisión acerca de si algún o algunos de los miembros pertenecientes a la Corte Suprema o Cortes de Apelaciones hubieren incurrido en “notable abandono de sus deberes”, lo que muchas veces puede llevar a que haya consideraciones políticas o especiales para llegar a concluir que hubo tal abandono. Ha habido, de hecho, acusaciones que implican verdaderas descalificaciones o censuras a las resoluciones judiciales.

Otra limitación o impedimento funcional se contempla en el **Nº 3** del indicado artículo que entrega al Senado la facultad de:

*“Conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia.”*

Aparte de esta contienda de competencia, las demás que se suscitan entre tribunales entre sí y otras autoridades administrativas quedan sujetas a la competencia de los tribunales de justicia.

**El artículo 54** de la Constitución Política señala **en su numeral 4º** que:

*“No pueden ser candidatos a diputados ni a senadores los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los jueces de letras y los funcionarios que ejerzan el ministerio público.”*

Este impedimento que como tal resulta limitativo para quienes ejercen la labor judicial, constituye una garantía para los justiciables pues asegura la absoluta independencia de los magistrados alejándolos de su participación activa dentro de la política contingente.

La institución conocida con el nombre de desafuero se encuentra consagrada en el artículo 58 inciso 2° de la Carta Fundamental que establece:

*“Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o designación, o desde su incorporación, según el caso, puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema.”*

Por un lado, implica este precepto una limitación funcional para el juez que conozca de un proceso en contra de un parlamentario, toda vez que no puede librar una orden de detención ni procesarlo, salvo el caso de delito flagrante, si no fuere previamente desaforado; por el otro, confiere la competencia del desafuero a los tribunales de justicia: el tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva en pleno.

Es cierto que toda norma que signifique una restricción funcional o una garantía funcional constituye un aporte jurídico hacia el Estado de Derecho. De allí que el título relativo a las “Materias de Ley” resulte restrictivo aunque lo que está pretendiendo, precisamente, la consagración más elaborada de este Estado. Ello lo vemos, particularmente, en los N° 1°, 2°, 3° y 17° del articulado 60, cuando dispone:

*“Sólo son materia de ley:*

*1. Las que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales;*

*2. Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley;*

*3. Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra.*

*17. Las que señalen la ciudad en que debe residir el Presidente de la República, celebrar sus sesiones el Congreso Nacional y funcionar la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.”*

Estas restricciones-garantías refuerzan, por otra parte, el principio de legalidad que rige en nuestro ordenamiento.

### **3. Las garantías consagradas en la Constitución Política para el debido funcionamiento de la Magistratura.**

El capítulo VI de nuestra Constitución establece una serie de preceptos que enmarcan y consagran la labor jurisdiccional, bajo el título “Poder Judicial”.



**El artículo 73** que encabeza ese capítulo dispone en su inciso primero:

*“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.*

Les corresponde, por lo tanto, al Poder Judicial:

*a) Ejercer la jurisdicción; es decir, mediante pronunciamientos jurídicos y atendida su especialización funcional, le corresponde resolver los conflictos y contiendas que se produzcan entre particulares y autoridades, o, en fin, entre éstas;*

*b) Ejercer propiamente lo que se llama el control jurisdiccional: velar por la constitucionalidad de las leyes;*

*c) Ejercer sus facultades conservadoras; es decir, es el órgano encargado de defender las garantías y derechos individuales y sociales establecidos en la Constitución y en la ley.*

Esta función, además de constituir una atribución exclusiva del órgano jurisdiccional, es al mismo tiempo excluyente, es decir, ninguno otro puede intervenir en ella. Así, el mismo precepto ha dispuesto: - *“Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.*

El mismo artículo, en sus incisos 3º y 4º y con el propósito de afianzar la independencia funcional de la jurisdicción confiere explícitamente a los tribunales de justicia el **imperio** a sus resoluciones. Señala esa disposición que no sólo les corresponde “conocer” y “resolver” de las causas sometidas a su estudio y decisión sino que también “hacer ejecutar lo juzgado”.

De este modo pueden impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Y a su vez, la autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.

Se ha observado que si la jurisdicción no hubiera sido dotada del poder de ejecución, la decisión, la sentencia judicial, sería una mera decisión académica, un consejo que los particulares podrían cumplir o no, sin ningún riesgo ulterior, y el propio orden jurídico estaría amenazado. Pero

el poder de ejecución no es el ejercicio de la fuerza misma, sino la potestad de utilizar la fuerza para el cumplimiento de la sentencia. No puede imponer coactivamente sus decisiones, sino con la intervención del organismo administrador que la auxilia con la llamada “fuerza pública”.

En lo relativo a la independencia de la jurisdicción, es el Código Orgánico de Tribunales, en su artículo 12 que establece: “*El Poder Judicial es independiente de otra autoridad en el ejercicio de sus funciones*”. Pero, en realidad, la independencia de que se habla se refiere a lo que podríamos denominar independencia funcional, es decir, al ejercicio propiamente de la jurisdicción, pero no propiamente al sistema de generación de los órganos judiciales. En efecto, en este caso, lejos de haber independencia, lo que hay es una evidente dependencia de otros órganos constitucionales.

En lo atinente al nombramiento de los jueces de la Corte Suprema, el artículo 75 de nuestra Constitución consagra el principio de su generación con la intervención de los tres Poderes. Interviene, en cambio, sólo el Poder Judicial y el Ejecutivo cuando se trata del nombramiento de los demás jueces y funcionarios judiciales.

Implica, sin embargo, una garantía funcional limitada la de poder conformar las ternas para llenar los cargos de jueces de letras y de ministros y fiscales de las Cortes de Apelaciones y las cinquenas para los cargos de ministros y fiscal de la Corte Suprema. Esta facultad, aún limitada, asegura la carrera funcionaria y, en cierto modo, la independencia del Poder Judicial.

La Constitución Política en su artículo 77, consagra la permanencia o inamovilidad de los jueces durante su buen comportamiento y hasta la edad de 75 años.

Esta inamovilidad implica otra garantía para el logro de la independencia de este Poder, pues debido a aquélla, los jueces no están sujetos a las contingencias políticas para sus decisiones.

Los magistrados con la salvedad señalada, permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento.

De esta manera, entonces, la eficiente conducta ministerial de los jueces y la mantención de sus condiciones físicas, intelectuales y morales son los únicos requisitos necesarios para permanecer en sus cargos. Esta misma circunstancia determina, en cambio, que perdidas esa buena conducta y habilidades, existan los sistemas adecuados para lograr su rápida eliminación.

Estos sistemas existen en la Constitución. En efecto, el art. 77 señala que los jueces cesarán en sus funciones: a) al cumplir 75 años de edad; b)

por renuncia; c) por incapacidad legal sobreviniente, y d) en caso de ser depuestos de sus destinos por causa legalmente sentenciada.

El factor edad constituye una novedad, puesto que no existía en la Carta de 1925. No rige respecto del Presidente de la Corte Suprema, que continuará en sus funciones hasta el término de su período.

La incapacidad legal sobreviniente se refiere a ciertas causales establecidas taxativamente en la ley que impiden el normal desempeño de la función jurisdiccional por parte de alguna persona. Evidentemente, requiere de la debida comprobación.

Finalmente, la inamovilidad judicial cesa por ser depuesto el juez de su destino, requiriendo, por supuesto, de causa legalmente sentenciada.

Cabe subrayar que el constituyente ha estimado que la dignidad de la función judicial debe consagrarse en dos disposiciones absolutamente razonables.

La dignidad de la función judicial, inseparable de la independencia con que debe ser ejercida, ha llevado a consagrar en la nueva Constitución dos disposiciones absolutamente razonables:

La primera contemplada al tratar los estados de excepción en el art. 41, N° 7°, prescribe que en ningún caso las medidas de restricción y privación de la libertad que se decreten podrán adoptarse en contra de los jueces.

La segunda, establecida en el art. 78, dispone que los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial, no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que deba conocer del asunto en conformidad a la ley. Este precepto se justifica para el debido resguardo de la independencia y el decoro con que éstos ejercen la función judicial.

La superintendencia de la Corte Suprema se encuentra consagrada en el artículo 79 de la Carta Fundamental, en virtud de la siguiente disposición.

*“La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares de tiempo de guerra”.*

Esta superintendencia directiva, correccional y económica que despliega la Corte Suprema en relación a todos los tribunales del país, tiene las limitaciones indicadas. Conviene recordar que en la Comisión Redactora

el entonces Presidente de la Corte Suprema, don José María Eyzaguirre, pidió que se excluyera sólo a los tribunales militares en tiempo de “**guerra externa**”, no así tratándose de una guerra interna, porque a su juicio no había razón alguna “**para que las sentencias pronunciadas por los consejos o tribunales de guerra interna no fueran revisadas por la Corte Suprema**”.

#### **4. Otras disposiciones que implican garantías o restricciones funcionales a la judicatura**

En el capítulo de nuestra Constitución relativo al Poder Judicial, su artículo 76 se refiere a la responsabilidad de los jueces, estableciendo:

*“Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.*

*Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”.*

Si bien esta limitación o restricción afecta a los jueces, obviamente, no es más que una garantía del buen funcionamiento del órgano jurisdiccional y un ingrediente para la actuación prudente, estudiada y fundada por parte de los jueces. Asimismo constituye una garantía para el justiciable ser juzgado razonable y justamente.

Resultaría largo y tedioso entrar a analizar todas las disposiciones legales, de rango constitucional por cuanto la Constitución se remite a ellas, que importan garantías o restricciones a la judicatura. Por ello, sólo me limitaré a enumerar disposiciones diversas que las establecen de un modo más o menos explícito, para quienes quisieran informarse de su contenido.

En el Código Orgánico de Tribunales, se refieren a éstas, los artículos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 50 N<sup>os</sup> 1,3 y 4, 53 N<sup>os</sup> 1 y 2, 63 N<sup>o</sup> 2, letra b, 258, 259, 260, 261 y 306 al 349.

En el Código Penal, los artículos 223 al 237, 263 y 264.

En la ley N<sup>o</sup>12927, sobre Seguridad del Estado, su artículo 26.

En el Código de Procedimiento Penal, sus artículos 1, 156 y siguientes, 255, 274, 363, 423, 456 bis, 500 y siguientes, 623, 631 y 633.

En el Código de Procedimiento Civil, los artículos 160 y 170, entre otros.

## 5. Consideraciones finales

La Constitución y el conjunto de leyes que, por un lado, garantizan con timidez la función jurisdiccional, por el otro, la restringen, en aras de asegurar el ejercicio del Estado de Derecho en su sentido más garantista. Logrado este presupuesto, quienes requieran de la justicia o sean juzgados por nuestros Tribunales serán beneficiarios del debido proceso, que es la vía adecuada, racional y eficaz para la justa solución de las controversias; pero como se ha podido apreciar, el órgano jurisdiccional, escasamente independiente, resiente toda la carga, obteniendo las más limitadas garantías. Por otro lado, además de estar funcionalmente limitado, es de por sí insuficiente, inoperante y dejado siempre de lado por los gobiernos de turno, pero recibiendo todas las críticas. ◆

# Garantias e Impedimentos Constitucionais Funcionais da Magistratura

**Des. Antônio Carlos Viana Santos**

Presidente da APAMAGIS - Associação Paulista de Magistrados

## **1. Introdução**

Agradeço ao Desembargador Manoel Carpena Amorim, DD. Diretor Geral da EMERJ, o honroso convite para falar na 4ª Semana Interamericana de Integração Jurídica, bem como a participação da nossa Associação.

Contente fico, ainda, com a presença dos Desembargadores Alberto Luiz da Costa e Cristovan Daiello Moreira, pioneiros desses encontros.

Como tive oportunidade de fazer a apresentação da revista do MERCOSUL, lançada em 1996, em parceria, APAMAGIS/FMU, da 1ª Semana Jurídica do Mercosul, realizada em setembro de 1996, em Guarujá, o processo de globalização vem se concretizando regionalmente, viabilizado pelos fatores de proximidade geográfica e afinidades culturais, étnicas, políticas e históricas.

A convivência de ordenamentos jurídicos diferentes, enseja a necessidade de outra categoria, seja de ordenamento, seja de instituição, porque a pluralidade exige novas formas de relações internacionais, além dos próprios estados e dos organismos internacionais .

As normas que se formam, portanto, a nível de espaço de integração, de comunidade, o chamado direito comunitário, têm pela própria natureza a necessidade de serem discutidas amplamente e que tenham a representatividade da cidadania comunitária, dando-lhes a legitimidade política necessária para contraponto das posições intergovernamentais, do processo de formação do ordenamento jurídico comunitário e das decisões políticas.

É necessário uma Magistratura com prerrogativas que tenha independência e imparcialidade, garantia última dos jurisdicionados, possibilitando ao juiz, o ser natural da jurisdição, a aplicação escoreta do direito e a realização da justiça, com acesso para todos.

Não há dúvida de que a EMERJ está engajada neste processo.

O meu tema possibilita expressar as propostas que estão em discussão no Congresso Nacional e cujo objetivo é a reforma do Poder Judiciário.

Assim, as minhas proposições coincidem com as propostas para a Revisão Constitucional feitas pela AMB - Associação de Magistrados Brasileiros.

## **2. Garantias Constitucionais Funcionais da Magistratura**

Existe no Congresso Nacional inúmeras sugestões para a Emenda de Reforma do Poder Judiciário: Ocorrendo proposta para a Revisão Constitucional da Associação dos Magistrados Brasileiros, Proposta apresentada pelo Deputado Jairo Carneiro, Sugestões e manifestações de Magistrados, Propostas apresentadas pela Associação dos Juizes Federais do Brasil e Propostas apresentadas pela Ordem dos Advogados do Brasil. Ocorre, ainda, Reforma do Estado Brasileiro com as Emendas da Administração, da Previdência e Tributária.

Falar em garantias funcionais da Magistratura é falar da jurisdição, o que pressupõe a independência e a imparcialidade do Juiz, pois as decisões judiciais fazem coisa julgada, trazendo como consequência as garantias para os jurisdicionados de uma boa decisão, representadas pela vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade.

Exige a jurisdição a aplicação do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa.

Sabemos que a jurisdição exige a atuação do Juiz natural, ou seja, membro integrante do Poder Judiciário.

Outros princípios são importantes: inércia da jurisdição, indelegabilidade, indeclinabilidade, territorialidade e publicidade, devendo todas as decisões jurisdicionais serem motivadas e fundamentadas.

Portanto, a própria magnitude da jurisdição exige qualidade de quem é investido na função de Juiz, prevendo o concurso público que apura o mérito do candidato ao cargo.

A Constituição Brasileira torna **obrigatório o concurso público de provas e títulos para o ingresso** no funcionalismo público, em geral.<sup>1</sup>

Em relação aos Juizes estabelece a norma constitucional: **“I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação”** (Artigo 93, I, da Constituição Federal).

O Concurso Público é aberto a todos os Bacharéis em Direito, com dois anos de estágio, brasileiros ou naturalizados brasileiros, através de Edital publicado na Imprensa Oficial, pelo Tribunal interessado, participando da Banca Examinadora um Advogado indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Os candidatos habilitados para a prova oral são submetidos a exame de personalidade, mediante avaliação psico-social.

O título exigido é o de Bacharel em Direito, graduado em Ciência Jurídica.

Exige-se dois anos de estágio, na Advocacia como Advogado ou Estagiário de Direito, estágio no Ministério Público, estágio junto ao Poder Judiciário.

Juvenilização da Magistratura Brasileira, principalmente em São Paulo, decorre da fertilidade o que aumenta a presença da população jovem nos concursos, sendo importante a instrução que recebem frequentemente das Escolas Superiores das Magistraturas, tornando-os mais preparados para a atividade para o exercício da jurisdição.

Após a posse no cargo de Juiz Substituto, durante dois anos, existe um período probatório, condição para a aquisição da garantia constitucional da vitaliciedade.

A promoção é feita de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: é obrigatória a promoção do Juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento, a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem

---

<sup>1</sup> Desembargador Antonio Carlos Viana Santos, *Princípios constitucionais do poder judiciário brasileiro*, in Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, ano 4, vol. 4, 1997, pp.85-92.



aceite o lugar vago, aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento e previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos par ingresso e promoção na carreira (Artigo 93, da Constituição Federal).

A carreira prevê os cursos de aperfeiçoamento, através de Escola Superior da Magistratura, cujo objetivo é apresentar formas de atuação quando da função jurisdicional, conforme previsto na própria CF. Os cursos são regulares, representando a Escola a própria garantia dos Magistrados.

Responsabilidade administrativa, civil e penal: Os atos de improbidade administrativa importarão, segundo o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, em suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, a indisponibilidade dos bens, o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

A forma e a gradação das sanções estão previstas na Lei nº 8.429/92 e tem por finalidade prevenir a corrosão da burocracia estatal.

Este critério é adotado para toda a administração pública, sendo prevista a ação civil pública como instrumento processual e conferido ao Ministério Público o exercício do controle popular sobre atos dos poderes públicos (Artigo 129, III, da Constituição Federal e Lei Federal nº 7347/85).

A responsabilidade civil objetiva do poder público tem como fundamento a teoria do risco administrativo pelos danos a que os agentes públicos tiverem dado causa, por ação ou omissão. A mera ocorrência de ato lesivo causado ao ofendido pelo Estado, acarreta o dever de indenizá-lo pelo dano pessoal ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes do Estado ou demonstração de falta do serviço público. Os elementos da responsabilidade são: a alteridade do dano, a causalidade material entre o evento danoso e o comportamento, omissivo ou comissivo do agente público, a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável ao agente público que tenha praticado ato positivo ou negativo, independente da ilicitude do comportamento funcional e a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 140/636, 55/503, 71/99, 91/377, 99/155 e 131/417).

O princípio não é absoluto, admitindo-se a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, no caso fortuito ou força maior, ou quando ocorre culpa exclusiva da vítima (RDA 137/233 e RTJ 55/50).

O Estado tem direito regressivo contra o servidor causador do dano.

A responsabilidade em relação aos atos do Juiz só se viabiliza no caso de dolo e neste caso haverá responsabilidade criminal.

A responsabilidade criminal no caso de crimes comuns é de competência dos Tribunais, assim como os crimes de responsabilidade. Os Desembargadores serão julgados pelo STJ (Artigo 105, I, “a”, da Constituição Federal). Os Ministros dos Tribunais Superiores serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal (Artigo 102, I, “c”, da Constituição Federal). Os Juízes Federais são julgados pelos Tribunais Regionais Federais (Artigo 108, I, “a”, da Constituição Federal). Os Juízes Estaduais são julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado (Artigo 96, III, da Constituição Federal). A responsabilidade administrativa, civil e criminal em relação aos Juízes deverá ser processada e julgada por Tribunal, excluída a competência de Juiz singular e do Júri.

**Perda do cargo:** A perda do cargo é possível por deliberação administrativa, somente antes da aquisição da vitaliciedade (Artigo 95, da Constituição Federal), entendendo o Deputado Jairo Carneiro, Relator da Reforma do Judiciário, que esta situação também deva ser estendida a todos os Juízes, inclusive aos vitaliciados.

O período de dois anos após a posse no cargo, o Juiz Substituto revela sua motivação e interesse pela carreira como sistema probatório e sua maior ou menor adaptação pela carreira viabilizará ou não a continuidade no cargo. E como se trata de período probatório ou estágio probatório, adquirirá ou não a vitaliciedade.

Portanto, não se justificam as propostas de emenda constitucional que tenham por objetivo o Juiz eleito e que permitem, para tal, a filiação partidária do magistrado aos quadros dos partidos políticos. Não é da nossa tradição e cultura a eleição de juízes, ou juízes por indicação ou cooptação.

### **Proposição:**

*É inviável no nosso sistema jurisdicional o Juiz eleito ou de filiação partidária, ou ainda, do sistema de indicação e cooptação.*

### **VITALICIEDADE:**

Após adquirir a vitaliciedade somente poderá perder o cargo através de processo judicial onde será garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa.

A decisão judicial deverá ser motivada pelo respectivo Tribunal (Artigo 93, VIII, da Constituição Federal).

Nas decisões sobre a perda do cargo exige-se **quorum** qualificado de 2/3 dos Membros do Tribunal.

No sistema judiciário brasileiro é inadmissível o **impeachment** para os Membros da Magistratura e do Ministério Público, porque significa a sujeição a juízo político do Poder Legislativo, expondo a Instituição e não propriamente os seus Membros. Os juizes não praticam atos políticos ou atos de governo. Exceção da aplicação do **impeachment** é aquela dos Ministros do STF (art. 52, II, parágrafo único, da CF).

Existe, ainda, a chamada disponibilidade que não significa a perda do cargo, mas, afastamento do cargo.

O afastamento do cargo significa incompatibilidade com a função, devendo prevalecer o interesse público.

Não se trata, portanto, de prática de crime ou de responsabilidade, mas de falta grave que inviabiliza o exercício da função.

A decisão deve ser motivada e exige-se o **quorum** qualificado dos respectivos Tribunais. **Nos casos de perda ou afastamento do cargo o processo e julgamento deve ser feito pelo respectivo Tribunal, garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa, exigindo-se decisão fundamentada e quorum qualificado.**

Vivemos no mundo contemporâneo a era da globalização ou mundialização, formando espaços de integração onde o interesse maior da economia coloca em jogo valores maiores de realização do homem e do seu meio.

Ocorre que a nossa evolução está sendo mais rápida do que se supunha, em razão dos sistemas jurídicos idênticos dos países que compõem o Mercosul, o chamado direito estatutário com origem no direito romano-germânico. Os países adotam sistemas mais ou menos idênticos.

Há um ponto relevante a ser considerado aqui, ainda que periférico ao que se trata.

Contemporaneamente, crescente número de países, fundados, como se aconteceu, na figura do Estado-nacional, vem enfrentado questionamentos que alcançam, em princípio, seus fundamentos e os do próprio Estado-nacional.

A exemplo do que acontece, principalmente na Europa, em razão da Comunidade Européia, todos os publicistas, de certa forma, estão reexaminando as implicações da concepção da soberania nacional, especialmente

diante da necessidade de nova fórmula de convivência entre soberanias decorrentes da geo-estratégia de blocagem regional, com as articulações entre Estados-nacionais geograficamente próximos, como é o nosso caso, no MERCOSUL.

A questão prática que se põe, e aí insere-se no universo da nossa discussão concreta, é a imperiosa necessidade de adaptações constitucionais destinadas precisamente a acolher tanto esta articulação, quanto as repercussões dela.

No caso concreto do MERCOSUL, três países membros fundadores, Argentina, Uruguai e Paraguai, em reformas ou alterações constitucionais recentes, estabeleceram sistema normativo que soluciona, à européia, a recepção das normas de direito internacional, abrem espaço para normas de vigência e eficácia supranacional, que virá a ser o Direito Comunitário.

Digamos, pois, que as normas das normas estão avançadas nos demais países, enquanto que, neste particular o Brasil nada fez, inexistindo, mesmo nas reformas “inadiáveis, emergentes, e fundamentais”, como se as propala, nenhuma preocupação com a convivência internacional concretizada num processo de integração que está em curso. O sistema jurisdicional sofrerá a influência da mudança.

Dois são os pontos desta necessária adequação constitucional. A primeira, que já se referiu, pertinente às normas internacionais e supranacionais. O segundo, diz respeito à organização estrutural do sistema, que se deve processar, necessariamente, em duas faces: a interna e a externa.

Há, pois, que adequar-se o sistema constitucional nacional à convivência das normas supranacionais e internacionais, enfrentando com pragmatismo a recepção e internalização de tais normas.

Noutro ponto, há de adequar-se as estruturas internas do Estado-nacional para a convivência, não apenas com as demais estruturas, mas, também, com aqueles de âmbito supranacional.

É aí exatamente que está o ponto de conexão, onde está a sede da chamada harmonização estrutural, porque significa tornar compatíveis os sistemas estruturais dos Estado-nacionais entre si.

Cumprido, destarte, a harmonização, porém, não apenas legislativa, como antevê o Tratado de Assunção mas, o fazer em sentido mais amplo e abrangente, porque alcançando, também, as estruturas normativas e sobretudo, as estruturas estatais. Este processo de adequação, necessariamente, passa pelos princípios constitucionais relativos ao Judiciário, Magistratura

e Ministério Público, em síntese, pela compreensão e concretização da idéia de poder jurisdicional, da jurisdição e do seu exercício.

O poder político estrutura-se de acordo com a separação de poderes, com funções independentes e harmônicas entre si: judiciário, executivo e legislativo.

Todas as Constituições brasileiras mantiveram esta estrutura em torno da lei, desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição Republicana de 1988, tornando definitivo o Estado de Direito entre nós.

O Poder Judiciário tem por finalidade aplicar contenciosamente a lei a casos concretos.

Pressupõe uma função própria do magistrado que a desempenha no caso concreto, não em razão de normas abstratas, princípios ou preceitos jurídicos, e sempre desde que provocado, evolução tradicional do nosso direito até 1988. É o guardião da lei, operando em consequência o controle de constitucionalidade quer pelo meio difuso quer pelo meio direto.

Na Constituição Brasileira o Judiciário tem o monopólio da jurisdição, com a característica de universalidade (Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), porque nenhuma ameaça ou lesão pode ser excluída por lei de apreciação do Poder Judiciário. A atual Constituição fortaleceu a independência da Magistratura e a imparcialidade dos Juizes. A autonomia financeira (artigo 99) estabelece a participação direta na elaboração de orçamento próprio.

O provimento dos cargos de Juiz (artigo 96, I, “c”, da CF) que é feito pelos Tribunais, independente de qualquer participação do Executivo ou Legislativo.

São duas inovações que se faziam necessárias.

O magistrado pode inquietar-se sobre a razoabilidade da lei e a proporcionalidade dos encargos que acarreta, entre outros, deixando de ser mero porta-voz da lei.

A própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional não entende o Poder Judiciário como mero poder neutro, incumbido de aplicar contenciosamente a lei a casos concretos, superando aquela visão tradicional da função, diante da judicialização da política e como consequência a politização da justiça, evitando-se o governo dos Juizes, forma de evolução do Estado de Direito para o Estado de Justiça.

Por esta razão, se dá ênfase às atividades das Escolas de Magistrados. O Judiciário precisa ter independência e autonomia funcional, administrativa, financeira e provimento dos Cargos pelos Tribunais.

A jurisdição no direito brasileiro é prevista no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, significando que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

É o princípio da soberania interna absoluta de tal maneira que também os tratados internacionais necessariamente se ajustarão às leis internas para terem aplicação no Brasil (Supremo Tribunal Federal - *HABEAS CORPUS* nº 73.151-1, do Rio de Janeiro) ou ainda a impossibilidade de extradição de estrangeiro para país que tenha pena de morte, prisão perpétua ou penas cruéis. E mais recentemente quando as Cartas Rogatórias provenientes dos países do Mercosul passaram a ter caráter executório, pelo Protocolo de Las Leñas (Supremo Tribunal Federal - Carta Rogatória nº 7894-1, em que é interessada a República da Argentina). Esta é a magnitude da jurisdição no direito brasileiro. A jurisdição em nosso direito tem características que se voltam para finalidades políticas, sociais e jurídicas.

Os fins políticos consistem em não lesar a ninguém, sendo decorrente do poder de império da sociedade política (*alterum non laedere*), circunstância evidente do próprio Estado, não sendo por ninguém contestado pela própria necessidade de restabelecimento da ordem e da paz social.

Os fins sociais se voltam para a maior sociabilidade do próprio homem exigindo que se dê a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*).

Os fins jurídicos se destacam pela importância ao estabelecer o valor último do homem e da sociedade: viver honestamente (*honeste vivere*). É o objetivo mais importante da jurisdição. Criação de consciência política pelos próprios fins da jurisdição: políticos, sociais e jurídicos.

As garantias da Magistratura na verdade são garantias do próprio cidadão que confia na magistratura imparcial e independente.

A **vitaliciedade** consiste na impossibilidade de perda do cargo decorrente de injunções políticas, assegurando a imparcialidade e a independência, **estando prevista no inciso I, do artigo 95**, da Constituição Federal. É garantia constitucional.

É adquirida após dois anos de efetivo exercício da Magistratura, para o Juiz de Carreira e no 2º Grau, a partir da posse dos membros oriundos do quinto constitucional (Ministério Público e Advocacia).

Durante o período aquisitivo de dois anos a perda do cargo depende de deliberação administrativa do Tribunal a que o Juiz estiver vinculado. A vitaliciedade só se perde por sentença judicial com trânsito em julgado, garantido o devido processo legal que inclui o contraditório e a ampla de-

fesa. A decisão deve ser motivada e exige votação qualificada, ou seja, de 2/3 dos Membros do Tribunal (Artigo 93, VIII, da Constituição Federal).

Os Membros do Ministério Público têm também a garantia da vitaliciedade. É Instituição permanente, essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não podendo ficar à mercê de injunções de qualquer ordem (Artigos 127 e 128, inciso I, § 5º, “a”, da Constituição Federal).

O **impeachment** não é possível no nosso sistema, porque envolve sempre injunções políticas e como tal se torna incompatível com a função, porque sujeita o Juiz a um juízo político, com procedimento e julgamento pelo Poder Legislativo. O impeachment não condiz com a própria idéia de jurisdição, sempre avessa às injunções de circunstâncias, tornando instável a função judicante, excetuando-se o STF.

### **Proposição:**

*É inviável o impeachment no nosso sistema, não sendo da nossa tradição e cultura, porque expõe o Juiz a julgamento político.*

### **IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS:**

A **irredutibilidade de vencimentos** vem prevista no inciso III, do artigo 95, da Constituição Federal, sendo tradicionalmente aceita para afirmar a independência do Juiz frente ao Poder Executivo.

Constitui idêntica garantia do Ministério Público (Artigo 128, I, § 5º, “c”, da Constituição Federal), sendo estendida aos servidores em geral (Artigo 37, XV, da Constituição Federal) e trabalhadores urbanos e rurais (Artigo 7º, V, da Constituição Federal). Com a chamada Reforma Constitucional Administrativa, na qual fixou-se um teto salarial - subsídio poderá ocorrer na prática a irredutibilidade de vencimentos consoante o valor a ser firmado, que se encontra em fase de elaboração.

### **Proposição:**

*A irredutibilidade de vencimentos não pode ser afetada pelo teto fixado na Emenda Constitucional 19/98, mas, equacionada de acordo com padrão de subsídio compatível com a dignidade do cargo.*

## INAMOVIBILIDADE:

A **inamovibilidade** tem por finalidade tutelar a postura de independência ética, moral e social do Magistrado (Artigo 95, II, da Constituição Federal), estando prevista também para o Ministério Público (Artigo 128, I, § 5º, “b”, da Constituição Federal).

Entretanto admite exceção (Artigo 93, VIII, da Constituição Federal) por motivo de interesse público e não fere o princípio a promoção uma vez aceita, a mudança ou extinção do Juízo e a remoção a pedido.

Estas garantias são conhecidas como predicados da Magistratura, objetivando a proteção funcional do Juiz porque essenciais à imparcialidade e a independência ética, social e econômica no exercício do cargo. Garantia aos Membros da Magistratura de predicamentos indissociáveis de seu destino constitucional de instrumento do Estado de Direito e do exercício da Cidadania: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

As garantias da Magistratura, na verdade, são garantias do próprio cidadão que confia em Juízes independentes e imparciais.

### **Proposição:**

*A inamovibilidade só pode ser quebrada pelo interesse público, assim declarado, por 2/3 dos Membros do Órgão Especial do Tribunal a que estiver afeto o Juiz..*

## GARANTIAS RELATIVAS:

Estas garantias são estabelecidas para a proteção do Magistrado na inatividade.

A aposentadoria com vencimentos integrais vem prevista no artigo 93, VI, da Constituição Federal.

A aposentadoria é compulsória aos 70 anos de idade, podendo ser voluntária ou compulsória por invalidez. É voluntária aos 30 anos de serviço, após 5 anos de exercício efetivo na Magistratura.

A aposentadoria com vencimentos proporcionais ocorre quando há manifesta negligência no cumprimento dos deveres do cargo, quando há procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; quando há escassa ou insuficiente capacidade de trabalho,



ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário (Artigo 56, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Código de Organização Judiciária da União, Códigos de Organização Judiciária dos Estados).

É evidente que estas razões têm por fundamento a prevalência do interesse público. As garantias e predicamentos devem alcançar também as pessoas exercentes dos cargos, o que implica na manutenção de condições de sobrevivência compatível após o período de atividade.

#### DISPONIBILIDADE:

A disponibilidade ou afastamento do cargo vem prevista na Constituição Federal, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e nos Códigos de Organização Judiciária, estando sujeita aos procedimentos e formalidades constitucionais e processuais.

#### PERDA DO CARGO:

A perda do cargo depende da observância da garantia do princípio constitucional do devido processo legal, exigindo o quorum qualificado de 2/3 dos Membros do Tribunal, com decisão motivada (Artigo 93, IX, da Constituição Federal) e isto porque todas as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas e fundamentadas.

As garantias constitucionais dos Magistrados se estendem ao Ministério Público.

#### **Proposição:**

*A perda do cargo está afeta à decisão do Órgão Especial do Tribunal a que estiver subordinado o Juiz, excluída qualquer idéia de intervenção de órgãos externos.*

### **3. Impedimentos Constitucionais Funcionais da Magistratura**

Os impedimentos decorrem (Artigo 95, parágrafo único, da Constituição Federal) dos princípios da independência e imparcialidade, porque os poderes são harmônicos e independentes, entre si (Artigo 2º, da Cons-

tituição Federal).

As garantias têm por finalidade a independência dos Magistrados no exercício da função.

Os objetivos dos impedimentos asseguram a imparcialidade, essência da função jurisdicional.

É vedado ao Juiz , ainda que em disponibilidade, exercer outro cargo ou função, salvo um cargo de magistério.

É vedado ao Juiz receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo.

É vedado ao Juiz dedicar-se a atividade político-partidária.

Em caso de desrespeito às proibições ocorrerá a perda do cargo; podendo haver responsabilidade penal no casos de peculato (Artigo 312, do Código Penal) ou concussão (Artigo 316, do Código Penal) e ocorrer, ainda, responsabilidade civil.

**Proposição:**

*Os impedimentos são necessários para o bom desempenho da Justiça, caracterizando sempre a segurança de imparcialidade e de julgamento justo. ◆*

# Garantías e Impedimentos Constitucionales Funcionales de la Magistratura

**Min. Luis Alberto Absi**

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones, República Argentina

Inicialmente se debe destacar que la Nación Argentina adoptó para su gobierno la forma Representativa, Republicana y Federal; como consecuencia de dicho carácter federal coexisten en el país un Poder Judicial Federal, veintitrés Poderes Judiciales Provinciales correspondientes a cada una de las Provincias existentes en el territorio nacional y un Poder Judicial que desarrolla sus actividades en la hoy ciudad autónoma de Buenos Aires; por la misma razón la Constitución Nacional en su artículo 5° dispone que: “Cada Provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema Representativo, Republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que aseguren su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno Federal, garante a cada Provincia el goce y el ejercicio de sus instituciones”.

A título simplemente ilustrativo, se señala que el Poder Judicial Federal también está presente prácticamente en todas las provincias con la presencia de sus tribunales que tienen una competencia específica otorgada por la ley generalmente atribuidas a todas las causas en las que la Nación o alguno de sus organismos son partes en ellas.

Por lo precedentemente expuesto en el desarrollo del tema que se nos asignó se analizará cuáles son las garantías e impedimentos constitucionales funcionales de la magistratura en el Poder Judicial de la Nación y en cada uno de los respectivos Poderes Judiciales Provinciales, no sin antes aclarar

que en el Poder Judicial de la Nación por no haberse puesto en funcionamiento hasta el día de hoy el Consejo de la Magistratura, todo lo relativo a los temas señalados en lo pertinente serán analizados conforme al texto Constitucional anterior a la reforma del 22 de agosto de 1994.

## **Garantías Constitucionales de la Magistratura**

Analizaremos a continuación las garantías constitucionales más importantes que poseen los magistrados Judiciales en la República Argentina.

### **1. Monopolio Judicial**

Se atribuyen al Poder Judicial en forma exclusiva y excluyente la función de administrar justicia en forma permanente; ello implica en sentido negativo que dicha exclusividad excluye la administración de justicia por otros órganos y consecuentemente supone la ilegalidad: a) de los Tribunales excepcionales; b) de las funciones judiciales por otros Poderes del Gobierno y c) de las funciones judiciales de las comisiones investigadoras parlamentarias.

Desde otro ángulo la garantía del monopolio judicial implica la noción de unidad de jurisdicción y la aplicación del principio del juez natural. La Constitución nacional adoptó esta garantía consagrando el concepto de juez natural (artículo 18: “Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por ley antes del hecho de la causa...”) y prohibiendo específicamente al Poder Ejecutivo a ejercer funciones judiciales (Artículo 109: “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”).

No obstante lo expuesto precedentemente la propia Constitución Nacional establece algunas excepciones a la garantía del monopolio judicial. Las principales son: **a)** la amnistía es atribución del Congreso Nacional (artículo 75 inciso 20); **b)** el indulto o la conmutación de pena son facultades exclusivas del Presidente de la Nación (artículo 99 inciso 5°) y **c)** el establecimiento de la justicia militar.

La presente garantía del monopolio judicial se encuentra también establecida en forma genérica en todas las Constituciones Provinciales

cuando detallan las atribuciones de sus respectivos Poderes Judiciales. El límite impuesto para la presentación de este trabajo impiden la transcripción del articulado de dichas Constituciones; por ello simplemente se indicarán los correspondientes artículos para facilitar la tarea a quienes pretenden profundizar sobre este tema.

BUENOS AIRES: artículos 203 a 210.  
CATAMARCA: artículos 203 a 210.  
CORRIENTES: artículos 145 a 151.  
CÓRDOBA: artículos 160 y 164/166.  
CHACO: artículos 161/164.  
CHUBUT: artículos 162, 178/179.  
ENTRE RÍOS: artículos 165 a 168.  
FORMOSA: artículo 167.  
JUJUY: artículos 163 a 167.  
LA PAMPA: artículos 96 y 97.  
LA RIOJA: artículos 140 a 142.  
MENDOZA: artículos 144 y 145.  
MISIONES: artículos 144 a 146.  
NEUQUEN: artículos 167 a 170.  
RÍO NEGRO: artículos 196 y 206.  
SALTA: artículos 150 y 153.  
SANTA CRUZ: artículos 131 a 133.  
SANTIAGO DEL ESTERO: artículos 174 a 177.  
SANTA FE: artículos 92 a 94.  
SAN LUIS: artículos 189 y 213/214.  
SAN JUAN: artículos 207 a 210.  
TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR: artículos 154 a 159.  
TUCUMÁN: artículos 106 a 108.

## **2. Inamovilidad**

La inamovilidad de los magistrados del Poder Judicial es una de las garantías más antiguas de la independencia de dicho Poder. La inamovilidad ampara a los magistrados contra la remoción arbitraria y resguarda también la sede y el grado. Un juez inamovible sin su consentimiento no puede ser

trasladado, ni cambiado de instancia; y ello es así porque su nombramiento lo es para un cargo judicial determinado, y ese status no puede ser alterado sin su voluntad.

Esta garantía es, sin embargo, condicional: se halla sujeta a la exigencia de la buena conducta de los jueces amparados, puesto que, la “mala conducta”, en términos genéricos constituyen causal de juicio político y posterior remoción de los magistrados judiciales.

A pesar de lo claro y expreso de esta garantía, numerosos mecanismos fueron utilizados, tanto por el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo para atentar contra la inamovilidad de los jueces, con el agravante de que muchas veces la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló en sus fallos estos atentados ya que su jurisprudencia ha sido fluctuante según las circunstancias políticas. El estudio y análisis de dichos atentados justifica una investigación por separado; por ello en este trabajo nos limitaremos a señalar dos de los procedimientos que se utilizaron con mayor frecuencia. El primero de ellos consiste en la destitución de los jueces por los “gobiernos de facto”; en numerosas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado históricamente esta facultad de los gobiernos de hecho argumentando que “si el gobierno de facto pudo destituir al Presidente, Vicepresidente y a los Legisladores, también puede separar a los jueces de su cargos”. El caso más antiguo es “AVELLANEDA HUERGO” de 1935 (Fallos 172:344). El segundo medio empleado, también por los gobiernos de facto ha sido la “declaración en comisión de los jueces” creándose el problema del “nuevo acuerdo” Senatorial una vez reinstalado el gobierno ordinario. Aquí la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha consentido el desplazamiento de los jueces cuyo acuerdo no fue renovado por el gobierno de iure; el primer pronunciamiento importante de la Corte en este aspecto fue en el caso “SAGASTA”, de 1958 (fallos 241:50).

La garantía de inamovilidad fue receptuada en la Constitución Nacional como así también en las Constituciones Provinciales, conforme al detalle que ha continuación se señala:

NACIÓN: artículo 110: “Los jueces de la Corte Suprema y de los Tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta...”.

BUENOS AIRES: artículo 166: “Los jueces letrados y el procurador de la Suprema Corte de Justicia conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta”.

CATAMARCA: artículo 195: “... Los magistrados e integrantes del Ministerio Público son inamovibles mientras dure su buena conducta...”.

CORRIENTES: artículo 143: “Los Miembros del Superior Tribunal de Justicia, jueces de Cámara, jueces de Primera Instancia y funcionarios del Ministerio Público conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta...”.

CÓRDOBA: artículo 154: “Los magistrados y funcionarios judiciales son inamovibles y conservan sus cargos mientras dure su buena conducta...”.

CHACO: artículo 154: “Los magistrados y los representantes del Ministerio Público conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta...”.

CHUBUT: artículo 165: “Los Ministros del Superior Tribunal de Justicia, los demás magistrados judiciales, el Procurador General, el defensor general, los fiscales y los defensores son inamovibles en las condiciones prescriptas por esta Constitución y mientras dure su aptitud y buena conducta.”.

ENTRE RÍOS: artículo 150 y 155: “Los miembros del Superior Tribunal de Justicia y los funcionarios letrados de la administración de justicia serán inamovibles mientras dure su buena conducta”.

FORMOSA: artículos 163 y 164: “Los Ministros del Superior Tribunal de Justicia y sus miembros, el Procurador General, los jueces letrados, fiscales y defensores son inamovibles mientras dure su buena conducta”.

JUJUY: artículo 171: “Los magistrados y funcionarios del Ministerio Público conservaran sus cargos mientras dure su buena conducta”.

LA PAMPA: artículo 93: “Los magistrados y representantes del Ministerio Público son inamovibles y conservarán sus cargos mientras observen buena conducta y cumplan con sus obligaciones”.

LA RIOJA: artículo 130: “los magistrados y miembros del ministerio publico gozaran de la inamovilidad que comprende el grado y la sede no pudiendo ser trasladados y ascendidos sin su consentimiento.”

MENDOZA: artículos 150 y 151: “Los miembros de la Suprema Corte, Procurador de ella, miembros de las Cámaras de Apelaciones, jueces, fiscales y defensores serán inamovibles mientras dure su buena conducta”.

MISIONES: artículo 140: “Los magistrados del Superior Tribunal de Justicia y de los Tribunales Inferiores así como los funcionarios judiciales que requieran acuerdo legislativo para su designación, son inamovibles y conservarán sus respectivos cargos mientras observen buena conducta y cumplan con sus obligaciones”.

NEUQUEN: artículo 153: “Los magistrados judiciales y los funcionarios del Ministerio Público...serán inamovibles mientras dure su buena conducta y no podrán ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento”.

RÍO NEGRO: artículo 199: “Los magistrados y funcionarios son inamovibles”.

SALTA: artículo 156: “Los jueces de la Corte de Justicia son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado...duran seis años en sus funciones pudiendo ser nombrados nuevamente. Los demás jueces...son inamovibles en sus cargos mientras dure su buena conducta y desempeño. La inamovilidad cesa en el momento en que el magistrado pueda obtener su jubilación. En este último caso un nuevo nombramiento del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado ..., será necesario para mantener en el cargo a estos magistrados por un período de cinco años. Tal designación podrá repetirse por el mismo trámite”.

SANTA CRUZ: artículo 128: “Los Miembros del Superior Tribunal de Justicia durarán en su cargo mientras dure su buena conducta”. “Los requisitos para los jueces inferiores y demás funcionarios se fijarán en la respectiva ley orgánica” (artículo 127 inc. 3).

SANTIAGO DEL ESTERO: artículo 164: “Los magistrados y representantes del Ministerio Público son inamovibles y conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta y observen fiel desempeño de sus funciones”.

SANTA FE: artículo 88: “Los magistrados y funcionarios del Ministerio Público son inamovibles mientras conserven su idoneidad física, intelectual y moral y el buen desempeño de sus funciones. Cesa su inamovilidad a los sesenta y cinco años de edad si están en condiciones de obtener jubilación ordinaria. No pueden ser ascendidos ni trasladados sin su consentimiento previo”.

SAN LUIS: artículo 201: “Los magistrados y representantes del Ministerio Público son inamovibles y conservan sus cargos mientras dure su buena conducta y observen fiel cumplimiento de sus funciones. La inamovilidad comprende el grado y la sede. No pueden ser trasladados sin su consentimiento...”.

SAN JUAN: artículo 200: “Los magistrados y representantes del Ministerio Público conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta y cumplan las obligaciones legales conforme al as disposiciones de esta Constitución”.



TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR: artículo 144: “Los Miembros del Superior Tribunal de Justicia, los demás magistrados y los funcionarios de los Ministerios Públicos serán inamovibles mientras dure su buena conducta. No podrán ser ascendidos ni traslado sin su consentimiento”.

TUCUMÁN: artículo 98: “Los jueces de Corte y demás Tribunales inferiores, los representantes del Ministerio Fiscal y del Pupilar; permanecerán en sus cargos mientras dure su buena conducta”.

### 3. Intangibilidad Salarial

Esta garantía junto a la de la inamovilidad, constituyen en mi opinión, los presupuestos básicos de la independencia del Poder Judicial ya que fueron pensados para evitar la sumisión de este Poder a los otros órganos del Estado y asegurar de esa manera el buen funcionamiento de la administración de justicia. Sobre el particular el artículo 110 (ex artículo 96) establece que: “Los jueces de la Corte Suprema y de los Tribunales Inferiores de la Nación...recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida de manera alguna mientras permaneciesen en sus funciones”.

No obstante la claridad del texto constitucional citado se ha producido un rico debate doctrinal y jurisprudencial en torno al funcionamiento de esta garantía constitucional respecto a los siguientes temas: impuestos; tasas y contribuciones de mejoras y aportes jubilatorios; brevemente nos referiremos a cada uno de ellos.

A) **Impuestos:** En esta materia la mayoría de la Doctrina Nacional,- a la cual adherimos-, y algún fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación distingue según que el impuesto grave al salario (ganancias, ingresos brutos) de aquel cuya materia imponible no se encuentre vinculada directamente a la remuneración (impuestos a los capitales, sellos, transferencia, inmobiliario, automotores etc) para el primer supuesto se ha resuelto que la prohibición constitucional impide de cualquier modo gravar la remuneración de los magistrados ya que este tipo de impuesto importa una concreta disminución del salario (Conforme Corte Suprema de Justicia de la Nación FALLOS, 176:73; Eduardo Fernando Luna “La intangibilidad de las remuneraciones de los jueces” artículo publicado en el libro “El Poder Judicial”, Editorial De Palma, año 1989). Para el segundo supuesto se ha sostenido que corres-

ponde que los jueces paguen del mismo modo que cualquier otro ciudadano ya que la materia imponible no esta ligada directamente a la remuneración.

**B) Tasas y contribuciones de mejoras:** consideramos que las tasas retributivas de servicios públicos, como asimismo las contribuciones de mejoras a la propiedad inmueble tampoco están alcanzadas por la garantía de intangibilidad y en consecuencia, los jueces están obligados a pagarlos.

**C) Aportes jubilatorios:** En este tema la opinión mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia nacional,- a la cual adherimos -, resolvió que “el sometimiento de los jueces a un sistema previsional obligatorio resulta violatorio de la garantía de intangibilidad en sus remuneraciones, porque ello implica una disminución efectiva en el valor de sus retribuciones.

En lo que respecta a las disposiciones obrantes en la Constituciones Provinciales, tal como se advertirá al analizar los enunciados de las mismas que a continuación se detallarán, muchas de ellas han impuesto importantes restricciones a esta garantía en cuanto preveen la reducción o afectación de las remuneraciones por motivos de leyes de carácter general y transitorio (Santa Fe, artículo 88 y Catamarca, artículo 197); “con fines de previsión o con carácter general (Chaco, artículo 160) ; “Sujeta a los impuestos y contribuciones generales” (La Pampa, artículo 86); “Por leyes de carácter General, extensiva a todos los Poderes del Estado” (Salta, artículo 154); “Con fines de previsión u obra social” (Córdoba, art. 154).

CATAMARCA: artículo 197 y 198: “Los miembros del Poder Judicial percibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y no podrá ser disminuida mientras permanecieran en sus funciones sino por disposiciones legales de carácter general y transitorio extensiva a todos los Poderes.” “Los sueldos de los Ministros de la Corte no podrán ser nunca inferiores a la retribución que, por cualquier concepto o denominación que se le de, perciban los Ministros del Poder Ejecutivo, ni entre los mismos y los demás magistrados inferiores y entre estos y los jueces la diferencia de remuneración no podrá ser superior al diez por ciento”.

CORRIENTES: artículo 143: “Los miembros del Superior Tribunal de Justicia, los jueces de Cámara, jueces de Primera Instancia y funcionarios del Ministerio Público...reciben por sus servicios una compensación que debe determinar la ley, la que no puede ser disminuida en manera alguna mientras permanecieren en sus funciones y es abonada en épocas fijas. La retribución de los miembros del Superior Tribunal de Justicia no puede ser, inferior a la que perciban los Ministros Secretarios del Poder Ejecutivo”.

CORDOBA: artículo 154: “Los magistrados y funcionarios judiciales...reciben por sus servicios una compensación mensual que determina la ley y que no puede ser disminuida por acto de autoridad o con descuentos que no sean los que aquella disponga con fines de previsión u obra social”.

CHACO: artículo 154: “Los magistrados y los representantes del Ministerio Público...su retribución será establecida por ley y no podrá ser disminuida con descuentos que no sean los que se dispusieren con fines previsionales, tributarios o con carácter general”.

CHUBUT: artículo 170: “Los magistrados y funcionarios designados con acuerdo de la Legislatura y los secretarios letrados tienen asignaciones fijas pagadas mensualmente, las que no pueden ser demoradas ni reducidas durante el desempeño de sus funciones por acto de autoridad, pero están sujetas a los aportes previsionales y de la seguridad social, a los tributos en general y a las disminuciones que se dispongan por leyes de carácter general y transitorio extensivas a todos los Poderes del estado, en el marco del ejercicio de poderes emergenciales...”.

ENTRE RIOS: artículo 156: “Los funcionarios judiciales y letrados, percibirán por sus servicios, una compensación que determinará la ley, la cual será pagada en época fija y no podrá ser disminuida mientras permaneciesen en sus funciones”.

FORMOSA: artículo 170: “Los magistrados judiciales...gozarán durante el desempeño de su cargo de un sueldo que no podrá ser disminuido en ningún concepto”.

JUJUY: artículo 170 inciso 5º: “Mientras permanezcan en sus funciones, la retribución de los magistrados, funcionarios y jueces de Paz no podrá ser disminuida, excepto por los aportes de la seguridad social”.

LA PAMPA: artículo 93: para “Los magistrados y representantes del Ministerio Público...su remuneración no podrá ser disminuida mientras duren en sus funciones, pero estará sujeta a los impuestos y contribuciones generales”.

LA RIOJA: artículo 130: para “Los magistrados y miembros del Ministerio Público...sus retribuciones serán establecidas por ley y no podrán ser disminuidas con descuentos que no sean los que dispusieren con fines de previsión o con carácter general”.

MENDOZA: artículos 150 y 151: “ Los miembros de la Suprema Corte, Procurados de ella, miembros de las Cámaras de Apelaciones, jueces, fiscales y defensores...gozarán de una compensación pecuniaria que no

podrían disminuirseles”.

MISIONES: artículo 140: “Los magistrados del Superior Tribunal de Justicia y de los Tribunales inferiores, así como los funcionarios judiciales que requieran acuerdo Legislativo para su designación...su retribución será establecida por ley y no podrá ser disminuida”.

NEUQUEN: artículo 153: “Los magistrados judiciales y los funcionarios de los Ministerios Públicos...recibirán por sus servicios una retribución que será fijada por ley, no pudiendo la misma ser disminuida mientras permanezcan en sus funciones”.

RIO NEGRO: artículo 199 inciso 4º: “Los magistrados y funcionarios judiciales...no es disminuida la remuneración mensual con que son retribuidos, la que deberá mantener su valor económico pero sujeta a los aportes previsionales y a los impuestos y contribuciones generales...”.

SALTA: artículo 161: “Los jueces gozan de las mismas inmunidades que los miembros del Poder Legislativo y su retribución no puede ser suspendida ni disminuida sino por leyes de carácter general, extensivas a todos los Poderes del estado”.

SANTA CRUZ: artículo 128: “Los miembros del Tribunal Superior de Justicia...recibirán por sus servicios una retribución que determinará la ley y no podrá ser disminuida mientras duren en sus funciones”.

SANTIAGO DEL ESTERO: artículo 164: para “Los magistrados y representantes del Ministerio Público... su retribución será establecida por ley, pero en ningún caso un miembro del Superior Tribunal de Justicia cobrará una retribución inferior a la que perciba por todo concepto un legislador provincial. Dicha remuneración deberá ser abonada en época fija y no podrá ser disminuida en manera alguna mientras permanezca en sus funciones”.

SANTA FE: artículo 88: “Los magistrados y funcionarios del Ministerio Público...perciben por sus servicios una retribución que no puede ser suspendida ni disminuida sino por leyes de carácter general y transitorio, extensiva a todos los Poderes del estado”.

SAN LUIS: artículo 192: “Los magistrados judiciales gozan de una retribución mensual y, no pueden ser disminuida salvo los descuentos previsionales y de carácter general, mientras permanezcan en sus funciones. La retribución es establecida por ley y en ningún caso, un miembro del Superior Tribunal de Justicia, cobra una retribución inferior a la que percibe el funcionario mejor remunerado del estado provincial, salvo el titular del Poder Ejecutivo”.

SAN JUAN: artículo 200: para “Los magistrados y representantes del Ministerio Público sus retribuciones serán establecidas por ley y no pueden ser disminuidas por descuentos que no sean lo que aquella dispusiera con fines de previsión o de carácter general...”.

TIERRA DEL FUEGO, ANTARTIDA E ISLAS DEL ATLANTICO SUR: artículo 144:; “Los miembros del Superior Tribunal de Justicia, los demás magistrados y los funcionarios del Ministerio Público...recibirán por sus servicios una retribución que fijará el Superior tribunal de Justicia, la que no podrá ser disminuida mientras permanezcan en sus funciones”.

TUCUMAN: artículo 101: “Los jueces de la Corte Suprema y demás funcionarios judiciales...recibirán una compensación por sus servicios, la que por ningún motivo podrá ser disminuida mientras permanezca en sus funciones. El retardo en hacer efectiva la compensación implica disminución de la misma”.

#### **4. Impedimentos Constitucionales de la Magistratura**

Curiosamente la Constitución Nacional contiene un solo artículo referente a este tema; las constituciones provinciales como se detallará más adelante son más ricas en esta materia. La Carta Magna Nacional establece como única incompatibilidad en su artículo 34 lo siguiente: “Los jueces de las Cortes Federales no podrán serlo al mismo tiempo de los tribunales de Provincia, ni el servicio federal, tanto en lo civil como en lo militar da residencia en la provincia en que se ejerza, y en que no sea la del domicilio habitual del empleado, entendiéndose esto para los efectos de optar a empleos en la provincia en que accidentalmente se encuentren”. No obstante lo expuesto tanto en la Nación como en las Provincias que no establecieron en sus respectivas constituciones impedimentos o prohibiciones, las respectivas leyes orgánicas o especiales han determinado la incompatibilidad de otras actividades con el ejercicio de la función judicial; en general se prescribió que los jueces no pueden desarrollar actividades políticas, administrativas, comerciales, profesionales, ni tener empleos públicos o privados. Por excepción, pueden ejercer la docencia universitaria y realizar tareas de investigación y de estudio. Detallaremos a continuación las normas obrantes en las Constituciones de las provincias Argentinas con excepción de las de Buenos Aires, Chaco y Misiones que ha diferencia de las demás reglaron este tema en sus respectivas leyes orgánicas:

CATAMARCA: artículo 202: “Ningún miembro del Poder Judicial podrá intervenir en política, frecuentar en casa de juego o de dudosa moralidad, firmar programas, exposiciones, proclamas, protestas u otros documentos de carácter partidario, ni ejecutar acto alguno que comprometa la imparcialidad y dignidad de su cargo”.

CORRIENTES: artículos 148 y 149: “Los jueces o funcionarios judiciales, no podrán intervenir en política; tener participación en la dirección o redacción de periódicos que traten de ella; firmar programas, exposiciones, protestas u otros documentos de carácter político, ni ejecutar o consentir acto alguno que importe su participación en política, directa o indirectamente.” “Ningún magistrado o funcionario del Ministerio Público puede ejercer dentro o fuera de la provincia profesión o empleo alguno, con excepción del profesorado universitario”.

CORDOBA: artículo 156: “Los magistrados y funcionarios judiciales no pueden participar en política, ni ejercer profesión o empleo, con excepción de la docencia o la investigación, de acuerdo con las condiciones que establezcan la reglamentación, ni ejecutar acto alguno que comprometa la imparcialidad de sus funciones”.

CHUBUT: artículos 174 y 180: “Ningún magistrado o funcionario perteneciente al Poder Judicial puede intervenir en acto alguno de propaganda electoral o política ni ejercer empleo público o comisión de carácter político nacional o provincial, quedándole prohibido litigar en cualquier jurisdicción, salvo causa propia o aquellas en que sean parte sus parientes hasta el cuarto grado civil. Los que lo hagan, incurren en falta grave a los efectos de su enjuiciamiento y remoción.” “Los parientes o afines dentro del cuarto grado civil no pueden ser simultáneamente miembros en un mismo tribunal colegiado o jueces y titulares del Ministerio Público que actúan ante ellos, ni conocer los nombrados magistrados y funcionarios en asuntos que hayan resuelto como jueces o actuado como fiscales sus parientes o afines dentro de dicho grado”.

ENTRE RIOS: artículos 157 Y 161: “Los funcionarios judiciales y los empleados de la justicia no podrán formar parte de corporación o centro político, inmiscuirse en grado o en forma laguna, en actividades políticas, ni podrán ejercer su profesión en ningún foro ni ante ningún tribunal. La violación de estas normas implicará una falta grave a los efectos de su enjuiciamiento en la forma prevista en esta constitución.” “No podrán ser simultáneamente miembros del Superior Tribunal los parientes o afines

dentro del cuarto grado civil, ni conocer en asuntos que hayan resuelto como jueces, parientes o afines dentro de dicho grado. En caso de parentesco sobreviviente, el que lo causare, abandonará el cargo”.

FORMOSA: artículos 169 y 170: “Ningún miembro del Poder Judicial podrá actuar o intervenir en forma directa y ostensible en política.” “Los magistrados judiciales no podrán ejercer profesión o empleo alguno, salvo la docencia superior...”.

JUJUY: artículo 162: “IMPEDIMENTOS: 1) No podrán ser magistrados, funcionarios o empleados judiciales quienes hubieren sido condenados por un delito doloso. 2) No podrán desempeñarse en el Poder Judicial los magistrados y los funcionarios que hubieren sido removidos o se apartaren del juramento de obrar de acuerdo con el orden constitucional y de defender sus instituciones. 3) No pueden ser simultáneamente jueces del Superior Tribunal de Justicia y Fiscal General, ni miembros de un mismo tribunal inferior, los cónyuges y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o de afinidad o por adopción. 4) Tampoco pueden conocer en asuntos que hubiesen sido resueltos por jueces con quienes tuvieren el mismo grado de parentesco”.

LA PAMPA: artículo 94: “Los integrantes del Poder Judicial no podrán participar en organizaciones ni actividades políticas, ni ejercer su profesión o desempeñar empleos, funciones u otras actividades dentro o fuera de la Provincia, excepto la docencia”.

LA RIOJA: artículo 139: “Sin perjuicio de las demás incompatibilidades que surjan de esta constitución y de la naturaleza de la función judicial, a los magistrados y miembros del Ministerio Público les está prohibido participar en organizaciones o actividades políticas, ejercer su profesión, exceptuándose los casos en que actúen por derecho propio, desempeñar empleos, funciones u otras actividades dentro o fuera de la Provincia con excepción de la docencia o ejecutar actos que comprometan su imparcialidad”.

MENDOZA: artículo 169: “No podrán los funcionarios judiciales intervenir en política en forma alguna, directa ni indirectamente, salvo la emisión del voto, ni ejecutar o participar en actos que afecten su circunspección y la imparcialidad de sus funciones o las menoscaben en público o en privado del buen concepto que debe rodear su persona y el cargo que desempeñan”.

NEUQUEN: artículos 157 y 158: “Los jueces y demás funcionarios del Poder Judicial no podrán intervenir directa ni indirectamente en políti-

ca, ni ejecutar actos semejantes que comprometan la imparcialidad en sus funciones. No podrán tampoco ejercer otros empleos públicos o privados o comisión de carácter político nacional o provincial, ni el comercio; no podrán litigar por sí o por interpósita persona en ninguna jurisdicción, salvo que se tratare de la defensa de sus intereses personales, de los de sus cónyuges o de sus hijos menores.” “No podrán ser simultáneamente miembros del Tribunal Superior de Justicia los parientes o afines dentro del cuarto grado civil; en caso de parentesco sobreviniente abandonará el cargo el que lo hubiere causado. Tampoco podrán conocer en asuntos que hayan resuelto, en instancia inferior, parientes o afines dentro del mismo grado”.

RIO NEGRO: artículo 201: “Es prohibido a los magistrados y funcionarios judiciales: 1) Realizar actos que comprometan la imparcialidad de sus funciones. 2) Participar en política partidaria. 3) Ejercer profesión o empleo, con excepción de la docencia o investigación según la reglamentación”.

SALTA: artículo 155: “Los jueces y secretarios no pueden realizar actividad política partidaria. Tampoco pueden ejercer profesión, empleo ni actividad con fines de lucro, salvo la docencia, las comisiones de carácter honorario, técnicas y transitorias que les encomienden los poderes públicos nacionales, provinciales o municipales, y la defensa en juicio de derechos propios”.

SANTA CRUZ: artículo 130: “Ningún miembro del Poder Judicial podrá actuar en política, afiliarse a partidos, o ejercer dentro o fuera de la Provincia profesión o empleo alguno salvo la docencia”.

SANTIAGO DEL ESTERO: artículos 170 y 172: “No podrán ser simultáneamente miembros del Superior Tribunal de Justicia ni de las Cámaras, los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y en caso de parentesco sobreviniente, el que lo causare abandonará el cargo. Tampoco podrá conocer en asuntos que hayan sido resueltos por jueces o conjuces con quienes estuvieran ligados por el parentesco antedicho.” “Prohíbese a los jueces y demás miembros del Poder Judicial intervenir en política de cualquier modo salvo la emisión del voto, practicar juegos de azar o concurrir a los locales exclusivamente destinados a ello, o ejecutar acto alguno que comprometa la imparcialidad y la dignidad del cargo. El quebrantamiento de esta prohibición se considerará caso flagrante de mal desempeño que les hará pasible de enjuiciamiento”.

SANTA FE: artículo 89: “Los miembros del Poder Judicial no pueden actuar de manera alguna en política. Los magistrados y funcionarios



no pueden ejercer profesión o empleo alguno, salvo la docencia en materia jurídica, las comisiones de carácter honorario, técnico y transitorio que les encomienden la nación, la Provincia o los municipios, y la defensa en juicio de derechos propios, de su cónyuge o de sus hijos menores. La ley determinará las incompatibilidades de los empleados”.

SAN LUIS: artículos 193 y 194: “Prohíbese a los jueces y demás miembros del Poder Judicial intervenir en política de cualquier modo salvo la emisión del voto; practicar juegos de azar o concurrir a locales exclusivamente destinados a ello, o ejecutar acto alguno que comprometa la imparcialidad y la dignidad del cargo. El quebrantamiento de esta prohibición se considera caso flagrante de mal desempeño que los hace pasibles de enjuiciamiento.” “No pueden ser simultáneamente miembros del Superior Tribunal de Justicia ni de las Cámaras, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y, en caso de parentesco sobreviniente el que lo cause abandona el cargo. Tampoco pueden conocer en asuntos que hayan sido resueltos por jueces o conjueces con quienes estuvieran ligados por el parentesco antedicho”.

SAN JUAN: artículo 205: “Los magistrados e integrantes del Ministerio Público no pueden participar en organizaciones ni actividades políticas, ni ejercer su profesión o desempeñar empleos, funciones y otras actividades dentro o fuera de la provincia, exceptuándose la docencia universitaria”.

TIERRA DEL FUEGO, ANTARTIDA E ISLAS DEL ATLANTICO SUR: artículos 148, 149, 150 y 204: “Los magistrados y funcionarios del Poder Judicial no podrán intervenir en actividades políticas, ni realizar actos que comprometan la imparcialidad con que deben actuar en el cumplimiento de sus funciones. No podrán desempeñar otros empleos públicos o privados salvo la docencia, ni ejercer profesión, comercio o industria, o comisión de carácter político nacional, provincial o municipal. Les está igualmente prohibido litigar por sí o por interpósita persona en cualquier jurisdicción.” “Los miembros del Superior Tribunal de Justicia y de otros cuerpos colegiados, como asimismo los funcionarios de los ministerios públicos que se desempeñen ante ellos y sus secretarios, no podrán ser entre sí cónyuges ni parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o el segundo por afinidad. En caso de parentesco sobreviniente, abandonará el cargo el que lo hubiera causado. Ningún magistrado o funcionario podrá intervenir en asuntos en que hayan conocido en instancia inferior su cónyuge o parientes dentro del mismo grado.” “Están inhabilitadas para formar parte del Poder Judicial en

cargo alguno las personas comprendidas en el artículo 204.” “Están inhabilitadas para desempeñar cargos públicos electivos: 1- los miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad en actividad. 2- los fallidos, hasta tanto no sean rehabilitados. 3- los deudores del Fisco condenados judicialmente al pago, en tanto éste no sea satisfecho. 4- los condenados por delitos dolosos con pena privativa de la libertad. 5- los encuadrados en el segundo y tercer párrafo del artículo 4º de esta Constitución. 6- los eclesiásticos regulares. 7- los que hayan incurrido en la causal prevista en el artículo 210. 8- los demás casos que determine la ley”.

TUCUMAN: artículos 104 y 109: “Los miembros de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores no podrán ser legisladores.” “No podrán los funcionarios judiciales intervenir activamente en política, firmar programas, exposiciones, protestas u otros documentos de carácter político, ni ejecutar acto alguno semejante, que comprometa la imparcialidad de sus funciones”. ◆

# Juizados Especiais Cíveis

**Dr. Artur Arnildo Ludwig**

Juiz de Direito/RS

## **1) O que é Juizado Especial Cível?**

É uma justiça mais célere, informal, totalmente gratuita, destinada a julgar as causas de menor complexidade.

## **2) Quais são as causas da competência do Juizado Especial Cível?**

São aquelas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo (R\$ 5.200,00), como uma ação de reparação de danos, de cobrança, de despejo para uso próprio, possessórias sobre bens imóveis, além daquelas relativas ao Código de Defesa do Consumidor.

Ficam excluídas, porém, as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, as relativas a acidentes do trabalho e ao estado e capacidade das pessoas.

## **3) Quem pode utilizar o Juizado Especial Cível**

Somente as pessoas físicas capazes podem ser autoras. As pessoas jurídicas só podem figurar no pólo passivo.

## **4) Aonde funcionam estes Juizados?**

No Rio Grande do Sul existem Juizados funcionando em todas as Comarcas, além dos diversos Conselhos de Conciliação localizados em

municípios menores e dos vários postos dos Juizados nas Faculdades de Direito.

### **5) O que são os Conselhos de Conciliação?**

Os Conselhos de Conciliação são Juizados instalados em municípios menores, que não são sedes de Comarcas, oriundos de Convênios entre as Prefeituras Municipais e o Tribunal de Justiça, apenas para a fase de conciliação.

### **6) O que são os Postos dos Juizados?**

Os Postos dos Juizados são Juizados instalados em Faculdades de Direito, para conciliação, instrução e julgamento, também frutos de convênios com o Tribunal de Justiça. Aproveitam-se os estudantes de Direito como estagiários e conciliadores, e alguns professores como Juizes Leigos.

### **7) Qual o horário de funcionamento dos Juizados?**

Os Juizados Especiais Cíveis no Rio Grande do Sul funcionam de segunda à sexta-feira, pela manhã e tarde, além de mais de uma ou duas noites por semana, de acordo com o movimento, para as audiências.

### **8) Há necessidade da participação de advogado nas causas do Juizado Especial Cível?**

Nas causas de valor até vinte salários mínimos (R\$ 2.600,00), a assistência por advogado é facultativa; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

### **9) E quando for necessário e a parte não tem condições econômicas para constituir um advogado?**

Neste caso, nomeia-se para a parte um advogado da Defensoria Pública do Estado.

## **10) É possível, no Juizado, a Intervenção de Terceiros?**

Não, para evitar prejuízos à celeridade, à simplicidade e à informalidade do procedimento. É admissível o litisconsórcio.

## **11) Como pode ser feito o pedido no Juizado?**

O pedido deve ser apresentado de forma escrita ou oral no Cartório do Juizado e deve constar, de maneira simples:

- 1) o nome, a qualificação e o endereço das partes;
- 2) os fatos e os fundamentos, de forma sucinta;
- 3) o objeto e seu valor.

Se o pedido for oral, será reduzido a escrito por um funcionário do Cartório.

## **12) Feito o pedido, qual o próximo caminho?**

Com o registro do pedido, já fica designada uma data, não superior a 30 dias, para a audiência de Conciliação, ficando, desde logo, o autor intimado. O réu será citado por carta “AR” (aviso de recebimento) ou, em caso de residir em local inacessível para o Correio, por mandado a ser cumprido por Oficial de Justiça.

## **13) Como é a Audiência de Conciliação?**

Na audiência de Conciliação, comparecendo as partes pessoalmente, compete ao Conciliador promover o entendimento entre elas na busca de um acordo, que é o objetivo maior do Juizado. Obtido o acordo, ele é reduzido a termo e homologado pelo Juiz Presidente. Caso o acordo não seja alcançado, então as partes são orientadas para trazerem todas as provas que pretendem produzir na audiência de instrução e julgamento, que já fica designada naquele momento, para um prazo também não superior a trinta dias.

#### **14) Quais as provas permitidas nos Juizados?**

Todas as provas lícitas e moralmente legítimas são admitidas no Juizado, como testemunhal (no máximo três testemunhas para cada parte), documental etc.

Não se admite, todavia, perícias técnicas, devido ao prejuízo à celeridade e à simplicidade do rito, a não ser inspeções em pessoas ou coisas. As partes podem apresentar parecer técnico.

#### **15) As testemunhas são intimadas para Audiência de Instrução?**

As testemunhas devem ser levadas à audiência de instrução e julgamento pela parte interessada, independente de intimação. Contudo, se a parte alegar dificuldade em levar as testemunhas, poderá requerer ao juiz que sejam intimadas.

#### **16) Como é a Audiência de Instrução?**

Na audiência de instrução, presidida por um Juiz Leigo ou pelo próprio Juiz de Direito, compete a este, em primeiro lugar, tentar conciliar as partes, dentro do objetivo maior do Juizado que é a busca da conciliação. Obtido o acordo, reduz a termo e leva ao Juiz de Direito para homologação. Inexitoso o acordo, então o Juiz recebe os documentos das partes e a contestação (oral ou escrita) do réu, e a seguir toma a termo os depoimentos do autor, do réu e das testemunhas separadamente. Por fim, sem debates orais, profere a decisão na hora ou designa uma data, dentro de no máximo dez dias, para publicar a decisão em cartório, ficando as partes desde logo intimadas.

As questões incidentais surgidas na instrução podem ser julgadas ao final com a sentença a não ser aquelas que dizem respeito ao regular prosseguimento da audiência, como a incompetência do Juizado ou a ilegitimidade de partes.

#### **17) É obrigatória a presença pessoal das partes nas audiências?**

Sim. Mesmo que a parte possua advogado ou procurador com poderes especiais, inclusive para acordo, a sua presença é indispensável.

A parte deve comparecer pessoalmente. Se o réu for pessoa jurídica, deverá comparecer o seu representante legal ou o seu preposto devidamente credenciado.

### **18) E se alguma das partes não comparecer pessoalmente?**

Se o autor não comparecer à audiência de conciliação ou à de instrução e julgamento, sem justificativa, o processo será extinto e arquivado. Se o réu não comparecer, será declarado revel.

### **19) E a parte que perder a causa, pode recorrer?**

Sim, é cabível um recurso, através de um advogado, a uma Turma Recursal do Juizado, composta de três Juizes de Direito de entrância final.

### **20) E se não ocorrer o cumprimento espontâneo de um acordo ou de uma decisão?**

Caso a parte não cumpra o acordo ou a decisão, a outra parte deverá requerer a execução. Para isto, basta um pedido verbal, que será reduzido a termo por um funcionário do Cartório. Não há necessidade de ser através de Advogado. Após o pedido de execução, os autos são remetidos ao Contador para o cálculo e se a parte não pagar o débito, o Oficial de Justiça irá penhorar bens do devedor, que depois serão avaliados e leiloados para pagar o credor.

### **21) Quem é o responsável pelo Juizado?**

Todo Juizado é presidido por um Juiz de Direito.

### **22) Os Juizados funcionam apenas com Juizes de Direito?**

Não. Na maioria dos Juizados, aqueles de maior movimento, atuam também CONCILIADORES, para a fase inicial de conciliação, e JUÍZES LEIGOS, para a fase de instrução e julgamento.

### **23) Quais as funções dos Conciliadores e dos Juízes de Direito?**

Os Conciliadores atuam na fase de conciliação e objetivam a busca de um acordo entre as partes. Já os Juízes Leigos atuam na fase de instrução, colhendo as provas e, ao final, oferecendo ao Juiz de Direito uma proposta de decisão, que poderá ser homologada, no todo ou em parte, ou alterada.

### **24) Os Conciliadores e Juízes Leigos são Remunerados?**

No Rio Grande do Sul, os Conciliadores e Juízes Leigos, de acordo com a Lei Estadual nº 9442, art. 8º, são considerados Auxiliares da Justiça, prestando serviço público honorário de relevante valor. Recebem apenas uma gratificação equivalente ao valor de uma URC (unidade referencial de custos), atualmente em R\$ 9,35, por cada acordo ou por proposta de decisão para o Juiz Leigo.

### **25) Quem pode ser Conciliador e Juiz Leigo?**

Os Conciliadores são recrutados preferencialmente entre os bacharéis em Direito e os Juízes Leigos entre Advogados.

### **26) Os Conciliadores e Juízes Leigos atuam todos os dias?**


Não. De regra, atuam uma vez por semana e à noite.

### **27) Os Conciliadores e Juízes Leigos ficam impedidos de advogar?**

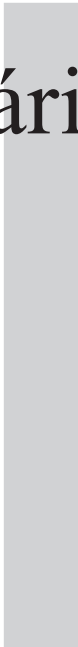
Não. O impedimento restringe-se apenas aos Juizados Especiais. ◆







Autonomia  
Financeira e  
Administrativa  
do Judiciário





# Autonomia Financeira e Administrativa do Judiciário

( 1 )

**Des. José Lisboa da Gama Malcher**

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

## **1 - Evolução constitucional**

Da independência formal (coisa julgada) para a independência substancial (autonomia financeira e administrativa): Passou-se da consideração da imutabilidade das decisões para a autonomia administrativa e desta para a autonomia financeira. *Poder e Política*.

## **2 - Independência formal**

A coisa julgada só pode ser afastada por outra decisão jurisdicional decorrente de ação autônoma de impugnação restrita - revisão criminal, ação rescisória, *habeas corpus* e mandado de segurança. Dever de fundamentar as decisões e o princípio da publicidade (ampla ou restrita).

## **3 - Autonomia administrativa**

Passagem do poder de auto-organização através da iniciativa das leis de organização judiciária e da elaboração dos Regimentos Internos para o Poder de promulgação de Resoluções normativas. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional e o futuro Estatuto da Magistratura Nacional (iniciativa do Supremo Tribunal Federal).

3.1 - O Poder de Constituição dos Órgãos Julgadores e Dirigentes dos Tribunais.

3.2 - O Poder de auto-organização dos serviços auxiliares. O Controle Interno: observância dos princípios constitucionais da *legalidade*, da *impessoabilidade* (corporativismo e nepotismo), da *eficiência* e da *economicidade* dos atos administrativos.

3.3 - *Poder disciplinar*. Controle disciplinar do comportamento ético dos magistrados e da atuação funcional e ética dos servidores.

3.4 - *Métodos modernos de gestão administrativa*. Pesquisa operacional (fluxos procedimentais), construção de *modelos* operacionais, análise de fenômenos de espera, métodos de simulação, *indicadores de gestão*, *Planejamento administrativo e profissionalização dos servidores* (formação e aperfeiçoamento). *Comunicação Social* e formação da Opinião Pública.

#### **4 - Autonomia financeira**

*A Lei de Diretrizes Orçamentárias* (partilha orçamentária). O *Orçamento Programa* e o *Planejamento Estratégico*. Fixação de *Metas e Meios*. *Orçamento Fiscal* e *Proposta Orçamentária*. *Assessoria Parlamentar* e *Controle de Emendas*. *Fontes Alternativas de recursos* (*Fundo Especial*). *Execução orçamentária* (Repasses de duodécimos). *Indicadores de gestão*. *Licitações e Contratos*. *Auditoria interna*. *Controle das ações administrativas*, *eficiência* e *economicidade*.

#### **5 - Conclusão**

1 - Reconhecimento social da necessidade da independência do Poder Judiciário.

2 - Conceito de Poder não apenas na esfera jurisdicional, mas também nas expressões econômica e política. ◆

# Autarquia e Independencia del Poder Judicial

( 2 )

**Ministro Bonifácio Rios Avalos**  
**Presidente de la Suprema Corte de Justicia del Paraguay**

## **1. Introduccion**

Es importante poner de relieve, ya al inicio de este trabajo, la importancia de que todos estos conceptos doctrinarios, científicos, que han sido esbozados brillantemente a lo largo de la historia, deben ser entendidos por referencia a un valor de singular importancia, como lo es precisamente la independencia del Poder Judicial.

El concepto de independencia del Poder Judicial debe ser concretamente distinguido de la llamada puramente personal o subjetiva del Magistrado judicial, ya que en caso contrario incurriríamos en una concepción intimista de independencia judicial, que no es precisamente el tema de estudio en esta oportunidad.

La cuestión que es objeto de estudio científico y doctrinario, es la independencia institucional o estructural del órgano de la justicia, entendiendo por independencia institucional aquella que hace referencia al Poder Judicial como poder del Estado, separado y distinto de los otros poderes: Ejecutivo y Legislativo, con los cuales debe relacionarse permanentemente y en todo momento en un mismo pie de igualdad política y también económica (Art. 3 de la C.N.).

## **2. Independencia Funcional y Financeira**

La independencia institucional tiene dos aspectos, dos puntos de vistas o perspectivas: la independencia política o funcional del Poder Judicial y la independencia económica.

La primera de ellas hace referencia al autogobierno, a la potestad que tiene el Poder Judicial de gobernarse a sí mismo, función que ejerce a través de su cabeza rectora que es la Corte Suprema de Justicia. Ella pues ejerce el gobierno del Poder Judicial en el más amplio sentido del concepto, y al propio tiempo ejerce el cogobierno de la República, dentro de un sistema de cogobierno tripartito, con base en el art. 3º. De la Constitución Nacional de 1992, que consagra el principio de la división de los poderes del Estado que es a su vez la base del sistema republicano de gobierno.

Por su parte, la independencia económica del Poder Judicial no es sino la potencia o la capacidad del órgano de la justicia de cumplir acabadamente con las exigencias financieras que le impone permanentemente el servicio de la justicia. Esta potencia o esta capacidad supone inexcusablemente que se garantice al Poder Judicial no solamente la suficiencia en materia de créditos o partidas presupuestarias, sino también la disponibilidad oportuna de esos mismos recursos presupuestarios.

Si el Poder Judicial no tuviera suficiencia presupuestaria o paradójicamente la tuviera, pero no se garantizara la disponibilidad oportuna, vale decir, en el momento en que esos recursos son efectivamente requeridos, se estaría atentando contra la independencia del Poder Judicial en su dimensión económica; se estaría violentando el principio de la división de los poderes del Estado y se estaría entonces alterando el sistema o base republicano de gobierno.

La Constitucionalidad Nacional de 1992 establece en el art. 248 como principio fundamental la independencia del Poder Judicial. Este principio, por tanto, se encuentra consagrado expresamente por la Ley fundamental de la República, y lo hace, reiteremos, en el artículo 248 de la Constitución actualmente en vigencia.

Ahora bien, al decir de un doctrinario, no basta ni es suficiente que la Constitución diga que el Poder Judicial es independiente. A fin de evitar que este principio fundamental para el Estado de Derecho se reduzca a una mera declaración poética, a una formulación retórica o meramente literaria, es absolutamente necesario, además, que la propia Constitución garantice real y efectivamente esa independencia a través de mecanismos idóneos, mecanismos que sean coherentes con la finalidad pretendida.

En este orden de ideas y en lo que hace relación a la independencia económica del Poder Judicial, esta independencia está organizada específicamente en su artículo 249 bajo el título de “Autarquía del Poder

Judicial”. Dice el texto del artículo 249: “El Poder Judicial goza de autonomía presupuestaria”. En este punto se debe destacar, que la Constitución Nacional de 1992, inexplicablemente utiliza como sinónimos la autarquía con la autonomía presupuestaria, lo cual, técnicamente resulta desprolijo y jurídicamente irracional.

Evidentemente que no podemos sustentar doctrinariamente el concepto de autonomía presupuestaria, sino validar el concepto de autarquía presupuestaria. Y sigue diciendo el artículo 249: “En el presupuesto general de la nación se le asignará una cantidad no inferior al tres por ciento del presupuesto de la Administración Central. El presupuesto del Poder Judicial será aprobado por Congreso y la Contraloría General de la República verificará todos sus gastos e inversiones.

Advertimos, prima facie, que el artículo 249 de la Constitución de 1992 incorpora al ordenamiento jurídico constitucional, no precisamente una facultad más del Poder Judicial o de la Corte Suprema de Justicia, al lado o conjuntamente a otras facultades de este órgano superior del Estado. El artículo 249 no instituye con su contenido o cláusula constitucional una mera competencia más en el concierto de una serie de competencias atribuidas al órgano de la justicia.

Lo que hace el artículo 249 es instituir en forma clara, un mecanismo específico, expreso, para garantizar la independencia del Poder Judicial en su dimensión económica, en su dimensión administrativa y financiera y lo hace en los términos que no ofrece duda al respecto.

Eso nos conduce, entonces, a la conclusión de que la “autarquía” presupuestaria del Poder Judicial no es una frase hueca, no es una frase vacía, ni una frase carente de contenido o que pueda quedar rellena con cualquier tipo de contenido, sino que por el contrario constituye o configura un concepto jurídico que ha sido incorporado expresamente al orden constitucional con un alcance, con un sentido y con un significado que no puede ser desconocido de ninguna manera por una legislación secundaria y menos aún por la ley del presupuesto general del Estado, ya que si así ocurriese, se estaría infringiendo precisamente este mecanismo de autarquía, se estaría desconociendo la independencia económica del Poder Judicial y se estaría afectando en esa misma medida el principio de la división de los poderes del Estado.

Lamentablemente, muchas veces no precisamente por razones de contenido jurídico, sino fundamentalmente por razones financieras el Par-



lamento mutila los proyectos presupuestarios y de esa manera se pone en entredicho la autarquía del Poder Judicial.

Por eso, entonces, a fin de superar conflictos que pudieran emerger de interpretaciones dispares, creemos que es absolutamente necesario decidir clara y precisamente el concepto de autarquía del Poder Judicial, autarquía presupuestaria del Poder Judicial, de tal manera que al decir de los lógicos este concepto no pueda ser confundido de ninguna manera con otro concepto similar o parecido. Esa es la función propia de las definiciones en el ámbito de la lógica: precisar o de limitar el concepto para que no se lo pueda confundir con ningún otro concepto.

### **3. Autarquía Presupuestaria**

En este sentido, se puede entender que el concepto de autarquía presupuestaria del Poder Judicial significa por lo menos lo siguiente: en primer lugar, que el Poder Judicial de la República debe contar con un mínimo anualmente presupuestario para servir eficientemente a la causa de la justicia. La Constitución en su artículo 249, asigna al Poder Judicial un mínimo presupuestario de tres por ciento que debe ser calculado sobre el presupuesto asignado a la Administración Central.

Esta norma constitucional es clara, no presenta precisamente grietas o fisuras que pudieran provocar interpretaciones o hermenéuticas encontradas y se puede sustentar esta afirmación, porque lo que está haciendo el artículo 249 es simplemente imponer un cálculo matemático de naturaleza porcentual y sabemos que la matemática, por su propia naturaleza, no requiere absolutamente ningún tipo de argumentación dialéctica para su propio sustento o justificación.

Sin embargo, el derecho no es matemática, el derecho trabaja con premisas dialécticas, problemáticas y controversiales, que exigen argumentación dialéctica, pero la matemática no tiene esa característica y consiguientemente se le exonera total y absolutamente de mayores argumentos que sean de carácter dialéctico o controversial. Sin embargo, a pesar de ello, a pesar del cálculo matemático porcentual, que exige el artículo 249, se han levantado ya desde el año 1992 inclusive hasta la fecha, criterios dispares para calcular el 3% que la Constitución otorga al Poder Judicial.

Afortunadamente no se discute la existencia misma o la invalidación del artículo 249. No se discute tampoco que al Poder Judicial le corresponde

el 3% mínimo presupuestario. Lo que se discute es la base o el monto base que va a servir de fundamento para extraer ese presupuesto mínimo que le asigne al Poder Judicial.

En este sentido algunos criterios han sostenido y siguen sosteniendo que este 3% mínimo presupuestado debe ser calculado sobre el presupuesto de la Administración Central, pero excluyendo los recursos que no son tributarios, excluyendo los recursos que son extraordinarios como los préstamos y las donaciones.

Resulta más arriesgado suscribir este criterio, la norma es clara en el sentido de establecer que este mínimo presupuestario debe hacerse sobre la base del presupuesto asignado a la Administración Central, sin expresar ninguna quita o reducción. Es la globalidad, es la totalidad del presupuesto de la Administración Central el que debe servir de base para extraer posteriormente el mínimo presupuestario que requiere el Poder Judicial como órgano de la justicia.

El 3%: De cien guaraníes, entonces, que corresponde al Estado paraguayo, tres guaraníes corresponde inexcusablemente al Poder Judicial.

Tampoco se podría avalar el criterio de que el artículo 249 constitucional es lagunoso. Igualmente, se podría sostener el criterio de que este artículo presenta vacíos legales o baches legales que exigirían integrar la laguna o superar el vacío recurriendo analógicamente a la solución que se encuentra contenida en el artículo 85.

Este artículo 85 establece un 20% como mínimo al rubro de la educación y en esta cláusula constitucional sí se excluyen expresamente los recursos no tributarios. Vale decir los préstamos y las donaciones; pero esa exclusión no se encuentra normada ni contenida en el artículo 249 constitucional.

Lo que ocurre, que la norma del artículo 85 constitucional es diferente a la que se encuentra regulada o contenida en el artículo 249 de la Ley Fundamental de la República. Es otra norma completamente distinta, razón por la cual ese criterio analógico no podría ser sustentado.

Por ello, entonces, resulta más aceptable el criterio inicialmente sustentado, el 3% que es mínimo presupuestario para el Poder Judicial debe ser calculado sobre el presupuesto global, total, asignado a la Administración Central. Y en ese cálculo porcentual no hay que olvidar tampoco las llamadas ampliaciones presupuestarias, porque es sabido que el Congreso Nacional realiza con frecuencia algunas ampliaciones del presupuesto general del

Estado por razones institucionales. Y consiguientemente esas ampliaciones que integran el presupuesto o instrumento presupuestario global del Estado paraguay también deben ser tenidas en cuenta a los efectos del cálculo para establecer el presupuesto mínimo para el Poder Judicial.

En Segundo lugar, la autarquía presupuestaria del Poder Judicial significa también o implica la facultad privativa y excluyente de la Corte Suprema de Justicia de elaborar con total y absoluta autonomía el presupuesto del órgano de la justicia.

Desde luego no podría ser de otra manera, ya que si se quiere garantizar real y efectivamente la autarquía presupuestaria que hace al Estado de Derecho, que hace al sistema republicano de gobierno, y si creemos ese mecanismo está dado precisamente con el texto o a través del texto del artículo 249 constitucional. Pues entonces debemos decir necesariamente que esa facultad le corresponde connatural e implícitamente a la Corte Suprema de Justicia.

Con ese mismo objetivo, difícil sería admitir un procedimiento contrario, ya que la Corte Suprema de Justicia, como cabeza rectora del Poder Judicial es la que tiene la posibilidad de conocer con mayor propiedad que ningún otro órgano de poder del Estado las necesidades internas de orden administrativo y financiero del órgano de la justicia.

Ello emerge de la interpretación del artículo 249 de la Constitución de 1992, que ya reconoce un antecedente importante en el Derecho comparado, en la Ley argentina que declara la autarquía del Poder Judicial y establece que la Corte Suprema de Justicia de la Nación preparará el presupuesto de gastos y recursos del Poder Judicial, el que será remitido al Poder Ejecutivo nacional para su incorporación al proyecto del presupuesto general de la Administración Central que se presenta anualmente ante el honorable Congreso.

Sin embargo, a pesar de estas referencias conceptuales y antecedentes del Derecho comparado, la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de contramano a lo que dispone la Constitución Nacional, establece en el artículo 3º Inciso j) que es facultad de la Corte Suprema de Justicia elaborar el anteproyecto de presupuesto del Poder Judicial. En otras palabras, el artículo 249 constitucional le otorga a la Corte Suprema de Justicia la facultad de elaborar su presupuesto del Poder Judicial, y sin embargo la ley secundaria establece la facultad de elaborar solamente el anteproyecto de presupuesto.

No cabe duda de que esta cláusula normativa de la legislación se-

cundaria adolece de un vicio de inconstitucionalidad, razón por la cual creemos que la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de sus facultades co-legislativas contenidas en el artículo 203, debería presentar un proyecto legislativo a los efectos de la modificación de esta cláusula inconstitucional y si es que no se resolviera directamente declarar la inconstitucionalidad de esa norma por colisionar con un precepto de rango superior.

Por otro lado, el concepto de autarquía presupuestaria del Poder Judicial significa que ese presupuesto está protegido constitucionalmente; está protegido constitucionalmente frente a las posibilidades de modificación de otro organismo, de otro poder del Estado, y también está que se alteraría esa potestad que la Constitución atribuye privativamente, reiteremos, a la Corte Suprema de Justicia en materia presupuestaria.

#### **4. Monto que Sirve de Base para el Presupuesto**

La protección que la Constitución dispensa al presupuesto del Poder Judicial, lo cual no se limita solamente al Poder Ejecutivo, dijimos que también se extiende al Poder Legislativo en cuanto que este poder del Estado no podría introducir modificaciones sin alterar el concepto que sustenta el artículo 249 constitucional.

Sí podría, en cambio, hacerlo cuando en la medida o en la hipótesis de que ese instrumento presupuestario excediera del 3% y llegar por ejemplo al 3,5%, o al 4% o más de presupuesto general previsto para la Administración Central, posibilidad que es perfectamente admisible o factible, ya que el artículo 249 no establece un máximo presupuestario, sino un mínimo.

En contra de este criterio que estamos presentando, podría tal vez objetarse que el concepto de autarquía que estamos diseñando pudiera ser lesivo o incompatible con la facultad que la Constitución Nacional otorga al Poder Legislativo, de acuerdo con el artículo 216 de la Ley Fundamental de la República. Este Artículo otorga al Congreso Nacional facultad privativa y excluyente para sancionar, obviamente previo estudio y modificaciones pertinentes, el presupuesto general del Estado.

A partir de este punto, podría razonarse de la siguiente manera: si el Poder Legislativo tiene facultad privativa y excluyente para estudiar, modificar y eventualmente aprobar el presupuesto general del Estado o de la nación paraguaya, y si el presupuesto del Poder Judicial forma parte o integra el presupuesto del Estado paraguayo, la conclusión razonable sería

que el Poder Legislativo o Congreso Nacional se encuentra facultado para modificar también el instrumento presupuestado que hace referencia al Poder Judicial, y decimos que ésta es una conclusión lógica por cuanto que se adecua a los principios de la lógica formal.

Pero entendemos también que la conclusión de ese razonamiento correcto no es válido y no podría sustentarse jurídicamente, porque en la premisa mayor de este silogismo hipotético se han olvidado o no se han tenido en cuenta algunos elementos normativos que provienen directamente de una cláusula constitucional distinta a la del artículo 216, pero que no tiene inferior jerarquía a la del artículo 216, que es precisamente el artículo 249 constitucional, en virtud del cual se establece que el presupuesto del Poder Judicial será aprobado por el Congreso.

A partir de esta norma o disposición que acabamos de señalar, surgen dos consecuencias: en primer lugar que ya no se habla en el texto constitucional de un proyecto de presupuesto y mucho menos de un anteproyecto de presupuesto, como lo hace inconstitucionalmente la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En la materia tratada, la Constitución habla de presupuesto del Poder Judicial y a renglón dice que será aprobado por el Congreso Nacional.

Se explicó que el concepto de aprobación ha generado una serie de controversias que se hubieran superado si se lo hubiera reemplazado con la palabra “inclusión”. De todas maneras, debemos atenernos a la letra de la Constitución Nacional a los efectos de interpretarla sistemáticamente y tratar de superar la antinomia que produce entonces esta supuesta facultad que tendría el Congreso Nacional a la luz del artículo 216 de la Ley Fundamental de la República.

El artículo 249, entonces, no tiene una jerarquía inferior a la del artículo 216. Si por hipótesis se dijera, por ejemplo que la expresión contenida en el artículo 249 que dice: “Será aprobado por el Congreso”, fuese una expresión redundante, que debe ser interpretada a la luz del artículo 216, no podríamos suscribir este criterio, en primer lugar porque es claro y surge ya de la misma letra, no precisamente del espíritu, sino también de la letra del artículo 249 constitucional, que se establece un mandato imperativo, se impone al Congreso Nacional aprobar, o sea admitir el presupuesto del Poder Judicial, elaborado por la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, tampoco se podría admitir que fuese una expresión redundante, que pudiera tener otro significado distinto en conexión con el

artículo 216 constitucional. Como dice el ilustrado Profesor de Derecho Constitucional Linares Quintana, ninguna palabra, ningún elemento gramatical contenido en el texto constitucional puede ser calificado, en principio, de redundante, inútil o dispensable. Todos ellos tienen un sentido, un alcance un significado que debe ser aprehendido a la luz de una interpretación no solamente textual, sino también contextual, porque al decir de Sebastián Soler, la norma jurídica no está solamente en el texto, sino fundamentalmente en el contexto.

En este sentido, si bien debemos reconocer que el Parlamento Nacional o Congreso Nacional tiene facultades privativas para aprobar, previos los estudios correspondientes, el presupuesto general del Estado, lo cual instituye una zona de reserva en beneficio de este órgano del Estado; también tenemos que reconocer y nunca olvidar que al lado del artículo 216 existe el artículo 249 que alude particularmente, específicamente y expresamente a un instrumento presupuestario singular.

El artículo 212 alude al presupuesto general del Estado paraguayo; el artículo 249 alude y norma con carácter enfático el presupuesto de un órgano específico de un poder del Estado que es el Poder Judicial, y creemos que esta alusión normativa singular o particular debe tener algún significado. No podemos pensar que ha sido simplemente una redundancia de los ciudadanos convencionales, de ninguna manera.

No existe pues, omisiones absolutamente que pudieran provocar lagunas o redundancias en el texto del artículo 249 constitucional. Esto nos lleva nuevamente a reiterar que este presupuesto del Poder Judicial no podría ser tocado ni modificado por el Ministerio de Hacienda ni tampoco por el Congreso Nacional, excepto éste último en lo que exceda al 3% presupuestado.

De esta manera creemos que se consagra válidamente la autarquía presupuestaria del Poder Judicial. Que tampoco de ninguna manera agrede las facultades o la zona de reserva del Poder Legislativo. Y no agrede, porque esto surge de la letra y del espíritu del artículo 249 constitucional, por una parte. Y por otra, lo que se ha pretendido, según puede apreciarse en el contexto sistemático de la Constitución de 1992, es recuperar la independencia del Poder Judicial, no solamente desde el punto de vista político, sino también desde el punto de vista económico, financiero o presupuestario. Tradicionalmente los poderes judiciales del mundo han sido generalmente débiles, estructuralmente débiles, en comparación con los otros dos poderes de la tríada estatal.

Hamilton en El Federalista ya señalaba que el Poder Judicial es un

poder sin bolsa y sin espada, solamente con discernimiento. Entonces, en ese tren precisamente de restaurar ese desequilibrio estructural, que ha afectado siempre a los poderes judiciales del mundo, y contrarrestar esa deficiencia, precisamente las cartas constitucionales más modernas incorporan modernos mecanismos como son precisamente el de la autarquía presupuestaria que motiva este estudio.

En otro aspecto, el concepto de autarquía presupuestaria del Poder Judicial implica, ya se ha dicho al principio, la disponibilidad oportuna de la partidas presupuestarias. Es absolutamente imperativo que la Corte Suprema de Justicia pueda disponer de los recursos financieros suficientes en el momento en que esos recursos son requeridos. Si hubiera alguna postergación, alguna dilación o algún retaceo en la disponibilidad, debe ser interpretado como un atentado a la independencia del Poder Judicial, lo cual evidentemente contradice el mandato imperativo de los artículos 248 y 249 de la Ley Fundamental de la República.

En este sentido la Ley de autarquía del Poder Judicial de la República Argentina establece en el artículo 6º norma bastante ilustrativa cuando dice: “El Banco de la Nación Argentina transferirá automáticamente a una cuenta específica el monto de la recaudación que le corresponde al Poder Judicial de la nación de acuerdo al porcentaje establecido en esta Ley. Dicha transferencia será diaria”. Y otras cartas constitucionales establecen que esas transferencias deben hacerse mensualmente de tal manera que en algunas disposiciones constitucionales se establece que el Poder Judicial tiene derecho y, por lo tanto, puede exigir que el poder administrativo ponga a su disposición la doceava parte del presupuesto general del Estado a los efectos consiguientes de satisfacer el servicio de la justicia.

Por último, el concepto de autarquía presupuestaria del Poder Judicial significa también la capacidad que tiene la Corte Suprema de Justicia para ejecutar y reprogramar el presupuesto del Poder Judicial, independientemente de contar con carácter previo con la aprobación o con la venia legislativa y eso también se encuentra contenido en la constitución con un carácter que llamamos implícito o tácito.

Si la Corte Suprema de Justicia está facultada por mandato constitucional para elaborar el presupuesto el Poder Judicial, para programar el instrumento presupuestario de la justicia, entonces también debemos concluir que está facultada con la misma fuerza y con el mismo imperio para efectuar reprogramaciones presupuestarias sin consulta previa con otro

poder del Estado con la única limitación de comunicar esa reprogramación a la Contraloría General de la República.

Afortunadamente este criterio que estamos sustentando ya reconoce algunos antecedentes de carácter jurídico y doctrinario que queremos señalar. Así por ejemplo en la nota número 67 del 13 de julio de 1992 el entonces contralor general de la república, contestando a una nota del presidente de la Corte Suprema dijo lo siguiente; las reprogramaciones podrán ser realizadas por la dirección de presupuesto del Poder Judicial, ajustándose a la ley de presupuesto remitiendo los antecedentes del Ministerio de Hacienda para la habilitación de los rubros reprogramados conforme a los requerimientos de la administración de justicia, su aprobación deberá ser por decreto de la Corte Suprema de Justicia y una copia de los antecedentes debería ser remitida a la Contraloría General de la República para su verificación.

Como si fuera poco en el dictamen número 1133 del 23 de septiembre de 1992 el entonces abogado del Tesoro Profesor Hugo Allen eleva un dictamen que dice lo siguiente: “Esa Abogacía del Tesoro considera que la autarquía presupuestaria establecida por la nueva Constitución de la República conlleva a la consagración del derecho del Poder Judicial de remitir su presupuesto directamente al Congreso a los efectos de su estudio, sin perjuicio de remitir un juego completo de copias al Ministerio de Hacienda en función a lo dispuesto en el artículo 3° de la Carta Fundamental, con la aclaración de que la aludida autarquía permite a dicho poder del Estado programar y reprogramar, ejecutar y evaluar su presupuesto estando el control de los gastos e inversiones bajo la responsabilidad de la Contraloría General de la República”.

Vemos, entonces, que en estos diferentes ítems, a los cuales se han hecho referencias, el concepto de autarquía del Poder Judicial es bastante rico, bastante complejo, y de ninguna manera pudieron significar una cáscara vacía rellenable con cualquier otro concepto que ya sería incompatible con lo que pretende el artículo 249 y el 248, en congruencia con el artículo 3° que habla del principio de la división de los poderes.

En este sentido es lo mínimo que pudiera sostenerse y exigirse en cuanto a la implementación del presupuesto del Poder Judicial bajo la forma de la autarquía. Si así no fuere, si no se cumpliera la autarquía presupuestaria del Poder Judicial en los diferentes aspectos, facultades y competencias, que acuerda expresa y tácitamente la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, se estaría entonces negando inconscientemente la independencia



del Poder Judicial en su dimensión económica; se estaría atentado contra la independencia del Poder Judicial, lo cual a la luz del artículo 248 constituye un acto ilícito, y yo diría un acto de carácter delictual.

El artículo 248 dispone en su parte final que aquellos que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus Magistrados, que es la independencia funcional, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que establezca la ley.

## **5. Conclusion**

La República del Paraguay, a partir de su última Constitución del año 1992, ha otorgado mayor apoyo al Poder Judicial, obteniendo mayores recursos financieros, aunque sigue siendo aun insuficiente para la enorme responsabilidad que representa el ejercicio jurisdiccional cuya eficacia es reclamada, como en otras partes, por toda la ciudadanía y que en gran medida depende de los recursos financieros que se le brinde para cumplir el sueño de todos de la justicia pronta y barata. ◆

# Independencia Financiera y Administrativa del Poder Judicial en Uruguay

( 3 )

**Ministro Milton Cairolí Martínez**  
Suprema Corte de Justicia de la R.O. del Uruguay

## 1. Introducción

La vida del derecho no es la de la lógica, sino la de la experiencia. Las necesidades sentidas en el momento, las teorías morales y políticas que prevalecen en un instante histórico, han tenido mucho que ver en la determinación de las reglas que los jueces debemos interpretar.

El derecho es expresión de vida y como esta siempre debe cambiar y desarrollarse, *“siempre debe aproximarse a la estabilidad, pero sin alcanzarla nunca”*<sup>1</sup>.

Estoy de acuerdo con Holmes, en que detrás de cada derecho reside el sentir de la comunidad y ese sentimiento nos toca íntimamente a quienes interpretamos la norma jurídica, a quienes somos los legítimos intérpretes de ella: es decir, los jueces.

La opinión pública, por lo menos en lo que a Uruguay concierne, ha aumentado su posición crítica hacia los jueces que según ella, son responsables del aumento de la delincuencia, de la comisión de ilícitos por parte de los menores de edad y de que los reclusos obtengan su libertad rápidamente.

Este modo de considerar las cosas es en cierto sentido lógico, si se tiene en cuenta que los jueces uruguayos siempre nos hemos comportado

---

<sup>1</sup> OLIVER WENDELL HOLMES. Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, cit. por ALLISON DURHAM y PHILLIP KURLAND, en *El Señor Magistrado*. México 1968, pag. 171. Para Holmes, detrás de todo derecho estaba el sentir de la comunidad, por lo que es necesario que el juez se ponga en contacto con las realidades de la vida.

frente a las diatribas del público, con un recato pudoroso que no nos ha permitido responder con explicaciones técnicas, el fundamento de muchas de nuestras resoluciones.

Quizás tengamos parte de culpa, porque hemos despreciado la capacidad de comprensión de gran parte de la sociedad. Personalmente siempre he creído y así lo he experimentado en algunas oportunidades, que una buena campaña de educación sobre algunas de las labores judiciales, puede dar muy buenos resultados, siempre que ello se realice a través de un coloquio de iguales, esto es, de forma tal que “llegue” al público que no es técnico en derecho.

El problema de la incomunicación del juez se agudiza aun más porque el pueblo tiene contacto con sus legisladores o con sus Ministros, pero no con los jueces, que por una reserva o modestia, quizás exagerada, nos hemos mantenido alejados de la opinión pública.

Esto incide además en las relaciones con los otros dos Poderes del Estado, que en general, no conocen a fondo la tarea judicial, ni las trabas e implicancias que los Magistrados tenemos para ejercer cualquier otra labor que no sea la estrictamente judicial.

Esto me lleva a tratar en el próximo párrafo, el tema de la independencia externa del Poder Judicial.

## **2. Independencia externa**

El presupuesto para el Poder Judicial, es confeccionado por la propia Suprema Corte de Justicia, con el asesoramiento de su oficina de Planeamiento y Presupuesto, de sus Contadores, de la Dirección General etc., pero es sometido, primero al Poder Ejecutivo donde se le hacen enmiendas y recortes y a través de este Poder al Legislativo, por lo que la autonomía financiera, se hace inexistente.

Volveré sobre este importante tema al tratar el párrafo 4 de esta comunicación.

Pero si bien esta independencia no existe frente a los demás Poderes del Estado, considero que sí permanece respecto a otras instancias sociales.

La independencia del juez, se advierte fundamentalmente en la tarea interpretativa que todo Magistrado tiene a su cargo. Porque indudablemente el juez es quien con mayor garantía interpreta la ley.

Pero su independencia va más allá de un simple acto jurisdiccional declarativo o constitutivo, o de mero trámite, su independencia tiene que

ver con toda su vida, todas sus decisiones deben estar presididas por su autonomía de carácter.

Las decisiones del juez siempre tienen dimensión social, porque si son jurisdiccionales van a decidir la suerte de ambas partes en el proceso y si son decisiones de su vida, porque el juez está dentro de un proceso de intercomunicación de opiniones y es blanco de la opinión pública y toda resolución que tome, tendrá trascendencia<sup>2</sup>.

Todas las decisiones judiciales deben estar dirigidas por la racionalidad, porque son constructoras de realidad. Existe una realidad óptica, de puro ser, el juez agrega la realidad jurídica porque aplica la ley al caso concreto, el juez es en realidad un descubridor, un inventor, pero de una realidad jurídica que tiene como base y como límite infranqueable la propia norma jurídica.

El proceso por el cual el juez construye la realidad jurídica que no es otro que la realidad del deber ser, es un procedimiento muy complejo donde quien decide está en la alternativa de tener en cuenta los tres ámbitos de la realidad jurídica: los hechos, los valores y la norma.

Otra de las tareas importantes en el camino de la independencia del magistrado, es su posición frente a los emisores, a las expectativas de la opinión pública y a los grupos de presión.

Si el magistrado logra internalizar socialmente el verdadero valor de la presión del grupo emisor, podemos afirmar que tendrá un buen espacio decisorio para resolver.

El juez, en esa tarea de internalización, debe percibir el origen de la presión de estos grupos, el contenido del programa de decisión que irradian y saber valorar la legitimidad de ellos, por sobre la ambigüedad o interés espureo de la presión.

Y por sobre todas las cosas el juez debe tener un programa de decisión universal para cada caso. Con esto me refiero a que el juez debe, en cada caso concreto que decida, ser universal en sus decisiones, es decir, no atentar contra el principio de igualdad de tratamiento de los justiciables.

Si el magistrado respeta todos estos principios, su decisión tendrá el estatuto de veredicto y de ese modo ejercerá una eficacia simbólica<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> FERNANDEZ DOVAT, Eduardo y KEUROGLIAN, Pedro, *La decisión jurídica*. Montevideo 1997, pag. 7.

<sup>3</sup> Ibidem, pag. 14.

Cuando se reconoce la decisión judicial como legítima, porque es un veredicto, queda marcada como un símbolo, porque ha nacido de un trabajo de racionalización lógico, sistemático, con respecto a todos los involucrados en el proceso, por igual.

Lógico porque el juez debe buscar el significado de la ley misma tomada independientemente de la voluntad del autor y sistemático en cuanto debe considerar a la ley como un todo orgánico o sistema, en que las partes deben armonizarse para una correcta inteligencia, de las relaciones de la norma con todo el orden jurídico.

Esta entonces es, a mi juicio, la verdadera independencia del juez.

### **3. Independencia interna**

Este punto trata de la independencia de cada juez respecto a las demás instancias judiciales.

El Juez de cualquier categoría debe ser independiente en sus decisiones de grado, sin perjuicio de la opinión técnica de otras instancias judiciales superiores, que se ejercerán a través del franqueo de los recursos de apelación o similares a organismos de segunda instancia.

Esto es determinante de la seguridad jurídica que debe emanar de la jurisprudencia, certidumbre ésta que constituirá una garantía para el justiciable, como se ha afirmado por destacados especialistas.

Pero ocurre que esa propia independencia de cada Magistrado, crea una jurisprudencia respecto a casos similares, aunque esa forma de decidir no es igual en resoluciones de iguales litigios por parte de otros jueces. Y entonces se produce una inseguridad jurisprudencial que podrá ser corregida, uniformizando criterios por parte de los Tribunales de Apelaciones y aun de la Suprema Corte de Justicia, en instancia de casación.

Y esta independencia, puede decirse: “personal” de cada Juez en su ámbito competencial, se explica porque él tiene la necesidad de descubrir, de crear, a través de su tarea interpretativa de la ley. En esa labor interpretativa, el juez debe atender el vínculo normativo, porque este es garantía de seguridad frente a la decisión cuasi-analógica originada en interpretaciones exageradas o novelescas. Esto significa que el juez es un creador, pero sujeto a una dogmática positiva, en el exacto sentido del término, que no es otro que el de formación y sistematización de conceptos formados no solo en la ley, sino en un acto complejo constituido por la hipótesis legal y el hecho concreto a juzgar.

Ha sucedido, que en algunas oportunidades, los jueces se sienten influenciados por la opinión de un profesor prestigioso, de un abogado prominente o de un periodista, los que en cada uno de sus ámbitos, tratan de llevar al juez a una decisión que convenga a sus intereses.

Los jueces no deben ser guardianes de los intereses espúreos, sino de los derechos incorporados a la Constitución y a las leyes, como enseña JAMES MADISON, en conferencia del 8 de junio de 1789.

Como ha dicho hace muy poco tiempo el Tribunal Constitucional español, a través de uno de sus ponentes:

*“La tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan secundum legem, dentro de la prestación que supone la tutela judicial se integra así el sometimiento del juez a la ley”<sup>4</sup>.*

Quiero relatar una anécdota cierta, ocurrida recientemente en mi país, Uruguay.

Con ello estoy seguro que no cabrá ninguna duda acerca de la independencia interna que cada juez tiene en mi país.

La polifuncionalidad que la Suprema Corte de Justicia tiene en Uruguay, hace que no solo sea tribunal de casación, sino corte constitucional y también consejo superior de la judicatura, pues todos los jueces, sin excepción, son designados por la propia Corporación.

Y bien, hace aproximadamente dos años, los Ministros de la Suprema Corte iniciamos una acción de inconstitucionalidad de un artículo de una ley. Como no podíamos ser parte y juez, nos abstuvimos todos los miembros naturales del órgano y fuimos sustituidos por integrantes de los Tribunales de Apelaciones, que formaron así varias “Cortes Supremas”, puesto que los planteamientos de inconstitucionalidad eran múltiples. Nuestra Constitución manda que cada decisión de inconstitucionalidad sirva únicamente para el caso en que se plantea, no teniendo consecuencias “erga omnes”. Y bien, el resultado de cada uno de estos planteamientos, donde la Corte Suprema titular era la actora, fue negativo, puesto que todos los tribunales formados, decidieron que el artículo en cuestión era constitucional.

---

<sup>4</sup> Ponencias número 37, de febrero de 1988 y número 38, de marzo del mismo año, cit. por CLAVERO, Bartolomé. *Los derechos y los jueces*. Cuadernos de Civitas. Madrid 1988, pag. 89 y 90.

## 4. La autonomía presupuestal

No puede concebirse un Poder Judicial externamente independiente si no posee autonomía financiera, esto es, la posibilidad de realizar su propio presupuesto de gastos, sueldos y recursos y someterlo a la aprobación del Poder legislativo, sin injerencias del Poder Ejecutivo.

Es un esencial supuesto para la independencia del Poder Judicial, garantía de buen funcionamiento del servicio y adecuadas remuneraciones de los operadores a todos los niveles.

Los jueces no solo deben ser aptos, sino bien remunerados y si se quiere tener una justicia especializada y capacitada, sus magistrados deberán tener remuneraciones acordes a esas aptitudes.

Pero la autonomía presupuestal no finca unicamente en la existencia de una remuneración conforme con la alta función desempeñada por el juez, sino además en lo que se ha denominado autarquía financiera.

¿Cuál es la forma mejor de solucionar esta necesidad de dotar al Poder Judicial de un presupuesto autónomo?

Personalmente no me parece adecuada la creación de nuevos tributos judiciales, porque la Justicia no debe encarecerse más de lo que ya cuesta.

Es más, sostengo que litigar debe ser gratuito, como forma de cumplir con el principio de igualdad, que en la Constitución de mi país, está plasmado en el artículo 8°.

Pero en fin, un sistema que parece apropiado es el que se utiliza en muchos países: fijando un porcentaje de todos los gastos del Presupuesto Nacional del Estado, para el Poder Judicial. Claro que este sistema tiene el inconveniente de que si se reduce el gasto público, lo que es muy común en nuestras latitudes, también se menguan los porcentajes adjudicados a la Justicia.

Esto puede corregirse estableciendo esa base porcentual y además una remuneración complementaria que puede ser una cantidad fija, que se agregaría a aquella en caso de reducción del gasto público.

Uruguay ha consagrado la inamovilidad judicial, pero es una pena que a esta importante decisión no la acompañe una norma que plasme la autonomía financiera de ese Poder.

En el año 1985, se sancionó la ley N° 15.750, cuyo artículo 85 consagró el principio que relacionaba el sueldo de un juez con el de otros funcionarios superiores del Estado. Estableció que un Ministro de la Su-

prema Corte de Justicia no podía ganar menos que un Ministro de Estado. Y a partir de allí se fijó una escala descendente que marcaba un porcentaje de ese sueldo para los restantes jueces, por ejemplo: los miembros de los Tribunales de Apelaciones ganaban un 90% del sueldo de los Ministros de Corte y así sucesivamente en forma descendente de un diez por ciento, hasta llegar a la última categoría de jueces de Paz Rurales que percibían un 30% del salario de los jerarcas superiores.

La ley tenía la virtud de que el salario del juez quedaba automáticamente fijado y cuando se producía un aumento para los Ministros de la Suprema Corte, se adecuaba toda la escala sin necesidad de gestionar ante el Poder político un aumento cada vez que se discutía la ley de Presupuesto quinquenal.

La contracara de todo esto fue que el sistema se amplió para otros funcionarios no jueces, lo que excedió largamente las previsiones presupuestales y con este régimen que se tornó tan amplio, el artículo 85, en la actualidad, no se aplica.

## **5. La carrera judicial**

Para un mejor funcionamiento de la Justicia y para lograr una correcta independencia en el ejercicio de la función judicial, lo que en definitiva redundará en beneficio de toda la sociedad, es imprescindible la reglamentación de la carrera judicial.

En Uruguay en realidad no tenemos una ley sobre carrera judicial, pero en los hechos, se ha respetado la carrera mucho más que en otros países que poseen leyes sobre el tema.

Por eso siempre hemos afirmado y con razón, que en Uruguay los jueces somos de carrera. Y esto es cierto en la medida en que comenzamos nuestra función jurisdiccional como Jueces de Paz de algún lugar más o menos remoto del interior de la República, luego se nos asciende a jueces de Paz de la Capital. Después tornamos al interior del país como Jueces Letrados de Primera Instancia departamentales (regionales) y vamos ascendiendo hasta llegar a Montevideo, donde debemos esperar futuras promociones hasta terminar en el cargo de Ministro de algún Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Penal, Laboral o de Familia.



Todas las designaciones las hace la Suprema Corte de Justicia, que solo tiene una limitación: el control del Senado, para los casos de nombramiento de jueces a los cargos de Miembros de los Tribunales de Apelaciones. Por imperio de la Constitución de la Republica, se requiere la aprobación de la Camara de Senadores para nombrar a los ciudadanos que han de componer estos Tribunales de Apelaciones, que en todos los casos son propuestos por la propia Suprema Corte, por mayoría de votos.

Y he dejado para el final, a la designación de los miembros de la Suprema Corte de Justicia, que desde 1907, fecha de creación de la primera Alta Corte, siempre respetó la carrera judicial, designando a los jueces de carrera, a excepción de dos oportunidades, una de ellas a principios de siglo en la persona del eminente jurista Dr. Pablo de María. Hay también enorme garantía en la designación de los miembros de la Corte, pues son nombrados por dos tercios del total de componentes de la Asamblea General. La designación debe efectuarse dentro de los noventa días de producida la vacancia a cuyo fin la Asamblea General será convocada especialmente. Vencido dicho término sin que se haya realizado el nombramiento, quedará automáticamente designado como miembro de la Suprema Corte, el miembro de los Tribunales de Apelaciones con mayor antigüedad en tal cargo y a igualdad de antigüedad en tal cargo por el que tenga más años en el ejercicio de la Judicatura o del Ministerio Público o Fiscal.

## **6. La escuela de capacitación judicial**

En el año 1985, cuando el país retomó su vida institucional, después de doce años de dictadura civicomilitar, se formó una Comisión Tripartita, con dos miembros de la Facultad de Derecho, dos miembros del Ministerio Público y dos miembros del Poder Judicial<sup>5</sup>.

Quedó formada de ese modo la Escuela de Capacitación Judicial del Uruguay (C.E.J.U.), que con el correr de estos pocos años desde que

---

<sup>5</sup> En Uruguay los miembros del Ministerio Público dependen del Poder Ejecutivo, a través del Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, subordinado a su vez del Ministro de Educación y Cultura.

nació, ha sido ejemplo para escuelas de otros países de Latinoamérica. Es más, podemos afirmar con toda propiedad, que esa Escuela fue visitada por técnicos de los Estados Unidos de Norte America y de Europa que alabaron su funcionamiento y organización.

El centro de capacitación judicial uruguayo organiza cursos de preparación de abogados que ingresarán en la carrera judicial, tanto en lo que tiene que ver con la Justicia como lo que tiene que ver con el Ministerio Publico y Fiscal.

Pero además, se realizan cursos de reciclaje, para Magistrados de inferior categoría que aspiran a ocupar cargos superiores.

El personal docente está formado por catedráticos de la Facultad de Derecho, muchos de ellos, además, son Magistrados.

La Escuela Judicial ha tenido éxito total en la formación de los magistrados nacionales, puesto que todos los que han accedido a ella antes de su nombramiento como tales, se han desempeñado en forma aceptable, con un notorio adelanto respecto a jueces que no habían concurrido a los cursos del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay.

## **7. Gobierno y Administración, la Acordada N° 7192**

La Suprema Corte de Justicia, a través de sus cinco miembros, dirige todo el gobierno y administración del Poder Judicial.

En Uruguay no existe Ministerio de Justicia y hasta podría decirse que la sola mención de este cargo, produce escozor, ya que en la época de la dictadura civicomilitar, se creó un Ministerio de Justicia que le quitó poder a la Suprema Corte, que entre otras cosas, pasó a denominarse simplemente: Corte de Justicia.

La actividad administrativa está convenientemente descentralizada en la Secretaría Letrada, que además de tener funciones jurisdiccionales, tiene a su cargo dos prosecretarías que se encargan de parte de la tarea administrativa, en general la relacionada con los jueces. Las demás funciones administrativas: gastos, recursos, administración de fondos, funcionarios, recursos en general, se cumplen a través de la Dirección General, que tiene bajo su égida a varias Divisiones, cada una de estas con un par o más de Departamentos.

Sin perjuicio de toda esta descentralización, las decisiones más importantes son tomadas por la Suprema Corte en pleno.

La Presidencia de la Corte Suprema se ejerce anualmente por cada uno de los miembros de la Corporación, por orden de antigüedad en la designación para ese alto cargo.

La Suprema Corte de Justicia, designa a sus funcionarios administrativos, técnicos o no, y a sus jueces.

Hace un par de años, recogiendo una vieja aspiración de la Asociación de Magistrados Judiciales de Uruguay, la Suprema Corte dictó la Acordada N° 7192, donde se formó una Comisión integrada por un Ministro de la Corte, un miembro de los Tribunales de Apelaciones, un delegado del Directorio de la Asociación de Jueces, un delegado del Directorio del Colegio de Abogados y un Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho.

Esa comisión se reúne todos los años en el segundo semestre y confecciona una lista de diez jueces que presenta a la Corte, como los mejores en sus respectivas áreas.

La lista se hace con los informes que cada uno de los superiores procesales de los jueces elevan todos los años a la Comisión. Una vez en poder de estos informes, la Comisión de cinco, delibera y formula la lista que luego entrega a la Corte.

Siempre será esta última quien designe a los jueces, en vía de ascenso, pero ahora sí en general, lo hace eligiendo entre quienes integran esa lista de diez en cada cargo.

El régimen es altamente democrático y además impide que accedan a los cargos superiores de la Magistratura, aquellos mediocres o que no han tenido mayor destaque en sus sentencias. Se juzgan varias condiciones, no solamente las técnicas, sino también el trato que se le da a las partes en el juicio, la relación con los funcionarios etc.

Los demás ingredientes, como antigüedad, legajo personal etc., están a cargo de la Suprema Corte de Justicia, que además, puede apartarse de la lista designando en vía de ascenso a un juez que no esté en ella.

## **8. Conclusiones**

Los analistas internacionales han afirmado que el próximo siglo, a cuyas puertas ya estamos, será el del Poder Judicial.

Las señales que advertimos en el transcurrir de los últimos tres siglos nos hacen corroborar lo afirmado por esos analistas.

En verdad, el siglo XIX ha sido el de la predominancia de los Poderes Legislativos, el establecimiento de muchas democracias, como fruto de las ideas que surgieron con el Iluminismo a finales del XVIII.

El XX, por su parte, del que estamos en sus postrimerías, ha sido el siglo de los Poderes Ejecutivos, las grandes guerras mundiales, las dictaduras en Latinoamérica y otras partes de Europa, Asia y Africa.

Y el XXI, el siglo de las grandes judicializaciones de los conflictos políticos, lo que ya está ocurriendo en muchas partes del mundo.

Se ha llevado la conflictividad política a la decisión judicial, por un lado esto es bueno, porque naturalmente, quien debe decidir los conflictos es el juez, por otro lado es peligroso, porque puede provocar la partidización del magistrado y la globalización de todo problema, aun el eminentemente partidista.

Pero en fin, son desafíos del siglo venidero, que debemos enfrentar, hemos sido puestos por la sociedad para juzgar a nuestros semejantes, con una suerte de poder que debe apartarse de lo divino, para ser racional, lógico, sistemático y universal. Si lo logramos, habremos cumplido con la premonición del estagirita:

*“Hablar en lugar del legislador, como si él mismo estuviera presente, aplicando las formas del bien y percibiendo las virtudes sociales”*<sup>6</sup>. ◆

---

<sup>6</sup> ARISTOTELES. *Ética*, en Colección de Obras Completas.

# Autonomia Financeira e Administrativa do Judiciário

( 4 )

**Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira**

Juíza de Direito - Rio Grande do Sul

## **Introdução**

O momento é adequado e próprio para a afirmação do Poder Judiciário, que, para isso, tem o maior interesse na otimização da prestação jurisdicional.

Desde há muito vem-se compreendendo que o Juiz, no interesse direto e único dos jurisdicionados, deve ser protegido por garantias, essas voltadas ao asseguramento da necessária independência, pois não pode, na sua elevada missão de julgar, ficar sujeito às injunções advindas de outros Poderes ou do próprio Judiciário.

Urge, pois, reflexão e debate sobre a consolidação dos princípios institucionalizadores e organizacionais do Poder Judiciário, Magistratura e Ministério Público, utilizando-se o manancial conferido pela Carta Magna, especialmente a autonomia administrativa e orçamentária.

A reflexão torna-se ainda mais apropriada quando as temáticas desenvolvem-se em espaço de Integração Jurídica Interamericana - quando busca-se *“uma regionalização fundada em marco de maior amplitude do que as nossas próprias fronteiras”* (Rulli Júnior, Antonio - Revista da FMU Direito, nº 20).

## **I. Autonomia. Independência. Otimização da prestação jurisdicional**

O que se espera e o que se deseja de um juiz ou de um tribunal?

Por certo, além de condições subjetivas adequadas a uma decisão equânime, também condições objetivas que propiciem decisões acertadas e justas, com percepção do indivíduo em seu tempo e espaço.

A autonomia reflete independência e a independência tem, como corolário natural, a otimização da prestação jurisdicional.

A otimização da prestação jurisdicional, outrossim, não traduz, unicamente, a prolatação de sentenças céleres e corretas; porquanto, nem sempre, essa é a expectativa da parte que recorre ao Judiciário.

A otimização de prestação jurisdicional, sobretudo, implica reflexão sobre o homem, suas necessidades e carências; percepção aguçada sobre o grupo humano, dadas as diferenças sociais e culturais; sensibilidade na avaliação do indivíduo, que é único, mas inserido em seu contexto social; habilidade de ajustar o direito ao caso concreto e a **estrutura judiciária ao perfil da Sociedade**.

Tal “engenharia”, buscando a otimização da prestação jurisdicional, somente é possível em um Poder Judiciário onde prevaleça a autonomia administrativa (art. 96, incisos e alíneas, da Constituição Federal), para que, auto-organizando seus serviços, possa detectar necessidades iminentes ou atuais, realizando, por exemplo, concursos para provimento de cargos necessários; propondo a criação de novas varas judiciárias (a criação de uma Vara de Família poderá preferir à criação de uma Vara de Execução Criminal, ou o inverso). Dest’arte, melhor aparelhando sua operacionalização.

### **Proposição:**

*O Judiciário deve, não só, fazer valer o ordenamento jurídico, equacionando conflitos de interesses, como, igualmente, buscar a otimização da prestação jurisdicional - lapidando o **valor ótimo** a partir da “consciência histórica de respeito ao indivíduo” (Rulli Junior, Antonio, em Conferência proferida no IIIº Encontro de Magistrados do Mercosul, Assunção, Paraguai, Setembro de 1998).*

## **II. Poder Judiciário. Autonomia Administrativa**

A atual Constituição assegurou ao Judiciário, como forma de garantia institucional, a autonomia orgânico-administrativa.

Tem-se novidade no ordenamento constitucional brasileiro. Conforme Des. José Barison, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio

Grande do Sul no biênio 1992/1994, em Conferência proferida no encontro de Presidentes de Tribunais de Justiça em Belo Horizonte-Minas Gerais, trata-se de garantia que veio “*recuperando o tempo perdido*”.

A autonomia administrativa, como aquela da autonomia financeira, também inovada no texto constitucional de 1988, visa a contribuir para o resguardo da independência do Judiciário diante dos outros dois Poderes.

A auto-organização de seus serviços, estabelecida pelo art. 96, incisos e alíneas, da Constituição Federal, acomete competência privativa aos tribunais para eleger os seus Presidentes e demais titulares de sua direção, como também expressa a atribuição de editar as normas de sua organização interna; elaboração de Regimentos Internos; organização dos serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; proposição de criação de novas varas; provimento dos quadros da Magistratura; concessão de férias, licenças e aposentadorias, acometidas igualmente a cada tribunal, seja para os seus próprios membros, seja para os juizes e servidores que lhes forem subordinados.

A edição das normas de sua organização interna é ponto fundamental à eficiência do **controle da atividade judiciária**, porquanto, em organizando os serviços auxiliares e provendo cargos (realização de concursos para funcionários, entre outros); em decidindo sobre concessão de férias, licenças e aposentadorias (frisa-se, aqui, que os magistrados gaúchos, se não destacados para o serviço de plantão, gozam, obrigatoriamente, um dos meses de suas férias regulamentares em Janeiro, período das férias forenses, o que foi introduzido a partir da Constituição de 1988, como forma de racionalizar os serviços da Justiça); propondo a criação de novas varas, por exemplo, mais se possibilita a adequação e operacionalização da estrutura judiciária e vislumbra-se, no momento próprio, a tomada das providências pertinentes.

Por decorrência, os órgãos correicionais manter-se-ão atualizados em relação à situação das comarcas e da atividade dos Juizes, identificando as causas dos problemas e apresentando prontas soluções.

O Estado do Rio Grande do Sul, por sua Corregedoria-Geral da Justiça, e tendo como Corregedor **pioneiro** na tomada de medidas inovadoras e eficientes o Des. Cristovan Daiello Moreira, encetou projetos como Júri Agilizar, Conciliação, Sentença Zero e Jurisdição Integrada, com êxito em todo o Estado e diminuição sensível dos resíduos processuais.

As mudanças projetadas e levadas a efeito, pela egrégia Corregedoria, engajaram Juizes de todas as comarcas, caracterizando-se as medidas ado-

tadas, sobremaneira, como provimentos impregnados de profundo respeito à figura humana, marca indelével daquele Corregedor e da preocupação em obter soluções práticas, próprias, particulares, mas, ao mesmo tempo, universais.

Tais projetos, registra-se, tiveram veiculação ampla nos meios de imprensa, refletindo, mais uma vez, o exercício da autonomia administrativa assegurada. Por outro lado, tal autonomia favorece o pronto agir (diagnóstico de falhas ou insuficiências, seja em material humano, seja em recursos administrativos), dinamizando a função jurisdicional e impendendo a sedimentação de situações que dificultem a otimização da prestação jurisdicional.

Logo, atingida a necessária transparência na jurisdição, torna-se inconsistente qualquer argumento de que o Poder Judiciário estaria fechado à fiscalização pela população.

### **Proposição:**

*Conscientização de que a autonomia administrativa atinge o próprio objetivo da fiscalização da atividade judiciária pela população.*

## **III. Judiciário. Autonomia Administrativa. Integração Jurídica Interamericana**

*“Vivemos no mundo contemporâneo a era da globalização ou mundialização, formando espaços de integração onde o interesse maior da economia coloca em jogo valores maiores de realização do homem e do seu meio”* (Rulli Júnior, Antonio - Conferência: Princípios Constitucionais Brasileiros, Harmonização Institucional, Magistratura e Ministério Público. Escola Supranacional, in Revista da ESMESC, 3ª Semana de Estudos para o Harmonizar Institucional de Princípios de Sistemas Constitucionais e Infraconstitucionais dos Países das Américas).

O **exercício da auto-organização** favorece a solução de problemas e realça a importância do indivíduo, que se prioriza.

É característica da natureza humana superar suas próprias limitações e contingências.

Em cidades do interior do Rio Grande do Sul, por exemplo, a necessidade de criação de cargos de assistente social (maior número de adolescentes infratores; maior incidência de conflitos familiares; predisposição



a embriaguez e suicídio, dentre outros) prefere a de funcionários cartorários.

A capacidade de disciplinar deficiências e encontrar caminhos re-flete, por certo, na construção gradativa de normas comunitárias e de um consciente coletivo, que, ultrapassando fronteiras, implicarão “*lograr o fortalecimento do processo de integração*” (Viana Santos, Antonio Carlos, Revista da FMU, Série Internacional VI, Ano 10, nº 16, 1996).

### **Proposição:**

*Extraír, da experiência conjunta, as ferramentas necessárias aptas a operacionalizar a atividade judiciária e atingir a otimização da prestação jurisdicional.*

## **IV. Judiciário e autonomia financeira**

A autonomia financeira (art. 99) estabelece a participação direta na elaboração de orçamento próprio. É a capacidade de elaborar seu próprio orçamento.

Dispõe o art. 99, § 1º, da Constituição Federal, que “os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias”.

A respeito disso, como magistrada e cidadã gaúcha, impende registrar a manifestação do culto e ínclito Des. José Barison, ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (biênio 1992/1994), que, sensibilizado ante as temáticas desenvolvidas neste painel e atento a tão significativo momento, não hesitou em prestar seu depoimento, para que fosse agregado a esta jornada de Integração Jurídica Interamericana; repassando algumas de suas vivências, enquanto no mais alto posto de nossa Corte Estadual.

Ufanista com o Judiciário e Magistratura gaúchos, consignou que, estabelecidos os princípios de autonomia administrativa e financeira do Judiciário pela Constituição Federal de 1988, o importante é torná-los efetivos pela implantação na esfera do Poder Executivo no sistema de execução.

Isso ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul em 1990/1991.

O Rio Grande do Sul foi pioneiro no estabelecimento de participação efetiva na receita do Estado, como veio a ser constatado posteriormente, em reuniões do Colégio Permanente de Presidentes de

Tribunais, em que cada Presidente de Tribunal expunha as suas preocupações e dificuldades.

Quando no exercício da 1ª Vice-Presidência, foi-lhe atribuída a tarefa de estabelecer, junto ao Poder Executivo (Secretaria da Fazenda), o percentual de participação do Poder Judiciário na receita líquida (receita de tributos) do Estado. Isso porque, às vésperas do prazo de apresentação à Assembléia Legislativa, o Secretário da Fazenda encaminhou ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado o anteprojeto da lei de diretrizes orçamentárias para vigorar no ano de 1991.

Sucedeu que o projeto já viera pronto, com percentual de 5%, considerado insatisfatório pelo Poder Judiciário, que, de imediato, remeteu o ofício ao Presidente da Assembléia Legislativa e Deputados, manifestando intenção de apresentação de emendas, notadamente para elevação do referido percentual, o que efetivamente ocorreu.

Independentemente dessas providências, continuaram os contatos com a Fazenda Estadual e várias reuniões foram realizadas, inclusive com a presença do Des. Cristovan Daiello, sendo obtida a elevação do índice para 6% da receita líquida.

Isso foi objeto de remessa de mensagem retificativa do Governador do Estado à Assembléia Legislativa referente ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias.

*“Assim resultou legalmente implantado o princípio da autonomia na legislação estadual.”* (Des. José Barison)

Durante aquele ano, seguiu-se o controle sobre o repasse, mês a mês, preocupação continuada da Administração, exatamente para garantir a realidade dessa autonomia.

*“Estabelecido o princípio, executado, com a disponibilidade das verbas correspondentes, houve a ampliação da atividade administrativa do Judiciário”.* (Des. José Barison)

## **V. Autonomia Financeira. Reflexos no Judiciário gaúcho**

Conseqüência disso, da autonomia financeira, ensejou-se a construção de prédios (Fóruns). Em período inferior a quatro anos, foram edificados e inaugurados 34 prédios. Como exemplo, o Fórum da Comarca de Estância Velha, iniciado sob a administração do Município e concluído, em face dessa autonomia, pelo Judiciário.

Marcou-se, também, o início efetivo da informatização, com a implantação desse sistema em quatro comarcas do Estado.

Outro dado que reforça a eficiência da autonomia financeira é o fato de o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ter criado o seu próprio Diário da Justiça, desvinculando-se da imprensa oficial (CORAG), que cobrava alto custo, estabelecido discricionariamente.

Ainda na 1ª Vice-Presidência, o Des. José Barison encetou pesquisa junto a jornais da Capital (Zero Hora, Correio do Povo) concluindo pela exorbitância dos valores cobrados pela CORAG.

Operacionalizada a forma de criar o seu próprio jornal (aquisição de impressora, instalações em prédio próprio etc), em 03.11.1992 foi publicada a primeira edição do Diário da Justiça, abrangendo as intimações, notas de expediente, editais de todo o Estado, com custo reduzido.

Atualmente publicado com mais de noventa páginas, representa lucro advindo de assinaturas, publicações editais etc.

Com relação à CORAG, que poderia ter invocado legislação que lhe atribuía essa função, a de publicar os atos oficiais dos três Poderes, não houve registro de qualquer resistência, porquanto invocado o princípio da autonomia financeira e a autogestão.

Dado folclórico, salientado pelo Des. Barison, foi contrato firmado pelo Presidente Oscar Gomes Nunes com a Associação dos Jornais do Interior, que passaram a publicar as intimações e atos judiciais das respectivas comarcas (isso anteriormente à criação do Diário da Justiça).

Fator de maior venda - a curiosidade da comunidade com as pendências judiciais de seus pares - havia esgotamento de edições, para grande satisfação dos proprietários de jornal.

O Diário da Justiça, voltado para a jurisdição, ratificou a independência do Poder Judiciário, concluiu o Des. José Barison.

### **Proposições:**

*É preciso que o Judiciário tenha a disponibilidade da verba e possa administrá-la. A autonomia financeira e a administrativa do Judiciário dizem respeito ao asseguramento da necessária independência do Juiz, questão de relevância para a jurisdição. ◆*

# Autonomía Financiera y Administrativa del Poder Judicial

( 5 )

**Min. Daniel Gutiérrez / Min. Eduardo Lombardi**  
Suprema Corte de Justicia del Uruguay

## **Prenotandos**

Si bien en el Uruguay el Poder Judicial, tiene desde la propia organización institucional del país - con el breve, en tiempos históricos, interregno de la dictadura militar que rigió entre 1973 y 1985 -, una clara independencia respecto de las otras ramas del Gobierno - ya en su trabajo acerca “De la Organización Judicial y del Régimen Procesal” presentado en la 10 Convención Nacional de Abogados Couture sostenía “Cuando la Constitución de 1830 instituyó como órgano elector de los Tribunales a 1ª Alta Corte de Justicia...aseguró la independencia de este poder para toda la vida institucional del país ...” (Judicatura N° XXIII, p .5) -, tan amplia autonomía del Poder Judicial respecto de otros centros del poder étático, no se proyecta plenamente en materia financiera.

Tales limitaciones, derivadas de la muy precisa ingerencia en la materia, fundada en los textos constitucionales vigentes, de los otros Poderes del Gobierno, constituye en los hechos un claro cercenamiento de la total independencia del Poder Judicial nacional. La Suprema Corte de Justicia de la República, al dirigirse en marzo de 1996 al Sr. Presidente del Senado y de la Asamblea General en ocasión de discutirse en el Poder Legislativo un proyecto de Ley Constitucional, afirmó con acierto: “La cuestión presupuestal no es otra cosa que la de la real y efectiva independencia del Poder Judicial y en tanto tal independencia es requisito indispensable para que la función jurisdiccional se cumpla con las garantías inherentes al sistema de gobierno democrático-republicano que nos es propio; garantías

que la Suprema Corte de Justicia entiende que sólo se dan plenamente cuando la función jurisdiccional está cargo de una organización que goza de independencia, en lo orgánico y en lo funcional y de autonomía en lo económico, es decir, cuando posee, efectivamente, el estatuto de Poder Estatal.”

Sabido es que la independencia del Poder Judicial tiene como condiciones que, como se estableció en los “Principios de Siracusa” (arts. 24 a 26): a) se le asignen , como garantía de aquélla, “... los medios y recursos necesarios para el desempeño adecuado de sus funciones judiciales”; b) la participación conjunta (con la autoridad competente en la materia) del Poder Judicial en la elaboración de su presupuesto, con la facultad de poder presentar a la dicha autoridad competente el cálculo de sus necesidades presupuestarias; y c) las asignaciones presupuestarias deben ser suficientes para que todos los tribunales puedan funcionar sin un volumen excesivo de trabajo y para que los Jueces perciban una remuneración periódica por sus servicios intangible durante su permanencia en los cargos.

Esos “Principios de Siracusa” han sido recogidos en la Resolución del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Milán, del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985 , en cuyo art. 71 se estableció que “Cada Estado miembro proporcionará recursos adecuados para que la Judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones”.

Y aparecen desarrollados ampliamente como Procedimiento para la aplicación efectiva de los principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura adoptado por el Consejo Económico y Social (O.N.U.) en su Resolución 1989/60 aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989 en cuyos apts. 11 y 51 especialmente se dispone: “Todos los Estados adoptarán los Principios Básicos relativos la independencia de la Judicatura con arreglo a los previsto en sus procedimientos constitucionales y en su práctica jurídica interna.” (Proc. 11) y “Al aplicar los Principios Básicos 8 y 12 los Estados prestarán particular atención a la necesidad de asignar recursos adecuados para el funcionamiento del sistema judicial, nombrando un número de Jueces que resulte suficiente para atender a los casos pendientes, proporcionando a los tribunales el equipo y el personal auxiliar necesario y ofreciendo a los Jueces un nivel apropiado de seguridad personal, remuneración y emolumentos.” (Proc. 51).

Más adelante se analizará en qué medida tales principios recogidos en pronunciamientos de organismos intercionales resultan contemplados en el régimen uruguayo.

En el plano más general de la autonomía administrativa del Poder Judicial, como se ha destacado en Revista de la Escuela Superior de la Magistratura del Estado de Santa Catarina (Rev. ESMESC Vol. 4 p. 193), la Constitución de la República confiere a la Suprema Corte de Justicia, amén de sus potestades jurisdiccionales, facultades de Gobierno y Administración del Poder Judicial estableciendo que a ella corresponde “Ejercer la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los Tribunales, Juzgados y demás dependencias del Poder Judicial” (art. 239 apt. 3).

Por otra parte también en esta área corresponde a la Suprema Corte de Justicia la designación de los Jueces de todos los órdenes y demás funcionarios y empleados de la Administración de Justicia, inclusive los Defensores de Oficio. Tal solución que, al menos en lo referente a los Jueces, es única en la región a nuestro conocimiento, ha funcionado a plena satisfacción a punto tal que el Maestro Couture ha dicho al respecto: “La Corte podrá haber procedido con mayor o menor acierto en la elección de sus candidatos; podrá haber sido más o menos justa en el sistema de las promociones; podrá haber sido más o menos feliz en el criterio de selección de las virtudes que deben reunir los Magistrados. Pero lo cierto es que mediante este procedimiento se ha asegurado la independencia del Poder Judicial, sin incurrir en favoritismos o egoísmos que pudieran permitir tachar su comportamiento como inclinado a tales o cuales familias o grupos sociales aislados del interés común. El problema de la independencia del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo, que es uno de los más graves de cualquier sistema constitucional, en nuestro país ha sido resuelto con toda eficacia. Numerosos fenómenos, cuya significación no siempre se percibe porque nos son excesivamente familiares, corroboran este aserto. Las mismas teorías de la responsabilidad del poder público y de la inconstitucionalidad de la ley han podido desenvolverse entre nosotros en la forma que ha acontecido, por virtud del sistema de designación y promoción de nuestros magistrados. Y esto se ha logrado sin ‘gobierno de los Jueces’, sin invasión de los fueros propios del Parlamento, sin avasallar las prerrogativas propias del Poder Ejecutivo.” (op. cit. loc. cit.).

Las reflexiones citadas se compadecen con una realidad que palpamos día a día: la independencia de los Jueces de la República en el ejercicio de su

función jurisdiccional es plena, no sólo frente a los otros centros del poder público sino incluso ante la propia Suprema Corte de Justicia, que, para su honra, la respeta en todos los planos, no inmiscuyéndose por vía alguna en el conocimiento de los asuntos reservados a otros Magistrados, cuyas decisiones respeta y hace respetar. Como anécdota, quizás menor pero muy reveladora del espíritu que impera en la Justicia del país, basta referir que en múltiples recientes juicios por responsabilidad judicial por aplicación de prisiones preventivas en procesos que no culminaron en sentencias de condena a penas privativas de libertad en que la Suprema Corte fue demandada y, como tal, opuso excepciones de inconstitucionalidad (fundadas en que la Ley aplicable se consagraba una hipótesis de responsabilidad estatal objetiva, que consideraba violatoria de diversos principios constitucionales), para cuya resolución el órgano Suprema Corte de Justicia se integró, para cada caso, no con sus miembros naturales sino con Ministros de los Tribunales de Apelaciones sorteados al efecto, todas las sentencias dictadas fueron desestimatorias de la pretensión del órgano jerarca del Poder Judicial.

En el ejercicio de tales funciones administrativas la Suprema Corte de Justicia debe realizar operaciones y actividades que requieran recursos humanos y materiales cuya dimensión y empleo debería ser de resorte privativo del órgano máximo del Poder Judicial, sin perjuicio, naturalmente, de los mecanismos de contralor de legalidad y regularidad de los gastos realizados a cumplirse por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal de Cuentas, organismos de creación constitucional y ajenos a la estructura de la Administración de Justicia.

Sin embargo el régimen constitucional vigente en materia financiera, que se describirá a continuación, mediatiza el programa de gobierno y administración que la Corte proyecta en cada instancia presupuestal, al habilitar la ingerencia de otras ramas del Gobierno, especialmente del P.E., y permite su eventual distorsión con la consecuente frustración de los objetivos originariamente perseguidos.

Esto es, la Constitución vigente que afirma ciertamente la independencia del Poder Judicial en lo funcional y orgánico, al retacear su autonomía en lo económico al parificar su tratamiento presupuestal al de otros organismos que carecen de la posición institucional de Poder del Gobierno, compromete su independencia para la fijación y consecución de sus fines amén de someter a su jerarquía a repetidos e inconvenientes regateos.

## **Régimen vigente en materia presupuestal**

Como enseña Véscovi (“Derecho procesal civil”, T. II, p. 172): “En nuestro país el Poder Judicial proyecta su propio presupuesto, como los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y los presenta al Poder Ejecutivo. Este, según la Constitución, puede modificar los proyectos originarios, pero elevará éstos y sus modificaciones al Poder Legislativo, quien decidirá en definitiva (art. 220 de la Constitución)”.

Luego de fijadas por la Ley las partidas presupuestales, a la Suprema Corte de Justicia, administradora, corresponde manejar los fondos asignados, con el contralor del Trib. de Cuentas.

Pero el régimen vigente es tan limitativo que con relación Poder Judicial no se prevé siquiera la alternativa que para otros organismos encartados en el mismo art. 220 de la Constitución se establece. Así, por un lado, para ciertos Entes Autnómos (comerciales e industriales), que también remiten sus proyectos al Ejecutivo no se prevé que éste pueda modificarlos sino tan sólo observarlos y remitirlos al Poder Legislativo y, por lado, para la Universidad de la República la Ley ha establecido que los presupuestos se hagan por partidas globales, que son las que en definitiva se aprueban por el Parlamento, lo que da mayor flexibilidad y, por ende, autonomía, al Ente.

## **Crítica**

Es evidente que, como se adelantó, este régimen no permite una real independencia del Poder Judicial en materia financiera e, inconsecuentemente no contempla su plena autonomía al respecto, condicionando, como se señaló su efectivo gobierno por la Suprema Corte de Justicia, cuya planificación y programación resulta muchas veces mutilada e, incluso, vaciada de contenido por limitaciones financieras impuestas por iniciativa de otro de los Poderes del Gobierno, que, corresponde puntualizar, ostenta similar rango institucional.

En los hechos el Presupuesto de funcionamiento que se asigna al P.J. es normalmente el proyectado por el P.E. y ello obedece por un lado a las facultades constitucionales a éste asignadas que se refirieron y, por otro a que la composición del Parlamento conduce a que las mayorías necesarias para aprobar el Presupuesto respondan a la política económica del Gobierno



que, naturalmente, no se refleja - dada la plena independencia política de la Justicia y también la desvinculación de los miembros de la Suprema Corte de los organismos de integración política - en la composición del órgano máximo del Poder Judicial ni en sus iniciativas presupuestarias.

En consecuencia tal sistema ha generado fuertes cuestionamientos en el ámbito judicial a punto tal que en ocasión del reciente proceso de reforma constitucional (culminado en 1996) la S.C.J. impulsó su modificación en el siguiente sentido: a) conferir iniciativa exclusiva al Poder Judicial, cuyas propuestas presupuestales estarán sujetas únicamente al control del Poder Legislativo; b) la intervención legislativa se circunscribiría sólo a los montos globales programas; y c) se requeriría una mayoría especial (de 2/3 de integrantes de cada Cámara) para reducir lo proyectado en materia de gastos e inversiones (excluyéndose la materia de sueldos como ratificación de que no se perseguían situaciones de privilegio sino la adecuación del régimen presupuestal al estatuto de Poder y una mejor prestación del servicio).

La solución propuesta que contemplaba algunas de las más severas objeciones al régimen vigente no fue objeto siquiera de inclusión en el Proyecto de Reforma Constitucional sometido a plebiscito, por lo que se ignora cuál hubiera sido la opinión del Soberano al respecto.

Actualmente la Asociación de Funcionarios Judiciales brega por aprobación de un proyecto de reforma constitucional que en breve síntesis excluye al P.J. del mecanismo de aprobación de sus presupuestos previsto en el art. 220 de la Constitución, consagra el principio de que la Ley debe incluir siempre soluciones que aseguren la independencia del Poder Judicial y su equilibrio institucional con los otros Poderes del Gobierno y establece que la Suprema Corte de Justicia formulará los proyectos de presupuestos del Poder Judicial, que serán presentados para su aprobación al Poder Legislativo, quien se pronunciará sobre montos globales por programas, para cuya reducción se prevé una mayoría especial (2/3 del total de componentes de cada Cámara), postulándose que las normas presupuestales relativas al Poder Judicial aprobadas por el Poder Legislativo no podrán ser vetadas por el Poder Ejecutivo por razones de conveniencia, mérito u oportunidad.

A criterio de los firmantes si bien este proyecto contempla aspiraciones compartibles, especialmente en cuanto a la exclusión de la iniciativa del Poder Ejecutivo respecto de la materia presupuestal del Poder Judicial y la flexibilización representada por la asignación de montos globales por programas, merece la crítica de que no reconoce la tendencia universal de los

últimos años a la orientación de las políticas económicas por parte del Poder Ejecutivo al cercenarle el derecho de veto. Si lo que se pretende es limitar la ingerencia excesiva del Poder Administrador en la materia presupuestal judicial, lo que podría plantearse sería que en ella, la mayoría necesaria en la Asamblea General para rechazar y levantar el veto fuera la simple del total de miembros presentes de cada Cámara (y no la actualmente vigente de 3/5).

## **Régimen vigente en materia administrativa**

Al respecto debemos remitirnos al trabajo publicado en Rev. ESMESC N° 4 citado (ps. 194 y 195), donde se señala que la Suprema Corte de Justicia “... tiene una polifuncionalidad poco común en el Derecho Comparado. Además de las naturales funciones de máximo Tribunal de Justicia, ejerce la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre todas las dependencias del Poder Judicial.”

Entre las funciones de tipo administrativo, la más importante es, a nuestro criterio, la de designar a los Jueces de todos los grados y categorías, incluso a los miembros de los Tribunales de Apelaciones, aunque en este caso se requiere que la venia del Senado de la República. Para ello la Constitución le confiere amplia discrecionalidad, imponiendo tan sólo requisitos genéricos que deben llenar los designados (edad, calidad de Abogados, antigüedades mínimas como tales etc.), pero en los últimos años la Corporación se ha autolimitado creando una Comisión Asesora (integrada por Jueces, entre ellos un delegado de la Asociación de Magistrados del Uruguay, representantes del Colegio de Abogados del Uruguay y de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República) en materia de ascensos en la carrera judicial, para la más adecuada calificación de la capacitación de los candidatos.

Y además es potestad de la Suprema Corte la designación de todos los funcionarios o empleados administrativos del Poder Judicial.

También la Suprema Corte de Justicia tiene facultades disciplinarias sobre Jueces y funcionarios del Poder Judicial así como sobre los Abogados y Escribanos Públicos.

El sistema en su consagración constitucional y legal aparece como un adecuada respuesta a las necesaria independencia del P.J. en la medida que coloca toda la Administración de los servicios de la Justicia en la ór-

bita del Poder Judicial, incluyendo la designación de los Magistrados de todos los órdenes, lo que constituye garantía a nuestro criterio esencial de su independencia y descartando la ingerencia de otros centros de decisión, cuya virtualidad se impuso durante el régimen de facto con la creación del Ministerio de Justicia y posteriormente del Consejo Superior de la Judicatura.

Sin perjuicio de las múltiples bondades del sistema vigente se señala que implica una pesada carga para los Ministros de la Suprema Corte de Justicia al asignarles intervención incluso en cuestiones administrativas menores, que les retacea el tiempo necesario para las tareas jurisdiccionales de su exclusiva e indelegable competencia, en la medida que no se efectivicen mecanismos apropiados de delegación y desconcentración, que aparecen consagrados en la Acordada N° 6889, transcrita en Rev. ESMESC citada (ps. 197 y ss.). ♦

# Autonomia Financeira e Administrativa do Poder Judiciário

( 6 )

**Dra. Angela Augusta Santos Carvalho**  
Representante do TJ/RJ

O Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, no período de 1995 à 1998, conseguiu manter estável sua participação orçamentária em relação à Receita Corrente Líquida Realizada pelo Tesouro Estadual, que é calculada a partir da efetiva arrecadação das Receitas Correntes deduzidas as Cota-Partes dos impostos estaduais que são consignados aos Municípios, bem como os repasses feitos pela União com destinação específica, como por exemplo o Salário Educação.

No exercício de 1995, ano em que foram destinados R\$ 40.418.170,00 (quarenta milhões, quatrocentos e dezoito mil, cento e setenta reais) para a obra de Construção do Palácio da Justiça II, que havia se iniciado no final do ano de 1994, o orçamento do Judiciário teve uma participação de 13,90% (treze, noventa por cento) em relação à Receita Corrente Líquida Realizada. Neste mesmo ano, seguindo o exemplo do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, a Alta Administração do Poder Judiciário, sob a Presidência do Desembargador José Lisboa da Gama Malcher, encaminhou à Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro o Projeto de Lei que criava o Fundo Especial do Tribunal de Justiça, cuja receita provinha basicamente do recolhimento das custas judiciais, mas que também previa outras fontes de arrecadação, tais como a alienação de bens inservíveis e os depósitos de inscrições em concursos realizados pelo Poder Judiciário. Na ocasião da elaboração da proposta orçamentária do Poder Judiciário para 1996, foram previstos os valores relativos à arrecadação do Fundo Especial bem como fixadas as despesas de capital (equipamentos, mobiliário, obras, reformas etc.), no valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

No ano de 1996 o orçamento do Poder Judiciário foi contemplado com recursos da ordem de R\$ 599.060.211,13 (quinhentos e noventa e nove milhões, sessenta mil, duzentos e onze reais e treze centavos), deste total, foram destinados de R\$ 497.351.581,49 (quatrocentos e noventa e sete milhões, trezentos e cinquenta e um mil, quinhentos e oitenta e um reais e quarenta e nove centavos) para pagamento de despesas com pessoal e encargos sociais, R\$ 46.772.373,61 (quarenta e seis milhões, setecentos e setenta e dois mil, trezentos e setenta e três reais e sessenta e um centavos) para fazer face às despesas de custeio, e R\$ 54.936.256,03 (cinquenta e quatro milhões, novecentos e trinta e seis mil, duzentos e cinquenta e seis reais e três centavos) relativos às despesas de capital.

O exercício de 1996, marcou o primeiro ano da instituição do Fundo Especial do Tribunal de Justiça, foi também o último ano no qual o orçamento do Poder Judiciário foi contemplado com um programa de trabalho específico para a construção do Palácio da Justiça II, uma vez que o término da obra estava previsto para correr durante o ano, a sua dotação orçamentária era de R\$ 32.972.092,00 (trinta e dois milhões, novecentos e setenta e dois mil, e noventa e dois reais).

A participação na Receita Corrente Líquida do orçamento do Judiciário neste ano, cresceu de 13,90% (treze, noventa por cento) apurados em 1996 para 15,11% (quinze, onze por cento), representando um crescimento de aproximadamente 8,70% (oito, setenta por cento) de um ano para o outro, justificado pelos seguintes fatores: aumento das despesas com pessoal e encargos sociais em torno de 26,99% (vinte e seis, noventa e nove por cento) devido à realização de concursos públicos para o preenchimento de vagas em diversos cargos do Poder Judiciário, decorrentes do grande número de aposentadorias que foram concedidas nos anos anteriores, nos quadros da Corregedoria-Geral da Justiça e dos extintos Tribunais de Alçada Cível e Criminal; aumento das despesas de custeio em decorrência da necessidade de manutenção dos gastos com investimentos efetuados em 1995, e o crescimento de 15,80% (quinze, oitenta por cento) dos recursos destinados às despesas com capital que foram aplicados, principalmente, em obras e reformas de fóruns em todo o Estado e aquisição de equipamentos de informática, indispensáveis ao programa de informatização e modernização dos serviços do Poder Judiciário. O crescimento total do orçamento de 1996 em relação ao do ano anterior foi de 26,74% (vinte e seis, setenta e quatro por cento).

O exercício de 1997, marcou a importância do Fundo Especial do Tribunal de Justiça para a consolidação dos fundamentos que regem a autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, a previsão de arrecadação para este ano foi de R\$ 39.720.000,00 (trinta e nove milhões e setecentos mil reais), um aumento de 98,58% (noventa e oito, cinquenta e oito por cento) em relação ao exercício anterior. Neste ano também foi instituído pela Corregedoria-Geral da Justiça o selo de autenticidade, que reprimiu a sonegação relativa às custas judiciais e repercutiu de forma bastante significativa no aumento da arrecadação do Fundo Especial do Tribunal de Justiça.

A participação do Poder Judiciário na Receita Corrente Líquida, durante este exercício, foi de 15,20% (quinze, vinte por cento) manteve-se praticamente inalterada em relação ao exercício de 1996.

As despesas com pessoal e encargos sociais cresceu em 14,07% (quatorze, sete por cento) justificada pelo preenchimento, através de concurso público, de diversos cargos criados para a implantação dos Juizados Especiais e a recomposição dos quadros de serventuários da Corregedoria-Geral da Justiça. A marca de 30,17% (trinta, dezessete por cento) representa um crescimento significativo das despesas de custeio, justificada pela necessidade de manutenção dos investimentos efetuados durante os exercícios de 1995 e 1996. Com relação às despesas de capital, a conclusão das obras de construção do Palácio da Justiça II, determinou uma redução de 75,69% (setenta e cinco, sessenta e nove por cento), tal redução foi compensada pela significativa participação do Fundo Especial do Tribunal de Justiça no orçamento do Poder Judiciário em 1997.

O orçamento do Poder Judiciário de 1997, se comparado com aquele realizado em 1996, representou um aumento de 7,91% (sete, noventa e um por cento).

No exercício vigente o Poder Judiciário tem uma participação de 12,03% (doze, três por cento) na Receita Corrente Líquida prevista para 1998. Com relação às despesas com pessoal e encargos sociais o crescimento foi de apenas 6,08% (seis, oito por cento) em comparação ao exercício de 1997, o que representa praticamente o aumento vegetativo da folha de pagamento de pessoal, em virtude, basicamente, de triênios e promoções de serventuários e magistrados. As despesas de custeio demonstram também uma estabilização em relação ao exercício anterior, representando uma redução de 3,39% (três, trinta e nove por cento). As despesas de capital

reduziram em 24,21% (vinte e quatro, vinte e um por cento) pois o Fundo Especial do Tribunal de Justiça passou efetivamente a absorver a maior parte das despesas de capital efetuadas pelo Judiciário, tendo crescido a sua previsão de arrecadação em 9,11% (nove, onze por cento).

O crescimento total do Orçamento do Poder Judiciário em 1998 foi de apenas 4,54% (quatro, cinquenta e quatro por cento) se comparado ao exercício de 1997.

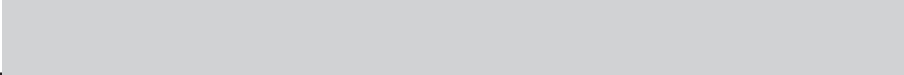
A extinção dos Tribunais de Alçada Cível e Criminal foi responsável pela manutenção das despesas do Poder Judiciário praticamente nos mesmos níveis do ano anterior.

Para o exercício de 1999, o orçamento do Judiciário, apesar das propostas de cortes apresentadas pela equipe de transição do futuro governo estadual, deve-se apresentar nos mesmos moldes do atual, mantendo apenas um crescimento de 6,47% (seis, quarenta e sete por cento) nas despesas de pessoal e encargos sociais, que representa o crescimento vegetativo da folha de pagamento de serventuários e magistrados.


Quanto ao aspecto financeiro, podemos dizer que o Poder Judiciário tem caminhado a passos largos em busca de sua autonomia Financeira e Administrativa.

Com o advento do Fundo Especial do Tribunal de Justiça, praticamente todas as despesas de Capital e Investimento são pagas com recursos advindos dele. A tendência é que o Fundo também absorva as despesas correntes, deixando apenas para o Tesouro do Estado o pagamento da folha de pessoal; para que isso ocorra será necessária uma alteração na Lei de criação do Fundo, como também, a aprovação do projeto de Lei que já se encontra na Assembléia Legislativa que tem como finalidade incluir a Taxa Judiciária na receita do Fundo Especial.

Hoje, efetuamos pagamentos pelo Fundo Especial numa média de 05 (cinco) dias desde a atestação da fatura até o efetivo pagamento, enquanto que os pagamentos de despesa corrente, que dependemos de repasse financeiro do Poder Executivo, a média é de 40 (quarenta) dias. ♦



Institucionalização  
do Ministério Público  
para Tutela das  
Garantias dos Direitos  
Humanos







# Institucionalização do Ministério Público

**Dr. Alcides Martins**

Procurador Regional da República / 2ª Região RJ-ES

## 1. Origem, Histórico e Evolução

Controverte-se sobre as origens do M.P.. Alguns a vêem há mais de quatro mil anos, no **magiaí**, funcionário real no Egito. Entretanto, o mais comum é invocar sua origem nos **Procuradores do Rei** do velho direito francês (a Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, foi o 1º texto legislativo a tratar objetivamente dos procuradores do Rei).

A R.F. estruturou mais adequadamente o M.P., enquanto **instituição**, ao conferir garantias a seus integrantes; focam, porém, os textos napoleônicos que instituíram o M.P. que a França veio a conhecer na atualidade.

Inegável é a influência da inteligência jurídica francesa na história do M.P. Prova disto é a freqüente utilização por nós da expressão “*parquet*” para referir-nos à Instituição.

Em tempo, a palavra francesa “*parquet*” significa assoalho, e era usada para significar o M.P., pois os procuradores do rei, antes de terem assento ao lado dos magistrados, nas salas de audiências, sentavam-se no chão, ou melhor, sobre o assoalho.

No sentido de referir-se à instituição, a expressão francesa **ministério público** passou a ser usada com freqüência nos provimentos legislativos do séc. XVIII, ora para referir-se a um magistrado específico, incumbido do poder-dever de exercitá-lo.

Os primeiros termos do M.P. brasileiro provêm do velho direito lusitano. Desta foram, a instituição não surgiu de repente, por força de algum ato legislativo. Formou-se lenta e progressivamente, em resposta às exigências históricas.

Em 1609, criou-se a Relação da Bahia, junto à qual o procurador da Coroa e da Fazenda era o promotor de justiça.

No Brasil-Colônia e no Brasil-Império, o procurador-geral ainda centralizava o ofício, não se podendo falar propriamente de uma instituição nem de garantia ou independência dos **promotores públicos**, meros agentes do P. Executivo. Sob a Constituição de 1824, atribuía-se ao procurador da Coroa e Soberania Nacional a acusação no juízo de crimes comuns. O Código de Processo Criminal do Império (1832) continha uma Seção reservada aos promotores, com os primeiros requisitos de nomeação e principais atribuições (arts. 36 e 38). A partir da reforma de 1841, a qualidade de “bacharel idôneo” passou a ser requisito da nomeação dos promotores públicos.

A Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, passou a estabelecer que os promotores seriam nomeados por tempo indefinido pelo imperador, no município da Corte, e pelos presidentes, nas províncias; serviriam enquanto conviesse a sua conservação ao serviço público, sendo, caso contrário, indistintamente demitidos.

A primeira Constituição da República (1891) não aludiu ao Ministério Público enquanto instituição: só fez referência à escolha do procurador-geral e à sua iniciativa na revisão criminal **pro reo**. Entretanto, diante do descortino de Campos Salles, Ministro da Justiça no Governo Provisório, o Ministério Público passou a ser tratado como instituição nos Decretos nºs. 848 e 1.030 de 1890.

Ressalvado o retrocesso operado na Carta ditatorial de 1937, no período republicano o Ministério Público se desenvolveu. No Código de Processo Penal de 1941, conquistou o poder de requisição de inquérito policial e diligências (o art. 257 estabelece que: “O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei”). Tornou-se regra sua titularidade na promoção da ação penal pública, embora ainda admitido o procedimento penal *ex officio*. Nos Códigos de Processo Civil (1939 e 1973), o Ministério Público conquistou crescente papel, tanto na qualidade de órgão agente como interveniente.

Na seqüência de emendas à Constituição sobreveio a de nº 7, que estabelecia normas gerais, para o Ministério Público dos Estados.

**Três momentos marcaram o extraordinário crescimento institucional:**

a) a Lei Complementar nº 40/81 - a primeira Lei Orgânica Nacional do M.P. (prevista pela EC nº. 7/77) -, definiu um estatuto básico e uni-

forme para o M.P. nacional, com suas principais atribuições, garantias e vedações, estabelecendo prerrogativas de foro, organizando as carreiras, e exigindo concurso público de provas e títulos, democratizando o acesso, fiscalizando os exames e deles participando a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB);

b) a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 - chamada Lei Ação Civil Pública -, conferiu-lhe iniciativa na promoção de ações para a proteção de interesses difusos e coletivos;

c) a Constituição de 1988 deu ao M.P. brasileiro seu crescimento maior.

A legislação desenvolveu a atuação do Ministério Público nas diversas áreas: da pessoa portadora de deficiência (Lei nº 7.853/89), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89), da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90), do consumidor e de outros interesses difusos e coletivos (Lei nº 8.078/90), do patrimônio público (Leis nºs 8.429/72 e 8.625/93), da ordem econômica e da livre concorrência (Lei nº 8.884/94).

Portanto, de todo visto, podemos afirmar que a instituição do MP, tal como a conhecemos hoje, é relativamente recente.

#### *1.1. - O Ministério Público nas Constituições anteriores*

A Constituição do Império (25.3.1824) dispunha no art. 48:

“No juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o procurador da Coroa e Soberania Nacional”.

A primeira Constituição republicana (de 24.2.1891) dispôs sobre a escolha do procurador-geral da República, pelo presidente da República, dentre ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 58, parágrafo 2º).

A Constituição de 16 de julho de 1934 institucionalizou o M.P., colocando-o em Capítulo à parte (Cap. VI, arts. 95 a 98: “Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”). Previu-se que lei federal organizaria o M.P. na União, no Distrito Federal e nos Territórios, e que leis locais organizariam o M.P. nos Estados (art. 95); cuidou-se da escolha do procurador-geral da República, com aprovação pelo Senado e garantia de vencimentos iguais aos dos ministros da Corte Suprema (parágrafos 1º e 2º); fixaram-se as garantias dos membros da instituição (parágrafos 3º) e os impedimentos dos procuradores-gerais (art. 97).

A Carta outorgada na ditadura de Vargas, em 10 de novembro de 1937, impôs severo retrocesso à instituição ministerial, pois apenas artigos

esparsos mencionaram a livre escolha e a demissão do procurador-geral da República, escolhido dentre quem reunisse requisitos exigidos para ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 99).

A Constituição democrática de 18 de setembro de 1946 voltou a dar relevo à instituição, conferindo-lhe título próprio (arts. 125 a 128), com regras de organização, escolha do procurador-geral da República, ingresso na carreira sob concurso, garantias de estabilidade e inamovibilidade: além disso, cometeu ao procurador-geral a representação de inconstitucionalidade.

## **2. O M.P. na Constituição Federal de 1988**

### *2.1. Visão Geral*

Na Área criminal, recebeu o M.P. a tarefa privativa de promover a ação penal pública. A constituição conferiu-lhe controle externo sobre a atividade policial, permitiu-lhe requisitos diligências investigatórias e determinou a instauração de inquérito policial.

Na esfera cível, além da ação de inconstitucionalidade e da ação interventiva, a Constituição conferiu ao M.P. a defesa em juízo de direitos e interesses das populações indígenas, cometeu-lhe a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

### *2.2. Posicionamento Constitucional*

Optou o constituinte de 1988 por conferir elevado *status* constitucional ao M.P., quase erigindo-o a um *quarto poder*, ao dar-lhe garantias especiais e ao desvinculá-lo dos capítulos do Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário (Título IV, Capítulo IV, Seção I).

A natureza jurídica da atuação do M.P. é administrativa.

É necessária a distinta posição constitucional do M.P. para desvinculá-lo de uma dependência excessiva, especialmente, do Poder Executivo.

### *2.3. Dispositivos Comuns*

Na Constituição de 88, há dispositivos comuns ao MPU e aos dos Estados: com sua conceituação institucional, conferem-lhe autonomia, garantias, atribuições e impedimentos.

### *2.4. Conceito*

*“O M.P. é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa de ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais.”*

**a)** Instituição Permanente - Supõe seja ele um dos Órgãos pelos quais o Estado manifesta sua soberania para defender a ordem jurídica, o regime democrático, interesses sociais e individuais, e ainda a missão perante o Poder Judiciário de promover a ação civil pública e penal. Em último análise, trata-se do zelo do interesse público.

**b)** O M.P. e a função jurisdicional - Diz a Constituição no art. 127, caput: “*O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”.

Em outras palavras, desde que haja alguma característica de indisponibilidade *parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse*, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, será exigível a iniciativa ou a intervenção do M.P. junto ao Poder Judiciário.

Por isso, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “*Sem dúvida, deve-se reconhecê-lo, foi intenção do constituinte fazer o Ministério Público representar a lei antes de servir aos governantes*”(em Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 235).

**c)** ...

**d)** A defesa da ordem jurídica - Como fiscal da lei, a destinação do M.P. deve ser sempre voltada para o zelo de interesses sociais e individuais indisponíveis e do bem geral;

**e)** Ministério Público e democracia - Há estreita ligação entre democracia e um M.P. forte e independente, pois um M.P. forte mas submisso só pode convir a governos totalitários. No dizer de Hugo Nigro Mazzilli: “*É preciso romper de vez com o sistema advindo de tempos autoritários, em que o Ministério Público se notabilizou por servir ao governo e a seus governantes, situação esta incompatível com sua atual destinação constitucional. Justamente para que o Ministério Público possa servir à sociedade e não aos governantes, precisa ser dotado de garantias substanciais que assegurem a independência administrativa e funcional - garantias concretas e não palavras retumbantes na Lei Maior, mas vazias de maior conteúdo prático. Enfim, as verdadeiras garantias de seus agentes são, antes de tudo, garantias da coletividade*”(in Garantias Constitucionais do Ministério Público).

**2.5. Princípios institucionais: Unidade, individualidade e autonomia**

Em vez de estarem subordinados hierarquicamente entre si ou ao procurador-geral, os membros do M.P. gozam de independência no exercício das funções.

Quando falamos em *unidade*, significa dizer que os membros do M.P. integram um *só órgão* sob a direção de *um só chefe*. Individualidade significa dizer que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros.

Individualidade só se concebe quando haja unidade. Não se pode impor um procedimento funcional a um membro do M.P. e sim fazer recomendação de caráter normativo ou vinculativo. Pois a Constituição deu-lhe garantias funcionais.

#### 2.6. *As designações do procurador-geral*

Os designações do procurador-geral, do Conselho Superior ou de qualquer órgão de administração superior da instituição só se pode admitir quando decorram de taxativa hipótese legal.

A *ratio legis* da inamovibilidade não é apenas a proteção do próprio cargo, mas também a proteção das funções do cargo.

#### 2.7. *Hierarquia e independência*

No M.P. a hierarquia é administrativa, não funcional.

O Poder de designação, vocação ou delegação do procurador-geral não pode sobrepor-se à discriminação de atribuições previstos em lei.

#### 2.8. *Unidade e indivisibilidade do M.P. diante da incompetência do Juízo*

O ato ministerial praticado em juízo incompetente, não teria a indivisibilidade do M.P. Entretanto, será inaplicável em entendimento se tiver atribuição funcional ao órgão do M.P. que a lançou.

#### 2.9. *Autonomia Institucional*

A Constituição e as leis conferem autonomia, funcional e administrativa, ao M.P.

*Autonomia funcional* - significa dizer que os seus membros, não estão subordinados a nenhum órgão ou poder, submetendo-se apenas à sua consciência e aos limites imperativos da lei.

Por esta razão os membros do M.P. são considerados *agentes políticos*, a despeito de outras posições, como a da ilustre Maria Silvy Di Pietro.

No tocante à iniciativa do processo legislativo, pode, de acordo com a Constituição (art. 127, § 2º) propor a criação ou extinção de seus cargos e serviços auxiliares, bem como a edição das respectivas leis complementares.

Cumprе ressaltar que não pode um membro do Poder Legislativo ter iniciativa de leis complementares que digam respeito à organização do M.P., pois a iniciativa ou é do Chefe do Executivo ou do procurador-geral.

A Constituição de 88 diz que o M.P. abrange o M.P. da União e o M.P. dos Estados; por sua vez, o primeiro compreende o M.P. Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal e Territórios.

Assim, inexistente o M.P. Eleitoral, como órgão autônomo, cabendo ao Procurador-Geral da República a sua chefia, exercendo suas atribuições perante o Tribunal Superior Eleitoral. Nos Tribunais Regionais Eleitorais, existentes nos diversos Estados da Federação neles oficiam os membros do Ministério Público Federal (Procuradores Regionais Eleitorais) e nas comarcas os Promotores Eleitorais (integrantes dos Ministérios Públicos Estaduais), que exercem suas atribuições por delegação.

A direção administrativa do M.P. do Distrito Federal e Territórios fica a cargo do Procurador-Geral da República.

*2.10. A Constituição da República organiza a instituição da seguinte maneira*

*I - O Ministério Público da União, que compreende:*

a) O Ministério Público Federal, cuja carreira se inicia no cargo de Procurador da República, e cujo chefe é também do Ministério Público da União.

b) O Ministério Público do Trabalho, cujo cargo inicial é o de Procurador do Trabalho, e cujo chefe é o Procurador-Geral do Trabalho.

c) O Ministério Público Militar, cuja carreira se inicia no cargo de Promotor da Justiça Militar, tendo por chefe o Procurador Geral da Justiça Militar.

d) O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, cujo cargo inicial é o de Promotor de Justiça-Adjunto, tendo por chefe o Procurador-Geral de Justiça.

*II - Os Ministérios Públicos dos Estados, cujas carreiras estão organizadas de acordo com as Leis Complementares locais (art. 128, § 5º, da CF).*

*2.11. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas*

O M.P. junto ao TC deixou de ser previsto como órgão autônomo.

O art. 130, apenas quis dizer que os membros do M.P. que atuam junto aos tribunais de contas terão os mesmos direitos, vedações e forma de investidura dos demais membros do M.P.

Por último, deve ser lembrado que tais membros do M.P. limitam-se a officiar junto aos tribunais de contas, dando parecer e oficiando como *custos legis* no procedimento e processos cometidos ao controle externo daquela corte.



Mister se faz que a legislação infraconstitucional disciplina a atuação do M.P. junto aos tribunais e Conselho de Contas.

### 2.12. *O Procurador-Geral da República*

É o Chefe do Ministério Público da União. Com a promulgação da Lei Complementar nº 75 de 21 de maio de 93, a escolha do Procurador-Geral da República deve ocorrer entre os membros da carreira do Ministério Público da União, cuja nomeação ou cuja escolha é efetuada pelo Presidente da República após aprovação do Congresso Nacional - no sistema anterior à Const. de 1988, absurdamente, o chefe do M.P. da União, o Procurador-Geral da República, não gozava de garantias legais mínimas, pois era demissível *ad nutum*.

Contudo, em diversos Estados, as garantias já eram maiores, como também já foi anotado.

### 2.13. *Os demais procuradores-gerais*

#### 2.14. *Listisconsórcio do M.P.: surgiu p/melhor defesa ambiental*

Hipótese há nas quais se justifica um sistema de atuação harmônica ou integrada entre o M.P. da União e dos Estados, como na importante área da defesa do meio ambiente ou do consumidor.

#### 2.15. *Organizações, atribuições e estatuto*

A Lei nº 8.625 de 15.02.93 estabeleceu o controle externo da atividade policial, devendo qualquer prisão ser de imediato comunicada ao “*parquet*”, devendo o M.P. por seus órgãos corrigir ilegalidades, instaurando inquéritos, sanando desvios, fazendo recomendações às autoridades e solicitando informações, que não podem deixar de ser fornecidas sob a alegação de que são sigilosas.

Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos procuradores-gerais, estabelecerão as atribuições e o estatuto de cada M.P.

A Constituição diz ser de iniciativa privativa do Presidente da República, para que organize o M.P. da União e a que fixe normas gerais para organização do M.P. dos Estados, do D.F. e Territórios.

O Procurador-Geral da República terá a iniciativa de leis na forma e previstas na Constituição de 88. Não só pelo princípio de simetria, mas por força do art. 128, parágrafo 5º do CF, os procuradores-gerais de justiça dos Estados também terão a iniciativa de leis, nas hipóteses correspondentes.

Nos Estados, haverá leis complementares, de iniciativa facultada aos procuradores-gerais.

### 2.16. *Garantias e prerrogativas*

A Constituição trouxe para o Ministério Público nacional notáveis avanços em suas garantias e atribuições. A par de um diferenciado posicionamento constitucional, concedeu-lhe destinação que dignifica e assegura sua indispensável presença social, consagrou-lhe autonomia e independência; conferiu relevantes garantias e predicamentos à instituição e a seus agentes.

O fundamento desses predicamentos da instituição e de seus agentes não é de constituir uma casta privilegiada de funcionários públicos, e sim e tão-somente assegurar a alguns agentes do Estado, apenas em razão das funções que exercem, garantias para que efetivamente possam cumprir seus misteres, em proveito do próprio interesse público.

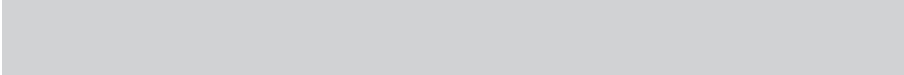
A Lei Maior outorgou, aos magistrados e membros do Ministério Público, garantias excepcionais.

Justamente para que o Ministério Público possa servir a sociedade e não aos governantes, precisa ser dotado de garantias substanciais que assegurem sua independência.

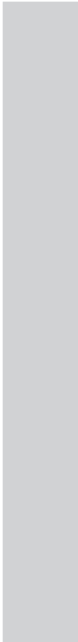
As prerrogativas, para Hely Lopes Meirelles, “*são atributos do órgão ou do agente público, inerentes ao cargo ou à função que desempenha na estrutura do Governo, na organização administrativa ou na carreira a que pertence. São privilégios funcionais, normalmente conferidos aos agentes políticos ou mesmo aos altos funcionários, para a correta execução de suas atribuições legais. As prerrogativas funcionais erigem-se em direito subjetivo de seu titular, passível de proteção por via judicial, quando negadas ou desrespeitadas por qualquer outra autoridade*”.

Em conclusão podemos afirmar que há garantias administrativas e políticas de instituição (autonomia administrativa e funcional; iniciativa do processo legislativo; propostas orçamentárias, escolha do procurador-geral dentre integrantes da carreira indicados em lista tríplice formada pela instituição, investidura por tempo certo para o procurador-geral etc.); há garantias políticas dos seus membros (independência funcional, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade, isonomia de vencimentos, vedações etc.), que objetivam o cumprimento de sua elevada missão Constitucional e legal, em benefício da sociedade de que a instituição é defensora, bem como, do regime democrático e de interesses da coletividade. ◆





Formação e  
Aperfeiçoamento de  
Magistrados





# La Formación de Jueces del Estado del Rio de Janeiro

**Des. Manoel Carpena Amorim**

Director General de EMERJ

Brasil, como nadie ignora, es un país continental, con más de 8 millones de km<sup>2</sup>.

Es un país republicano y tiene como forma de Estado la Federación, al ejemplo de muchos países de América.

En nuestro país la contratación de jueces se hace de dos maneras previstas en la Constitución Federal. La forma común de dicha contratación, se hace por medio de concurso público de pruebas y títulos, como lo prevee el Art. 93, I, en el capítulo III, que se refiere en el Poder Judicial.

“La entrada en la carrera, cuyo cargo inicial sería de Juez Sustituto, a través de concurso público de pruebas y títulos, con la participación de la Orden de los Abogados del Brasil en todo sus fases, obedeciéndose, en los nombramientos, al orden de clasificación”.

El otro modo, excepcional, es el que se convino nombrar de “Quinto Constitucional”, eso es, a partir de la Constitución Republicana, de 1934, un quinto de todos los tribunales brasileños, sean federales, sean estatales, deben componerse de Promotores de Justicia y Abogados, indicados por los Tribunales y nombrados por el Jefe del Poder Ejecutivo. Ya el Supremo Tribunal Federal está fuera de éste sistema porque sus Ministros, en número de 11, en la forma de la Constitución, deben ser nombrados por la Presidencia de la República de entre ciudadanos com más de 35 y menos de 65 años de edad, de notable saber jurídico y reputación ilibada, *ad referendum*, del Congreso Nacional.

En este trabajo, vamos a tratar y de forma regular y llanamente, a la contratación de jueces, a través del concurso público de pruebas y títulos.

Y más aún, vamos a tratar específicamente sobre la selección, capacitación y desarrollo de la carrera, en cuestión, en el Estado del Rio de Janeiro, que, como todos sabemos, es uno de los más importantes Estados de nuestra gran nación. Donde en tiempos pretéritos estuvo ubicada la Capital de la República de Brasil.

Esa forma de acceso a la carrera, en nuestra opinión, tiene ventajas y desventajas.

Por un lado es un camino sumamente democrático, que permite a cualquier persona formada en derecho, observadas las condiciones de la Ley, candidatearse para intentar y lograr el cargo. Sin embargo, por otro lado, trae el inconveniente de, en la realidad, no seleccionar a aquellos sin vocación para el ejercicio de la magistratura. De una manera general puede afirmarse que la competencia pública selecciona los que tienen más capacidad de manejar los conceptos e incluso, el de asimilar los conocimientos jurídicos. Pero sólo esas condiciones no habilitan a nadie para el ejercicio de la magistratura. Como es conocido, el ejercicio de la judicatura exige muchos otros atributos, además de aquéllos. Como, por ejemplo, la prudencia, el equilibrio emocional, la formación moral y cívica, la educación en el seno de la familia, la cultura general, diversificada y, finalmente, una serie de otros atributos que el concurso no es capaz de identificar. De hecho, incluso en el plan del conocimiento jurídico, la contienda, tiene sus limitaciones, cuando se conoce que el éxito en el certamen depende, obviamente, de la preparación y también de la suerte, de la manera de expresarse, de los criterios del examinador, del estado emocional del candidato, y, finalmente, de cualquier circunstancia difícil de preverse, o sea, de lo imponderable.

Por otro lado, los que si candidatatan a la carrera de la magistratura son muy jóvenes, entre los 25 y 30 años de edad, por lo tanto, se entrevee que son faltos de la experiencia en la vida, lo que es deseable para aquéllos que ejercerán esa tarea gigantesca de resolver conflictos humanos de grandes porporciones, no previsibles, pero que necesitan de la susodicha experiencia, en el coexistir de los asuntos de la vida, bien sea estén en el plano personal o en el plano material.

En los lineamentos de ese trabajo no nos toca examinar las causas de ese fenómeno que, de hecho, es universal. Por lo menos en nuestra cultura, donde están incluidos los países iberoamericanos.

Es necesario considerar aquí también, por las causas que no nos comiten en este momento examinar, ya que la enseñanza universitaria ya no

posee la misma calidad que en tiempos pasados enarbolaba. Perjudicando bastante la formación profesional de la juventud.

En las últimas décadas, la mujer dejó de ser un espectador del proceso social, donde ni siquiera disfrutaba de plena ciudadanía, y pasó a ser participante activa. La ascensión social de la mujer se revela en todos los sectores de la sociedad y, evidentemente, en las carreras judiciales no podrían estar al margen de ése fenómeno. Pero es obvio que las mujeres, por haber llegado después, pagan el precio de esa adaptación, a las demandas de los nuevos tiempos.

Se agrega a todo eso la gran complejidad de la vida moderna y sus avatares.

La globalización y sofisticación de las comunicaciones conducen la humanidad a lo desconocido, lo que exige de los individuos una permanente formación y actualización. Eso porque, con los cambios en el área de la tecnología, la cultura también sufrió un cúmulo innecesario de transformaciones, que hace falta desechar, a veces, incluso, con una gran velocidad para acompañar el flujo de dichas transformaciones.

Son ellos, en nuestra opinión, los factores principales que motivaron el surgimiento de otras organizaciones, capaces de mejor preparar el hombre para la justicia de los nuevos tiempos.

Es éste el papel histórico de las Escuelas Judiciales que en nuestra cultura nació en Francia, en 1958, con la V República francesa del presidente De Gaulle.

En nuestro país las Escuelas Judiciales proliferan. Nosotros tenemos Escuelas Estadales, Nacionales y Escuelas del Trabajo. Por supuesto ni todas esas Escuelas, como el propio país, tienen la misma densidad. Todo está en acuerdo con las grandes diferencias regionales de Brasil.

Nuestra Escuela, EMERJ, es una escuela estatal, órgano del Tribunal de Justicia del Estado. Su director General ejerce un mandato de 4 años, quién es escogido por el Órgano Especial del Tribunal de Justicia. EMERJ tiene sus propios recursos financieros, resultante de sus actividades educativas y cumplió satisfactoriamente 10 años de existencia, desde su fundación en 1988.

En trabajo recientemente publicado en nuestra Revista, dijimos lo siguiente:

Hoy, después de aproximadamente 16 meses desde la llegada de nuestra dirección, EMERJ trabaja en varios segmentos, buscando la actua-



lización para mejorar el desarrollo y formación profesional de sus educados, así mismo para que dicho desenvolvimiento ético, sea en beneficio nuestro.

Trabaja con el Curso de Preparación para concursos de Jueces, pero con una diferencia. El Curso preparatorio que de hecho es fuente de nuestros recursos, se ha vuelto, tanto cuanto posible, hacia el Concurso de la Magistratura. Para eso estrechamos su horario y lo reducimos en un semestre. Es decir, el Curso que tenía duración de 3 años ha sido reducido para dos años y seis meses. Por lo tanto, el curso ahora tiene la duración de 5 semestres.

Incluimos en el plan curricular actividades propias de los magistrados como, por ejemplo, la pasantía en los varios Juicios, bajo nuestra coordinación. Pretendemos incluir muy brevemente asignaturas pertenecientes a la formación, tales como las deontológicas y las visitas a los establecimientos periféricos de la actividad judicial, tales como el Instituto Médico-Legal, el Instituto de Criminología, el Manicomio Judicial, el Directorio de Registro subalternos para viviendas, las Notarías públicas con sus escribientes etc.

Logramos en ese segmento una gran transformación, cambiando lo que tenía carácter dilectante, porque el Curso terminaba con una Monografía, a la semejanza de las disertaciones del maestrado, para transformarlo en una fase de la formación inicial.

Con ese lado de la profesionalización, estamos seguros que solamente los vocacionados para nuestra carrera serán atraídos para EMERJ.

Este año inauguramos, aún, el trabajo junto a las Facultades de Derecho, ciertos de que hay grandes valores a estimularse para la carrera de la magistratura, valores que se encuentran desviados para otras actividades.

Pero EMERJ es la escuela del juez.

En la búsqueda infatigable de ese nuevo destino hicimos lo siguiente: en primero lugar constituimos un Foro Permanente para la Formación y mejoría de Magistrados.

Ese Foro, como todos los otros en actividad en la Escuela, son los Centros de excelencia, constituidos en su núcleo básico por especialistas en el área. Su Presidente es el juez de Apelación Miranda Rosa, maestro, jurista y sociólogo que presta grandes servicios a nuestra causa. Un experto profundo de los problemas relativos a la formación, en Brasil y en el Mundo.

De las reuniones del Foro han participado grandes personalidades relacionadas a la formación de magistrados, como el Juez de Apelación

Cristovam Daiello, de la Escuela del Estado del Rio Grande do Sul, el Consultor Armando Leandro, director del Centro de Estudios Judiciales de Portugal y otros que vienen a unirse a nosotros en esa tarea diuturna, volcados exclusivamente hacia a la formación del Juez.

Bien, entonces, es de ése Foro que nacen las pautas que se aplicarán en el Curso de Iniciación de Jueces, lo que es una demanda de la Legislación Estatal.

Los nuevos jueces actualmente cursan tres meses en la Escuela, parte de ese tiempo en horario integral, y después hasta alcanzar el vitaliciamiento, son acompañados y orientados por colegas más antiguos, jueces jubilados que, junto con el relator del procedimiento destinado a la efectividad del Juez, analizan los fallos y dan sugerencia para su perfeccionamiento. Lo que se convencionó llamar el Concilio de Vitaliciamiento, creado por el Consejo de Magistratura de nuestro Tribunal, que torna posible la simbiosis entre la experiencia del más antiguo y el entusiasmo de los más nuevos.

Ése sistema, implantado desde la llegada de esa dirección, ha logrado buenos resultados. El juez hoy ya se siente con más valor para enfrentar los desafíos de la función judicante.

Todos sabemos de las vicisitudes del nuevo juez que de una hora u otra, se verá convocado para decidir cosas de gran importancia.

Las generaciones más antiguas tienen bien la noción de esas dificultades, porque en nuestro tiempo, aprobado en el concurso público de pruebas y títulos, lo máximo que el juez recibía era un saludo del Presidente, algunos abrazos de familiares y de algunos amigos y, si posible, una pluma, para empezar sus actividades judicantes.

Es decir, el juez recientemente nombrado zambullía en una inmensa soledad, comparable a esa imagen notable de Nelson Rodrigues “la soledad de una cabra en un barbecho”.

¿Qué hacemos por este juez solitario?

Terminado el aprendizaje de 3 meses en la Escuela, el Juez es designado para el interior del Estado; conscientes de eso, nosotros buscamos inmediatamente, como uno de los proyectos pioneros de nuestra administración, llevar la Escuela de la Magistratura al interior del Estado.

Sin embargo, para llevar dicha Escuela al interior del Estado, tendríamos que confrontar con un problema inherente a nuestra actividad en el Poder Judicial: la carga excesiva de trabajo.

Los jueces brasileños, de una manera general, logran resolver todos los conflictos que les llegan a las manos. En todos los niveles desde el 1<sup>er</sup>

grado de la jurisdicción hasta el Supremo Tribunal Federal. Son centenas de miles de procesos que llegan diariamente a los Tribunales, como es propio de un país continental permanentemente en desarrollo.

Los números en Brasil son siempre gigantescos en cualquier segmento de la actividad social; y la Justicia, es obvio, está en el mismo camino.

El Ministro Carlos Velloso, a quien tuvimos el honor de darle una especial recepción en nuestra Escuela, por la ocasión de la clase de apertura de este año, nos relató una historia muy curiosa a ese respecto. En contacto con actividades judiciales de Estados Unidos (USA) le preguntaron si no estaba confundiendo mil con centenar cuando se refería a los números de procesos en el Supremo Tribunal Federal...

Así, en tal situación, por supuesto, los jueces no tienen tiempo para las actividades dilectantes, una vez que la solución de los conflictos siempre es prioritaria y el Tribunal o los medios de comunicación exigen del Juez esta solución, bajo la amenaza de ser tachado de vagabundo o incompetente.

El juez no puede, por lo tanto, participar de nuestras actividades culturales en la Escuela, por que a veces su comarca se encuentra muy lejos de la Capital.

Pero como dicta un refrán popular “Si Mahoma no vá a la montaña, la montaña vá a Mahoma”.

El proyecto de la Escuela de Magistratura del Estado del Rio de Janeiro ir al interior del Estado, nació bajo esa inspiración.

El problema que entonces se presentaba era ¿como hacerlo?

Pensamos en varias soluciones:

Conocemos las necesidades de las ciudades del interior de Brasil, la falta de hospitales, la escasez de medicinas, la ausencia de la infraestructura sanitaria, la carencia de las escuelas, el deficit de empleos en el campo laboral para la juventud, y, en especial, la ausencia de cultura. Las actividades culturales del interior de Brasil son inexistentes o son actos raros o esporádicos, que sólo pasan por las comunidades más importantes.

El Estado del Rio de Janeiro, como es obvio, no huye a ésta situación. Nosotros tendríamos que empezar nuestra vida profesional en el interior del país. Sabemos de eso. Por otro lado nuestros jueces empiezan en la Capital del Estado, cuando reciben la bienvenida por la Escuela, pero luego después se les designan para los distritos del interior, donde se entregan a la propia suerte sin la ayuda de nadie, enfrentando, de inmediato, como es propio de la actividad judicante, los problemas muy variados de las más diversas gravedades.

Aún allí, en el rincón más lejos del Estado, donde las cosas a la primera vista no tienen la misma complejidad de las cosas que en la Capital, de vez en cuando el Juez se confronta con cuestiones extremadamente graves, especialmente para aquellos que están empezando la carrera. Me acuerdo que muy recientemente uno de esos nuevos jueces, designado para un Distrito del Interior del Estado, tuvo que confrontar, como uno de los primeros procesos a él presentado – una invasión articulada de tierras por el MST (Movimiento de los Sin Tierra). Tal hecho nos da idea de los problemas por que pasan un nuevo juez al principio de su carrera. El anecdotario jurídico está repleto de historias pintorescas sobre los jueces que empiezan a ejercer su carrera. Por eso una de nuestras primeras preocupaciones al asumir ésta dirección fue la de llevar nuestras actividades por el interior del Estado. Inicialmente nosotros instalamos siete sub-sedes regionales, en Distritos de Campos, Itaperuna, Petrópolis, Barra Mansa, Nova Iguaçu, Itaboraí y Nova Friburgo, hoy devidamente preparadas para desarrollar las actividades culturales que les son destinadas, sea por la iniciativa local, o bien sea por nuestra determinación, pero siempre bajo nuestra coordinación. Los jueces que nos representan en éstas sub-sedes están conscientes de sus responsabilidades y desarrollan un papel sumamente importante como jueces formadores de los más nuevos colegas de ésta carrera.

El programa logra un éxito extraordinario, con la realización de eventos culturales innumerables, recibidos por las comunidades locales con un entusiasmo enorme, como era de esperarse y hemos verificado en nuestros viajes realizados por las regiones del Estado.

Las sub-sedes desarrollan un trabajo con gran énfasis y los resultados empiezan a surgir favorablemente.

Es importante observar que nuestras representaciones en el interior del Estado cuentan con un gran número de recursos para el desarrollo de susodichas actividades.

Inicialmente, aquello que llamamos trabajo artesanal, son profesionales, normalmente grandes especialistas en las varias áreas del conocimiento jurídico que se locomoven, con el apoyo de la infraestructura operacional de la Escuela, para los Distritos donde tienen lugar esos eventos.

Estamos haciendo muchos de esos seminarios y todos con resultados excelentes.

Es oportuno decir que nuestra Escuela, aunque volcada específicamente a nuestros Magistrados, en la verdad atiende todos los segmentos de

la Comunidad Jurídica. No sólo Jueces, como Promotores de Justicia, los Defensores Públicos, los Abogados, los Estudiantes de Derecho y, finalmente, a todos aquellos, que de una manera u otra trabajan con la ciencia del Derecho, se han beneficiado de ese proyecto.

Sin embargo, esa actividad, como se puede observar, es sumamente onerosa, no sólo por la movilización de recursos, sino también, y en especial, por la movilización de personas.

Apesar de ello, vamos a continuar el trabajo en ésta dirección, porque la presencia de personas ilustres, grandes nombres de la cultura jurídica de Brasil, en el interior, es más un factor preponderante y de incentivo para el desarrollo de éstas poblaciones.

Las sub-sedes trabajan también con nuestros audio videos. La Escuela tiene una gran producción de videos de muy buena calidad, importantes para innumerables actividades culturales.

Hay también nuestro programa EMERJ-BRASIL, de educación a la distancia, a través de la televisión.

Referidos programas, abrazan los más variados aspectos de la actividad judicial, son transmitidos por la Red Vida de Televisión, los días viernes, a las 21:00h.

Esos programas son recepcionados por las subsedes, que desarrollan alrededor de sus temas, debates y conferencias con los representantes de la Comunidad Jurídica local.

Paralelamente a la televisión estamos trabajando con *chat room* de la Internet, que permite a los espectadores de los varios puntos del territorio del Estado someter preguntas a los palestrantes acerca del tema en discusión.

Es la manera más simple de hacer la interacción mientras nosotros no tenemos el sistema de video-conferencias, que constituye el objetivo fundamental del proyecto.

EMERJ es la sigla de nuestra Escuela de la Magistratura del Estado del Rio de Janeiro.

EMERJ-BRASIL es un proyecto de educación a la distancia y tuvo origen en los primeros tiempos, cuando asumimos la Dirección General de la Escuela de Jueces de nuestro Estado.

Al entrar en la carrera, nuestros jueces empiezan a estudiar en la Escuela con sede en la Capital. Sin embargo, al término del Curso, se designan para el interior del Estado, donde permanecerán durante algunos años. Inútil sería, por lo tanto, el trabajo desarrollado inicialmente con esos magistrados,

si no hubiera una continuidad de preparación continua y constante a lo largo de su actividad judicante. Eso sin hablar en las necesidades constantes de modernización, porque las leyes se transforman con velocidad en un país como el nuestro, que pasa por grandes transformaciones institucionales.

¿Cómo resolver ese callejón sin salida?

La solución natural sería atraer nuestros jueces para las actividades de la Escuela que son constantes y diversificadas.

Ocurre que el juez vive aplastado por una carga inhumana de trabajo que no se limita a los llamados días útiles. Para los jueces, de una manera general, no hay los días inútiles, no hay sábado, ni domingo, ni feriados. Quien lo hace de otra manera, pagará un precio alto - al acumular los procesos y el trabajo para después es una solución más difícil y compleja, que acarrea consecuencias secundarias.

Por eso no hay como quitar el juez de sus ocupaciones habituales para que participe de los cursos en la Escuela.

Presentamos algunos caminos.

El primer de ellos sería la realización de cursos y seminarios en los diversos lugares del Estado.

Esta actividad es muy noble y loable, pero es bueno subrayar, que por otro lado, es sumamente compleja, porque exige la movilización de personas ilustres, que poseen una serie de compromisos que les quitan su precioso tiempo. Además de eso la movilización de recursos materiales. Sin embargo, estamos haciendo muchos seminarios de ése género.

Otro camino: la divulgación de nuestros audiovisuales. La Escuela trabaja e invierte vigorosamente en el sector de grabaciones, produciendo videos de alta calidad técnica.

Todas nuestras actividades culturales, por lo menos las más importantes, son gravadas en videos y cintas; esas grabaciones se envían a nuestras subsedes en el interior del Estado, y están disponibles para los jueces y ellos pueden realizar consultas y actividades culturales locales.

Otro opción posible era el intercambio a través de Internet, ya utilizado por la Escuela, pero dependiendo de otros recursos de la tecnología moderna, ni siempre disponible como es lo deseado.

Finalmente, decidimos invertir en televisión; porque es seguramente el mejor y más poderoso vehículo de divulgación.

Buscamos, tanto cuanto posible, preparar en el próprio edificio del Foro nuestra Sala de Conferencias, equipada con televisión, antena para-

bólica y video-cassettes. En la imposibilidad del uso del Foro, usamos los espacios de las Universidades locales o de asociaciones civiles.

Esos núcleos abrazan el territorio entero del Estado, y sirven como puntos de acción de la comunidad jurídica de cada región.

Hoy, por consiguiente, el Estado entero del Rio de Janeiro tiene la oportunidad de participar de nuestra producción científica.

A partir del uso de la televisión en ese proceso de integración con el interior del Estado, hubo una transformación del primitivo proyecto de interiorización de la Escuela de Magistratura del Estado del Rio de Janeiro en el proyecto EMERJ-BRASIL, que no tiene nada de pretencioso, como podría parecer a la primera vista, porque la Rede Vida de Televisión se extiende en grande parte del territorio nacional a través de la antena parabólica, del satélite, o hasta, en ciertos casos, a través de la televisión abierta.

Es por lo tanto una gran cobertura que torna posible la llegada de nuestras transmisiones a los rincones más lejos del territorio nacional.

La Escuela de la Magistratura del Estado del Rio de Janeiro es la pionera en Brasil en este tipo de enseñanza a la distancia con alto nivel de profesionalización.

Es emocionante verificar eso hoy, a través de ese programa, nosotros podemos llevar a todos los distritos de Brasil, incluso al más distante, los mejores profesionales, en las más diversas áreas de conocimiento jurídico.

Es importante apuntar que el programa EMERJ-BRASIL por su complejidad, terminó por ir más lejos de nuestros objetivos originales y hoy no es privilegio de nuestros jueces, tiene un alcance para todos los operadores del Derecho, creando, de verdad, un instrumento poderoso de divulgación de la cultura con beneficios incuestionables para la comunidad nacional entera.

A través del programa EMERJ-BRASIL podemos alcanzar grandes sectores de la población, indiferentemente de nuestro público seleccionado - o sea, la comunidad jurídica nacional.

Con el horario escogido, el programa viene también alcanzando otro tipo de público y personas, lo que nos lleva a pensar que la irradiación alcanzará otros objetivos además de los meramente pedagógicos.

Ahora mismo llevamos al aire por medio de la televisión el programa "Elecciones 98", con la participación eminente del Ministro Ilmar Galvão y del Juez de apelación Marinho Campos, cada uno en sus áreas respectivas de actuación, en TSE y en TRE/RJ, pero ambos responsables por el destino de la elección que se acerca, una de las más importantes de los últimos tiempos,

en que diversas cuestiones institucionales están presentes.

Entonces, estamos prestando a la comunidad nacional un servicio muy importante, más allá del simple objetivo académico o jurídico.

Estamos divulgando por la televisión otros temas institucionales, incluso los de diversificados aspectos de ciudadanía.

Eso me ha hecho pensar que las escuelas de la Magistratura en Brasil siguieron un camino completamente diferente al camino seguido por las escuelas judiciales europeas. Es decir, mientras éstos se volcaron exclusivamente para los jueces, en lo que dice respecto a la función profesional, nuestras escuelas evolucionaron como instituciones iniciadoras de cultura jurídica, de una manera general, ampliando los horizontes de alcance del público meta.

Es comprensible que así sea, en un país en desarrollo como el nuestro, la política educacional aún no alcanzó el nivel de las sociedades desarrolladas.

Imaginamos que las necesidades de la sociedad, acabaron por dibujar definitivamente los objetivos del programa.

Ése es un panorama general del programa que venimos desarrollando en EMERJ en la calidad de formación inicial y de formación permanente.

Por supuesto nuestra función inicial no es la misma que se practica en los países europeos. Allí el candidato a la magistratura hace concurso para ingresar en la Escuela, de donde saldrá juez al cabo de 31 meses de curso.

En nuestro sistema el candidato ingresa en la magistratura para después someterse a los criterios de la formación.

Quizás el ideal fuera adaptar el sistema europeo a nuestra realidad, pero como “administrar es el arte de lo posible”, estamos trabajando en esa dirección y estamos logrando resultados bastante satisfactorios.

Nuestra Escuela ya corrigió su rumbo y ahora está apuntando para las estrellas. ◆





## 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

# Carta de Princípios de Itaipava

Os magistrados e membros do Ministério Público da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai, por ocasião da 4ª semana de estudos para a harmonia institucional de princípios dos sistemas constitucionais e infraconstitucionais dos países das Américas, realizada de 1º a 4 de dezembro de 1998, em Itaipava, cidade de Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, PROCLAMAM:

### **Direitos humanos**

Os deveres relativos aos direitos humanos fundamentais geram obrigações cujo descumprimento acarreta conseqüências previstas no ordenamento jurídico positivo.

*Los deberes relativos a los derechos humanos fundamentales generan obligaciones cuyo incumplimiento acarrea consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico positivo.*

### **Educação e o trabalho da mulher**

O dever do Estado com a educação e o trabalho da mulher deve ser efetivado mediante garantias das normas constitucionais ou infraconstitucionais.

*El deber del Estado con la educación y el trabajo de la mujer se deben ser efectivizar por medio de garantías de las normas constitucionales o infraconstitucionales.*

### **Interesses difusos**

Os deveres decorrentes dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, devem estar amparados por meios processuais e procedimentos administrativos capazes de proteger o patrimônio público, o meio ambiente e o consumidor contra atos lesivos, assegurado o ressarcimento.

*Los deberes provenientes de los intereses difusos, colectivos e individuales homogeneos, deben estar amparados por medios procesales e procedimientos administrativos capaces de proteger el patrimonio público, el medio ambiente y el consumidor, contra actos lesivos, asegurando el resarcimiento.*

### **Experiências científicas**

É dever do Estado assegurar que as experiências científicas relativas à engenharia genética, inclusive a clonagem, se façam com respeito à vida e dignidade para as gerações.

*Es deber del Estado garantizar que las experiencias científicas relativas a la ingeniería genética, incluso las clonaciones, sean hechas respetando la vida y dignidad para las generaciones.*

### **Sentido democrático do processo**

É dever do Juiz-Estado assegurar o sentido democrático do processo, no interesse das partes e realização da Justiça.

*Es deber del Juez-Estado garantizar el sentido democrático del proceso, el interés de las partes y realización de la Justicia.*

### **Meios de realizar a justiça**

É dever do Juiz-Estado dar ao processo meios para a realização da Justiça.

*Es deber del Juez-Estado dar al proceso medios para la realización de la Justicia.*

### **Acesso à justiça**

O dever do Estado de assegurar o acesso à Justiça deve estar caracterizado pela assistência judiciária aos necessitados e no implante e estruturação dos Juizados Especiais e outros órgãos institucionais de juízes togados ou leigos.

*El deber del Estado de asegurar el acceso a la Justicia debe estar acompañado por la asistencia judicial a los necesitados y la implantación de estructura, de Jueces especiales y otros órganos institucionales de juices togados o legos.*

### **Consciência, fundamento e legitimidade do processo**

É dever do Juiz-Estado ter consciência jurídica-democrática fundamento de legitimação e de legitimidade do processo, através do justo processo legal.

*Es deber del Juez-Estado tener conciencia jurídica-democrática fundamento de legitimación y de legitimidad del proceso, a través de un justo proceso legal.*

### **Extradição**

Deve ser negado pedido de extradição para países que desrespeitam os direitos humanos ou apliquem penas cruéis, prisão perpétua e pena de morte e não se comprometam à comutação de referidas penas em relação ao réu sujeito de extradição.

*Debe ser negado el pedido de extradición para países que no respetan los derechos humanos o apliquen penas crueles, prisión perpetua y pena de muerte, como asimismo no se comprometan con la comutación de ellas en relación al reo sujeto de extradición.*

### **Direitos dos Índios**

Os direitos humanos dos índios se constituem em patrimônio inalienável e indispensável.

*Los derechos humanos de los indios se constituyen en patrimonio inalienable e indisponible.*

### **Garantia dos direitos**

Ao Juiz cabe assegurar e garantir as várias espécies de direitos: os **antigos** (individuais), os **novos** (sociais, políticos e coletivos) e os **novíssimos** (de 3ª e 4ª gerações).

*Al Juez le corresponde asegurar y garantizar la varias especies de derechos: los **antiguos** (individuales), los **nuevos** (sociales, políticos y colectivos) y los **novísimos** (de 3º y 4º generaciones).*

### **Poder Judiciário**

O Poder Judiciário é a estrutura institucional e organizacional que torna possível a realização dessa atividade do Juiz, nos limites, extensão e eficácia presentes em cada sistema jurídico.

*El Poder Judicial es la estructura institucional y organizacional que torna posible la realización de esa actividad del Juez, en los límites, extensión y eficacia presentes en cada sistema jurídico.*

### **Dever do Juiz como guardião da Constituição e do Direito**

É dever do Juiz e do Poder Judiciário assegurar, com eficiência e eficácia, as dimensões de grandeza do homem: vida, liberdade, consciência, dignidade e as projeções da personalidade humana; e depois exercer as funções de guardião da Constituição e do Direito Positivo.

*Es deber del Juez y del Poder Judicial asegurar, con eficiencia y eficacia, las dimensiones de grandeza del hombre: vida, libertad, consciencia, dignidad y las proyecciones de la personalidad humana; y después ejercer las funciones de guardián de la Constitución y del Derecho Positivo.*

### **Ação jurisdicional confiável**

Para se alcançar uma plena eficácia dos direitos humanos é requisito indispensável uma ação jurisdicional confiável em termos de imparcialidade, independência e coerência no uso dos instrumentos processuais para os fins do processo.

*Para lograr una plena eficacia de los derechos humanos es requisito indispensable una acción jurisdiccional confiable en términos de imparcialidad, independencia y coherencia en el uso de los instrumentos procesales hacia los fines del proceso.*

### **Processos de tutela constitucional**

Os processos de tutela constitucional dos Direitos Humanos têm a mesma natureza jurídica do processo jurídico em geral, com matizes de especialidade e sumarização em interesse da oportunidade e eficácia que busca o sistema processual.

*Los procesos de tutela constitucional de los derechos humanos, tienen la misma naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional en general, con matices de especialidad, sumarización en interés de la oportunidad y eficacia que busca el sistema procesal.*

### **O processo como veículo idôneo**

O processo assim entendido deve eliminar toda característica de instrumento de poder e ferramenta de discriminação, a fim de ser o veículo idôneo para a vigência e eficácia do direito à igualdade perante a lei.

*El proceso así entendido debe eliminar toda característica de instrumento de poder y herramienta de discriminación, a fin de ser el vehículo idóneo para la vigencia y eficacia del derecho a la igualdad ante la ley.*

### **Penas alternativas e sua implementação**

Recomendar às Escolas da Magistratura e do Ministério Público a realização de seminários e treinamentos para os operadores de Direito, com a participação da comunidade, tendo em vista a implementação efetiva e eficaz das Penas Alternativas (Prestação de Serviços à Comunidade) nos Estados, observadas as peculiaridades regionais, trocando experiências com os países latino-americanos.

*Recomendar a las Escuelas de la Magistratura y del Ministerio Público la realización de seminarios y entrenamientos para quienes hacen del Derecho su profesión, con la participación de la comunidad, contemplando la*

*implementación efectiva y eficaz de las Penas Alternativas (Prestación de Servicio a la Comunidad) en los Estados, teniendo presente las características regionales, intercambiando, además, experiencias con los países latinoamericanos.*

### **Irredutibilidade de vencimentos**

A irredutibilidade de vencimentos não pode ser afetada pelo teto fixado na Emenda Constitucional 19/98, mas, equacionada de acordo com o padrão de subsídio compatível com a dignidade do cargo.

*Los sueldos de los magistrados no podrán reducirse (intangibilidad de sus remuneraciones) conforme lo dispuesto en la Enmienda Constitucional 19/98, aunque deberán ser compatibles con la dignidad del cargo.*

### **Inamovibilidade**

A inamovibilidade só pode ser quebrada pelo interesse público, assim declarado, por 2/3 dos Membros do Tribunal a que estiver afeto o Juiz.

*La inamovilidad sólo podrá ser afectada en consideración al interés público, así declarado, por 2/3 de los Miembros del Órgano Especial del Tribunal o por el Consejo de la Magistratura correspondiente, según sea el caso.*

### **A perda do cargo de Juiz**

A perda do cargo está condicionada à decisão por maioria qualificada sob cuja jurisdição está o Juiz, excluída qualquer idéia de intervenção de Conselho Externo da Magistratura.

*La pérdida del cargo de juez podrá decidirse por el Tribunal competente por la mayoría calificada de sus miembros, excluyendose cualquiera posibilidad de intervención de Consejos Externos a la Magistratura.*

### **Impedimentos do Magistrado**

Os impedimentos são necessários para o bom desempenho da Justiça, caracterizando sempre a segurança de imparcialidade e de julgamento justo.

*Los impedimentos son necesarios para el bien desempeño de la Justicia, y tienen por objeto, siempre, garantizar la imparcialidad y el debido proceso.*

### **Juizados Especiais**

O Estado deve implantar e estruturar Juizados Especiais com a finalidade de facilitar o acesso à Justiça e à efetividade da prestação jurisdicional.

*El Estado debe implantar y estructurar Juicios Especiales con la finalidad de facilitar el ascenso a la Justicia y a la efectividad de la prestación jurisdiccional.*

### **Qualidade da Justiça e ingerência no Poder Judiciário**

A qualidade da Justiça e a proteção dos Direitos Humanos é incompatível com qualquer tipo de ingerência no Poder Judiciário.

*La calidad de la justicia y proteccion de los Derechos Humanos es incompatible con cualquier tipo de ingerencia en el Poder Judicial.*

### **Debilitação do Poder Judiciário**

A criação de órgãos que desintegram o Poder Judiciário o debilita, produzindo uma deteriorização da estrutura democrática.

*La creacion de órganos que desintegran al Poder Judicial lo debilitan, produciendo un deterioro de la estructura democrática.*

### **Justiça confiável e sua unidade, fortaleza e independência**

A unidade, fortaleza e independência do Poder Judiciário são condições irrenunciáveis e absolutamente indispensáveis para uma justiça confiável.

*La unidad, fortaleza e independencia del Poder Judicial son condiciones irrenunciables, y abosulatamente indispensable para una justicia confiable.*

### **Advocacia para magistrados aposentados**

O exercício da advocacia, para Magistrados aposentados deverá ocorrer somente após 2 (dois) anos da publicação do ato, observadas as formalidades legais.

*Los Magistrados jubilados podrán ejercer la profesión de abogado sólo una vez transcurrido el plazo de dos años contado desde la publicación del decreto de jubilación, siempre que se hayan observado todas las formalidades legales.*

### **Organização do Poder Judiciário, nomeações de juízes e controle do seu desempenho**

A fim de garantir a verdadeira independência política, funcional e econômica nossas Constituições deverão consagrar:

- a) princípios constitucionais a permitir ao Poder Judiciário a existência de Tribunais em número suficiente e devidamente equipados para o atendimento da demanda populacional, e que seus juízes e demais funcionários contem com remuneração adequada ao desempenho de suas atribuições e a sua dignidade;
- b) que as nomeações dos juízes não dependam de qualquer intervenção política;
- c) que as nomeações do pessoal do Poder Judiciário obedeçam a sistemas de concurso e que estes sigam os critérios de: avaliação individual, tempo de serviço, cursos de formação e aperfeiçoamento, experiência acadêmica etc.;
- d) que o controle ao desempenho jurisdicional obedeça a critérios objetivos e não subjetivos, a fim de não macular a dignidade dos juízes.

*A fin de garantizar la verdadera independencia política, funcional y económica nuestras Constituciones, señalarán:*

- a) presupuestos constitucionales fijos e invariables para el Poder Judicial que permitan la existencia de Tribunales suficientes, conforme a la población, debidamente equipados y que los jueces y demás funcionarios judiciales cuenten con remuneraciones acordes con su dignidad y su ministerio;*
- b) que los nombramientos de los jueces se verifiquen sin la intervención de corporaciones políticas;*
- c) que los nombramientos judiciales obedezcan a sistemas competitivos teniendo en cuenta: logros propios, años trabajados, cursos de formación, cursos de perfeccionamiento, experiencia académica etc.;*
- d) que existan medios objetivos de controle de gestión judicial, evitando calificaciones subjetivas que afecten la dignidad de los jueces.*

### **Inamovibilidade assegurada**

A fim de assegurar a inamovibilidade dos juízes, fator essencial de sua independência, nossas Constituições devem garantir:

- a) que os juízes permaneçam em seus cargos até que cumpram a idade máxima prevista em lei ou sejam removidos através de um processo justo pelas causas nela contempladas;
- b) que se procure obter o consentimento dos juízes para serem removidos de suas sedes;
- c) que se estabeleça a irredutibilidade expressa de suas remunerações.



*A fin de asegurar la inamovilidad de los jueces, factor esencial de su independencia, nuestras Constituciones deben garantizar:*

*a) que los jueces permanezcan en sus cargos hasta tanto, sean removidos a través de un justo proceso por las causales contempladas en la ley, o cumplan la edad máxima prevista por ella;*

*b) que se procure obtener el consentimiento de los jueces para ser trasladados de sus sedes;*

*c) que se establezca la intangibilidad expresa de sus remuneraciones.*

### **Garantias e impedimentos**

É conveniente que as Constituições de cada Estado determinem claramente em suas disposições as garantias e impedimentos referentes aos Magistrados e funcionários dos Ministérios Públicos.

*Es conveniente que las Constituciones de cada Estado determinen claramente en sus disposiciones las garantías e impedimentos referentes a los Magistrados y funcionarios de los Ministerios Públicos e da Defensoria Pública.*

### **Inamovibilidade e irredutibilidade nas remunerações**

Que as garantias de Inamovibilidade - de sede e de grau - e a Intangibilidade nas remunerações constituem os pilares básicos onde se assenta a independência de Poder Judiciário.

*Que las garantías de Inamovilidad, - de sede y de grado - y la Intangibilidad en las remuneraciones constituyen los pilares básicos donde se asienta la independencia judicial.*

### **Remunerações com atraso**

O atraso no pagamento das remunerações **implica afetar** (compromete) a garantia da irredutibilidade de vencimentos.

*Que el retardo en el pago de las remuneraciones implican afectar la garantía de la intangibilidad salarial.*

### **Capacitação maior dos Juízes e Escolas ou Centros**

Que a **capacitação judicial** permanente de todos os quadros judiciais desenvolvida por meio de Escolas ou Centros de Capacitação, contribui também para a independência do Poder Judiciário já que não se concebe um Poder Judiciário independente sem Magistrados e funcionários capazes para o cumprimento adequado de suas funções.

*Que la capacitación judicial permanente de todos los cuadros judiciales desarrollada por medio de Escuelas o Centros de Capacitación hace también a la independencia del Poder Judicial ya que no se concibe un Poder Judicial independiente sin Magistrados y funcionarios capaces para cumplir adecuadamente con sus funciones.*

### **Respeito aos direitos essenciais**

De importância fundamental é que as Constituições de nossos países estabeleçam que o exercício da soberania reconheça como limitação o respeito aos direitos essenciais que emanam da natureza humana. Parece necessário que se indique que os órgãos do Estado devem respeitar e promover estes direitos não só quando estejam garantidos na Constituição como também nos Tratados Internacionais vigentes e ratificados por cada país.

*De importancia fundamental es que las Constituciones de nuestros países establezcan que el ejercicio de la soberanía reconozca como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Parece necesario que se indique que los órganos del Estado deben respetar y promover estos derechos no sólo cuando estén garantizados en la Constitución sino también en los Tratados Internacionales aprobados y vigentes.*

### **Melhoria sempre da prestação jurisdicional**

O Judiciário deve, não só, fazer valer o ordenamento jurídico, equacionando conflitos de interesses, como igualmente, buscar a otimização da prestação jurisdicional - lapidando o **valor ótimo** a partir da “consciência histórica de respeito ao indivíduo” (Rulli Júnior, Antonio, em Conferência proferida no IIIº Encontro de Magistrados do Mercosul, Assunção, Paraguai, setembro de 1998).

*El Poder Judicial debe no sólo hacer valer el ordenamiento jurídico para resolver conflictos de intereses, sino también debe buscar optimizar la función jurisdiccional - cimentando su valor desde el punto de vista de la consciencia historica de respeto al individuo (Rulli Júnior, Antonio, en su conferenncia en el III Encuentro de Magistrados del Mercosur, Asunción, Paraguay - setiembre de 1998.*

### **Autonomia administrativa do Judiciário**

Conscientização de que a autonomia administrativa atinge o próprio objetivo da fiscalização da atividade judiciária pela população.

*Conscientización que la autonomia administractiva alcance la fiscalización de la actividad judicial por la población.*

### **A experiência conjunta**

Da experiência conjunta, devem ser extraídas as ferramentas necessárias aptas a operacionalizar a atividade judiciária e atingir a otimização da prestação jurisdicional.

*Sacar de la experiencia conjunta, las herramientas necesarias para hacer operacional la actividad judicial y optimizar la labor jurisdiccional.*

### **Autonomia financeira**

É preciso que o Judiciário tenha a disponibilidade da verba e possa administrá-la. A autonomia financeira e a administrativa do Judiciário dizem respeito ao asseguramento da necessária independência do Juiz, questão de relevância para a jurisdição.

*Es necesario que el Poder Judicial tenga la disponibilidad de su propio presupuesto y pueda administrarlo su autonomía financeira y administrativa garantizan la necesaria independencia de los jueces cuestión relevante para la jurisdicción.*

### **Independência técnica**

Assegurar a independência técnica do Poder Judiciário a fim de que cada juiz seja absolutamente independente nas soluções dos casos que tenha sob sua jurisdição. Sua decisão somente poderá ser modificada processualmente, nos casos em que as leis autorizem o recurso perante os Tribunais Superiores.

*Propiciar la independencia técnica del Poder Judicial, cada juez es absolutamente independiente en las resoluciones de los casos que tenga bajo su jurisdicción. Su resolución sólo podrá ser revisada procesalmente, en los casos en que las leyes autoricen el recurso ante Tribunales Superiores.*

### **Independência financeira**

A lei deve garantir e assegurar que o Poder Judiciário tenha absoluta independência financeira para administração de suas despesas e pagamentos de seu pessoal. Sendo que o método para obter esta independência deverá ser o mais adequado possível.

*Debemos garantizar y propender a que todos los Poderes Judiciales tengan la más total independencia financeira. El método para ello será cualquiera que se crea más adecuado para tales fines. Por otro lado, resulta fundamental que cada Poder Judicial, por el sistema que crea pertinente, maneje su propio presupuesto de gastos y sueldos.*

### **Garantias constitucionais do Ministério Público**

As garantias constitucionais do Ministério Público são garantias da sociedade devendo o Estado assegurar-lhe condições para o exercício de defesa dos direitos humanos.

*Las garantías constitucionales del Ministerio Público lo son también de la sociedad; debiendo el Estado asegurar a ella las condiciones para el ejercicio de la defensa de los derechos humanos.*

### **Direito de todos a julgamento por juiz qualificado**

Todo cidadão tem o direito de ver os seus interesses submetidos ao Poder Judiciário apreciados por um Juiz qualificado.

*Todo ciudadano tiene el derecho al someter al Poder Judicial el conocimiento de sus asuntos, que se resuelvan por un juez calificado.*

### **Ingresso por concurso público**

O ingresso na carreira da Magistratura, salvo na hipótese do quinto constitucional, far-se-á mediante aprovação em concurso e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido de formação, como condição para ser juiz.

*El ingreso a la Magistratura, a excepción de la situación prevista en el (quinto constitucional), se hará previo concurso público y siempre que el candidato haya aprobado el curso de reconocimiento o de formación para adquirir la condición de Juez.*

### **Cursos de aperfeiçoamento para juiz**

Todo juiz para ascender aos Tribunais Superiores no âmbito Estadual, deve passar obrigatoriamente por cursos de aperfeiçoamento nas Escolas Judiciais.

*Todo Juez para poder ascender a los Tribunales Superiores dentro del ámbito estadual, deberá previamente realizar cursos de perfeccionamiento em las Escuelas Judiciales. ◆*

## **Participantes da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana-**

MINISTRO ALBERTO CHAIGNEAU DEL CAMPO - Chile  
DESEMBARGADOR ALBERTO LUIZ DA COSTA  
DESEMBARGADOR ALBERTO NOGUEIRA  
PROCURADOR ALCIDES MARTINS  
PROCURADOR ALÉCIO ADÃO LOVATTO  
JUÍZA ANA LÚCIA CARVALHO PINTO VIEIRA  
Dra. ANGELA AUGUSTA SANTOS CARVALHO  
DESEMBARGADOR ANTONIO CARLOS VIANA SANTOS  
DESEMBARGADOR ANTONIO JOSÉ AZEVEDO PINTO  
JUIZ ANTONIO RULLI JUNIOR  
JUIZ ARTHUR ARNILDO LUDWIG  
JUIZ BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO  
MINISTRO BONIFÁCIO RIOS AVALOS - Paraguai  
DESEMBARGADOR CRISTOVAN DAIELLO MOREIRA  
DESEMBARGADOR DIMAS RIBEIRO DA FONSECA  
Dr. DOMINGOS PINTO DA ROCHA  
MINISTRO GUILLERMO ARANCIBIA LÓPEZ - Bolívia  
MINISTRO JORGE HORACIO NANCLARES - Argentina  
JUIZ JORGE WAGIH MASSAD  
DESEMBARGADOR JOSÉ LISBOA DA GAMA MALCHER  
MINISTRO JUAN GUZMAN TAPIA - Chile  
MINISTRO LUIS ALBERTO ABSI - Argentina  
MINISTRO LUIZ CARLOS FONTES DE ALENCAR  
JUÍZA LYDA GALLARDO - Argentina  
DESEMBARGADOR MANOEL CARPENA AMORIM  
Dr. MARCO ANTONIO COSTA SOUZA  
MINISTRO MARCOS IBAZETA MARINO - Peru  
DESEMBARGADORA MARILZA MAYNARD V. DE CARVALHO  
JUIZ MARIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JUNIOR  
MINISTRO MILTON H. CAIROLI MARTINEZ - Uruguai  
JUIZ PAULO ORVAL PARTICHELI RODRIGUES  
JUIZ PEDRO LUIZ RICARDO GAGLIARDI  
PROMOTOR RICARDO RIBEIRO MARTINS  
MINISTRO RODOLFO LUIZ VIGO - Argentina  
Dra. SILVANA STANGA - Argentina  
JUÍZA VERA REGINA MULLER  
JUIZ VIRGÍLIO FERNANDES DE MACEDO JUNIOR  
PROMOTOR WALBERTO FERNANDES DE LIMA