

**DIREITO & PAZ**



# **DIREITO & PAZ**

Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014 - Lorena/SP  
ISSN 1518-7047 - CDU - 34

**APOIO - UNISAL**  
Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Direito & Paz – Ano XVI. N.º 30 (2014)  
Lorena: Editoria: Pablo Jiménez Serrano, 2014

Semestral

ISSN 1518-7047

Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito do  
Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL

CDU - 34

Os direitos de publicação desta revista  
são do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL

Os textos publicados na Revista  
são de inteira responsabilidade de seus autores.  
Permite-se a reprodução, desde que citada a fonte e o autor.

**Endereço para correspondência:**

Revista Direito & Paz – UNISAL  
Rua Dom Bosco, 284,  
Centro – Lorena – SP  
CEP 12.600-970  
Tel.: (12) 3159-2033  
E-mail: revistas@lo.unisal.br

**Endereço para permuta:**

Centro Universitário Salesiano de São Paulo  
Rua Dom Bosco, 284,  
Centro – Lorena – SP  
CEP 12600-970  
Tel: (12) 3159-2033  
E-mail: revistas@lo.unisal.br  
Pedidos: biblioteca@lo.unisal.br

# DIREITO & PAZ

Publicação periódica do Centro Unisal – Lorena  
Periódico indexado no Diretório do Sistema Latindex

Ano XVI– N.º 30 – 1.º Semestre/2014 – p. 648 – 20,5 cm  
ISSN 1518-7047 – CDU – 34

**Chanceler:** *Prof. Dr. P. Edson Donizetti Castilho*

**Reitor:** *Prof. Dr. P. Ronaldo Zacharias*

**Pró-Reitora de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação:** *Romane Fortes Bernardo*

**Pró-Reitor de Extensão e Ação Comunitária e Pastoral:** *Regina Vazquez del Rio Jantke*

**Pró-Reitor Administrativo:** *Nilson Leis*

**Secretaria Geral:** *Valquiria Vieira de Souza*

**LICEU CORAÇÃO DE JESUS – ENTIDADE MANTENEDORA**

**Presidente:** *P. José Adão Rodrigues da Silva*

**COORDENADOR DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

*Dra. Grasiela Augusta Ferreira Nascimento*

**CONSELHO EDITORIAL**

**Presidente:** *Grasiela Augusta Ferreira Nascimento*

*Doutora em Direito. Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro  
Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**MEMBROS**

**Angel Rafael Marinho Castellano**

*Doutor em Direito. Professor e pesquisador da UFES.*

**Antonio Lopez Diaz**

*Professor e Conselheiro Maior. Conselho de Contas de Galicia. Espanha.*

**Cleber Francisco Alves**

*Doutor em Direito. Professor da Universidade Católica de Petrópolis – UCP*

**Consuelo Yatsuda Morimizato Yoshida**

*Doutora em Direito. Professora e pesquisadora do Centro Universitário  
Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Maria Aparecida Alkimin**

*Doutora em Direito. Professora e pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito  
do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Maria Ether Martínez Quinteiro**

*Departamento de História Medieval, Moderna Y Contemporânea,  
Faculdade de Geografia e Historia, directora Del Centro de Estudios de La mujer y especialista  
de reconocido prestigio en Derechos Humanos y ciudadanía. – USAL-Espanha.*

**Pilar Jiménez Tello**

*Doutora em Direito. Universidad de Salamanca  
Unidad de Evaluación de la Calidad. Área de Estudios y Planificación. – USAL- Espanha.*

**Raúl Cervini**

*Catedrático de Direito Penal e Diretor do Departamento Penal da Universidade Católica do Uruguai – UCUDAL. Professor de Direito Penal da Universidade Mayor de la República - UDELAR. Secretário Geral para América Latina e Vice presidente do Conselho Consultivo Internacional do ICEPS.*

**Rosana Siqueira Bertucci**

*Doutora em Direito. Professora da Faculdade Mato Grosso do Sul – FACSUL.*

**Soraya Lunardi**

*Doutora em Direito. Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito de Marília.*

**CONSELHO CIENTÍFICO-TÉCNICO:**

**Editor Responsável:** *Pablo Jiménez Serrano*

*Doutor em Direito. Professor e pesquisador  
do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Revisão Editorial:** *Marcilene Rodrigues Pereira Bueno*

*Mestre em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP),  
professora do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Tradução:** *Julio Sudario De Biasi*

**Projeto gráfico da capa:** *Camila Martinelli Rocha*

**Impressão e acabamento:** *Gráfica e Editora Santuário*

*Rua Padre Claro Monteiro, 342  
Fone: (12) 3104-2000 – 12570-000 – Aparecida-SP.  
www.editorasantuario.com.br*

---

**Pede-se permuta.**

We request exchange. Se solicita canje.

Si chiele lo scambio. On demandé l' échange. Wir erbitte

# Sumário

## Editorial

<i>Conselho Editorial</i> .....	9
1. Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão”	
• <i>Lenio Luiz Streck</i> .....	11
2. Una mirada en retrospectiva al Derecho Ambiental Internacional desde el ejercicio de la pesca ilícita en Angola en el siglo XXI	
• <i>Joao Domingos Victor</i>	
• <i>Yomisel Galindo Rodríguez</i>	
• <i>Alcides Antúnez Sánchez</i> .....	47
3. Sociedade de risco, o ceticismo nas mudanças climáticas e a heurística do medo	
• <i>João Claudio Faria Machado</i>	
• <i>Patrícia Nunes Lima Bianchi</i> .....	125
4. Políticas Públicas de Inclusão Digital em Aldeias Indígenas	
• <i>Mariana Almirão de Sousa</i> .....	161
5. Isenção do Imposto Sobre a Renda na Aposentadoria dos Portadores de Neoplasia Maligna e a Desnecessidade de Perícia para Efetivação do Direito Social	
• <i>Milena Zampieri Sellmann</i> .....	189
6. A possibilidade de acordo na lei do <i>procedimento-modelo</i> alemão ( <i>Musterverfahren</i> ) em 2012 e a importância desta previsão para o <i>procedimento-modelo</i> brasileiro (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)	
• <i>Caroline Gaudio Rezende</i> .....	225
7. Eutanásia - Dignidade no Fim da Vida	
• <i>Sergio Leandro Carmo Dobarro</i>	
• <i>Pedro Lima Marcheri</i> .....	259

8. Fundamentos da Ação Coletiva Passiva	
• Rogério Rudiniki Neto.....	293
9. Hacia una formulación jurídico normativa de las fuentes del Derecho Agrario Cubano	
• Juan Ramón Pérez Carrillo.....	331
10. Mediação Comunitária como axioma de efetivação da democracia participativa: O Fomento do Diálogo na Comunidade para a construção de decisões coletivas	
• Tauã Lima Verdan Rangel.....	373
11. O direito privado: em busca de valores para a concreta justiça social	
• Moacyr da Costa Neto.....	415
12. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos na Proteção à Sociodiversidade e ao Meio Ambiente	
• Eriton Geraldo Vieira	
• Leandro de Assis Moreira.....	449
13. A “Crise Financeira”, a Sustentabilidade e o Capitalismo Democrático	
• Patrícia Elias Vieira	
• Newton Cesar Pilau.....	481
14. Desdibujo de un camino trillado, hacia una nueva senda del trabajo doméstico	
• Elena Polo Maceira	
• Irissol Leyva Crespo	
• José Martí Velázquez.....	517
15. Judicialização dos Direitos Sociais: a quem compete a sua efetivação?	
• Marianna Miranda da Silva Soares	
• José Albenes Bezerra Júnior.....	549
16. Direito social do idoso: o lazer como componente da saúde	
• Ana Maria Viola de Sousa	
• Nádia Marquette de Sousa	
• Felipe Marquette de Sousa.....	603
Informações sobre a Revista Direito & Paz e os Procedimentos para Publicação.....	631
Edição e coedições recentes do UNISAL.....	641

## Editorial

---

O presente número destina-se à publicação de trabalhos que, pelo seu conteúdo, contribuem para a atualização do conhecimento jurídico sobre temas relacionados às linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito (*stricto sensu*) do Centro Salesiano de São Paulo - UNISAL.

Contudo, visando abrir um espaço para a reflexão acerca das questões vinculadas à teoria, à prática e ao ensino do Direito no país, objetiva-se divulgar os resultados das pesquisas jurídicas desenvolvidas pelos docentes e pesquisadores do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL, e demais professores e pesquisadores convidados.

Assim, a seguir priorizamos a publicação de trabalhos jurídicos de grande penetração na comunidade acadêmica nacional e internacional.

*O Conselho Editorial*



# Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão”

## *Questioning the judicial activism or why do we need a theory of decision*

Artigo recebido em 10/04/2014.

Revisado em 08/05/2014.

Aceito para publicação em 15/06/2014.

### **Lenio Luiz Streck**

Doutor em Direito do Estado (UFSC); Pós-Doutor em Direito (Universidade de Lisboa); Professor Titular da UNISINOS-RS; Procurador de Justiça-RS-BRASIL.

### **Resumo**

O direito brasileiro é caracterizado pelo aumento da atividade judicial, o que passa a ser compreendido equivocadamente como a necessidade de ativismo

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão” - pp. 11-46

STRECK L. L.

judicial para concretizar direitos. Este artigo pretende demonstrar as causas e as consequências do ativismo judicial, dando ênfase a afirmação de que a discricionariedade judicial é antidemocrática. Somente através de uma teoria da decisão é possível enfrentar o problema do voluntarismo e, portanto, do ativismo judicial.

## **Palavras-chave**

Ativismo judicial; discricionariedade; democracia

## **Abstract**

Brazilian law is characterized by increased judicial activity, which is mistakenly understood as the need for judicial activism to realize rights. This article highlights the causes and consequences of judicial activism, emphasizing the claim that judicial discretion is anti-democratic. Only through a theory of decision would it be possible to face the problem of voluntarism and therefore of judicial activism.

## **Keywords**

Judicial activism; discretion; democracy

## **Sumário**

Introdução. I. O novo que deve ser olhado “como novo”: a Constituição e a exigência de novos paradig-

mas interpretativos. As recepções teóricas equivocadas. 1.1. Jurisprudência dos Valores e Teoria da Argumentação Jurídica: os equívocos de uma recepção. 1.2. O ativismo judicial: um exemplo de como a discussão tem sido equivocadamente feita no Brasil. 2. A reação do establishment ao ativismo judicial, ao pamprincipiologismo e a fragmentação das decisões jurídicas. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a ideia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido.

Na história moderna, tanto na hermenêutica teológica como na hermenêutica jurídica, a expressão tem sido entendida como arte ou técnica (método), com efeito diretivo sobre a lei divina e a lei humana.

O ponto comum entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica teológica reside no fato de que, em ambas, sempre houve uma tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta, seja em um processo judicial ou em uma pregação religiosa. Essa tensão entre o texto e o sentido a ser atribuído ao texto coloca a hermenêutica diante de vários caminhos, todos ligados, no entanto, às condições de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas. Assim, ou se demonstra que é possível colocar regras que possam guiar o hermeneuta no ato interpretativo, mediante a criação, v.g., de uma teoria geral da interpretação; ou se reconhece que a pretensão cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são de fato atos separados, ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passaram de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto.

A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem lingüístico-ontológica (Heidegger-Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir

do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica. A viragem hermenêutico-ontológica, provocada por *Sein Und Zeit* (1927), de Martin Heidegger, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit Und Methode* (1960), por Hans-Georg Gadamer, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. A partir dessa *ontologische Wendung*, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado as teses exe-gético-dedutivistas-subsuntivas dominantes, naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica.

Nestes tempos pós-positivistas (com todos os problemas que esse termo acarreta), cada vez mais se torna necessário discutir as condições de possibilidade da validade do direito em um contexto em que os discursos predatórios dessa validade, advindos do campo da política, da economia e da moral, buscam fragilizá-la. Trata-se, enfim, de discutir o papel do direito na democracia, seus limites e sua força normativa.

Em outras palavras, nesta quadra da história, não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia. Nesse sentido, penso que o direito deve ser preservado naquilo que é a sua principal conquista a partir do segundo pós-guerra: o seu grau de autonomia.

O novo papel do direito está bem representado naquilo que Jorge Miranda chamou de “Revolução Copernicana do Direito Público”, ou seja, o novo lugar

ocupado pelas Constituições do segundo Pós-guerra e o igualmente novo papel exercido pelos Tribunais Constitucionais, mormente no campo da Europa Continental.

Nesse sentido, é importante lembrar que é nesse contexto de afirmação das Constituições e do papel da jurisdição constitucional que teóricos dos mais variados campos das ciências sociais – principalmente dos setores ligados à sociologia, à ciência política e ao direito – começaram a tratar de fenômenos como a *judicialização da política e o ativismo judicial*. Ambos os temas passam pelo enfrentamento do problema da interpretação do direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial.

Em outras palavras: quais são as condições de possibilidade do argumento jurídico-decisório? Sob quais circunstâncias é possível afirmar que o tribunal, no momento de interpretação da constituição, não está se substituindo ao legislador e proferindo argumentos de política ou de moral? Neste ponto é importante mencionar estudos como *The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics* (Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder)<sup>1</sup>, *On law, politics & judicialization* (Martin Shapiro, Martin e Alec Stone Sweet)<sup>2</sup>, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism* (Ran Hirschl)<sup>3</sup>. Em outra perspectiva, mas apontando também para a incisividade do Poder Judiciário na condução da vida política, tem-se o artigo *Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais* (Robert A. Dahl)<sup>4</sup>.

Esse é o grande dilema contemporâneo. Superadas as formas de positivismo exegético-racionalista (formas exegéticas), os juristas ainda não conseguiram construir as condições para o controle das posturas voluntaristas (que, se registre, por apostarem na discricionariedade dos juízes, não deixam de ser também positivistas). Se antes o intérprete estava assujeitado a uma estrutura pré-estabelecida, já a partir do século XX, o dilema passou a ser: como estabelecer controles à interpretação do direito e evitar que os juízes se assenhorem da legislação democraticamente construída?

Um dos sintomas desse problema reside no crescimento – mormente em países como o Brasil – do fenômeno do “ativismo judicial”, fator de fragilização do grau de autonomia alcançado pelo direito neste novo paradigma.

## **1. O novo que deve ser olhado “como novo”: a Constituição e a exigência de novos paradigmas interpretativos. As recepções teóricas equivocadas.**

Uma Constituição nova exige, portanto, novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria hermenêutica. A pergunta que se colocava era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica estava assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito pri-

vado francês e alemão), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões. Do mesmo modo, não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.

Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das posturas. Com efeito, houve um efetivo “incentivo” doutrinário a partir de três principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy. Vejamos cada uma dessas recepções equivocadas sendo que, pelo modo como são trabalhadas no Brasil, a jurisprudência dos valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy serão analisadas em conjunto.

### *1.1. Jurisprudência dos Valores e Teoria da Argumentação Jurídica: os equívocos de uma recepção.*

Como se sabe, no caso alemão, a jurisprudência dos valores serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um

*jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada.

Nesse sentido, não podemos esquecer que a tese da jurisprudência dos valores é, até hoje, de certo modo, preponderante naquele tribunal, circunstância que tem provocado historicamente fortes críticas no plano da teoria constitucional ao *modus* interventivo do tribunal alemão.<sup>5</sup> Releva anotar, entretanto, que a referida tensão efetivamente teve, a partir do segundo pós-guerra, um papel fundamental na formatação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, Espanha e Brasil.

Entretanto – e aqui deve ser feita a crítica ao equívoco no modo como a tese foi recepcionada – os juristas brasileiros não se atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde, historicamente até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.

Da jurisprudência dos valores os teóricos brasileiros tomaram emprestado a tese principal – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores. O modo mais específico de implementação foi a teoria da argumentação de Robert

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão” - pp. 11-46  
STRECK L. L.

Alexy, que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos Tribunais.

O Direito Constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação (Alexy). A partir desse equívoco, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si.<sup>6</sup> Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça à Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”.

Importante anotar que no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. Esse tratamento equivocado – que enxerga a ponderação como um princípio – fica evidente a partir de uma simples pesquisa nos tribunais brasileiros.<sup>7</sup> De se consignar, por fim, que

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão” - pp. 11-46  
STRECK L. L.

esse uso da ponderação como um “verdadeiro” princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira que venho denominando *pamprincipiologismo*. Em linhas gerais, o *pamprincipiologismo* é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *pamprincipiologismo* faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

Um exemplo ilustrativo desse tipo de mixagem teórica (Teoria da Argumentação e Jurisprudência dos Valores) pode ser encontrado no julgamento do Habeas Corpus n. 82424, em 17/09/2003, que ficou conhecido como *caso Ellwanger*. Vejamos, em linhas gerais, o caso apresentado: nesse julgamento, o STF negou pedido de declaração da extinção da punibilidade em favor de Siegfried Ellwanger, acusado de crime de discriminação e preconceito contra judeus. Ellwanger era responsável pela edição, distribuição e venda de livros anti-semitas de sua própria autoria (*Holocausto: Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do século*) e de outros autores nacionais (e. g., *Brasil, Colônia de Banqueiros*, de Gustavo Barroso) e estrangeiros (e. g., *O Judeu Internacional*, de Henry Ford). A conduta de Ellwanger estava tipificada criminalmente no art. 20 da Lei n. 7.716/89, cuja pena era de dois a cinco anos. Foi absolvido em primeiro grau, e condenado em apelação, pelo Tribu-

nal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Perante o STF, a defesa sustentou que o fato imputado contra o paciente prescreveu, uma vez que a discriminação contra judeus – ao contrário da discriminação de cor – não seria protegida pela imprescritibilidade constitucional do crime de racismo (CF, artigo 5º, XLII).

O Relator, Min. Moreira Alves, votou pelo deferimento do Habeas Corpus, sustentando que os judeus não poderiam ser vítimas de racismo, por não constituírem uma raça. Baseou seu voto (constitucionalmente inadequado) em argumentos de política, principalmente no fato de que a Assembléia Constituinte pretendia tornar imprescritíveis apenas o racismo praticado contra negros.

Coube ao Min. Maurício Corrêa inaugurar a divergência que sairia vencedora, apontando o óbvio: o nazismo que permeava as obras publicadas por Ellwanger era fundado essencialmente em uma superioridade de raça. Durante o nazismo, o povo judeu passou a ser tratado como sub-raça, e eram essas as opiniões que Ellwanger professava por aqui. Assim, quase sem querer, o Min. Corrêa recolocou a questão em seu devido lugar: o critério de racismo não pode se fundar apenas em um conceito lexicográfico de *raça*, e a *raça*, para fins de proteção jurídica, não se limita a uma semelhança de características físicas, como a cor da pele. Ainda que o Ministro não tenha fundamentado desta forma, trata-se de uma contextualização da tradição: a história do século XX – com a perseguição anti-semita e o holocausto – importa nessa análise. E, acrescento, resgata os argumentos de princípio, uma vez que a er-

radicação das discriminações e preconceitos é um objetivo da República (art. 3º, IV, da CF), o que tem caráter deontológico.

No entanto, parte do Tribunal entendeu que se estava diante de uma colisão de princípios constitucionais. Princípios estes que, por sua vez, assentavam-se em valores conflitantes entre si. Nesse sentido, o Min. Carlos Ayres Britto, após ver no caso uma “contradição entre princípios jurídicos”, com “modelos normativo-principiológicos em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca excludência”, entendeu, por juízo de “proporcionalidade”, que os fatos atribuídos a Ellwanger eram penalmente atípicos, frente à liberdade de expressão. O Min. Marco Aurélio de Mello igualmente colocou a liberdade de expressão e a vedação ao racismo na balança, e, ao fazer a ponderação dos valores em jogo (inclusive com citação expressa de Alexy e referência ao caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1958 e tido como pioneiro na ponderação de princípios), concluiu pela primazia da liberdade.

De todo modo, é preciso anotar que muito embora tenha sido objeto de inúmeros debates e tenha rendido uma longa discussão na Suprema Corte (o acórdão tem não menos que 488 laudas!), a solução da controvérsia era na verdade constrangedoramente simples. Não havia nada a ponderar, por uma simples razão: a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente não abarca a liberdade de manifestar um pensamento racista. E racismo é crime. Imprescritível. Nesse sentido, o voto do Min. Celso de Mello. Em linha similar, o Min.

Gilmar Mendes lembrou que as sociedades democráticas não conferem direitos de expressão aos discursos de ódio (*hate speeches*), pela singela razão de que tais discursos comprometem a própria democracia.

Como já foi adiantado, o HC acabou negado<sup>8</sup>. Contudo, os votos vencidos, embasados ou em argumentos de política ou em juízos de ponderação bem demonstram *os perigos* que se corre com a teoria da argumentação alexyana à brasileira (que desconsidera os procedimentos formais estabelecidos por Alexy e termina por mesclar a ponderação alexyana com o modelo interpretativo próprio da chamada jurisprudência dos valores). Dito de outro modo: o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade.

## 1.2. O ativismo judicial: um exemplo de como a discussão tem sido equivocadamente feita no Brasil.

Do mesmo modo, também o termo ativismo judicial vem sendo empregado no Brasil de um modo *tabula rasa*. Note-se: nos Estados Unidos – e esta é/foi a terceira recepção equivocada – a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Não se pode esquecer, por outro lado, que ativismo judicial nos Estados Unidos foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estaduni-

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Questionando o ativismo judicial ou "de como necessitamos de uma teoria da decisão" - pp. 11-46  
STRECK L. L.

dense com relação ao *new deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt.<sup>9</sup> As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorrem em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida, do que pelo resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultante da concepção pessoal de certo número de juizes e não o resultado de um sentimento constitucional acerca desta problemática.

Já no Brasil esse tema toma ares dramáticos. Basta lembrar, nesse sentido, que ativismo judicial aparece como um princípio no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 2º, letra i). Por certo, tal projeto de lei não foi ainda analisado pelo Poder Legislativo, mas a simples menção ao ativismo judicial como um “princípio norteador” (*sic*) do processo coletivo brasileiro, já da conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina.

Um bom exemplo do tipo corriqueiro de ativismo judicial que permeia o imaginário dos juristas brasileiros pode ser extraído da questão levada a julgamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>10</sup> (ADPF) n. 178. Com efeito, tal medida foi interposta em 2009 pelo Ministério Público Federal, objetivando o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo e a garantia dos mesmos direitos reconhecidos às uniões entre heterossexuais. A ação pretendia, inicialmente, que fosse reconhecida e col-

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão” - pp. 11-46  
STRECK L. L.

matada a pretensa omissão do Poder Legislativo em regulamentar os direitos dos casais homossexuais, muito embora a própria Constituição, no seu art. 226, §3º, aponte para outra direção, ao afirmar que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Indeferida liminarmente, a petição foi reapresentada, agora buscando uma *verfassungskonforme Auslegung* do art. 1.723 do Código Civil<sup>11</sup>, no sentido de oferecer proteção integral às uniões homoafetivas.

A perplexidade que surge deve-se a seguinte questão: de que modo poderia haver a referida omissão se a própria Constituição determina que é dever do Estado *proteger a união entre o homem e a mulher*? Onde estaria a omissão, já que é um comando constitucional que determina que a ação do Estado seja no sentido de proteger a união entre homem e mulher? Note-se: não podemos falar em hierarquia entre normas constitucionais, caso contrário, estaríamos aceitando a tese de Otto Bachof a respeito da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais. O mais incrível é que a referida ADPF também pretende anular as várias decisões que cumpriram literalmente o referido comando constitucional. Trata-se, pois, de um hiper-ativismo.

De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma medida desse jaez importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de *Verfassungswandlung* que

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão” - pp. 11-46  
STRECK L. L.

funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de *Verfassungsänderung*, reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.

O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial).<sup>12</sup> Desnecessário referir as inúmeras decisões judiciais que obrigam os governos a custearem tratamentos médicos experimentais (até mesmo fora do Brasil), fornecimento de remédios para ereção masculina e tratamento da calvície...!

O verdadeiro caos processual que se instalou no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas dá amostra de como a discussão sobre o papel do judiciário no contexto de uma democracia constitucional é algo que causa turbulência no Direito Brasileiro. Como mencionado acima, na decisão que saneou o processo, o então presidente da Corte, Min. Gilmar Mendes, indicou, de forma correta, que a ADPF não se afigurava como melhor mecanismo para solução da demanda, pois não se vislumbrava qual era a omissão do Estado e em que grau ela se apresentava para o deslinde da questão. Assim, como consequência dessa necessidade de adequação da via processual, a ADPF 178 foi transformada em ADIn (Ação Direita de Inconstitucionalida-

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Questionando o ativismo judicial ou "de como necessitamos de uma teoria da decisão" - pp. 11-46  
STRECK L. L.

de) inscrita com o número de ordem 4277. Para tornar ainda mais complexa a questão, antes mesmo da Procuradoria Geral da República ter impetrado a ADPF n. 178, o Governador do Estado do Rio de Janeiro já havia questionado a constitucionalidade da “falta” (*sic*) de proteção do Estado às Uniões Homoafetivas na ADPF n. 132. Desse modo, em maio de 2011 o STF julgou a ADPF n. 132 e a ADIn 4277, a primeira impetrada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e a segunda pela Procuradoria Geral da República.

As ações foram julgadas parcialmente procedentes, tendo o Tribunal, por unanimidade, reconhecido a proteção do Estado às Uniões homoafetivas, realizando uma Interpretação Conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro. Os argumentos que compuseram a teia discursiva presente nos votos são, na sua grande maioria, sociológicos e/ou de moral. O enfrentamento da questão jurídica principal – qual seja, da legitimidade de a jurisdição constitucional se substituir ao poder constituinte derivado, alterando o texto da constituição – foi evitado pela maioria dos ministros que se limitaram a afirmar que a ideia de contenção do judiciário, em um caso como esse, representava uma “visão obliqua” (*sic*) das funções do judiciário no direito moderno, como consignou o Min. Marco Aurélio, em aparte ao voto do Min. Gilmar Mendes.

Apenas para ilustrar o que aqui está sendo dito, é importante consignar que, no voto do relator, por exemplo, está dito que “o órgão sexual é um *plus*, um bônus, um regalo da natureza. Não é um ônus, um peso, um estorvo, menos ainda uma reprimenda dos Deuses”.

Em voto de outro Ministro, lê-se que “a homossexualidade é traço da personalidade, não é crença, ideologia ou opção de vida”.<sup>13</sup> Por esses exemplos, é possível visualizar que o julgamento destas ações foram determinados, muito mais, pelo entendimento pessoal – daí a questão do solipsismo – de cada ministro acerca da matéria, do que por uma interpretação técnica da Constituição.

Aliás, poderíamos ir adiante na identificação clara do ativismo da corte neste caso: em um dos votos, chegou-se a dizer que o reconhecimento das Uniões homoafetivas para efeitos da proteção do Estado poderia contribuir para a diminuição da discriminação e ajudaria a conter, até mesmo, práticas violentas decorrentes da homofobia. Por certo que a diminuição da discriminação é algo salutar, bem como deve ser repudiada qualquer tipo de atividade violenta para com os homossexuais (afinal, tal qual Norbert Elias, é preciso acreditar no “processo civilizador”). Todavia, é de se perguntar se esse tipo de juízo – nitidamente político (e sem bases empíricas) – poderia servir como fundamento de uma decisão judicial.

De todo modo, o caso apresentado, tanto na origem quanto no seu desfecho, representa muito bem como a discussão sobre o ativismo interpretativo do Supremo Tribunal Federal é realizada no campo jurídico brasileiro.

Ao lado dessas três posturas – que se tornaram dominantes no plano da doutrina e da aplicação do direito no Brasil – podem ainda ser referidas manifestações calcadas em pragmatismos dos mais variados,

na maioria das vezes construídos a partir de mixagens teóricas assistemáticas e contraditórias.<sup>14</sup> Pode-se afirmar, ainda, que, por vezes, os pragmatismos tomam emprestados pressupostos originários das teorias argumentativas, em especial a de Alexy, mormente quando as decisões judiciais aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade.<sup>15</sup>

## **2. A reação do establishment ao ativismo judicial, ao pamprincipiologismo e a fragmentação das decisões jurídicas.**

Como se pôde perceber, a assim denominada “era dos princípios”, que propiciou o surgimento de textos constitucionais com características sociais-diretivas encontrou – mormente em países como o Brasil – um imaginário jurídico ainda fortemente dependente da metodologia tradicional e de suas variações, a partir de um amplo espectro que abrangia desde normativistas (formalistas) até adeptos do direito alternativo (realistas ao estilo dos Critical Legal Studies). Com efeito, de um lado, doutrina e jurisprudência, ainda ligadas à dogmática jurídica tradicional, continuaram a sustentar práticas normativistas, com enormes dificuldades para compreender minimamente o advento de uma nova teoria das fontes; já de outro, setores que, embora engajados na concretização da Constituição, passaram a apostar no Poder Judiciário como condutor desse processo, mas sem a correspondente reflexão acerca das condições de possibilidade desse protagonismo.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão” - pp. 11-46  
STRECK L. L.

Ou seja, a falta de teorias adequadas às demandas de uma Constituição como a brasileira permitiu a formação de um forte protagonismo judicial. O espantoso é que, mesmo diante de um texto constitucional riquíssimo em direitos fundamentais-sociais – experiência única no mundo – os intérpretes brasileiros ainda assim vem buscando descobrir “valores escondidos” embaixo dessa tensa tessitura legal.

Um dos alicerces do ativismo judicial e que provocou uma fragmentação na aplicação judiciária foi o fenômeno do *pamprincipiologismo*. “Positivaram-se os valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação” (*sic*), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (*sic*), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser extraídos tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” (*sic*) as incertezas da linguagem. Centenas de princípios invadiram o universo da interpretação e aplicação do direito, fragilizando sobretudo o grau de autonomia do direito e a própria força normativa da Constituição, podendo ser elencados, exemplificadamente, alguns deles, tais quais: princípio da simetria, o princípio da não surpresa, princípio da confiança, princípio da afetividade, princípio do fato consumado, princípio da instrumentalidade processual e princípio da confiança no juiz da causa.

Esse ativismo demonstra também que a sua *ratio* possui uma origem solipsista, o que se torna problemático, porque a democracia e os avanços passam a

dependem das posições individuais dos juizes e dos Tribunais. De todo modo – e isso precisa ficar bem claro – apenas diante da consagração de uma efetiva jurisdição constitucional é que se pode falar no problema dos ativismos judiciais.

Por outro lado, há que se levar em conta que o constitucionalismo surgido do segundo pós-guerra é, fundamentalmente, pós-positivista; os textos constitucionais – agora principiológicos – albergam essa nova perspectiva do direito. Nesse contexto, a busca da preservação da força normativa da Constituição sempre corre o risco de ficar fragilizada pela equivocada aposta nessa pretensa “abertura interpretativa”, uma vez que – e é neste ponto que se dá, no campo filosófico, a passagem do esquema sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito – a abundante principiologia veio para introduzir, no direito, o mundo prático que dele havia sido expungido pelas diversas posturas positivistas. Entende-se o positivismo,<sup>16</sup> para os limites desta abordagem, a partir de sua principal característica apontada por Dworkin no seu debate com Hart: a discricionariedade, que ocorre a partir da “delegação”, em favor dos juizes, do poder de solucionar os casos difíceis. É indubitável a relação da discricionariedade - delegada por Hart ao juiz - com o decisionismo kelseniano. Discricionariedade será, assim, o poder conferido ao juiz/intérprete para escolher uma entre várias alternativas. O problema é saber se as alternativas são legítimas e se a “escolha” se enquadra na circunstância discutida. Considere-se, ademais, o problema dessa “delegação” nos casos da interpretação do processo judicial, que fica

à mercê da interpretação discricionária do juiz. O pano de fundo, a toda evidência, era – e ainda é – a discussão acerca das condições de possibilidade da realização da democracia. Afinal, se alguém tem que decidir por último, a pergunta que se põe obrigatoriamente é: de que modo podemos evitar que a legislação – suposto produto da democracia representativa (produção democrática do direito) – seja solapada pela falta de legitimidade da jurisdição?

Pode-se dizer que, tanto na operacionalidade *stricto sensu* como na doutrina, são perceptíveis no mínimo dois tipos de manifestação do paradigma da subjetividade, que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário. O primeiro trata do problema de forma mais explícita, “assumindo” que o ato de julgar é um ato de vontade (para não esquecer o oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen),<sup>17</sup> ainda nesse primeiro grupo devem ser incluídas as decisões que, no seu resultado, implicitamente trata(ra)m da interpretação ao modo solipsista. São decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si ou, ainda, baseadas em leituras equivocadas de autores como Ronald Dworkin ou até mesmo Hans-Georg Gadamer, confundindo a “superação” dos métodos com uma “livre atribuição de sentidos”.

Desse modo, a defesa de posturas judiciais ativistas, o crescimento do pamprinciologismo e a fragmentação jurisprudencial, são fenômenos que decorrem, em última análise, de um mesmo núcleo problemático: a preservação subterrânea do paradigma

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão” - pp. 11-46  
STRECK L. L.

da filosofia da consciência na construção das teorias e doutrinas do direito. Um pragmatismo primitivo é invocado para justificar as decisões individuais. Essas decisões não conduzem a um ponto coerente, capaz de unificar o sentido e acomodá-lo num contexto de integridade. Assim, um verdadeiro caos interpretativo acaba por ter lugar, algo que pode ser comparado ao estado de natureza hobbesiano; uma espécie de Estado de natureza hermenêutico.

Pois bem. Diante desse fugaz processo de fragmentação decisional, o *establishment* jurídico reagiu criando mecanismos burocráticos que, pretensamente, pudessem oferecer uma resposta a esse emaranhado de decisões e, ao mesmo tempo, conduzir para uma racionalização do acesso à justiça que, por força da ampliação constitucional das demandas, também acarretava uma exaustão ao sistema. Desse modo, a reforma levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (que ficou conhecida como “Reforma do Judiciário”) criou dois mecanismos que vinham na senda das questões levantadas nesse tópico: as súmulas vinculantes<sup>18</sup> e a repercussão geral.<sup>19</sup>

Em suma, esses dois mecanismos são respostas estruturais para um problema que é de ordem paradigmática: de nada adiantam as súmulas e os demais mecanismos vinculatórios – como é o caso da repercussão geral – se não enfrentamos aquilo que possibilitou todo quadro de fragmentação, relativismo e subjetivismo que acomete o Direito atual. Ou seja, é preciso superar a filosofia da consciência e aquele que é sua criação: o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*).<sup>20</sup> O conhecimento –

mais do que uma relação que se dá entre um sujeito e um objeto, é um encontro. Um encontro que acontece a partir de um entorno, de uma história, enfim, de uma tradição. É da explicitação desse encontro que resultará a efetiva superação do artificialismo epistemológico da filosofia da consciência que sempre leva a soluções despistadoras, que acabam levando à persistência do núcleo do problema (no caso brasileiro, basta ver como a doutrina está lidando com a questão das súmulas: pensa-se que os problemas da interpretação de textos podem resolvidos com a edição de mais textos, em uma espécie de eterno retorno à Escola de Exegese...!). Numa palavra: a superação desses problemas é uma tarefa hermenêutica. O que vou mostrar na sequência é uma proposta para efetivação dessa superação.

## Conclusão

Contra o relativismo valorativo causado pela má recepção da jurisprudência dos valores (a partir da teoria da argumentação de matriz alexyana) e contra o ativismo pragmatista dos tribunais – fatores que, somados, acabam por levar ao pamprinciologismo e à fragmentação da jurisprudência – venho propondo uma hermenêutica fortemente anti-relativista e anti-discricionária. Esse modo de trabalhar a hermenêutica passa pela constatação de dois fatores que possibilitam a superação do paradigma da filosofia da consciência. Trata-se, na verdade, daquelas duas revoluções copernicanas ocorridas no século XX que modificaram ra-

dicalmente os caminhos do Direito e da Filosofia. No campo jurídico, a revolução copernicana do direito público mudou o centro gravitacional do direito: não mais os códigos do direito privado, mas as Constituições é que exercem, agora, a função capilarizadora da ordem jurídica. Essa alteração radical implicou, também, numa revolução metodológica: *os métodos tradicionais do direito privado* – permeados pela filosofia da consciência – *não eram adequados para manipular os novos textos constitucionais*, concebidos para fazer valer uma ordem democrática que, para além de qualquer solipsismo, deveria conduzir para uma esfera pública e intersubjetiva de legitimação dos atos de poder do Estado. Assim, outra revolução – igualmente copernicana – entra em cena: cuida-se daquilo que ficou conhecido como *linguistic turn* que opera uma redefinição do papel da linguagem no processo de conhecimento e abre novos caminhos para a discussão do método no direito.

Na esteira dessa transformação operada pelo giro lingüístico – que denomino de *giro lingüístico-ontológico* –<sup>21</sup> aparece a hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. A partir de *Wahrheit und Methode* ficou claro que a verdade das ciências humanas, ou ciências do espírito, é um acontecimento que pode ser percebido através da arte, da história e da linguagem. Gadamer desfere, assim, um golpe certeiro contra o metodologismo que predominava da epistemologia dessas ciências afirmando que a verdade é algo que, em última análise, se opõe ao método. Com efeito, ao invés que garantir a objetividade da interpretação, o método – enquanto momento supremo da subjetividade – acaba por levar

a relativismos (v.g. no direito a questão da ponderação, por exemplo).

Por isso, penso que essa objeção gadameriana ao relativismo metodológico encontra eco na crítica que Ronald Dworkin faz ao poder discricionário dos juízes, que se mostra de maneira emblemática no debate levado a efeito com Herbert Hart. Assim, a minha proposta se apresenta a partir de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin. Na senda de Dworkin, que, ao seu modo, falará da única resposta correta, proponho a tese de que todo cidadão – que vive sob o manto do Estado Democrático de Direito – tem um direito fundamental a obter dos tribunais uma resposta constitucionalmente adequada.

Minha proposta, porém, não estabelece nenhum procedimento metodológico que garanta essa resposta adequada. Pelo contrario, ela rejeita qualquer tipo de procedimentalização do projeto decisório. Para discutir as condições sob as quais se assenta a resposta constitucionalmente adequada, precisamos dispor antes de uma *teoria da decisão*. Essa teoria da decisão precisa conseguir destilar os equívocos advindos das errôneas importações teóricas efetuadas pelo constitucionalismo brasileiro e deve conseguir produzir um rigoroso processo de justificação das decisões que circula entre a suspensão dos pré-juízos do intérprete (no sentido hermenêutico que deve ser entendido da seguinte forma: quem decide sobre questões político-jurídicas tem o dever de esclarecer previamente os conceitos com os quais está operando no momento da decisão), as circunstâncias que compõem os caso concreto e a recomposição coerente da história institucional do direito

(que comporta uma legislação, uma jurisprudência e uma doutrina).

Nessa medida, como os procedimentos e metodologias são recusados liminarmente, o único modo de demonstrar a validade da tese se dá a partir da reconstrução de um caso concreto, no qual pode ser percebida a manifestação da resposta constitucionalmente adequada. Uma nova perspectiva hermenêutica, portanto, vem se forjando no seio da doutrina brasileira<sup>22</sup>, a partir de duas rupturas paradigmáticas: a revolução do constitucionalismo, que institucionaliza um elevado grau de autonomia do direito, e a revolução provocada pelo giro-ontológico-linguístico. De um lado, a existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista, diminuindo-se o grau de discricionariedade do Poder Legislativo, assim como do Poder Judiciário nos denominados “casos difíceis”. De outro, parece não restarem dúvidas de que, contemporaneamente, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível dizer que não existem respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação. Nesse sentido, “conceitos” que tenham a pretensão de abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação, nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico, que se caracteriza pelo emprego “sistemático” da análise lógica da linguagem, buscando descobrir o significado dos vocábulos e dos enunciados, tornando-a refém daquilo que Dworkin chama de “agulhão semântico”.

É preciso compreender que nós não percebemos, de forma distinta (cindida), primeiro os textos para, depois, acoplar-lhes sentidos. Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo/aplicativo – é unitário, o texto (pensemos, fundamentalmente, na Constituição) não está, e não nos aparece, desnudo, como se estivesse à nossa disposição. Com isso também desaparece qualquer distinção entre estrutura e conteúdo normativo. Destarte, não podemos esquecer que mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas foi o modo como as diversas formas de subjetivismo encontraram para buscar o controle político-ideológico do “processo” de interpretação. Daí a importância conferida ao método, que sempre teve/tem a função de “isolar” a norma (sentido do texto) de sua concretização.

Aponte-se, ademais, que, à diferença da compreensão de outros fenômenos, a hermenêutica jurídica contém uma especificidade: a de que o processo hermenêutico possui um vetor de sentido, produto de um processo constituinte que não pode ser alterado a não ser por regramento próprio constante no próprio processo originário. E isso faz a diferença. A Constituição é o elo conteudístico que liga a política e o direito, de onde se pode dizer que o grande salto paradigmático nesta quadra da história está exatamente no fato de que o direito deve servir como garantia da democracia.

Assim, na medida em que estamos de acordo que a Constituição possui características especiais oriundas de um profundo câmbio paradigmático, o papel da hermenêutica passa a ser, fundamentalmente, o de

preservar a força normativa da Constituição e o grau de autonomia do direito diante das tentativas usurpadoras provenientes do processo político (compreendido *lato sensu*). Nesse contexto, a grande engenharia a ser feita é, de um lado, preservar a força normativa da Constituição e, de outro, não colocar a política a reboque do direito.

Essa (inter)mediação é o papel a ser desempenhado pelos princípios forjados na tradição do Estado Democrático de Direito. Princípios funcionam, assim, como *Leitmotiv* do processo interpretativo, como que a mostrar que cada enunciado jurídico possui uma motivação (*Jede Aussage ist motiviert*, dirá Gadamer). Princípios têm a função de mostrar/denunciar a ruptura com a plenipotenciabilidade das regras; o direito não isenta o intérprete de qualquer compromisso com a realidade.

Por tais razões, é fundamental que se passe a entender que “metodologia” ou “principiologia” constitucional não querem significar “cânones”, “regras” ou “meta-regras”, mas, sim, *um modo de concretizar a Constituição*, isto é, o modo pelo qual a Constituição deve ser “efetivamente interpretada”.

Desse modo, proponho, em *Verdade e Consenso* e em *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, um conjunto mínimo de princípios (hermenêuticos) a serem seguidos pelo intérprete. Tais princípios, sustentados na historicidade da compreensão e na sedimentação dessa principiologia, somente se manifestam quando colocados em um âmbito de reflexão que é radicalmente prático-concreto, pois representam um

contexto de significações históricas compartilhadas por uma determinada comunidade política. A interpretação do direito somente tem sentido se implicar *um rigoroso controle das decisões judiciais*, porque se trata, fundamentalmente, de uma questão que atinge o cerne desse novo paradigma: a democracia. E sobre isso parece não haver desacordo.

## Notas

- 1 TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
- 2 SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics & judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.
- 3 HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007; também, do mesmo autor, O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009, pp. 139-175.
- 4 DAHL, Robert A. Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 252, setembro/dezembro de 2009, pp. 25-43.
- 5 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- 6 Nesse particular, anote-se o profundo estado de embaraço teórico em que se encontra enveredadas algumas posturas teóricas brasileiras. Com efeito, há vários constitucionalistas propondo que, além da ponderação de princípios, deve existir também uma ponderação entre regras (sic). O que chama mais atenção numa proposta como essa é o fato de a ponderação ser um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Robert Alexy (princípios se aplicam por ponderação e regras por subsunção). E mais: se a *ponderação* é o

procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado da “ponderação de regras”? Uma “regra” da regra? Como fica, portanto, em termos práticos, a distinção entre regras e princípios?

- 7 No caso específico do STF, vale lembrar a ADPF n. 130/DF, de 2009.
- 8 Além dos já mencionados Ministros Maurício Corrêa, Celso de Melo e Gilmar Mendes, também votaram pela denegação os Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.
- 9 Cf. WOLFE, Christopher. *The rise of modern Judicial Review. From constitutional interpretation to judge-made law*. Nova York: Rowman & Littlefield, 1994.
- 10 Em linhas gerais, é possível afirmar que a ADPF é uma medida similar ao *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão ou do direito de amparo espanhol e mexicano. Todavia, a lei n. 9882/1999 que regulamentou o disposto no § 1º do art. 102 da CF, acabou por restringir – de maneira inconstitucional – o rol de legitimados para propor esse importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais. A importância desse mecanismo para a interpretação da Constituição pode ser comprovada pelo que vem sendo debatido na ADPF n. 54 (que discute a constitucionalidade da criminalização do aborto nos casos de anencefalia); ADPF n. 130 (cujo problema central girou em torno da liberdade de imprensa e da (im)possibilidade de censura prévia) e a ADPF n. 153 (que versava sobre a possibilidade de perseguição e punição dos crimes de tortura ocorridos durante o regime militar. De se consignar que a ADPF n. 130 foi julgada totalmente procedente pelo STF, tendo sido decretada a não-recepção da lei de imprensa (Lei n. 5.250/1967). Já a ADPF n. 153 foi julgada improcedente. A ADPF n. 54 ainda aguarda julgamento.
- 11 Artigo 1.723. “É reconhecida como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.
- 12 E sempre conveniente lembrar o seguinte: enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão julgante; a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário, mas, sim, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de

regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve atos de jurisdição constitucional.

- 13 Aqui cabe um aparte: se fosse crença, ideologia ou opção de vida, a proteção do Estado deveria ser rejeitada?!? Mas, e a liberdade de expressão que também é garantia constitucional? E mais! Qual é a base científica em que se apóia o argumento de que seja a homossexualidade um “traço da personalidade”? Seria o judiciário a instância correta para afirmar isso como uma constatação, cujas discussões no âmbito da psicologia não são, nem de longe, consensuais?
- 14 Grande parte da doutrina não age a partir de pressupostos teóricos e, sim, de forma pragmaticista. Não é difícil perceber a mistura do procedimentalismo habermasiano com o modelo alexyano de ponderação. Ou seja, autores com teses contraditórias entre si servem para embasamento de teses e decisões judiciais. Em inúmeros casos, neoconstitucionalismo é confundido com uma mera continuidade do positivismo normativista. Consequência disso: um caos interpretativo.
- 15 Nesse sentido, não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade foram sendo transformadas em enunciados performativos. Apenas para exemplificar: STF - RCL 2126; AGR 395662; TJRS 70027526524, 70027525898, 70032218398; STF-HC 97197; HC 97677; RMS 27920; ADPF 101; ADI 2240; STJ- HC 68397.
- 16 Ressalte-se que, para efeitos do que trato no texto, considero superado o positivismo exegético ou legalista. Isso porque é possível dizer que com Kelsen há uma *virada semântica* na interpretação do direito: não há mais uma identidade isomórfica entre as palavras da lei e a realidade factual. Para o positivismo de corte kelseniano a interpretação do direito é um ato de vontade que desliza no interior de uma estrutura aberta nominada metaforicamente como *moldura da norma* (Teoria Pura do Direito, Cap. VIII). É nesse ponto que se encontra o espaço de discricionariedade do intérprete aplicador da norma e é para o enfrentamento dessa dimensão que aponto minhas armas.
- 17 Veja-se como essa questão do positivismo kelseniano não está superada no Brasil. No STF, um dos ministros mais antigos sustenta frequentemente em suas posições que a interpretação é um ato de vontade (na linha da afirmação kelseniana presente do Cap. VIII de sua Teoria Pura). Em pronunciamento recente, o ministro afirmou ainda

que a decisão é um ato fatiado no qual a primeira etapa representa a construção “ideal” (*sic*) da solução para o caso e, apenas em um segundo momento, é que se buscaria a justificação do decidido no ordenamento jurídico. Nas palavras do Min. Marco Aurélio de Mello: “*Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio. E como a interpretação é acima de tudo um ato de vontade, na maioria das vezes, encontro o indispensável apoio*” (disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154675> acesso: 06.07.2010; ver também: <http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>. acesso em: 06.07.2010)

- 18 Súmulas Vinculantes são enunciados criados pelo STF sempre que haja decisões reiteradas da corte sobre uma determinada matéria posta em julgamento. A peculiaridade do sistema brasileiro é que esses enunciados sumulares vinculam o próprio STF, os tribunais inferiores e os órgãos da administração pública (cf. Art. 103-A da CF). O que causa perplexidade é que as súmulas não são nem exatamente precedentes (pois são enunciados gerais e abstratos que se propõem a resolver casos futuros; ao passo que os precedentes da *common law* são assentados a partir de experiências particulares com objetivo primeiro de solucionar o caso em disputa e apenas indiretamente repercutem nas decisões futuras); mas também não é lei, uma vez que emana do órgão de cúpula do Poder Judiciário. As Súmulas Vinculantes era uma reivindicação antiga de uma parcela significativa dos juristas brasileiros. As justificativas para adoção de tais mecanismos sempre obedeciam a um fator de ordem pragmática: numero excessivo de demandas repetitivas – cuja causa sempre é debitada à constituição (Art. 5º, inciso XXXV) que ampliou significativamente o acesso à justiça e à dificuldade de se controlar o sentido das interpretações efetuadas pelos juízes.
- 19 Na linha do problema envolvendo o excesso de processos e da exaustão do sistema a partir da proliferação de recursos e medidas de revisão das decisões a serem julgadas pelos Tribunais, o mecanismo da Repercussão Geral aparece como uma barragem para entrada de novos recursos a serem analisados e julgados pelo STF. Nessa medida, os recursos extraordinários aventados somente serão aceitos se puderem demonstrar, na tese que fundamenta a demanda, a existência de Repercussão Geral reconhecida previamente pela corte. A repercussão

geral, portanto, é um filtro para evitar que qualquer demanda chegue até a suprema corte do Brasil.

- 20 Em vários textos tenho deixado a ressalva de que o que se tem visto no plano das práticas jurídicas nem de longe chega a poder ser caracterizada como “filosofia da consciência”; trata-se de uma vulgata disso. É verdade que, em meus textos, tenho falado que o solipsismo judicial, o protagonismo e a prática de discricionariedades se enquadram no “paradigma epistemológico da filosofia da consciência”. Advirto, porém, que é evidente que esse *modus decidendi* não guarda estrita relação com o “sujeito da modernidade” ou até mesmo com o “solipsismo kantiano”. Esses são muito mais complexos. Venho apontando essas “aproximações” para, exatamente, poder fazer uma anamnese dos discursos, até porque não há discurso que esteja “em paradigma nenhum”, por mais sincrético que seja. Aliás, estou sendo generoso ao falar de “discricionariedades”... O que temos visto vai muito além daquilo que, na tradição, tem sido epitetado de “discricionariedade”. Basta ver o que fazem com a “ponderação”.
- 21 Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8ª. Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.
- 22 As propostas aqui apresentadas podem ser consultadas, mais amiúde, nas seguintes obras: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo, Saraiva, 2011; \_\_\_\_\_ *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Na linha das projeções efetuadas nesses trabalhos também são importantes as obras de RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial. Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

## Referências

- DAHL, Robert A. *Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 252, setembro/dezembro de 2009, pp. 25-43.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007; também, do mesmo autor, O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009, pp. 139-175.
- SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics & judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo, Saraiva, 2011; \_\_\_\_\_ . *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. In: \_\_\_\_\_. (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

# Una mirada en retrospectiva al Derecho Ambiental Internacional desde el ejercicio de la pesca ilícita en Angola en el siglo XXI

*A historical look upon the  
International Rights after the  
illegal fishing activity in Angola  
in the 21<sup>st</sup> Century*

Artigo recebido em 09/04/2014.

Revisado em 22/05/2014.

Aceito para publicação em 23/06/2014.

## **Joao Domingos Victor**

Licenciado en Derecho. Carrera Derecho. República de Angola.

## **Yomisel Galindo Rodríguez**

Profesor carrera Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: ygalindor@udg.co.cu

## **Alcides Antúnez Sánchez**

Profesor carrera Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. Republica de Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu

## **Resumen**

El medio ambiente recibe el impacto generado sobre la naturaleza por el progreso científico y tecnológico, el crecimiento demográfico y la utilización intensiva de los recursos naturales, aspectos que amenazan no solo la supervivencia de la especie humana sino toda la vida terrestre. Existe preocupación mundial por los problemas medioambientales, dentro de estos, la pesca indiscriminada, tomando parte el Derecho Ambiental, entre ellos el relativo a la obligatoriedad de los Estados de no alterar las condiciones naturales de otros Estados. Este principio deviene hoy en “contaminación transfronteriza”, por el cual los Estados deben asumir la responsabilidad internacional por daños ocasionados a otros territorios, aunque las actividades se hayan realizado ilícitamente bajo su jurisdicción. Los métodos son: histórico-lógico, Análisis- síntesis, el

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Una mirada en retrospectiva al Derecho Ambiental Internacional  
desde el ejercicio de la pesca ilícita en Angola en el siglo XXI - pp. 47-123  
VICTOR J. D. / RODRÍGUEZ Y. G. / SÁNCHEZ A. A.

jurídico-comparado, el exegético jurídico y Inductivo-deductivo.

## Palabras-Claves

Pesca ilícita; Medio ambiente Internacional; Impacto.

## Abstract

The environment receives the impact caused by scientific and technological progress, population growth and the extensive use of the natural resources, all which threatens not only the survival of the human species but all life on Earth. There's a worldwide concern about environmental matters, illegal fishing being one of them; looking at the Environmental Law, including the obligation of member-States, not to alter the natural conditions of other States. This became a "cross-border contamination", for which the States should bear international responsibility for the damage to other territories, even though the activities were illicitly carried out under its jurisdiction. The problem with the investigation is the lack of doctrines and norms related with the fishing activity in Angola, and the consequences that they may cause in the protection of the environment. The methods are: analysis both historical and logical, as compared jury, the inductive-deductive legal and exegetic. The rules regulating

the fishing activity are not effective today. Thus, now rules should be added to article 242 so as to include natural and juridical people and not only foreigners.

## Key words

Illegal fishing; world Environment; Impact.

## Sumario

Introducción. 1. La repercusión medioambiental de la actividad pesquera en el Derecho Ambiental Internacional. 1.1. El Derecho Ambiental como ciencia rectora en la protección al medio Ambiente. 2. Aspectos en torno al Derecho Ambiental Internacional como necesidad en los tiempos actuales. 3. La protección internacional del medio ambiente. Principales instrumentos jurídicos. 4. La actividad pesquera. Sus impactos medioambientales. 4.1. La pesca: breve reseña histórica. Concepto y clasificación. 5. Impactos ambientales producidos como consecuencia de la pesca de captura, a la rastra y de cultivo. 5.1. La pesca ilícita. Sus impactos sobre el medio ambiente. 6. El régimen jurídico de la pesca ilícita en Angola. 6.1. La norma jurídica en la protección al medio ambiente en Cuba y Angola. 6.2. Examen de algunos instrumentos internacionales en la materia, complementarios del derecho positivo en Cuba y Angola. 6.3. Los Estados como eje central de la actividad pesquera y la protección al medio marino.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Una mirada en retrospectiva al Derecho Ambiental Internacional  
desde el ejercicio de la pesca ilícita en Angola en el siglo XXI - pp. 47-123  
VICTOR J. D. / RODRÍGUEZ Y. G. / SÁNCHEZ A. A.

6.4. Los Estados reguladores establecen las “reglas del juego”. Posición de Cuba. 6.5. Las “reglas del juego” en el caso de Angola. 6.6. Situación en Angola como consecuencia de la pesca ilícita. 6.7. Otros países africanos afectados por la pesca ilícita, no declarada, no reglamentada. 6.8. Países que practican la pesca ilegal, no regulada, no reglamentada, no declarada. Conclusión. Notas. Referencias.

## Introducción

Resultan evidentes los impactos generados como consecuencia del progreso científico-técnico actual sobre la naturaleza. El crecimiento demográfico y la explotación indiscriminada de los recursos naturales constituyen una amenaza no solo para la supervivencia de la especie humana, sino para toda la vida terrestre. Hoy en día todos los países del mundo muestran gran preocupación, por los problemas ambientales que estamos enfrentando y que amenazan con ser cada día mayores y más complejos. Sin embargo no existe una colaboración intencionada en pos de resolver un asunto que afecta a todos y cada uno de los habitantes, motivos por los cuales y con independencia de lo que podamos hacer para mantener al menos fuera de peligro medio ambiente, los Estados están en la obligación de establecer normas que regulen determinadas cuestiones en aras de aliviar al menos los males que afrontamos. Preocuparse, no es lo importante, ocuparse es lo que realmente se necesita para llevar a

cabo la tarea, pues “no heredamos esta tierra de nuestros antepasados, la tomamos prestado de nuestros hijos”<sup>21</sup>. Variados son los problemas que afectan al medio ambiente, y variadas son las formas en las que el hombre ha incidido y a veces inconscientemente ha dañado la salud ambiental, cuestión que de una forma u otra permanece impune y está llevando al límite la vida de muchas personas. Una muestra de estos daños se hace visible en la actividad pesquera; actividad tan antigua casi como la existencia misma del hombre.

Desde el surgimiento de la vida terrestre, la naturaleza le ha proporcionado al hombre todo lo que este necesita para subsistir, sin embargo el hombre no ha pagado con la misma moneda, realizando actos que van contra el normal desarrollo natural, al punto que atenta contra su propia vida. Un ejemplo de esto lo constituye la pesca ilegal, actividad en la que el hombre sin pudor alguno arrasa indiscriminadamente, no solo con determinadas especies marinas, sino también con los suelos, causando un daño irreversible al medio ambiente. La presente investigación forma parte de una línea que pretende, a partir de los diferentes elementos teóricos relacionados con la protección al medio ambiente, caracterizar el régimen jurídico de la actividad pesquera en Angola, así como el control a la actividad de pesca ilícita y su influencia en el Derecho Ambiental Internacional, tomando como referente también la regulación positiva de esta figura en el ordenamiento jurídico cubano. Como antecedentes de este trabajo podemos encontrar algunos relacionados con los impactos medioambientales, pues mucho se ha escrito

en materia de protección al medio ambiente, teniendo en cuenta que de ello dependemos en su totalidad. Ha resultado amplia la bibliografía en la materia. No obstante esta investigación constituye en materia de daños como consecuencia de la actividad pesquera, un primer acercamiento a la realidad angolana. De ahí su novedad.

Con estos antecedentes bastarían dos preguntas para fundamentar el interés de redactar este artículo: ¿presenta dificultades el régimen jurídico angolano en la actividad pesquera?, ¿existe un minucioso control en los límites de las aguas jurisdiccionales angolanas por parte del gobierno con el fin de evitar la pesca ilegal? La respuesta no solo podría ser útil a la enseñanza del Derecho Ambiental, precisada de concretar y actualizar los aspectos teóricos conforme a la realidad práctica, sino a los operadores del Derecho, atendiendo a las implicaciones que pudiera tener en el perfeccionamiento del Derecho angolano. Por otro lado se ha demostrado que no bastan los esfuerzos realizados por quienes interesan una mejoría en la naturaleza si no cuentan con la ayuda de los Estados, basándose fundamentalmente en la creación y perfeccionamiento de normas jurídicas que regulen la utilización racional de los recursos naturales que tienen a su disposición. Una situación que en estos momentos debe ser atendida con prioridad es la actividad pesquera, sobre todo aquella que se realiza a espaldas de las regulaciones jurídicas según lo establecido en el Derecho positivo angolano.

# 1. La repercusión medioambiental de la actividad pesquera en el Derecho Ambiental Internacional.

Durante muchos años el tema del medio ambiente ha sido abordado desde varias disciplinas, como la geografía y la ecología; experimentando los principios ambientales una evolución dialéctica en el decurso del tiempo, a pesar de la ignorancia mostrada por otros al respecto. En el presente artículo se pretende por una parte ubicar al Derecho Ambiental como ciencia rectora encargada del análisis y la protección desde una visión jurídica del medio ambiente, a partir de una serie de cuestiones que van desde la propia definición hasta las cuestiones más elementales que importan a esta ciencia. Mientras que la otra, tiene que ver con la realización de la actividad pesquera en general y la actividad ilícita en particular; teniendo como base una serie de legislaciones foráneas.

## 1.1. *El Derecho Ambiental como ciencia rectora en la protección al medio Ambiente.*

Las ciencias dedicadas al estudio del medio ambiente han ido superando la visión reduccionista que durante mucho tiempo tendió a identificar los problemas ambientales. En la actualidad la cuestión ambiental es otra, se identifica e integra con las más importantes preocupaciones de la humanidad. Tal es el caso, que ocupa no solo a ciencias que por su naturaleza se dedican al tema, sino que incluye a otras que juegan un pa-

pel importante en la protección de lo que va quedando, lo que con esfuerzo se está logrando recuperar y lo que debe mantenerse en pos del futuro. Los problemas del medio ambiente y el uso de este término, han adquirido una connotación mundial en los momentos actuales, siendo un concepto ampliamente debatido y definido por diversos autores en las últimas décadas. Se ha convenido ahora en que el concepto de medio ambiente debe de abarcar el medio social y cultural, y no sólo el medio físico, por lo que los análisis que se efectúen deben tomar en consideración las interrelaciones entre el medio natural, sus componentes biológicos y sociales y también los factores culturales<sup>2</sup>. El haber desarrollado el concepto de medio ambiente al punto de considerarlo parte de la cultura, la sociedad, de sentirlo como parte de la historia incluyendo las creaciones humanas, ha constituido un aporte a la filosofía ambiental.

Dada la importancia y el valor del tema que enfrentamos podemos tomar como punto de partida el criterio dado por varios autores entre los que se encuentran Churchaman<sup>3</sup> y Nora Pouey<sup>4</sup>, el primero considera que según los especialistas del abordaje sistemático, el ambiente se constituye de todo aquello que no hace parte del sistema intencional estudiado, pero que afecta su comportamiento, mientras el segundo es del criterio que el medio ambiente o ambiente: abarca el equilibrio de los recursos naturales identificados e identificables, existentes en cantidades finitas en la tierra así, como la calidad del ambiente o del medio, estas cualidades constituyen elementos importantes del nivel de vida y condiciona a la calidad y disponibilidad de los recursos renovables.

Para el profesor Carballo Maqueira, el medio ambiente es algo más que naturaleza, es un sistema interrelacionado de factores bióticos y abióticos, sociales y económicos que influyen en el proceso vital de los organismos vivos<sup>5</sup>. El término medio ambiente es un concepto polisémico, pues con él se hace referencia al medio, al ambiente, la biosfera, el ecosistema, el medio humano, la calidad de vida, etc. Cuando hablamos de medio ambiente, es importante llegar a determinar a qué nos referimos exactamente cuándo empleamos este término, cuál es su contenido real; hasta dónde se extiende su materialidad; cuál es su dimensión geográfica (local, nacional, regional, mundial, universal); cuáles son los ámbitos que lo integran (la biosfera, la tecnosfera, el entorno social, el patrimonio cultural,...). La definición del término medio ambiente no escapa al debate entre la concepción antropológica (considerado como el entorno del ser humano, centro de la creación), o una concepción cosmológica, que atribuye al medio ambiente un valor en sí mismo, de las que el hombre es sólo un elemento<sup>6</sup>.

El Preámbulo de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, en su párrafo 1, hace referencia a este asunto cuando expresa: “1. El hombre es a la vez obra y artífice del medio que le rodea, el cual le da sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente (...). Los dos aspectos del medio humano, el material y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”<sup>7</sup>.

Por otra parte el profesor Antúnez Sánchez define al medio ambiente, como el conjunto de elementos sin vida o abióticos (energía solar, atmósfera, agua y suelo) y elementos bióticos (organismos vivos) que integran la delgada capa de la Tierra llamada biosfera, sustento y hogar de los seres vivos<sup>8</sup>, algo muy necesario que conservar para las generaciones futuras.

Por otra parte el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo (**PNUMA**) siendo apreciado por éste como el hábitat total del hombre. Podemos concluir diciendo que a pesar de las polémicas existentes en torno al concepto de medio ambiente, este puede ser entendido como un sistema donde se relacionan un conjunto de factores bióticos, abióticos, sociales y económicos, que influyen en los procesos más trascendentales de los organismos vivos, abarcando una gran diversidad de elementos tales como: la biosfera, el ambiente, el ecosistema, la calidad de vida, entre otros.

Una de las causas de polémica es el ser considerado un “concepto científica y jurídicamente indefinido, de contenido esencialmente difuso e indeterminado”<sup>9</sup>. A partir del llamado ciclo de la vida todos los organismos vivos se han ido desarrollando y reproduciendo, manteniendo una estrecha relación con los suelos, el aire y el agua; sin embargo esta relación se ha visto perturbada por factores naturales y humanos, lo cual ha causado determinados trastornos en los ecosistemas. Son innegables las relaciones del hombre y la naturaleza, como Derecho es identificar los fundamentos jurídicos que han regulado esta relación, es deber de protegerla y regularla.

Con el desarrollo de las sociedades, el avance de la industria se encontró a la naturaleza como una fuente inagotable de recursos de los cuales no sólo se podía disponer a caprichos, sino que arrojar todo lo desechado o inservible para el hombre o la actividad que este realizaba. Al igual que otros prestigiosos juristas, compartimos el criterio sobre el nacimiento del Derecho Ambiental, siendo su progenitora o inspiración primaria la Conferencia Mundial sobre Medio Humano llevado a cabo en Estocolmo (1972), percatándose de la necesidad de afrontar las problemáticas ambientales desde todas las direcciones y sobre todo la necesidad de un conjunto de normas jurídicas que respondan a la solución eficiente de tales males. Ser eficaz depende, “de una adecuada percepción del ambiente, esto es, de que opere sobre la base de que el ambiente constituye un acoplamiento organizado de subsistemas ecológicos funcionalmente interdependientes, constituidos, a su turno, por factores dinámicamente interrelacionados”<sup>10</sup>

Una veintena después es llevada a cabo en Río de Janeiro el 4 de junio de 1992 la “Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”. Esta cumbre tuvo como principales resultados el nacimiento de una serie de instrumentos jurídicos con un marcado carácter internacional de los cuales podemos mencionar:

- La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.
- Programa 2: Establecimiento de un marco jurídico y Reglamento Eficaz.

- Convención sobre la Diversidad Biológica.
- Convenio Marco de la NNUU sobre Cambio Climático.
- Declaración de Principio sobre los Bosques de todo tipo.

Sobre el Derecho Ambiental se han expuesto diferentes conceptos, llamando la atención la diversidad de puntos de vistas. Por este motivo se pretende comenzar con el enunciado por el profesor Brañes, quien realiza un análisis a partir de la norma jurídica, considerando entonces como derecho positivo, sobre la base de ser un conjunto de normas jurídicas que se encarga de la regulación de la conducta humana que puede provocar alteraciones notables en determinados procesos que tienen lugar entre los organismos en el medio natural de dichos organismos<sup>11</sup>.

Por otra parte se define al Derecho Ambiental como una nueva rama jurídica que si bien centra su atención, en la conducta de los hombres, que afecta la conservación de la diversidad biológica debe “imprimir a la actuación de la sociedad un régimen que garantice su bienestar ecológico estableciendo principios, exigencias, normas y principios jurídicos obligatorias, prescribiendo actuar de una manera concreta o abstenerse de la acción en determinadas condiciones, otorgando a los sujetos los derechos y las atribuciones correspondientes, prohibiendo o autorizando<sup>12</sup>.

Otra razón es entender al Derecho Ambiental como un Derecho subjetivo, partiendo de lo que en la doctrina es considerado por el profesor Cañizares<sup>13</sup> como tal, refiriéndose a las facultades que son conce-

didadas a las personas y de las cuales son éstas sus titulares. Un asunto importante es la regulación jurídica, es decir, poder ordenar, orientar, dirigir las conductas humanas a través del derecho positivo, en aras de evitar daños al medio ambiente y en caso de producirse bajo cualquier circunstancia lograr exigir responsabilidad a los infractores. No obstante uno solo no puede; el problema es de todos.

## **2. Aspectos en torno al Derecho Ambiental Internacional como necesidad en los tiempos actuales.**

Resultan preocupantes las condiciones medio-ambientales en las que hoy nos encontramos. Sin embargo más preocupante resulta la manera en que se ha dado respuesta a determinados asuntos que en mayor o medida necesitan una atención especial por lo que representan para las especies y en especial para la raza humana. Al final no importa si eres pobre o rico, tarde o temprano la naturaleza nos cobrará los daños que hemos causado como consecuencia de nuestra negligencia, prepotencia, creencia de superioridad como especie; si no actuamos de inmediato, dando protección a lo que nos queda y tratando de recuperar en lo posible lo que hemos perdido.

No son pocos los esfuerzos que se vienen realizando en el ámbito internacional en pos de remediar o por lo menos aliviar la situación del medio ambiente, sin embargo no son suficientes. Una muestra se puede

apreciar en las relaciones que se establecen entre los diferentes Estados basado en principios y normas jurídicas. Por tal razón cuando se pretende hablar de Derecho Ambiental Internacional es necesario antes hacer alusión a un sistema de principios y normas encargadas de la regulación de las relaciones de coexistencia y cooperación, frecuentemente institucionalizada, además de las relaciones comunitarias, entre Estados de diferentes grados de desarrollo socioeconómico y de poder a lo que se le denominó Derecho Internacional Público. Uno de los primeros acuerdos relacionados al Derecho Ambiental Internacional, tuvo lugar como consecuencia de la demanda formulada por un grupo de agricultores en 1868 contra el Ministerio de Relaciones Exteriores del Imperio Austro-Húngaro, a raíz del auge de la industria del plumaje, por el uso indiscriminado de plumas en los sombreros; el cual traía consigo la desaparición de las aves sin distinción. En tal situación se solicitó al Emperador Francisco José la suscripción de un tratado internacional para proteger a las aves beneficiosas de la agricultura.

Años más tarde en 1902 se firmó en París, uno de los nacientes instrumentos internacionales referido a la conservación: el Acuerdo Internacional para la Protección de las Aves útiles para la Agricultura. En este inicio el convenio fue impulsado por un sentimiento económico aún y cuando sus fines estaban encaminados a la protección de recursos naturales que corrían peligro de desaparecer.

En años posteriores, a comienzos de este siglo, se firman también los primeros instrumentos bilate-

rales y regionales. Se considera por algunos tratadistas que existen también antecedentes en normas y jurisprudencia internacionales sobre conceptos tales como contaminación, protección ambiental, uso racional de recursos naturales, entre otros, para regular las actividades en el océano, en los ríos y lagos, los suelos, el aire y la atmósfera. No obstante de lo dicho anteriormente es importante señalar que la conciencia ambiental y la relación entre los Estados comenzaron a gestarse a fines de 1800.<sup>14</sup>

A partir de la firma de estos primeros instrumentos internacionales los Estados se ven en la obligación de respetar los derechos ostentados por otros Estados, y por lo tanto queda prohibido ocasionarles daños a personas naturales, jurídicas o a especies animales, protegiendo en principio el medio ambiente. La gravedad de los problemas ambientales globales y regionales conlleva a la celebración por los Estados de tratados de protección ambiental, que surgen de una demanda mundial que exige el respeto y la conservación de un entorno sano y equilibrado y la preocupación de la comunidad internacional.

Respecto a la aparición u origen del Derecho Ambiental Internacional existen criterios divididos, primeramente los que consideran que esta modalidad de derecho se remonta a la segunda mitad los años 60 con la elaboración de las Reglas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales en 1966 y las primeras declaraciones de principios relativos a la conservación del agua y prevención de la contaminación del aire establecida en el Consejo de Europa en 1968.

Mientras la otra parte de la doctrina considera que el Derecho Ambiental Internacional aparece a partir del año 1972 con la Declaración de Estocolmo sobre Entorno Humano, siendo este el momento en que cobra verdadera fuerza jurídica las relaciones entre los estados respecto a las Problemáticas del medio ambiente.

Una visión semejante a la primera analizada es la realizada por la prestigiosa profesora cubana Viamontes, quien al referirse a la evolución histórica del Derecho Ambiental Internacional afirma que para la gran mayoría de los autores, el surgimiento del Derecho Ambiental Internacional se produce a finales de la década de los sesenta, sin dejar de reconocer la existencia en períodos anteriores de precedentes aislados de instrumentos internacionales con un objetivo o dimensión ambiental. Otros, son más precisos y reconocen como fecha de la aparición del Derecho Ambiental Internacional a partir de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, en 1972<sup>15</sup>.

Luego se firmaron una serie de tratados en América del Norte y posteriormente en Europa para regular la problemática relativa a la conservación de la calidad de las aguas de los ríos internacionales y aguas fronterizas, así como del acceso equitativo a los recursos naturales que se encuentran a disposición en dichos ríos y aguas. Otra muestra la constituye el Tratado sobre la Prevención de la Contaminación de los Mares por el Petróleo de 12 de mayo de 1954. Hasta principios de los setenta, solo se protegían determinados elementos entre los que podemos encontrar: las aguas, y especies de la naturaleza con mira a satisfacer las necesidades

de explotación de los recursos naturales. Estos tratados tenían un carácter más represivo que preventivos. La segunda etapa entre las conferencias de Estocolmo y la de Río de Janeiro, siendo en momento donde se alcanzaba jurídicamente una serie de acuerdo y instrumentos en aras de incrementar los instrumentos jurídicos internacionales para proteger, preservar y restaurar el medio ambiente.

Tal parece que es en la conferencia de Estocolmo que se toman en serio los problemas medioambientales, siendo el momento exacto en que importan las cuestiones relativas a la humanidad. Sin embargo debió lamentarse la ausencia del bloque de países comunistas<sup>16</sup>.

Como se puede apreciarse la doctrina considera además un antes y un después sobre el surgimiento del derecho Ambiental Internacional, el cual merece le sea prestado atención, ya que resulta la aparición de los primeros instrumentos internacionales hasta el fin de la segunda guerra mundial, siendo la idea base de los primeros acuerdos la conservación, a partir de las preocupaciones primeramente económicas. Aquí se suscriben acuerdos y tratados regionales referidos a problemas concretos, agrupados de la siguiente manera: Acuerdos que crean sistemas regionales para preservar fauna y flora en su estado natural. Promueven la creación de áreas naturales.<sup>17</sup>

Por las razones antes expuestas y sobre la base de la existencia de categorías que de cierta manera pueden mostrar lo que resulta indispensable o no, puede afirmarse que esta nueva ciencia jurídica no surge como

resultado de lo accidental, de lo imprevisto, sino es el derivación de situaciones objetivas, reales que hicieron necesaria la aparición de la misma como medio indispensable al estudio del medio ambiente y más que eso a su protección; encargándose de regular las conductas humanas que pueden intervenir de manera relevante y cambiante en el medio ambiente.

### **3. La protección internacional del medio ambiente. Principales instrumentos jurídicos.**

En los primeros momentos de la investigación se han tenido como base los criterios generales en torno a las conceptualizaciones y clasificaciones de los elementos de apoyo a tema, resultando indispensable para la concreción de los objetivos trazados la revisión de algunas norma foráneas respecto a la regulación jurídica del medio ambiente, la actividad pesquera en general y la pesca ilícita en particular. A la hora de analizar la manifestación de la protección del medio ambiente es preciso tener en cuenta la situación actual, las condiciones imperantes y en alguna medida la situación económica. En este aspecto haremos referencia a la los instrumentos jurídicos medioambientales internacionales en general y respecto a la actividad pesquera en particular.

Como se ha manifestado anteriormente se encuentran como antecedentes las Reglas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales en 1966 y las primeras declaraciones de principios re-

lativos a la conservación del agua y prevención de la contaminación del aire establecida en el Consejo de Europa en 1968. Por otra parte se encuentra el Tratado Jay firmado el 19 de noviembre de 1794 entre Estados Unidos de América y la Gran Bretaña, que regulaba diversos aspectos sobre el alto mar, se suele mencionar como el primer tratado internacional en materia del medio ambiente. La Conferencia de las Naciones Unidas de Estocolmo de fecha 3 de diciembre de 1968, tuvo una importancia extraordinaria en el desarrollo del Derecho Ambiental Internacional. Los principales instrumentos derivados de la Conferencia fueron los siguientes:

- a) Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo), constituyendo la Carta Magna del Derecho Ambiental Internacional.
- b) Programa de las Naciones sobre el Medio Ambiente (PNUMA). Teniendo como misión especial proveer orientación ejecutiva y actuar como instrumento catalizador para el desarrollo de los programas de cooperación internacional en materia ambiental.

A partir de la Conferencia de Estocolmo se produjo un desarrollo espectacular del Derecho Ambiental Internacional, que se materializa en:

- Instrumentos de naturaleza declarativa (jurídicamente no vinculantes.)

- a) Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, diciembre de 1974.<sup>18</sup>
  - b) Principios de conducta en el ámbito de medio ambiente en materia de conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados.
  - c) La Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 28 de octubre de 1982.<sup>19</sup>
- Instrumentos jurídicamente vinculantes. Tratados, convenios, internacionales, globales, regionales, bilaterales, etc., cuya regulación ha cubierto los distintos sectores del medio ambiente necesitados de protección (capa de ozono, contaminación de los mares y océanos, conservación de la naturaleza, control de los desechos, aguas dulces, y otros). Como consecuencia inmediata del éxito que alcanzó la Conferencia de Estocolmo, en diciembre de 1972 se emitió el PNUMA. A partir de su creación, éste participó de manera muy activa y frecuente como órgano de la Asamblea General de la ONU en asuntos relativos a la regulación medioambiental internacional. Entre la realización de una u otra conferencia se realizaron una serie de tratados, acuerdos y convenios internacionales entre otros cabe mencionar:
    - a) El Tratado de Ginebra sobre la Contaminación del Aire Transfronterizo del 13 de noviembre de

- 1979, con tres protocolos: de 1985, de 1988 y de 1991.
- b) El Tratado de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono de 22 de marzo de 1985, con su Protocolo de Montreal de 16 de septiembre de 1987.
  - c) La Convención del Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982.
  - d) Los Acuerdos de la Organización Internacional de Energía Atómica, sobre Información y Asistencia en caso de Accidentes Nucleares de 26 de septiembre de 1986.
  - e) La Convención de Basilea sobre el Control de Transporte Transfronterizo de Materias Peligrosas.

Entre 3 al 14 de junio de 1992 se desarrollo en Brasil la conferencia de Río de Janeiro de 1992 conocida también como La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Los resultados de la Conferencia se reflejaron en los siguientes documentos:

- Una Declaración de Principios titulada “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”. Reafirmó la Declaración de Estocolmo y tratándose de basarse en ella proclamó veintisiete principios. Como resultado de la Conferencia de Naciones Unidas de Río de Janeiro sobre medio ambiente y Desarrollo, que tuvo verificativo entre el 3 y el 14 de junio de 1992, fueron concluidos cinco documentos:

- a) La Declaración de Río de Janeiro.
- b) Los Principios Generales de la Conservación de los Bosques.
- c) La Agenda 21.
- d) La Convención sobre Cambio Climático.
- e) El Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Los tres primeros documentos no contienen disposiciones obligatorias, sólo obligaciones político-morales; en cambio, los dos últimos son realmente auténticos tratados internacionales. Tanto en la Declaración de Río como en la Agenda 21, se regula a detalle las características y alcances de un principio que desde hace algún tiempo viene cobrando una significación importante en el derecho ambiental, nos referimos al principio de “desarrollo sustentable”. Por su parte, la Declaración de Río prevé algunos principios que se han venido desarrollando en el último tiempo en el Derecho Ambiental. Estos se referían a la participación directa de la ciudadanía en la discusión de la problemática ambiental; el examen del impacto ambiental de los contratos privados y públicos y la previsión. Por otra parte se realizaron una serie de tratados el primer Tratado Ballenero Internacional. Firmado en Ginebra el 24 de septiembre de 1931. Entró en vigor el 16 de enero de 1935. El cual prohibía la caza indiscriminada de ballenas. El Tratado para la Reglamentación de la Pesca de Salmónidos en la Cuenca del Rin. Firmado en Berlín en el año 1885. Como se puede apreciar no han sido poco los esfuerzos realizados por un grupo de países por proteger el medio ambiente desde el ámbito nacional e internacional. Sin embargo no se ha podido frenar cuestiones tan elementales como la pesca ilícita e indiscriminada,

que afecta desde variadas dimensiones a la población, pues los resultados atentan contra todas las especies que dependen de su existencia incluyendo al hombre.

#### **4. La actividad pesquera. Sus impactos medioambientales.**

Una vez analizados los aspectos relacionados con el medio ambiente y en especial el Derecho Ambiental y el Derecho Ambiental Internacional, concierne entonces particularizar en lo relacionado con la actividad pesquera, su conceptualización, clasificación en general y la pesca ilícita en particular constituyendo esta última el objeto central de la investigación. Los problemas medioambientales constituyen hoy una prioridad para todos, sin embargo, no todos estamos en la mejor disposición de ayudar. Con independencia de los problemas que ha sido declarados por las diferentes naciones como problemas medioambientales, existen otros que afectan directamente los ecosistemas, dañan irremediablemente a la naturaleza y son nada más y nada menos que el resultado del actuar negligente, ambicioso y desmesurado del hombre; teniendo como único fin enriquecerse a costa de la vida del planeta y la suya propia.

##### *4.1. La pesca: breve reseña histórica. Concepto y clasificación.*

Entre las acciones más frecuentes llevada a cabo por el individuo sobre la naturaleza se encuentra la

pesca. Esta actividad se encuentra considerada sin lugar a dudas entre las más primitivas realizada por el hombre desde su surgimiento. Tan importante resultaba en su momento que constituyó una de las fuentes primarias de alimentación. Sin embargo la exactitud del primer momento en que fue realizada será siempre un enigma.

Se cuenta que el primer acto apareció en Japón en los primeros siglos de la era actual; siendo protagonista la emperatriz Zingo quien elaboró un anzuelo con una aguja, utilizó granos de arroz como cebo y con un hilo de uno de sus trajes confeccionó la cuerda con la que lo amarró a una larga vara; con estos avíos fue como capturó una trucha en uno de los ríos cercanos. Por otro lado, existen algunos documentos chinos, más antiguos, que contienen relatos sobre la pesca como una actividad recreativa.<sup>20</sup> En los primeros inicios la pesca tenía características muy similares a la caza, se circunscribía solamente a recolectar pequeños peces, conchas, cangrejos y cualquier otra especie proveniente del mar que sirviera como alimento durante la marea baja. Más tarde se incorporaron instrumentos que también eran utilizados para la actividad de cazar tales como: el arco, la flecha, la lanza, el cuchillo de piedra, redes y las vías de transporte, como las canoas, las cuales le possibilitaban la pesca tanto en las aguas poco, mediana y profundas de ríos y mares; quedando para las mujeres y los niños el acto de la recolección.

Se puede apreciar que el arte de la hechicería desempeñó un gran papel por las inscripciones rústicas que en toda esta actividad realizada por el hombre. Los ritos religiosos, los sacrificios y la consagración a los

dioses fueron piezas claves en la conservación de determinadas especies, así como su protección entre otras cuestiones. Ejemplo de ello se encuentra grabados en piedra del Halibut encontrado en Stavanger, Noruega. “Se puede afirmar aún hoy, ya sea a nivel industrial o de forma artesanal, que la pesca es una de las principales actividades económicas del mundo”<sup>21</sup>.

Según el Diccionario Pequeño Larousse ilustrado pesca se define como la acción de pescar, oficio del pescador, lo que se ha pescado.<sup>22</sup>

Así mismo es considerada como la acción que consiste en coger o sacar de su medio natural animales acuáticos<sup>23</sup>. Con el transcurrir de los años han resultado variadas las formas y condiciones de la actividad y más aún los motivos por los cuales se realiza. Por lo antes expuesto es necesario tener en cuenta alguna de las clasificaciones más relevantes según la doctrina. De acuerdo con lo dicho anteriormente la pesca puede ser clasificada de la siguiente manera<sup>24</sup>:

Según el medio acuático en el cual se opera:

- **Fluvial:** La que se efectúa en ríos y cursos de agua naturales o artificiales;
- **Lacustre:** La realizada en lagos, lagunas, esteros y embalses naturales o artificiales;
- **Marítima:** La que se efectúa en el mar.

Según su finalidad:

- **De investigación:** Actividad pesquera extractiva sin fines comerciales, de carácter exploratorio, prospectivo o experimental;

- **Comercial:** Actividad pesquera extractiva con fines comerciales;
- **Deportiva:** Actividad pesquera individual o personal, realizada sin fines de lucro y con finalidad deportiva o recreativa;
- **De subsistencia:** Actividad pesquera efectuada sin fines de lucro y destinada a proveer de alimento a quien la realiza y a su familia.

Según escala o magnitud de las actividades:

- **Pesca artesanal:** Actividad de pesca comercial en pequeña escala, que emplea embarcaciones cuyo Tonelaje de Registro Bruto (TRB) no excede las 10 toneladas. En esta se utilizan técnicas tradicionales, sin desarrollo tecnológico. Suele estar destinada al autoconsumo, aunque una pequeña parte de la pesca puede destinarse a la comercialización;
- **Pesca industrial:** Proceso de captura y operaciones conexas realizadas por buques pesqueros mayores de 10 TRB. Se realiza con el objetivo de obtener un gran número de capturas a través de grandes embarcaciones y requiere de una infraestructura portuaria apropiada para desembarcar y distribuir los pescados.

Otros tipos de pesca:

- **La pesca submarina:** es similar a la caza, ya que el pescador debe perseguir a la presa hasta atraparla. Las otras técnicas de pesca, en cambio, suelen funcionar mediante el engaño;

- **La pesca deportiva:** en cambio, se lleva a cabo por ocio o competición. Es habitual que, este caso, los ejemplares capturados se devuelvan al agua sin que el pez sufra daño alguno;
- **La pesca de captura:** esta cosecha la población silvestre. Los métodos principales utilizados en este tipo de pesca son:
  - a) capturar activamente, el pez o crustáceo en una red (barredera, jábega) o trampa;
  - b) atraparlos en un red (vertical, rastrera y tras-mallo); o,
  - c) pescarlos con un anzuelo y cordel (caña de pescar, cordel largo).

Los pescadores de captura operan en las aguas marinas, dulces y salobres e incluyen empresas comerciales muy grandes, y pescadores artesanales en pequeña escaña.

- **La pesca de cultivo** (de agua marina, salobre y dulce, y maricultura, etc.): contempla el manejo de los recursos de tal modo que se aumente la producción de pescado más allá de lo que normalmente se pueda obtener de la población silvestre. La piscicultura emplea concentraciones de peces o crustáceos, más amplias, criándolos en piscinas; conteniéndolos en las áreas que son productivas, naturalmente, utilizando jaulas, corrales o redes; proporcionado las estructuras para que puedan sujetarse los animales no mó-

viles e introduciendo los peces o crustáceos al hábitat naturales;

- **La pesca de arrastre:** es aquella que se realiza arrastrando las redes en el fondo de los mares;
- **Pesca costera o litoral** es la que se efectúa por embarcaciones de tamaño medio a una distancia máxima de sesenta millas del litoral;
- **Pesca de altura:** La que se efectúa en aguas lejanas al litoral.

Como puede apreciarse resultan variadas las formas en que el hombre puede apropiarse del citado y necesario alimento y las cosas que pueden obtenerse de la vida submarina considerándose esta una de las razones por las cuales debe ser protegida con más fuerza cada día la vida acuática. Sin embargo, muchas de estas maneras de llevar a cabo la actividad pesquera producen daños al medio ambiente, pues golpean negativamente a la naturaleza.

## **5. Impactos ambientales producidos como consecuencia de la pesca de captura, a la rastra y de cultivo.**

Aparentemente no se conciben efectos negativos por el mero hecho de realizar una actividad tan antigua como la existencia humana. No obstante el actuar indolente crea situaciones no deseadas para quien la realiza. Se ha considerado que la pesca experimentó un incremento a partir de la segunda guerra mundial,

siendo el pescado uno de los productos más demandados para el consumo humano y la alimentación animal. Tal situación obligó al manejo de nuevos recursos para llevar a cabo la actividad y le necesidad de la utilización de nuevas tecnologías que hicieran posible aumentar la pesca.

Se estima que la demanda está acercándose a los límites de la producción, motivos por los cuales la existencia de muchos recursos pesqueros está sufriendo deterioro. La pesca excesiva está trayendo como consecuencia el agotamiento de ciertas poblaciones, y las otras actividades humanas influyen en la productividad de la pesca en los sistemas de agua dulce, salobre y salada. Una de las variantes empleadas en la actividad pesquera que produce serios daños al medio ambiente es la conocida como pesca de captura. “El manejo y control de la calidad de las aguas es uno de los problemas asociadas a la contaminación ambiental, el cual requiere la utilización de métodos y técnicas de avanzada que sean capaces de dar una repuesta rápida y eficaz sobre el estado de esos recursos, su posible uso, su evolución al cabo del tiempo, y que permitan tomar medidas para preservar su calidad y evitar su deterioro”<sup>25</sup>.

Uno de los principales efectos ecológicos negativo directo producidos por la pesca de captura es precisamente la explotación excesiva. La pesca indiscriminada no sólo degrada la población de los peces objetivos, cambiando su tamaño y estructura, sino que también afecta un sinnúmero de especies, de las cuales depende su existencia en relación con la cadena de ali-

mentos. Además el uso de ciertos equipos y prácticas de pesca, que no atrapan exclusivamente la especie deseada, o que destruyen el hábitat, perjudican o mata, involuntariamente, las especies.

Por su parte la pesca a la rastra constituye una variante sobre la cual se muestra especial preocupación. En esta tipología se utiliza un método que si bien es efectivo para realizar una pesca rápida y abundante; también resulta perjudicial para la salud del medio ambiente. El hecho de arrastrar las redes en el fondo del mar, constituye un crimen contra la naturaleza si tenemos en cuenta el daño que produce no solo a aquellas especies capturadas no deseadas, sino al el medio acuático como tal.

Por otro lado se encuentran los daños trascendentales que las anclas y los buzos causan a los arrecifes de coral, pueden atrapar y matar los peces, innecesariamente (este hecho se conoce como la “pesca fantasma”). Esta casi universalmente prohibido emplear explosivos y venenos, pero algunos pescadores todavía los utilizan. Sin lugar a dudas estas prácticas pueden destruir los hábitats de los animales acuáticos. Finalmente, como resultado de este tipo de pesca se intensifica el riesgo de la contaminación de petróleo y combustible, a causa de los derrames casuales.

Por último y no menos perjudicial se encuentra la pesca de cultivo, ese acto de criar peces en piscinas es de considerar que por lo a daños ambientales se refiere debe de prestársele especial atención. Cuando el hombre manipula los ecosistemas naturales se corren riesgos de producir serios impactos ambientales in-

clusive mayores que los que puede producir la pesca de captura. Si bien el hecho de arrastrar sobre el suelo marino redes u otro instrumento de trabajo utilizado en este tipo de pesca con similares características, crea severos daños al ecosistema, destruyendo todo lo que se encuentra a su paso sin importar si es o no la especie deseada; la pesca de cultivo aunque con características diferentes no es menos en el daño producido. Pesca de cultivo puede ocasionar la destrucción de los ecosistemas y afectar seriamente las áreas costeras como son: los pantanos los mangles y otras que resultan vulnerables a los cambios derivados de la actividad humana.

Normalmente son utilizados para este tipo de pesca grandes extensiones de tierras por lo que requiere este tipo de actividad y son manejadas sobre todo aquellas que han sido consideradas de menos importancia para la producción y, que por lo tanto no son de interés para la economía local. Estas variaciones realizadas por el hombre para asegurar especies determinadas necesitarán de cambios en el medio natural. Como consecuencia deberá de ser desviados ríos ya sean de mayor o menor tamaño para que las piscinas puedan mantenerse estables y condicionadas para hacer efectivo la vida de la especie. Esto implica una posible afectación de las fuentes usuales de agua saludable tanto para el consumo humano como para el animal.

No solo el agua desviada para las piscinas es considerada perjudicial para los ecosistemas cercanos por lo que puede significar para la población animal y vegetal la pérdida del preciado líquido, sino que las aguas que han sido desechadas por las piscinas pueden

provocar la contaminación de los medios acuáticos de los alrededores, dependiendo del grado de contaminación que posean las aguas excluidas de los reservorios. Para este tipo de pesca se necesita del empleo de ciertos métodos e instrumentos para hacerla efectiva al menos en lo que a producción se refiere, pues de esto depende el éxito buscado en aras de lograr aumentar la situación alimentaria y económica según lo que se planifique. Es por ello que la utilización de productos químicos y fertilizantes además de la inclusión de alimentos y posibilidad de renovación del agua determinará la calidad del agua y el grado de contaminación que puede producirse.

Por último y no menos importante se encuentra la introducción de otras especies al hábitat. Esta acción clasifica entre las cuestiones más criticadas a este tipo de actividad. Para nadie es un secreto lo que constituye para un ecosistema la aparición de una especie animal o vegetal y más aún lo que representa para esa especie tener que adaptarse a condiciones en ocasiones distintas a las que realmente pertenece. En algunos lugares se han tenido resultados positivos, sin embargo en la gran mayoría de los practicantes los resultados han sido mucho menos exitosos que los esperados y su efecto ha sido en ocasiones para lamentarse. Es inminente el riesgo de provocar competencia con las especies nativas, o conducta predatoria contra ellas. El hecho de que la introducción de especies exóticas no significa el aumento de la productividad de la pesca, por el contrario, pueden causar una pérdida neta de producción, reduciendo las poblaciones de las especies nativas. Además,

las especies exóticas tienen la posibilidad de introducir enfermedades y parásitos al ambiente acuático local. Sin duda alguna la piscicultura tienen el mayor potencial para aumentar la producción, pero existen muchos problemas ambientales a tener en cuenta.

Estos impactos atentan contra las operaciones de pescas tradicionales y comerciales, así como la actividad recreativa y el turismo. La contaminación procedente de las áreas industriales, urbanas y agrícolas, el uso de la tierra en las cuencas hidrográficas y el manejo de las aguas, son factores que están ejerciendo impactos negativos en la pesca. La pesca de captura, a la rastra y de cultivo son las formas de pesca que más se utilizan actualmente<sup>26</sup>. Como ha podido apreciarse la actividad pesquera aún y cuando son autorizados por los gobiernos en algunos casos y en otros son los promotores de llevarla a cabo, producen daños al medio ambiente cuando no son realizadas y controladas debidamente.

### *5.1. La pesca ilícita. Sus impactos sobre el medio ambiente.*

Si bien es estimada perjudicial por lo antes expuesto la pesca en sus disímiles variantes para el medio ambiente, consecuencia más desastrosas son producidas por la pesca ilegal o como también es conocida como pesca ilícita llevada a cabo por personas naturales y jurídicas sin un ápice de vergüenza o sentimiento por lo que a todos pertenece y por lo que todos dependemos nada más y nada menos que para la vida. A pesar de la crucial importancia que representa

la vida acuática para la supervivencia de la especie humana, la biodiversidad marina está en un riesgo cada vez mayor, ocasionado por la pesca indiscriminada e ilegal. El ritmo en el que las especies que habitan en los mares se pegan al límite de la extinción se ha visto con asombro por muchos estudiosos de los ecosistemas y llaman la atención del peligro a que nos enfrentaremos cuando ya no estén. Son variadas las formas en las que puede realizarse este acto criminal entre ellas encontramos las que ejecutadas por:

- Embarcaciones nacionales o extranjeras en aguas bajo la jurisdicción de un Estado, sin el permiso de éste, o contraviniendo sus leyes y reglamentos.
- Embarcaciones que enarbolan el pabellón (banderas) de Estados que son partes de una organización regional de ordenación pesquera competente, pero faenan contraviniendo las medidas de conservación y ordenación adoptadas por dicha organización y en virtud de las cuales están obligados los Estados, o las disposiciones pertinentes del derecho internacional aplicable; o
- En violación de leyes nacionales u obligaciones internacionales, inclusive las contraídas por los Estados cooperantes con respecto a una organización regional de ordenación pesquera competente<sup>27</sup>.

Por pesca no declarada se entiende las actividades pesqueras:<sup>28</sup>

- Que no han sido declaradas, o han sido declaradas de modo inexacto, a la autoridad nacional competente, en contravención de leyes y reglamentos nacionales; o
- Llevadas a cabo en la zona de competencia de una organización regional de ordenación pesquera competente, que no han sido declaradas o han sido declaradas de modo inexacto, en contravención de los procedimientos de declaración de dicha organización.

Por pesca no reglamentada se entiende las actividades pesqueras:<sup>29</sup>

- En la zona de aplicación de una organización regional de ordenación pesquera competente que son realizadas por embarcaciones sin nacionalidad, o por embarcaciones que enarbolan el pabellón de un Estado que no es parte de esa organización, o por una entidad pesquera, de una manera que no está en consonancia con las medidas de conservación y ordenación de dicha organización, o que las contraviene; o en zonas o en relación con poblaciones de peces respecto de las cuales no existen medidas aplicables de conservación u ordenación y en las que dichas actividades pesqueras se llevan a cabo de una manera que no está en consonancia con las responsabilidades relativas a la conservación de los recursos marinos vivos que incumben al Estado en virtud del derecho internacional.

La pesca es fundamental para la subsistencia y la seguridad alimenticia de 200 millones de personas, en especial en el mundo en desarrollo. Una de cada cinco personas en este planeta depende del pescado como fuente primaria de proteínas. Según las agencias de Naciones Unidas, la acuicultura -crianza y cultivo de organismos acuáticos, incluyendo pescados, moluscos, crustáceos y plantas acuáticas - está creciendo más rápido que todos los otros sectores que producen comida de origen animal. Sin embargo, en contraste con los hechos y las cifras sobre el acelerado crecimiento de las tasas de producción mundial de la acuicultura, otras estadísticas menos alentadoras muestran que las principales reservas marinas de pescado en el mundo están en peligro, amenazadas por la sobre pesca, la pesca desmesurada e ilegal y como consecuencia la degradación del medio ambiente.

A pesar de los esfuerzos hechos por determinadas personas, las propuestas realizadas en los lugares correspondientes y en los momentos oportunos como la hecha por Nitin Desai, Secretario General de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo en el año 2002, advirtiendo los problemas que trae consigo la pesca ilegal, motivos por los cuales no podía continuar. El agotamiento de las pesquerías sigue representando una amenaza para el abastecimiento de alimentos para millones de personas y para la vida acuática. Una cifra alarmante fue la ofrecida por la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO), valorando un porcentaje por encima del 70% de los peces en el mundo que están siendo

explotado al máximo de su capacidad o incluso ha sido agotado por completo por medio de la pesca ilícita. El incremento dramático en el uso contrarrestar la tasa de agotamiento de las pesquerías del mundo, la cual se ha elevado más de cuatro veces en los últimos 40 años.

El Plan de Aplicación de Johannesburgo llama al establecimiento de zonas marinas protegidas (AMPAS, por sus siglas en inglés), que muchos expertos creen pueden tener la llave para conservar y aumentar las poblaciones de peces. Según el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Centro Mundial de Vigilancia de la Conservación, en Cambridge, Reino Unido, menos del uno por ciento de los océanos y mares del mundo son actualmente zonas marinas protegidas.

Se hapreciado que las pérdidas causadas por la pesca ilegal en el mundo se estiman entre 9.000 y 24.000 millones de dólares al año. La mayoría de las fuentes evalúan la captura entre 11 y 26 millones de toneladas de pescado, lo que equivale a entre 10 y 22 por ciento de la producción total. Los datos anteriores trajeron como consecuencias que los daños ambientales causados por la sobreexplotación pesquera, diezmará a numerosas especies de peces como el bacalao y el atún, especies estas que son vitales para la alimentación en países como los que representan el continente africano.

En los estudios más recientes realizados por la FAO se revelan que está aumentando el alcance y la intensidad del problema de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, conocida también por la sigla IND-NR. La pesca no regulada, no reglamentada, no declarada engloba una gran pluralidad de actividades ilegales.

les, como suelen ser: pescar sin licencia; pescar especies prohibidas; utilizar instrumentos de pesca desterrados; no respetar las cuotas de pesca; y no declarar las especies capturadas y el volumen de la captura, o declarar una captura inferior a la realizada.

Visto la cantidad de actividades que pueden realizarse que conlleven a realizar una pesca ilegal, puede entonces afirmarse y sin ánimo de ser conducido al error, que en todo el mundo la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada está socavando seriamente el esfuerzo de conservación y gestión sostenible de las poblaciones de peces. Por todo lo anterior muchos países no sólo siguen esforzándose para que los barcos que llevan su pabellón se comporten con responsabilidad en el extranjero, sino también para eliminar la pesca ilegal en sus aguas nacionales. Como se puede apreciar en el presente capítulo se han dejado sentadas las bases sobre la conceptualización de Derecho Ambiental, Derecho Ambiental Internacional, pesca y especialmente pesca ilícita, así como los impactos producidos como consecuencia de la actividad pesquera. Corresponde entonces echar una mirada al régimen jurídico de Angola tomando como especial referencia a Cuba y la situación presentada para ambos países.

## **6. El régimen jurídico de la pesca ilícita en Angola.**

En los primeros epígrafes se dejaron sentados elementos que, partiendo de las generalidades del me-

dio ambiente, el Derecho Ambiental y el Derecho Ambiental Internacional permitieron realizar un análisis de la influencia de la actividad pesquera, la pesca ilícita y sus efectos negativos en la naturaleza, por lo que corresponde en este espacio, analizar algunas de sus particularidades en Cuba y Angola, con especial atención al régimen jurídico. Es importante aclarar, que se trata de una caracterización radicada básicamente en las normas que indican la actividad pesquera y la pesca ilegal en particular, sin pretender abordar las numerosas regulaciones que pormenorizan toda la actividad.

### *6.1. La norma jurídica en la protección al medio ambiente en Cuba y Angola.*

En el presente epígrafe se pretende llevar a cabo un análisis de las normativas que regulan la protección del medio ambiente y las conductas humanas que influyen en la naturaleza. Con la pretensión de caracterizar el régimen jurídico se exige una mirada en primer momento al fundamento constitucional y en tal dirección cabe destacar como en las Cartas Magnas de varios países, resulta visible la regulación y protección al medio ambiente. Ejemplo de ello constituyen las de países como: Guatemala<sup>30</sup>, Colombia<sup>31</sup>, Rusia<sup>32</sup>, entre otras que dejan muy claro su intención de proteger el medio ambiente.

Por su parte la Carta Magna de la República de Cuba establece claramente sus intenciones en lo que a protección jurídica del medio ambiente se refiere. En este aspecto instituye directamente la obligación

del Estado cubano para proteger el entorno natural cuando establece: “el Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política”<sup>33</sup>. Esta disposición se encuentra “dentro de nuestro ordenamiento jurídico, bajo un rango constitucional, lo cual le confiere no solo carácter de Derecho Fundamental, sino también el deber ciudadano-estatal asistidos con garantías materiales e institucionales que permitan el pleno y normal desempeño de sus objetivos, tareas y responsabilidades, tanto en el orden nacional como internacional”<sup>34</sup>.

La Constitución de la República de Angola brinda protección jurídica al medio ambiente, desde el cuerpo normativo que se encuentra en la pirámide del ordenamiento jurídico angoleño al plasmar lo siguiente: “todos los recursos naturales existentes, el suelo, el subsuelo, las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, son propiedad del Estado que determina las condiciones de su aprovechamiento, utilización y explotación”<sup>35</sup>. Por otra parte se establece el derecho ciudadano de vivir en un ambiente sano y no contaminado<sup>36</sup>; además la obligación del Estado angoleño de adoptar las medidas necesarias en la protección del medio ambiente y las especies de flora y fauna nacional en todo el territorio nacional y la mantenimiento del equilibrio ecológi-

co<sup>37</sup>. Por último, y no menos importante, la Constitución angoleña también establece la responsabilidad para aquellos que afecten el medio al expresar que: la ley sanciona los actos que dañen directa o indirectamente o pongan en peligro la preservación del medio ambiente<sup>38</sup>. Como puede apreciarse en ambos cuerpos normativos no se reconoce la protección directa del medio acuático, sin embargo, indirectamente hay una tendencia general a la protección como recurso natural. En atención a lo anterior resulta conveniente que las constituciones cubanas y angoleña, regulen de una manera específica y sistemática la protección al entorno marítimo, su forma de gestión y control.

## 6.2. *Examen de algunos instrumentos internacionales en la materia, complementarios del derecho positivo en Cuba y Angola.*

En el capítulo anterior se plasmaron los instrumentos jurídicos internacionales que en materia de medio ambiente regulan la conducta llevada a cabo por los individuos respecto al entorno natural. En este sentido es importante mostrar la postura de Cuba y Angola ante estas normativas internacionales. Respecto a la política internacional de Cuba sobre medio ambiente, se busca desarrollar en alguna medida los principios generales aprobados en la Cumbre de Río, y los demás instrumentos vigentes en esta materia. El país se encuentra adherido, en este sentido a importantes acuerdos multilaterales internacionales como: el

Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la Convención de Lucha contra la Desertificación y la sequía, el Protocolo SPAW del Convenio para la Protección y Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe, el Protocolo de Montreal y el Convenio de Rotterdam sobre Previa Información y Consentimiento (PIC).

Otros convenios internacionales de los que Cuba es Estado parte son los siguientes: Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias (Convenio de Londres), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), el Convenio para la Protección y Desarrollo del Medio Ambiente Marino de la Región del Gran Caribe (Convenio de Cartagena) y el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación. Además Cuba es también país firmante del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, convenio que no ha sido ratificado.

Angola es firmante de una serie de tratados, acuerdos y convenios internacionales que tienden a la protección del medio ambiente tales como: la Convención sobre el Comercio de Especies de la Fauna y de la Flora en Extinción (CITES) y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad, la Convención de Estocolmo sobre Poluentes Orgánicos Persistentes (POP), la Convención del Rotterdam sobre Previa Información y Consentimiento (PIC), el Convenio para la Coopera-

ción en la Protección y Desarrollo del Medio Marino y Costero de la Región Central y Occidental Africana, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD). Con la firma de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Alteraciones Climáticas en 2000, se puso fin al largo proceso empezado en 1992 cuando se firmó esta Convención, de dudas y reevaluaciones sobre los compromisos inherentes a la entrada en vigor del referido acuerdo internacional. También pertenece a un grupo de organizaciones como son: la Organización Mundial de Comercio (OMC), Organización Mundial de la Salud (OMS), Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE), la Unión Africana (AU) y la Comunidad Sudafricana de Desarrollo (SADC). Asimismo es parte del programa de la Corriente de Benguela (iniciativa formada por los gobiernos de Angola, Namibia y Sudáfrica). Uno de los instrumentos más importantes firmados por Angola, lo constituye el acuerdo de 1 de septiembre del 2009, sobre medidas del Estado rector del puerto, para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada. Este constituirá el primer tratado a nivel mundial centrado en el problema de la pesca pirata. El objetivo de este acuerdo es ayudar a impedir que el pescado capturado de forma ilícita entre en el mercado internacional, eliminando así un importante incentivo para los pescadores que se dedican a prácticas ilegales.

Por otra parte cuando hablemos de protección internacional de la vida acuática, no podemos olvidar hacer alusión primeramente al Código de Conducta Internacional para la Pesca Responsable<sup>39</sup>. Este aparece en el año 1995 como producto de la Conferencia Inter-

nacional de Pesca Responsable celebrado en Cancún, México. El motivo primordial que conllevó a esta conferencia fue del elevado índice de pesca ilegal del cual eran objeto los diferentes países. Razón por la cual más de 170 miembros de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) coincidieron en la necesidad de poner fin a este tipo de actividad que se desempeñaba de manera ilícita por determinadas personas de escasa o nula conciencia y respeto por la vida.

El carácter voluntario de este código concuerda con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, y toma en cuenta las estipulaciones del Programa 21, los resultados de la Consulta Técnica de la FAO sobre la Pesca en Alta Mar, de 1992, la Estrategia suscrita por la Conferencia Mundial para la Ordenación y el Desarrollo de la Pesca, y otros instrumentos pertinentes, como el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces y el Acuerdo de Cumplimiento.

Este Código tiene como características el ser voluntario, no obligatorio, y está destinado a todos los que trabajan e intervienen en la pesca. De igual forma su propósito es asegurar que la pesca y la acuicultura se lleven a cabo en forma integral y equilibrada, de conformidad con el concepto de “pesca responsable”. Este concepto comprende una utilización sostenible de los recursos pesqueros, en armonía con el medio ambiente, así como la utilización de prácticas pesqueras y acuícolas que no dañen los ecosistemas, los recursos ni su calidad.

Este Código a simple vista, como otros instru-

mentos internacionales de pesca recientes, da gran prioridad a la función de los organismos regionales de pesca en la aportación del medio para establecer un régimen internacional responsable para esta actividad. Angola constituye uno de los países firmantes de tanpreciado instrumento en materia de medio ambiente. Como se puede apreciar ambos países mantienen una postura tendente a la protección del entorno natural, siendo necesaria la colaboración entre todos para poder salvar la biodiversidad, y nuestra propia vida.

Empero no solo los tratados, acuerdos y convenios internacionales coadyuvan a la protección del medio ambiente, los Estados por su parte toman carta en el asunto a partir de sus normativas internas. Una muestra lo constituye en el caso cubano la Ley no. 81 de fecha 11 de julio de 1997, de Medio Ambiente. En este cuerpo legal se establecen las cuestiones más elementales en lo que a protección del medio ambiente se refiere. A partir de aquí se define jurídicamente, por un lado, el concepto de medio ambiente al establecer que es el “sistema de elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos con que interactúa el hombre, a la vez que se adapta al mismo, lo transforma y lo utiliza para satisfacer sus necesidades”<sup>40</sup>. Mientras que por otro lado se establece el organismo encargado de la política ambiental cuando manifiesta que es “el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, el organismo de la Administración Central del Estado encargado de proponer la política ambiental y dirigir su ejecución sobre la base de la coordinación y control de la gestión ambiental del país, propiciando su integración coherente para contribuir al desarrollo sostenible”<sup>41</sup>.

Por su parte, en Angola corresponde al Ministerio del Ambiente, como órgano del Gobierno Central, responder por la coordinación, la elaboración y la ejecución de las políticas ambientales del país<sup>42</sup>. La normativa interna angoleña la encabeza la Ley de Base Ambiental (LBA)<sup>43</sup>. Aquí empieza un proceso de reglamentación directa y exigente de los componentes ambientales y de los instrumentos al servicio de la política ambiental. En ella se definen los conceptos y los principios básicos de protección, preservación y conservación del ambiente; promoción de calidad de vida y el uso racional los recursos naturales, siendo ambiciosa en los principios de política ambiental, que consagra.

### *6.3. Los Estados como eje central de la actividad pesquera y la protección al medio marino.*

Tras haber realizado las acotaciones generales, es preciso en este momento destacar que la regulación jurídica medular de la estructura central de la Administración Pública cubana, lo constituye el Decreto Ley 67 de 1983, modificado posteriormente por varias disposiciones normativas. Estos cuerpos legales refrendaban como organismo rector de la actividad pesquera en Cuba al Ministerio de la Industria Pesquera al señalar que: “es el encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en cuanto a la rama de la industria pesquera”<sup>44</sup>. Como consecuencia de la política organizacional llevada a cabo por Cuba fueron transferidos esas atribuciones al Ministerio de la Industria Alimentaria (MINAL), quien fuera creado por la Ley N° 1185 de 27 de febrero

de 1965<sup>45</sup>. De esta manera mediante el Decreto Ley 264 de fecha 2 de marzo del 2009, se integran las actividades de los ministerios de la Industria Alimenticia y la Industria Pesquera, quedando el Ministerio de la Industria Alimenticia como continuadora de la actividad de estas entidades.

En el caso de Angola el ente rector a nivel nacional responsable por la elaboración, ejecución, supervisión y control de las políticas de pesca y acuicultura, es el Ministerio de Agricultura, Desarrollo Rural y Pesca (MINADERP). El MINADERP tiene como principales funciones, entre otras, las siguientes:

- Proponer una estrategia e implementar las políticas de desarrollo de pesca.
- Promover el desarrollo sostenible del sector.
- Asegurar la integración armoniosa del sector en el plano del desarrollo económico y social del país.
- Promover la cooperación internacional y regional en el ámbito de la pesca y acuicultura.
- Elaborar los planes de desarrollo de acuicultura.

La Dirección Nacional de Pesca y Acuicultura es un órgano del Ministerio de Agricultura, Desarrollo Rural y Pesca, con funciones de dirección, control y ejecución de la política de acuicultura en Angola. A partir de lo establecido en la legislación vigente tiene como funciones las siguientes:

- Asegurar la elaboración de políticas, programas y planes de desarrollo sostenible de la acuicul-

tura, así como establecer mecanismos eficaces de monitoreo y control de las actividades de acuicultura.

- Proponer en la reglamentación la introducción, domesticación, preservación, selección, importación y exportación de las larvas de peces.
- Promover con las otras entidades competentes de los demás Ministerios, y de los gobiernos de provincias el control de descargas agrícolas, industriales y otros efectos de contaminación sobre el ambiente de la piscicultura, en términos de legislación aplicable.
- Promover e incentivar la ejecución de políticas y medidas de desarrollo de la acuicultura de conformidad con los respectivos planes rectores y de los patrones de calidad legalmente establecidos para los productos de acuicultura.
- Promover la adopción, así como controlar la ejecución de medidas de ordenamiento de la acuicultura que compatibilicen el desarrollo sostenible de los recursos y la obtención de mejores resultados económicos y sociales<sup>46</sup>.

De la misma manera, el Instituto de Desarrollo de Pesca Artesanal (IPA), es un organismo público, creado para realizar acciones de promoción y desarrollo de la pesca artesanal marítima, continental y de acuicultura. Este es un organismo con autonomía administrativa, financiera y patrimonial. Como se ha hecho referencia frente a la normativa angoleña se encuentra la Ley de Base Ambiental. Sin embargo en materia de

pesca internamente existen una serie de normas que se encargan de regular la actividad pesquera. En tal sentido es válido hacer alusión a la Ley de los Recursos Biológicos Acuáticos, la cual tiene como objetivo principal establecer las normas para garantizar la conservación y el uso sostenible de los recursos biológicos acuáticos existentes en las aguas de soberanía del Estado angolano<sup>47</sup>. En este sentido mostramos como Cuba, a través de su legislación, sirve como referente en el tratamiento de estas materias.

#### 6.4. Los Estados reguladores establecen las “reglas del juego”. Posición de Cuba.

Como se ha venido indicando corresponde a los Estados establecer las pautas y condiciones para la actividad pesquera, así como el régimen sancionador para los infractores de las normas jurídicas. En este sentido Cuba constituye un país en avanzada. A partir de la mencionada Ley 81 sobre protección al medio ambiente, se han desprendido una serie de normas jurídicas entre las que se destacan el Decreto Ley 164<sup>48</sup>, Reglamento de Pesca, que en su capítulo I define la pesca como el acto de extraer, capturar, coleccionar, o cultivar por cualquier procedimiento o medio acuático, especies o elementos biogenéticos cuyo medio de vida parcial, total o temporal sea el agua así como los actos previos y posteriores relacionados con ella.

En este propio Decreto se define a la Comisión Consultiva de Pesca, como el máximo órgano consultivo en materia de ordenamiento y administración de

los recursos acuáticos de las aguas marítimas y terrestres. La actividad pesquera puede ser realizada de variadas maneras, sin embargo se requiere la debida autorización para el acto a excepción de la realizada desde el litoral a la orilla, sin asistencia de medios flotantes y mediante varas, carretes, cordel y anzuelo, salvo en aquellas áreas sujetas a regímenes especiales. Las restantes modalidades de pesca, así como la explotación acuícola, requieren de la autorización correspondiente del Ministerio facultado.

Corresponde entonces al Ministerio de la Industria Alimenticia como organismo de la Administración Central del Estado conceder, renovar, modificar y cancelar las autorizaciones de pesca. Estas comprenden concesiones, licencias o permisos de pesca, estableciendo los requisitos y mecanismos correspondientes para su otorgamiento y control. En el ejercicio de estas funciones, este ministerio se encuentra obligado a tener en cuenta los intereses de la defensa y acordará con el Ministerio de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, el Ministerio del Interior y el Instituto Nacional de las Reservas Estatales, aquellos sitios que, dentro de las zonas autorizadas no tendrán libre acceso o el acceso estará completamente prohibido. La autorización como técnica de la Administración Pública para la garantía y ejercicio de sus funciones, componen la base fundamental para el ordenamiento de la actividad pesquera. Para llevar a cabo la emisión, renovación y cancelación de cualquier tipo de autorización de pesca, deberá ser formalizada por las oficinas provinciales de inspección pesquera, aprobada luego por el Ministro de la

Industria Alimenticia como máximo órgano rector de esta actividad en Cuba.

Desde el mismo triunfo de la Revolución cubana existen preocupaciones por la preservación medio ambiente. Esta preocupación se ha visto materializada a partir de la entrada en vigor de una serie de normativas que se encaminan a ese fin. Una muestra de ello lo constituye la Resolución 33<sup>49</sup>, puesta en vigor en fecha 10 de mayo de 1996, por Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. Este cuerpo normativo designa al centro de Gestión e Inspección Ambiental como autoridad administrativa facultada para dar cumplimiento a los compromisos derivados de la Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre. En este aspecto establece los límites máximos de captura de la especie coral negro, así como las zonas a las que se limita nacionalmente dicha actividad. Por su parte La Resolución No. 456<sup>50</sup>, de fecha 28 de noviembre de 1996, la cual se encuentra vigente, creada por el del Ministerio de la Industria Pesquera mientras dirigía la política de la actividad pesquera en Cuba, establece la metodología para la aplicación de la política de otorgamiento de autorizaciones de pesca en la República de Cuba, política que responde a la necesidad de regular el acceso a esta actividad con métodos más actualizados, dinámicos y fáciles de controlar, ya que en muchos casos la misma está localizada en áreas poblacionales donde constituye la principal fuente generadora de empleos, y por ello la aplicación de un esfuerzo de pesca desmedida puede provocar la sobre explotación de los recursos acuáticos y conducir a una gestión económica deficiente<sup>51</sup>.

El Ministerio de la Industria Alimenticia hereda además la responsabilidad de establecer el sistema de autorizaciones para lograr una explotación ordenada y sostenible de los recursos pesqueros. Asimismo de promover que las personas que practiquen la pesca alcancen los objetivos deseados, ya sean comerciales o de esparcimiento, sin causarle pérdidas económicas al Estado cubano. Teniendo en cuenta que la autorización es un acto mediante el cual la Administración le permite a un particular o grupo de ellos, la realización de una actividad determinada<sup>52</sup>, el profesor Ramón Parada, aunque la califica como un acto reglado, que libera la prohibición del ejercicio de un derecho o libertad preexistente, por lo que la autorización trata simplemente de determinar si la actividad o el ejercicio del derecho o libertad en cuestión cumple con las exigencias legales o reglamentarias<sup>53</sup>.

Por lo antes expresado puede afirmarse que la autorización otorga el permiso de hacer algo, por encima de una prohibición legal. Tampoco confiere propiedad, ni derecho contractual que pueda ser legalmente vendido o transferido. Es solamente el privilegio de hacer algo, bajo determinados términos y condiciones. A partir de ahí, la autorización de pesca constituye el documento oficial mediante el cual el Ministerio de la Industria Alimenticia de la República de Cuba, otorga permiso a una persona natural o jurídica (nacional o extranjera) para capturar una o más especies acuáticas en las aguas marítimas y/o terrestres del territorio nacional; con sujeción a las condiciones consignadas en dicho documento. Este permiso no es permanente;

el que recibe la autorización adquiere un privilegio de pesca limitado, más que un derecho absoluto. A partir de las disposiciones normativas, la autorización de pesca es intransferible, solamente pudiendo disfrutar de ese privilegio la persona a quien le ha sido otorgada. Por este motivo la transferencia realizada a cualquier otra persona será considerada un acto ilegal, perdiendo su titular el privilegio que le concede. Los objetivos básicos para el otorgamiento de las autorizaciones de pesca en la República de Cuba son:

- Conservación:
  - Ayudar a la conservación de los recursos acuáticos.
- Viabilidad económica.
  - Promover la estabilidad y viabilidad económica de las operaciones pesqueras.
- Distribución:
  - Promover una distribución equitativa del acceso o los recursos pesqueros.
- Desarrollo de la flota pesquera:
  - Promover el desarrollo ordenado de la flota pesquera controlando el número, tamaño y tipo de nuevos barcos.
- Administración pesquera:
  - Facilitar la colecta de datos para propósitos de administración, control y planificación.

Las autorizaciones de pesca estarán categorizadas de la siguiente manera:

- Licencia de pesca.

- Las licencias para la pesca comercial según lo establecido en el capítulo III, artículo 16 del Reglamento de pesca, se emiten anualmente y podrán ser renovables.
- Las licencias para la pesca comercial se otorgarán de forma individual a las embarcaciones pesqueras pertenecientes a las entidades armadoras adscriptas al actual Ministerio de la Industria Alimenticia, previa solicitud de la dirección de dichas Organizaciones Económicas Estatales.
- Dicho trámite se aplicará igualmente a las embarcaciones dedicadas a la pesca para el autoconsumo social, perteneciente a otras entidades estatales.
- Excepcionalmente y de acuerdo con el Consejo de Administración Provincial y la Asociación Pesquera Territorial, podrán concederse licencias de pesca comercial a particulares.
- En tales casos se requerirá que el propietario de la embarcación acredite el registro de ésta en la Capitanía del Puerto correspondiente.
- Los trámites para la solicitud y obtención de la licencia de pesca comercial, se harán a través de la Oficina Provincial de Inspección Pesquera de cada territorio.
- La aprobación de las licencias para la pesca comercial, incluyendo la de autoconsumo, es facultad del Ministro de la Industria Pesquera, quien ha delegado esta atribución en las Oficinas Provinciales de Inspección Pesquera de cada territorio, subordinadas a la Oficina Nacional que está adscripta al referido Ministerio.

- La licencia para cada una de las embarcaciones dedicadas a la pesca comercial, será expedida para los siguientes tipos de pesquerías y sujeta a las tarifas anuales

Las pesquerías comerciales en embalses de agua dulce no requerirán por el momento de la licencia de pesca. El reglamento establece además las correspondientes licencias para la pesca deportivo-recreativa a personas naturales o jurídicas propietarias de embarcaciones, siendo indispensable presentar la certificación de registro de la embarcación en la Capitanía del Puerto y tener el correspondiente certificado de navegabilidad. También podrán ser otorgadas a extranjeros y turistas que deseen practicar la pesca deportivo - recreativa, y a las instituciones estatales que realizan pesca de investigación.

Otra cuestión que puede ser objeto de violación y por lo tanto considerarse un acto de pesca ilícita, lo constituye la cantidad en kilogramos como unidad de medida en el pesaje. En esta asunto se estableció por el mencionado Ministerio de la Industria Alimenticia<sup>54</sup>, la cantidad de hasta 15 kilogramos (33 libras) como cuota máxima de captura permisible para la práctica de la pesca deportiva - recreativa en las zonas de gran interés económico - pesquero establecidas en el Reglamento de Pesca, para el caso de las zonas abiertas de menor interés económico - pesquero, igualmente reguladas en el citado Reglamento, la cuota máxima de captura permisible será de hasta 30 kilogramos (66 libras). Todo pescador deportivo - recreativo que esté

autorizado para la práctica de esta modalidad de pesca, tendrá derecho a dichas cuotas por cada salida al mar que realice.

Por otro lado se prohíbe en todo el territorio nacional la captura, el desembarque, la transportación y la comercialización de aquellas especies acuáticas de la plataforma marina cubana cuyas tallas mínimas se encuentran por debajo de las consignadas en el anexo a ésta, la prohibición se hace extensiva a la captura y el desembarco del producto de la pesca deportivo - recreativo.<sup>55</sup> Cuba cuenta además con un régimen contravencional, el cual forma parte de su derecho positivo. En este régimen se regulan las faltas o violaciones de la legalidad que no están refrendadas como delitos o también consideradas infracciones administrativas, cuyo tratamiento se ha caracterizado por la aplicación de sanciones tanto pecuniarias como sanción principal, acompañadas de sanciones accesorias.

El Código Penal establece el comiso como sanción accesoria, de manera que constituye un avance en concordancia con el principio de mínimo acceso penal de tanta utilización en la teoría y práctica actuales. La pesca ilícita aparece regulada en el Código Penal Cubano en el artículo 242, el cual plantea: “el extranjero que, sin la debida autorización, con cualquier clase de embarcación, penetre en las aguas territoriales o en la Zona Económica de la República, adyacente a su mar territorial, con el fin de practicar la pesca, incurre en sanción de multa de mil a diez mil cuotas”<sup>56</sup>.

De igual forma el Decreto Ley 164<sup>57</sup> de fecha 22 de julio de 1996, en su capítulo VIII, artículo 50 y

siguientes establecen las sanciones aplicadas a las infracciones y violaciones de lo preceptuado en el Reglamento de Pesca, en este caso también se hace referencia al comiso como una de las sanciones accesorias. Como puede apreciarse merece especial atención como Cuba ha establecido un sistema de normas cuyo fin fundamental es la preservación del medio ambiente, sin embargo todavía no se ha logrado eliminar por completo la actividad ilícita de pesca por la magnitud y características que esta presenta, por este motivo debemos unirnos a los criterios de algunos autores y especialistas en la materia para afirmar que el sistema convencional, en muchos casos no es aplicado y de serlo, adolece de la necesaria severidad para lograr que los individuos rectifiquen las actitudes violatorias de la legalidad.

### *6.5. Las “reglas del juego” en el caso de Angola.*

Anteriormente se mostraron como en el ordenamiento interno de cubano se establecen las normativas que regulan la actividad pesquera; corresponde analizar el mismo particular en Angola. En la nueva Ley de Pesca de Angola que tiene como finalidad asegurar el desarrollo sostenible de los recursos biológicos acuáticos, se establece que el gobierno angoleño o el ministerio competente, en este caso el Ministerio de Agricultura, Desarrollo Rural y Pesca, debe elaborar los planos de ordenamiento de la pesca marítima y continental, así como los planos de desarrollo de la acuicultura. Sin embargo hasta el momento en que es

llevada a cabo esta investigación, en materia de protección se ha realizado el mayor énfasis en la acuicultura, correspondiendo tal vez con la actividad pesquera más realizada en este país. En este sentido, el Ministerio de Agricultura, Desarrollo Rural y Pesca debe coordinar con los Ministerios relevantes y los Gobiernos de las Provincias la formulación del plan de desarrollo de la acuicultura nacional y de cada provincia. Asimismo se otorgan licencias para la actividad de acuicultura. Las licencias para el ejercicio de la actividad de acuicultura en Angola se clasifican en:

- Licencia de acuicultura comunal o de subsistencia.
- Licencia de acuicultura comercial.
- Licencia de acuicultura de investigación.

Por otra parte, quienes deseen llevar a cabo las actividades de acuicultura comercial deberán presentar una solicitud de licencia, de conformidad con el modelo y una serie de datos según lo establecido por el Ministerio de Agricultura, Desarrollo Rural y Pesca, pudiendo en algún momento este propio Ministerio denegar alguna licencia cuando:

- La instalación no cumple con los requisitos establecidos, en especial con las normas técnicas de prevención de la contaminación, higiene y seguridad, así como con las normas urbanísticas aplicables.
- Las actividades de acuicultura pudieran atentar

con la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos, el ambiente y la salud pública.

- Las actividades de acuicultura pudieran perturbar el ejercicio de derechos de terceros sobre los recursos naturales, en especial de las comunidades rurales y costeras<sup>58</sup>.

De tal manera podrá ser revocada la licencia cuando:

- No se haya iniciado el funcionamiento del establecimiento dentro de un (1) año posterior a la emisión de la licencia.
- Se haya comprobado la paralización de las actividades del establecimiento durante un (1) año.
- Se hayan modificado las características del establecimiento consignadas en la licencia correspondiente, sin la debida autorización.
- No se hayan cumplido con las obligaciones relacionadas con el pago de las tasas anuales de licencia.

No solo puede ser revocada o denegada una licencia por parte del órgano competente, sino que también la licencia puede ser objeto de caducidad. Esto sucede cuando la licencia llega al vencimiento del plazo otorgado, y siempre que no se haya solicitado una renovación correspondiente. Finalmente el régimen angoleño carece de determinados medios jurídicos que conlleven al buen ejercicio de la actividad pesquera dentro y fuera del territorio aún y cuando es importan-

te destacar que es parte como bien se anunció anteriormente del primer y único tratado sobre pesca ilícita y protección. De esta análisis comparado entre la legislación cubana y angoleña, se desprende que resultan claras las carencias normativas en el contexto de Angola, en lo que el precitado derecho positivo cubano, pudiera servir de referente, por la existencia de una regulación adecuada, si bien no extensa, y un complejo institucional definido para garantizar la protección de esta actividad.

### *6.6. Situación en Angola como consecuencia de la pesca ilícita.*

La pesca constituye para el país angoleño un importante sector de la actividad económica y una de las principales fuentes de alimentación para la población y el consumo animal. Esta actividad resulta de un marcado interés comercial no solo por los pobladores de la región. En este sentido se definen por este país estrategias para la protección de las especies marinas, con la ampliación de planos de gestión que incluyen a la limitación de capturas y de los esfuerzos de la pesca y del establecimiento de áreas de pescas. Angola constituye uno de los países ricos en especies acuáticas que poseen un elevado valor monetario en el mercado. Como consecuencia de esto también lo hace un país vulnerable a los actos de pesca ilícita al ser codiciado por las potencias industriales en esta materia. Estos actos ilegales son practicados en gran medida por una parte por los extranjeros en aguas territoriales e internacionales cer-

canas a las costas marítimas de Angola. Mientras por la otra, algunos angoleños que las comercializan en las zonas costeras así como en otras provincias.

A pesar de los esfuerzos que el país angoleño realiza por resolver el tema de la pesca ilícita, esto no podrá concretarse por determinadas cuestiones que deben ser resueltas primero y que corresponden a la administración. Una de ellas resulta la falta de embarcaciones de fiscalización. Hasta este momento en que se lleva a cabo la investigación se ha podido conocer solo sobre el déficit para el control y fiscalización producto de la cantidad de embarcaciones disponible<sup>59</sup>. Esta deficiencia resulta ser una oportunidad propicia para aquellos que se dedican a la actividad pesquera ilícita, lo cuales se equipan con embarcaciones de grandes porte, los llamados aristonos, que arrasan toda la fauna marítima.

En este sentido es compartible el criterio de Carlos Martini<sup>60</sup> cuando refiere que para asegurar una gestión eficaz y sustentable de los recursos pesqueros, es preciso potenciar el órgano de fiscalización con hombres capaces y medios adecuados. Solo existe una oportunidad para eliminar o en su defecto al menos disminuir la pesca ilegal. Con una fiscalización llevada a cabo por embarcaciones equipadas con tecnología de punta; con un personal equipado, bien entrenado, capacitado para llevar a cabo la tarea y sobre todo comprometido con la actividad que realiza; será la única manera de ver reducido o terminado el elevado índice de la pesca ilegal. Sin embargo todo eso no garantiza el éxito si no está acompañado del esfuerzo de

las entidades y organismos encargados como: la Marina de Guerra de las Fuerzas Armadas Angoleñas, la Policía Fiscal del Ministerio del Interior que trabajan en coordinación con la propia Dirección de Fiscalización del Ministerio de la Pesca y la flota de inspección, fiscalización y vigilancia marítima. Afortunadamente ya se ven los primeros pasos con la compra de 10 embarcaciones de punta por el país angoleño, apropiadas para el servicio de fiscalización y control de las zonas costeras, la que se unirán a las ya existente. A pesar de eso resulta insuficiente por la gran extensión de la zona marítima y costera.

La situación en Angola es más difícil de lo que parece, a diario se cometen actos de pesca ilícita, los que tienen que ver con los que en un momento se definían en el capítulo anterior. El resultado de la pesca de captura llevada a cabo trae resultados no deseados para los ecosistemas que los ponen en peligro y en riesgo de contaminación. Ejemplo de ello se muestra con la captura de especies no deseadas, constituyendo desperdicios vivos ya capturados, conocido como descartes. Por otra parte se encuentra la captura de tallas no permitidas, con la cual las especies no se recuperan. En determinadas ocasiones estos se pierden, pero en el mayor de los casos son devueltos al mar en condiciones paupérrimas, lo que provoca que el animal pueda convertirse en el mejor de los casos en alimento para otras especies, de lo contrario será un agente contaminante del medio. Por último y no menos importante se muestra la degradación del suelo marino y el medio acuático, representando una preocupación para la opinión mundial.

### 6.7. Otros países africanos afectados por la pesca ilícita, no declarada, no reglamentada.

El continente africano se ve muy afectado por la pesca ilícita indiscriminada, entre los países más dañados por este acto de infinita crueldad contra la naturaleza se encuentran los denominados países más pobres y son los siguientes: Guinea Bissau; Cabo Verde; Sao Tomé y Príncipe y Somalia. Los datos más recientes estiman que en la zona económica exclusiva de Guinea Bissau, las pérdidas se estimaron en 110 millones de dólares en 2009 y en el año 2010 cerca de 160 millones de dólares americanos. Esto en gran medida muestra que la situación tiende a aumentar<sup>61</sup>. La situación en las aguas territoriales de Guinea Bissau es “la peor de África”, lo que quiere decir que es la peor del mundo<sup>62</sup>. El país africano pierde unas 34.000 toneladas de pescado al año por la captura ilegal, incluida la pesca no deseada que los marineros tiran por la borda, según el Departamento de Desarrollo Internacional. Se estima que las pérdidas económicas sólo para los países de África subsahariana ascendieron a 1.000 millones de dólares al año, ente dos tercios de la cantidad registrada oficialmente, situación que ha empeorado en los últimos 10 años. “No existen” mecanismos para hacer cumplir las normas internacionales en la materia.<sup>63</sup>

El mal de Somalia lleva alrededor de 20 años. Se dice que el origen de la pesca ilegal pirata en Somalia se remonta desde 1992, después de la caída del régimen general Siad Barre y la desintegración de la Armada Somalí y la Policía de guardacostas. Este país está experi-

mentando una gran incapacidad para el control de las aguas, cuestión que es bien aprovechada por los barcos piratas. Se estima obtienen más de 450 millones de dólares anuales por los peces de Somalia, todo se debe a que no pagan impuestos, ni respetan las normas de conservación y medio ambiente. La actividad pesquera ilícita se ha incrementado grandemente, incluyendo la utilización de métodos prohibidos de pesca: redes de enmalle de deriva y explosivos bajo el agua, causando la muerte de todas las especies en peligro de extinción, como las tortugas de mar, orcas, tiburones, ballenas bebé, etc., así como la destrucción de los arrecifes, la biomasa y los hábitats esenciales para los peces.

#### *6.8. Países que practican la pesca ilegal, no regulada, no reglamentada, no declarada.*

A pesar que en la Cumbre Mundial de Desarrollo Sustentable de 2002, los gobernantes acordaron implementar de forma urgente planes de acción, nacionales y regionales, para llevar a cabo una iniciativa internacional de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) destinada a “prevenir, disuadir y eliminar la pesca ilegal, no informada e irregular para 2004”, muchos países se dedican hoy a la protección, financiamiento y desarrollo de la pesca ilícita.

Las compañías de la Unión Europea poseen barcos pesqueros que se dedican a la pesca ilegal fundamentalmente en los países ubicados en el sureste de África, violando de esta manera los acuerdos interna-

cionales y las disposiciones de la ONU. Se estima que la captura ilegal de varias compañías europeas representa entre un tercio y la mitad de la pesca total. La Comisión Europea, órgano ejecutivo de la UE, estimó en 2009 que alrededor de 10 por ciento de las importaciones de mariscos, de lo cual se prevé que unos 1.700 millones de dólares, podrían proceder de fuentes ilegales.

Ciertas autoridades europeas amparan a compañías y barcos que están en la lista de infractores. La Fundación de Justicia Ambiental calificó al puerto español de Las Palmas de Gran Canarias, unos de los mayores protectores de la pesca ilegal por prestar servicios para buques piratas que operan en aguas de la costa oeste de África. El puerto es una zona económica exclusiva y las compañías ubicadas en Las Palmas “tienen varias ventajas aduaneras y fiscales, muchas de las cuales facilitan la gestión, el transporte y la venta ilegal de pescado.

Las Palmas constituyen un indulgente punto de entrada al mercado europeo de productos marítimos y un gran centro de transporte de la pesca ilegal hacia otros grandes mercados de Asia oriental. Sin embargo, se puede afirmar que a pesar de existir a nivel internacional un Código de Pesca Responsable los puestos de control son ineficaces e inconsistentes. Tampoco hay suficientes mecanismos para localizar barcos, escasean los controles sobre los buques no pesqueros y sobre las compañías beneficiadas. Actualmente la mayor cantidad de compañías y barcos dedicados a la pesca ilegal pertenecen a Indonesia, Panamá, Rusia, Uruguay, Taiwán, China, Italia, Japón, Portugal y Estados Uni-

dos de América. De acuerdo con un informe presentado por la FAO para el 2020, el problema representará una pérdida de más de 15.000 millones de dólares para los países del oeste de África y la desaparición de más de 27.000 puestos de trabajo en la industria pesquera y procesadora de productos marítimos.<sup>64</sup>

Finalmente puede apreciarse que la pesca ilegal provoca grandes daños desde todas las esferas, al medio ambiente, que resultan irreversibles por la situación tan desventajosa en que quedan los ecosistemas, las especies y los suelos marinos. A la economía de los Estados por las cuantiosas pérdidas valoradas en dinero; sin embargo el mayor perjudicado es el propio hombre, quien ve limitada una de las fuentes indispensable de alimentación. Al final no importa si eres explotador o consumidor del bien explotado, la cuestión es que el resultado para ambos será el mismo. “Más temprano que tarde la naturaleza la nos cobrará las cuentas”.

## Conclusión

La necesidad que reviste la protección del medio ambiente ha conllevado a la firma de tratados, acuerdos y convenios internacionales sobre la preservación, conservación y cuidado del medio ambiente de los cuales Cuba y Angola son firmantes, siendo Angola abanderada del primer acuerdo internacional suscripto en materia de pesca ilícita.

Del estudio de la actividad pesquera se constata que ésta constituye una actividad económica fun-

damental para la existencia del hombre. Sin embargo, debe de ser regulada, controlada y fiscalizada sistemáticamente por los Estados, ya que por una parte el mal manejo de esta actividad en cualquiera de sus modalidades puede provocar el desequilibrio de un ecosistema determinado, mientras que por otra aparecen actividades ilícitas que dañan la economía de los Estados, al medio ambiente y al hombre.

Constituye una urgencia llevar a cabo la revisión de la doctrina en materia de pesca ilícita, incorporando nuevos conceptos y elementos que tributen a un mejor entendimiento de este tipo de actividad, así como proyectos de cooperación entre Estados africanos, fundamentalmente, que tributen al perfeccionamiento de las normativas angoleña, en aras de eliminar o al menos disminuir las pescas ilegales en este territorio.

El régimen jurídico angoleño se caracteriza por el establecimiento de normas en aras de la protección del medio ambiente, teniendo como base fundamental la Constitución de la República; siendo sus características fundamentales las siguientes:

- Tener como centro al Ministerio de Agricultura, Desarrollo Rural y Pesca con un importante papel de otros organismos, y en especial de los organismos y convenios internacionales, en esta actividad protectora.
- En las normas se indican diversos roles de la autoridad en la actividad de pesca, especialmente como concesionaria de licencias y permisos, facultativa y reguladora, lo que se ajusta a los regí-

menes jurídicos, en que la Administración ejerce sus prerrogativas y poderes; sin embargo presenta deficiencias en la fiscalización y control de su extensión costera y marítima lo que permite que personas naturales y jurídicas lleven a cabo la pesca ilícita ocasionando daños a la economía nacional y al medio ambiente.

- El régimen sancionador no resulta pleno al carecer de medios y mecanismos para hacer cumplir las normativas vigentes en materia de protección del medio ambiente y la actividad pesquera.

## Notas

- 1 Proverbio Sioux, anónimo.
- 2 UNESCO-PNUMA: Conferencia Intergubernamental sobre educación Ambiental Tibilisi, Georgia, 1977. Informe final, ed/md/49, París 1978.
- 3 Churchaman, citado por Socarrás Stable Johanna y del Castillo Pomares Tamara, "Medio Ambiente", en *Aspectos Generales del medio ambiente y de la Gestión Ambiental Empresarial*, Grupo de Trabajo Estatal, Bahía Habana, p.10.
- 4 Nora Pouey: *Ibidem*, p.10.
- 5 Caraballo Maqueira, Leonel, *Derecho Ambiental cubano*. La Habana. 2000.
- 6 Juste Ruiz, J., *La protección del medio ambiente en su dimensión internacional*, La Habana, 1998, pp. 3-4.
- 7 Fernández-Rubio Legrá, A. *Derecho Ambiental Internacional*, 1996 Volumen I. Editora Ciencias Sociales. La Habana. Cuba.
- 8 Antúnez Sánchez A., *Dimensión social-jurídica del medio ambiente. Una apreciación de la problemática ambiental*. 2011. Profesor derecho ambiental. Universidad de Granma. República de Cuba.
- 9 Juste Ruiz, J., ob., cit. p. 4.
- 10 Serie de Documentos Legislativos sobre Derecho Ambiental, PNUMA, 1995, p. 11.

- 11 Brañes, Raúl, "Manual de Derecho Ambiental", Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, fondo de Cultura Económica, Ira. Edición, México, 1994.
- 12 Viamontes Guilbeaux, Eulalia. Derecho Ambiental Cubano, La Habana, Editorial Félix Varela, 2007, pp. 53.
- 13 Cañizares Abeledo, Fernando Diego, "Teoría del Derecho", 1979, p. 25.
- 14 Ingunza Millitza, F., Perspectiva del Derecho Ambiental Internacional. Aspectos críticos. Consultado en (<http://www.org/dewalac/esp/>)10/11/11.
- 15 Viamontes Guilbeaux, Eulalia, ob.cit., pp.92-101.
- 16 Víctor Manuel Rojas Amandi. ob.cit., pp. 123.
- 17 Disposiciones jurídicas relacionadas con el Derecho de Tratados en materia de medio ambiente. Libro electrónico Ciencias de la tierra y del medio ambiente. en <http://www.ceit.es/Asignaturas/ecologia/> y UNESCO. Manual de Educación Ambiental. <http://www.unesco.org/manual/html/>, Consultada 15 de diciembre 2011.
- 18 Fernández-Rubio Legra A., Instrumentos Jurídicos Internacionales, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1991, Tomo II, pp. 605-620.
- 19 Fernández-Rubio Legra A., *ob. cit.*, pp. 38-44.
- 20 <http://www.amarre.com/html/deportes/historia/pesca/index.php>. Consultado el 5 de diciembre de 2011.
- 21 [http://www.maestropescador.com/Arte\\_pesca/Historia\\_pesca.html](http://www.maestropescador.com/Arte_pesca/Historia_pesca.html)
- 22 Diccionario Pequeño Larousse ilustrado Ministerio de Educación Edición Revolucionaria 1968, p. 1995.
- 23 <http://www.jurisblogeducativo.blogspot.com/2008/09/principios-generales-delderecho.html>. Consultado el 7 de diciembre 2011.
- 24 <http://www.rianet.com.ar/index.php/generalidades/1962-clasificacion-de-la-pesca-y-la-caza-acuatica>. Consultado 20 de noviembre de 2011.
- 25 Díaz, Delegado, J. Carlos, Ecología y Sociedad, Estudios editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1999.
- 26 <http://www.acader.unc.edu.ar>. Consultado 14 de octubre de 2011
- 27 <http://www.itfglobal.org/fisheries/iuu.cfm/ViewIn/SPA>. Consultado 28 de octubre de 2011
- 28 *Ibidem*. Consultado 28 de octubre de 2011
- 29 *Ibidem*. Consultado 28 de octubre de 2011
- 30 Establece por una parte la obligación del Estado de orientar la eco-

nomía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional. Así como adoptar las medidas que sean necesarias para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales en forma eficiente mientras por otra se declara la especial protección de la que gozarán bosques y la vegetación en las riberas de los ríos y lagos, y en las cercanías de las fuentes de aguas.

- 31 Se manifiesta la obligación estatal de la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Así mismo, reconoce la necesidad de cooperación con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en zonas fronterizas. Se establece además los deberes de la persona y el ciudadano a la protección de los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.
- 32 Todo ciudadano tiene derecho a un medio ambiente favorable, información fidedigna sobre su estado e indemnización por el daño ocasionado a su salud o propiedad por infracciones de la ley ecológica.
- 33 Constitución de la República de Cuba, revisada y concordada por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia, La Habana, 2005.
- 34 Legislación Ambiental. Principales documentos jurídicos vigentes, ob. cit., p 17.
- 35 Ley Constitucional de la República de Angola. Artículo 12.
- 36 *Ibíd.* Artículo 24.1
- 37 *Ibíd.* Artículo 24. 2
- 38 *Ibíd.* Artículo 24.3
- 39 El consenso logrado en esa conferencia está plasmado en la Declaración de Cancún, que enumera una serie de temas que exigen atención para conservar el medio ambiente acuático.
- 40 Ley No. 81 del Medio Ambiente. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria, La Habana, 11 de julio de 1997, Año XCV Número 7. Página 47
- 41 *Ibíd.* no.
- 42 Decreto-Ley No. 4 del 2009. Además tiene como misión promover e identificar la prevención de los impactos de las actividades humanas sobre el ambiente; participar a la evaluación e gestión de los riesgos

- naturales e industriales; efectuar evaluaciones y auditorías de los impactos ambientales.
- 43 Ley 5 de 1998. Establece y define también los conceptos básicos para la protección, preservación, y conservación del ambiente, promoción y calidad de vida y de uso racional de los recursos naturales.
  - 44 Decreto/Ley 67 de 1983 de la Organización de la Administración Central del Estado.
  - 45 Cfr., <http://www.cubagob.cu/des-eco/minal/index.htm>. Consultada en 23 de enero de 2012.
  - 46 Decreto Ejecutivo N. 29 del 2006, la Dirección Nacional de Pesca y Acuicultura en Angola.
  - 47 Ley N. 6-A de 2004..
  - 48 Decreto Ley No. 164 de 22 de Julio de 1996, Reglamento de Pesca. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria No. 26 pág. 405 y ss.
  - 49 Resolución No. 33 de 10 de Mayo de 1996, Protección del Coral Negro, Gaceta Oficial de la República, Ordinaria No. 15 pág. 255 y ss.
  - 50 Resolución No. 456 de fecha 28 de Noviembre de 1996, Metodología para la aplicación de la política de otorgamiento de autorizaciones de pesca, Gaceta Oficial de la República, Ordinaria No. 40 pág. 637 y ss.
  - 51 Antúnez Sánchez Alcides Francisco y Ballester Nápoles Luis: *Los problemas Medio Ambientales que afectan la actividad pesquera en el Golfo del Guacanayabo*. Granma, 2009, Trabajo de grado, Universidad de Granma.
  - 52 De Ahumada Ramos, F., *Las formas de actuación de las administraciones pública*. <http://www.premium.vlex.com/doctrina/materiales-estudio-derecho-Económico-Administrativo/NH306>, consultada 11 de diciembre del 2011.
  - 53 Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, 9na. Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, parte general I, p. 430.
  - 54 Resolución No. 519 de fecha 9 de Diciembre de 1996, Cuota Máxima de captura para la pesca Deportivo - Recreativa, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria No. 44 pág. 703 y ss.
  - 55 Resolución No. 561 de fecha 31 de Diciembre de 1996, Regulaciones sobre las tallas mínimas de peces, Gaceta Oficial de la República, Ordinaria No. 51 pág. 812 y ss.
  - 56 En el apartado dos de este propio artículo se regula que en el caso a que se refiere el apartado anterior puede imponerse como sanción accesoria, además de la que corresponda, el comiso de los avíos de pesca y de las especies capturadas.
  - 57 Ibidem 20

- 58 Artículo 207 de la Ley de Recursos Biológicos Acuáticos y del Reglamento de Acuicultura.
- 59 Benguela constituye un ejemplo de déficit para fiscalizar y controlar la pesca. Posee un único medio para cubrir la extensión territorial.
- 60 Actual director provincial de la pesca en Benguela.
- 61 Informe realizado por el Departamento de Desarrollo Internacional, de Gran Bretaña.
- 62 Reporte realizado por la Fundación de Justicia Ambiental, con sede en Londres.
- 63 Richartz Saskia, directora de políticas oceánicas de la organización ambientalista Greenpeace.<http://estasemana.cip.cu/noticias/la-pesca-ilegal-cause-perdidas-millonarias-en-africa>.( consultada El 28/10/11)
- 64 [www.afrol.com/es/paises](http://www.afrol.com/es/paises) ( consultada el 30/10/11)

## Referencias

- ANTÚNEZ Sánchez, MSc. Alcides Francisco. *Dimensión social-jurídica del medio ambiente. Una apreciación de la problemática ambiental*. 2011.
- \_\_\_\_\_. y Ballester Nápoles L. *Los problemas Medio Ambientales que afectan la actividad pesquera en el Golfo del Guacanayabo, municipio Manzanillo, Provincia Granma*. Tesis en opción al título de Máster en Derecho Ambiental. 2009.
- BASAVÉ Fernández Del Valle, A. *Filosofía del Derecho Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- BECERRA Ramírez, M.: *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, IJ-UNAM, México, D. F., 2007.
- BRÑES, R. “*Manual de Derecho Ambiental*”, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, fondo de Cultura Económica, 1ra. Edición, México.
- CAÑIZARES Abeledo, F. “*Teoría General de Estado y del Derecho*”. La Habana, 1979.
- CARABALLO Maqueira, L. *Derecho Ambiental cubano*. La Habana. 2000.
- CARRILLO Salcedo, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Editorial Tecnos S. A, 1ra. Edición, 2da. Reimpresión, Madrid, 1994.

- Colectivo de autores, *Derecho Ambiental Cubano*, Editorial Félix Varela. La Habana 2007.
- D' Estéfano Pisani, M. A: *Breve historia del Derecho Internacional: desde la Antigüedad hasta el año 2002*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Esquemas del Derecho Internacional Público*, Tomo I, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1980.
- DÍAZ, Delegado, J. Carlos, *Ecología y Sociedad*, Estudios editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1999.
- DIEZ De Velasco, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Diccionario Pequeño Larousse ilustrado Ministerio de Educación Edición Revolucionaria 1968* pág, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Disposiciones jurídicas relacionadas con el Derecho de Tratados en materia de medio ambiente*. Libro electrónico "Ciencias de la tierra y del medio ambiente".
- DE Ahumada Ramos, Francisco Javier, *Las formas de actuación de las administraciones pública*. En: <http://www.org/dewalac/esp/>.
- DIEZ De Velasca, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Instituciones de Derecho Internacional Público* (en tres Tomos), s/a.
- \_\_\_\_\_. *Las organizaciones internacionales*, 10ma. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ-RUBIO Legrá, A., *Instrumentos Jurídicos Internacionales*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1991, Tomo II.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Ambiental Internacional*, La Habana, Cuba, 1996.
- GOMES Canotilho, José Joaquim: *Intrudução ao Direito do Ambiente*, Universidade Aberta do Lisboa, Ira. Edição, Portugal, 2009.
- GONZÁLES Campos, J. D. y Saenz De Santa María, P. A.: *Legislación básica sobre Derecho internacional público*, Séptima Edición actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.
- HERDEGEN, M.: *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, IJ-UNAM, México, D. F., 2007.
- HEERNÁNDEZ Gil, Antonio. "*Conceptos jurídicos fundamentales*", Obras completas, Editorial, Espasa Calpe, Tomo I.
- INGUNZA Millitza, Franciskovic. *Perspectiva del Derecho Ambiental Internacional. Aspectos críticos*. En (<http://www.org/dewalac/esp/>)10/11.

- JUSTE Ruiz, J., *La protección del medio ambiente en su dimensión internacional*, La Habana, 1998.
- KOROVIN, Y. et al: *Derecho Internacional Público*, Editorial Grijalbo, S. A, México D.F., 1963.
- MONCAYO, Vinuesa, Gutiérrez Posse: *Derecho Internacional Público*, Tomo I, 3ra. Reimpresión, Editorial Zavalia, Buenos Aires, 1990.
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, 9na. Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, parte general I.
- PASTOR Ridruejo J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 4ta. Edición, Editorial Tecnos S. A, Madrid, 1992.
- PINO Canales, C. et al: *Temas de Derecho Internacional Público*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- PODESTA Costa, L. A y Ruda, J. Ma.: *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1988.
- PUENTE Egado, J.: *Casos prácticos de Derecho Internacional Público*, Dykinson, S. L., Madrid, 1991.
- \_\_\_\_\_. PNUMA., Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental del Programa de Naciones Unidas para el medio ambiente, No. 3
- RICHARTZ Saskia, directora de políticas oceánicas de la organización ambientalista Greenpeace. <http://estasemana.cip.cu/noticias/la-pesca-ilegal-causa-perdidas-millonarias-en-afrika>.
- ROJAS Amandi Víctor Manuel, *El Derecho Ambiental Internacional Público del medio ambiente al inicio del siglo XXI*, Consultado en: <http://www.fao.org/spanish/newsroom/news/2003/25379-es.html>.
- SOCARRÁS Stable Johanna y del Castillo Pomares Tamara, “Medio Ambiente”, en *Aspectos Generales del medio ambiente y de la Gestión Ambiental Empresarial*, Grupo de Trabajo Estatal, Bahía Habana, p.10.
- TUNKIN, G. *Curso de Derecho Internacional*, Libros 1y 2, Editorial Progreso, Moscú, 1979.
- Viamontes Guilbeaux, Eulalia. *Derecho Ambiental Cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2007.

## Legislación consultada

- Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.
- Declaración sobre los principios de D.I referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas (Resolución 2625, XXV), de 24 de octubre de 1970.
- Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de la CDI.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948.
- Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales.
- Pactos internacionales sobre Derechos Políticos, y Sociales, Económicos y Culturales, de 1966.
- Constitución de la República de Cuba. Artículos de fecha 24 de Febrero de 1976.
- Constitución Política de la República de Guatemala de 31 de Mayo de 1985.
- Constitución Política de la República de Colombia de 7 de Junio de 1991. El capítulo v, artículo 365.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 31 de Enero de 1917. Capítulo I. Artículo 28.
- Ley 5 de 1998.
- Ley No. 81 del medio ambiente. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria, La Habana, 11 de julio de 1997, Año XCV Número 7.
- Decreto Ley No. 164 de 22 de Julio de 1996, Reglamento de Pesca. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria No. 26.
- Decreto/Ley 67 de 1983 de la Organización de la Administración Central del Estado.
- Decreto Ejecutivo N. 29 del 2006, la Dirección Nacional de Pesca y Acuicultura en Angola.
- Decreto-Ley N° 4 del 2009. Nueva Ley de pesca en Angola.
- Resolución No. 519 de fecha 9 de Diciembre de 1996, Cuota Máxima de captura para la pesca Deportivo - Recreativa, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria No. 44 pág. 703 y ss.
- Resolución No. 561 de fecha 31 de Diciembre de 1996, Regulaciones sobre las tallas mínimas de peces, Gaceta oficial de la República, Ordinaria No. 51 pág. 812 y ss.

Resolución No. 33 de 10 de Mayo de 1996, Protección del Coral Negro, Gaceta Oficial de la República, Ordinaria No. 15 pág. 255 y ss.  
Resolución No. 456 de fecha 28 de Noviembre de 1996, Metodología para la aplicación de la política de otorgamiento de autorizaciones de pesca, Gaceta Oficial de la República, Ordinaria No. 40 pág. 637 y ss.

## Sitios web consultados

<http://www.fao.org/spanish/newsroom/news/2003/25379-es.html>.  
<http://www.ceit.es/Asignaturas/ecologia/>.  
<http://www.unescoeh.org/manual/html/>.  
<http://www.premium.vlex.com/doctrina/materiales-estudio-derecho-Económico-Administrativo/NH306>, consultada 11 de diciembre del 2011.  
<http://www.amarre.com/html/deportes/historia/pesca/index.php>.  
[http://www.maestropescador.com/Arte\\_pesca/Historia\\_pesca.html](http://www.maestropescador.com/Arte_pesca/Historia_pesca.html)  
<http://www.jurisblogeducativo.blogspot.com/2008/09/principios-generales-del-derecho.html>.  
<http://www.riagnet.com.ar/index.php/generalidades/1962-clasificacion-de-la-pesca-y-la-caza-acuatica>.  
<http://www.acader.unc.edu.ar>.  
<http://www.itfglobal.org/fisheries/iuu.cfm/ViewIn/SPA>.  
<http://www.itfglobal.org/fisheries/iuu.cfm/ViewIn/SPA>.  
<http://www.itfglobal.org/fisheries/iuu.cfm/ViewIn/SPA>.  
<http://www.premium.vlex.com/doctrina/materiales-estudio-derecho-Económico-Administrativo/NH306>,  
<http://estasesmana.cip.cu/noticias/la-pesca-ilegal-causa-perdidas-millonarias-en-africa>.  
<http://www.afrol.com/es/paises>.  
<http://www.cubagob.cu/des-eco/minal/index.htm>.  
<http://www.fao.org/spanish/newsroom/news/2003/25379-es.html>.



# Sociedade de risco, o ceticismo nas mudanças climáticas e a heurística do medo

*Risk society, the skepticism on climate changes and the heuristic of fear*

Artigo recebido em 07/04/2014.

Revisado em 10/05/2014.

Aceito para publicação em 06/06/2014.

## **João Claudio Faria Machado**

Advogado. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pelo Centro Unisal. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

## **Patrícia Nunes Lima Bianchi**

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenadora do curso de Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Sociedade de risco, o ceticismo nas mudanças climáticas e a heurística do medo - pp. 125-159

MACHADO J. C. F. / BIANCHI P. N. L.

## Resumo

O objetivo deste artigo é estabelecer a fundamentação filosófica e ética para a consciência da proteção ambiental a fim de ensejar políticas públicas que tragam benefícios para a sociedade. A sociedade pós-moderna convive com inúmeros riscos sabidos e outros imprevisíveis, decorrentes da própria ação humana e das incertezas do conhecimento técnico. Tais mudanças são efeitos dessa sociedade de risco. Conforme demonstram os estudos científicos, as mudanças climáticas decorrem do aumento da concentração de gases com efeito de estufa na atmosfera, oriundos da atividade humana. Nesta perspectiva, analisar-se-á a heurística do medo criada pelo filósofo Hans Jonas, a qual prescreve a possibilidade de se criar um panorama negativo no intuito de suscitar novas perspectivas diante daquilo colocado sob ameaça. O sentido de se imaginar ocorrências não interessantes está em ensejar a reflexão de como evitá-la, ou melhor, de possuir o parâmetro do que é bom e o que deve permanecer.

## Palavras-chave

Sociedade de risco; mudanças climáticas; heurística do medo; agir responsável.

## Abstract

The purpose of this article is to establish the

philosophical and ethical reasons for awareness of environmental protection in order to inspire public policies to provide benefits to the society. The postmodern society coexists with a large number of known risks as well as unpredictable ones, due to human action and uncertainties on technical knowledge. These changes are the effects of this risk society. Scientific studies show that climate changes are consequences of increased concentration of greenhouse gases in the atmosphere originated on human activity. From this perspective, the heuristics of fear created by the philosopher Hans Jonas can be analyzed; it dictates the possibility of creating a negative prospect in order to inspire new perspectives on what is placed under threat. The wondering of non-interesting occurrences entails a reflection of how to avoid them or even the idea of which is good and should remain.

## Keywords

Risk society; climate change; heuristics of fear; responsible action.

## Sumário

Introdução. 1. Sociedade de risco. 1.1. Desenvolvimento tecnológico. 2. Mudanças climáticas, uma aposta responsável? 3. A heurística do medo. Agir com responsabilidade e com precaução. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

No presente trabalho objetiva-se a análise da sociedade de risco, enquanto geradora de riscos e perigos socioambientais, especialmente no que concerne às mudanças climáticas. Pretende-se, ainda, neste artigo, promover uma reflexão sobre ações responsáveis na hipótese de riscos efetivos, ou mesmo inconclusivos segundo os céticos, sob a égide dos preceitos da *heurística do medo* lecionada pelo filósofo Hans Jonas.

Há tempos que a ação humana tem provocado desequilíbrios na natureza que se perpetuam ao longo do tempo e até mesmo de forma perene, como de fato se comprova, a título exemplificativo, com a extinção de animais ocasionado pela mudança de seus habitats naturais. Se atualmente a previsão dos resultados da ação humana podem ser mais facilmente constatados, em seus primórdios não se fazia possível.

O avanço tecnológico, entendido como avanço da técnica, possibilitou ao Homem a superação e submissão do ambiente natural que fazia parte da sua área de influência. De apenas ser um receptor “inerte” do que a natureza oferecia, o avanço da técnica permitiu a utilização da natureza como meio para se atingir um fim pretendido, uma ação em busca de um resultado efetivo.

Nessa inversão, as consequências da ação Humana na natureza passaram a ser cada vez mais perceptíveis: do local e passageiro para algo cada vez mais amplo e duradouro. Os efeitos passam a incidir de modo mais grave no espaço e no tempo. Em razão da capacidade de afetação oriunda da maior capacidade

técnica, a poluição e o dano ambiental podem não se restringir apenas à área que primariamente sofreu uma intervenção, para, então, alastrar-se no mundo.

A maior capacidade técnica nem sempre representa a capacidade de se prever os efeitos do uso da técnica, do desenvolvimento, criando-se o cenário de uma sociedade de risco. Nessa percepção, o filósofo Hans Jonas aborda o fato de que a ética até então praticada seria insuficiente ante toda extensão e capacidade das ações humanas. A ética do agir responsável, proposta pelo autor, passaria então a envolver esta grandeza, sobretudo no que diz respeito àqueles que sofrerão as consequências das ações tomadas, estendendo-se a responsabilidade também às gerações vindouras.

Para tanto, o que o avanço da técnica também propicia, embora não necessariamente acompanhando a capacidade criativa e intervencionista do homem, é a capacidade de previsão das ações humanas. Justamente neste ponto reside a necessidade de aplicação de um agir ético responsável: a falta de capacidade de previsão não deve ser entendida como permissivo para toda e qualquer possibilidade de criação/produção da capacidade humana, não sendo, entretanto, impedimento para os avanços tecnológicos. A ética da capacidade do agir requer uma responsabilidade à altura.

## **1. Sociedade de risco.**

A sociedade contemporânea pode ser classificada de variadas formas. Os que a entendem como uma

*sociedade do risco* tentam enquadrá-la na descrição da sociedade como produto da pós-modernidade.<sup>1</sup> De fato, a sociedade pós-moderna convive com riscos cujas proporções de realização de catástrofes - sobretudo as de caráter ecológico provenientes das ações humanas - não têm precedentes na história da Humanidade.

Tratando da pós-modernidade, Bello Filho a descreve como uma sociedade plural, individualista, onde se reforça os espaços privados em detrimento dos espaços públicos. A realidade pós-moderna seria dominada pela comunicação (emissoras de TV, antenas de celulares), aliada à característica de hipertrofia dos espaços privados e à atrofia dos espaços públicos.<sup>2</sup> Segundo o autor, a modernidade exaltou a liberdade, a razão (ciência), e a universalidade. Ocorre que o produto destes valores não foram integralmente positivos para a sociedade pós-moderna, já que a ciência, por exemplo, promoveu focos de barbárie e irracionalidade; e a universalidade (igualdade) tornou-se um projeto descumprido em diversos pontos do Planeta. A razão moderna proclamava a igualdade como um pressuposto lógico, além do fortalecimento da liberdade. Contudo, a liberdade e a igualdade serviram às relações comerciais da burguesia, justificando e afirmando uma nova classe econômica.<sup>3</sup> Assim, Bello Filho explica que,

O neoliberalismo surge do projeto iluminista, mas surge como filho bastardo. Nasce como a negativa de completude do projeto, como a confirmação de que os princípios que sobreviveram do amálgama da Ilustração foram apenas

aqueles que diretamente interessavam a quem controlava política e economicamente os novos tempos.<sup>4</sup>

O liberalismo econômico, modelo que sucedeu o mercantilismo, surgiu no século XVIII e XIX, baseado nos argumentos da teoria dos autores clássicos Adam Smith e David Ricardo. Os adeptos desse modelo, hoje denominados neoliberais, entendem, *v.g.*, que todos os países necessitam transacionar mercadorias entre si; que o comércio entre nações aumenta a competitividade; aumentando, com isso, a qualidade dos bens e serviços, causando a queda nos preços. Contudo, a crescente expansão do livre comércio tem trazido fortes preocupações para as organizações ambientalistas não governamentais. Suas preocupações nascem da percepção de que, em certos casos, as relações econômicas tendem a frustrar a aplicação de leis nacionais relativas ao meio ambiente, além de inutilizar os acordos internacionais que cuidam da proteção ambiental.<sup>5</sup>

O fato é que as construções filosóficas formadas na modernidade trouxeram algumas consequências vivenciadas na pós-modernidade como, por exemplo, o atual desequilíbrio ecológico, que é normalmente atribuído aos contínuos impactos causados pelo homem no meio ambiente, ao longo de décadas e décadas. O comprometimento dos ecossistemas terrestres hoje é público e notório, e não há como se negar que o problema já atingiu um nível de transtornos às sociedades sem precedentes na história da Humanidade.

Atualmente, com o processo de *globalização*,<sup>6</sup>

principalmente na área econômica, existe a preocupação com os efeitos que este fenômeno pode trazer ao meio ambiente, e com os *riscos* e perigos que essa nova fase da história mundial pode gerar. Alguns desses efeitos já podem ser verificados cotidianamente como, por exemplo, as mudanças climáticas, a degradação da camada de ozônio, o efeito estufa, a redução da biodiversidade, entre muitos outros.

Edgard Morin entende que “o que chamamos de globalização hoje em dia é o resultado no momento atual de um processo que se iniciou com a conquista das Américas e a expansão dominadora do ocidente europeu sobre o planeta.”<sup>7</sup> Esse processo de dominação começou a mudar no século XX, com a globalização aflorando num cenário de duas Guerras Mundiais, de derrubada do Muro de Berlim, de fracasso do império soviético, além da hegemonia, sobretudo norte-americana, do mercado mundial, com a dominação tecnológica e econômica do Ocidente. Em contra-posição a isso, haveria uma *segunda globalização*, que seria o negativo daquela anteriormente citada, de cunho minoritário, que se iniciou no interior das nações dominadoras.<sup>8</sup> Segundo o autor, na *segunda globalização*, por exemplo,

A qualidade avança em luta contra o produtivismo e a lógica da quantidade. Em vários países cultiva-se o desenvolvimento dos vinhos de qualidade, artesanais, e não mais o vinho de produção padronizada. Esse fato também se verifica na Europa do Sul, onde podemos encon-

trar bons vinhos cabernet. Em muitas partes do mundo há essa reação, o que se vê também na alimentação biológica. Cada vez que há uma catástrofe alimentar, como a da vaca louca na Europa, há um salto de conscientização. Há uma busca qualitativa em todo o mundo, no modo de vestir-se, de viver, de passar férias - não mais o turismo para ver as coisas de fotografia, mas viver as experiências dos nativos, experimentar o local. Há uma resistência a uma vida unicamente utilitária que se manifesta na busca de uma vida mais intensa, poética. Então, há correntes de resistência à compulsão do consumo padronizado com duas ações: uma na busca da diversidade e outra na busca de uma certa fuga à maneira de viver dominada pela sociedade de consumo. Há um momento de resistência contra a mercantilização da vida.<sup>9</sup>

Morin ainda destaca que “a ciência que se desenvolveu fora de toda a ética”, e hoje seria patente a necessidade de consciências ética e política, de uma reforma epistemológica, de uma mudança no pensamento. Para ele, no princípio as coisas parecem improváveis de se realizar, mas exemplifica que no início da religião cristã os discípulos representavam um pequeno grupo, ficavam na Palestina e eram desconhecidos da maioria dos romanos, e depois se tomou a religião mais importante do mundo antigo, sendo adotada pelo império romano. Da mesma forma, no Islamismo, Maomé com muito poucos discípulos e em pouco tempo expandiu-se para Leste e Oeste; além do socialismo que, por meio

de alguns pensadores, ganhou partidos social-democratas e depois o partido bolchevique. Assim, com a ideia de que o imprevisível/improvável pode se tornar possível, com ânimo e coragem, se pode ver vida e a ação no futuro do planeta.<sup>10</sup>

Por seu turno, apesar de entender que a globalização significa bem mais que o neoliberalismo, e que a globalização neoliberal não representa a única de realização possível, definindo-a como uma “uma mudança completa nos paradigmas mundiais”, que vai além das alterações promovidas no universo econômico das políticas neoliberais - Bello Filho afirma que “a globalização é uma realidade inevitável. O que é evitável, e precisa sê-lo, é a globalização neoliberal ou globalismo. Os efeitos deletérios da globalização é que devem ser atacados para permitir uma distribuição de benefícios para toda a sociedade.”<sup>11</sup> Tratando do globalismo ou neoliberalismo, Bello Filho explica que

O globalismo é subordinador em dois sentidos: num primeiro, impõe a lógica dos países mais avançados economicamente aos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento; num segundo sentido, subordina as culturas menos complexas às mais complexas. O neoliberalismo impõe condutas ao mundo que vêm entrelaçadas ao dogma da fatalidade, da inevitabilidade.<sup>12</sup>

Para o autor, esse problema decorre da confusão entre globalização - considerada por ele inevitável - e

globalismo ou neoliberalismo. E a solução para tal problema encontra-se no resgate do espaço da política, no âmbito dos Estados.

O fato é que a globalização, na prática, trouxe alguns resultados que contrariaram várias expectativas positivas iniciais. Os principais efeitos negativos normalmente apontados estão relacionados com o aumento das desigualdades sociais em face da concentração da renda, e, sobretudo, com a intensificação dos problemas socioambientais globais, representados pelo aparecimento de riscos de acidentes nucleares, pela desertificação, pela perda da biodiversidade, efeito estufa entre outros.

Alguns fatores como a industrialização, a produção agrícola moderna, biotecnologias entre outros, tiveram e ainda têm um grande impacto sobre os recursos naturais terrestres. É claro que a degradação<sup>13</sup> dos ecossistemas, - ocorrida de forma desproporcionada e fortemente sentida por determinadas populações - já tinha se iniciado anteriormente, por volta da década de cinquenta. Isto porque, nesta época, já havia empresas multinacionais poluidoras; riscos produzidos por armas nucleares; produções agrícolas ecologicamente insustentáveis etc. Mas foi cerca de três décadas depois,<sup>14</sup> que o desequilíbrio ecológico começou a ser mais sentido e divulgado nas sociedades, e os *riscos* de comprometimento da vida na terra tiveram um aumento significativo.

Tais fenômenos, de consequências até mesmo imprevisíveis e de difícil delimitação, afetam a todos indistintamente, e apresenta-se como um dos temas

tratados pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, da Universidade de Munique, em seu livro *A Sociedade de Risco*. Nesta obra, Beck trata de afirmar a *incerteza* contida no conhecimento técnico; e de uma sociedade que se expõe ao risco de maneira consciente/inconsciente, como resultado de uma *modernização da modernização* ocorrida na contemporaneidade da mundialização da economia ocidental.

De acordo com Beck, a *primeira modernidade*, iniciada a partir do século XVIII, é representada pelo Estado nacional, caracterizado pelo pleno emprego, pela rápida industrialização, pela exploração da natureza *não visível*, ou seja, representava o modelo de sociedade industrial. Atualmente, segundo ele, vivenciamos a *modernização da modernização*, *segunda modernidade* ou *modernidade reflexiva*, num tempo onde há a necessidade de se enfrentar novos desafios produzidos pela primeira modernidade como, por exemplo: a globalização, o desemprego/subemprego, os riscos globais da crise ecológica entre outros.<sup>15</sup>

Na sociedade de risco contemporânea, os *perigos* caracterizam-se pelas circunstâncias fáticas que sempre ameaçaram a sociedade; enquanto que os *riscos* são criados artificialmente pelo homem, são consequências do seu livre arbítrio. Nesse contexto, a falta de informação e de conhecimentos científicos que esclareçam a necessidade do afastamento dos riscos é uma realidade. Deste modo, o risco permanece invisível, chegando raramente ao conhecimento público, representando o lado obscuro do desenvolvimento.<sup>16</sup>

Atualmente os riscos ecológicos não estão ads-

tritos a determinada classe ou camada da população. Tratam-se de riscos globalizados, que avançam as fronteiras dos Estados nacionais, e promovem ameaças na mesma proporção, ou seja, globais ou, no mínimo, regionais. Isto é o resultado de uma globalização que estabeleceu uma nova dinâmica, não só para os ecossistemas, mas para as sociedades nos âmbitos político, econômico e social.

Contido na globalização, e ainda assim claramente distinto dela, há um padrão de distribuição dos riscos no qual se encontra um material politicamente explosivo: cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um *efeito bumerangue*: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente “latentes efeitos colaterais” rebatem também sobre os centro de sua produção. Os atores da modernização acabam, inevitavelmente e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram. Isto pode ocorrer de diversas formas.<sup>17</sup>

Ulrich Beck aponta como característica da sociedade do risco, o *efeito bumerangue*, que significa a propagação generalizada dos perigos como, por exemplo, os agrotóxicos adquiridos em mercados do primeiro mundo e utilizados nas plantações em países periféricos - exportadores de produtos agrícolas (primários) -

que são reenviados aos países desenvolvidos sob a via da exportação de tais produtos contaminados/envenenados.

Ante o exposto, a sociedade de risco - e todas as consequências que a sua estrutura e organização produzem - precisa ser evidenciada de forma ampla, ou seja, há a necessidade de se informar a sociedade sobre a existência dos riscos,<sup>18</sup> e a potencialidade dos danos, criando-se as condições para que se possa, de forma democrática, definir o nível de risco aceitável socialmente. É, deste modo, necessário tornar mais transparente e participativo o processo de decisão, e buscar a implementação de uma política nacional e internacional de prevenção ou precaução com relação aos danos ambientais.

Bello Filho atenta para a falta de consenso entre os sociólogos acerca do significado da expressão *sociedade de risco*, como uma característica da pós-modernidade. Contudo, apesar de todos os questionamentos e divergências relativos ao tema, o autor aponta como unanimidade a convicção de que o tema *risco* é trivial ao discurso pós-moderno, e que no mundo contemporâneo as questões que podem ser caracterizadas como “de risco” representam conexões entre causas e efeitos presentes, mesmo que isso ocorra apenas na lógica do discurso.<sup>19</sup> Porém, o autor objeta que a questão do risco remonta ao período de transição entre a Idade Média e Idade Moderna, e que,

As incertezas mencionadas por teorias do risco que caracterizam a sociedade pós-moderna

como uma “sociedade do risco” são apenas sensações dos tempos atuais. Em épocas onde a própria complexidade da sociedade era diminuta e onde o pouco domínio do Homem sobre a natureza justifica inseguranças e incertezas as possibilidades de risco eram muito mais relevantes do que as atuais.<sup>20</sup>

De fato, vários fatores que remontam da Idade Média, as grandes pestes e epidemias são exemplos dos relevantes perigos pelos quais as sociedades da época vivenciavam. No entanto, entende-se que, em termos ecológicos, - e se referindo especificamente não às circunstâncias fáticas, mas aos riscos criados artificialmente pelo homem - após o advento da industrialização, e, principalmente depois da Segunda Grande Guerra e da utilização da bomba atômica, os riscos aos quais o meio ambiente está exposto - e, por consequência, a própria Humanidade - não encontra precedentes históricos.

Por fim, a *sociedade de risco* hoje é evidente. Suas características podem ser vistas e sentidas no local e no global e, por vezes, apresenta-se mesmo banalizada, consumida e afogada pelos trabalhos da mídia atual, que alimenta um processo constante cujo propósito é evidenciá-la de forma tímida, e ocultá-la de forma hegemônica e eficiente. Esse processo, - que atende aos interesses financeiros de aumento do lucro das grandes corporações, e que hoje apresenta perfeita simbiose com os governos nacionais - desconsidera as dimensões ecológicas e sociais, ainda que as grandes empre-

sas estejam investindo pesado em *marketing*, a fim de parecerem “sustentáveis” naqueles âmbitos.

### 1.1. *Desenvolvimento tecnológico.*

Atualmente, o paradigma tecnológico surge também para definir novos padrões de competitividade entre os países. Caldwell atenta para o fato de que “a tecnologia moderna nas mãos das potências imperialistas foi um instrumento de exploração, que não podia ser transferido para outras mãos exceto sob rigorosa supervisão, com severas restrições e limites.”<sup>21</sup>

O desenvolvimento tecnológico contribui para imprimir um diferencial entre os países e; ainda possui a finalidade de satisfazer as necessidades humanas. Não obstante esse lado positivo do avanço tecnológico, este pode representar, frequentemente, um risco à saúde e à vida na Terra. Isso porque engenhos são construídos com várias finalidades, dentre as quais a própria destruição da vida, como é o caso das armas nucleares, químicas etc. Além desse aspecto, a tecnologia ainda produz tanto efeitos positivos quanto negativos no meio ambiente, seja minimizando os efeitos da degradação, seja promovendo-a.<sup>22</sup>

Por esses motivos é que alguns autores defendem um maior disciplinamento das inovações tecnológicas pelo Estado, com o intuito de minimizar os riscos negativos trazidos pelas mesmas. Nesse sentido, Derani afirma que

É dever do Estado minimizar os efeitos negativos e os riscos apartados por novas tecnologias

direcionadas a resultados privados, fomentando o aumento da vantagem social dentro do lucro privado. O Estado deve disciplinar este desenvolvimento tendo em vista uma economia global, procurando resguardar a competitividade no mercado interno e externo e a utilidade social das inovações.<sup>23</sup>

Quanto ao aspecto ambiental, a tecnologia apresenta duas faces: serve para amenizar os efeitos da degradação e para a evolução de um sistema de gerenciamento ambiental eficiente; por outro lado, constitui um *risco* para a saúde e para o meio ambiente. Com relação a esta última afirmativa, por exemplo, sabe-se muito pouco a respeito do impacto da biotecnologia agrícola no meio ambiente, ou na saúde humana. Sobre esse assunto, Santos afirma que:

Se a produção pode aumentar excepcionalmente, fá-lo-á à custa da biodiversidade. Se plantas e animais podem ser sujeitos à engenharia genética para se tornarem mais resistentes às doenças, à seca, ou aos herbicidas, isso é no fundo um incentivo a tolerar e até a promover a degradação ecológica. Mas o aspecto mais saliente da biotecnologia agrícola do ponto de vista das relações Norte/Sul é que ela certamente agravará tanto a sobreprodução do Norte como a subprodução do Sul. A grande novidade da biotecnologia é que ela é levada a cabo por grandes empresas multinacionais que sujeitam as patentes às des-

cobertas biotécnicas e que, por isso, privam dos seus benefícios todos os que não puderam pagar os direitos autorais (*royalties*).<sup>24</sup>

Nesses termos, entende-se que os recursos tecnológicos, apesar de muitas vezes atenuarem ou reduzirem os efeitos nocivos ao meio ambiente, são incapazes, de forma isolada, de resolverem os atuais e gravíssimos problemas ambientais. Além disso, é importante destacar que os *milagres da tecnologia* são utilizados com grande maestria no âmbito político; e cita-se o exemplo das tentativas da Casa Branca norte-americana em subverter o que a ciência informa sobre mudanças climáticas. Sobre esse ponto, segundo o jornal *The Observer*, o presidente Bush insiste que os Estados Unidos conseguirão resolver qualquer problema climático com uma boa dose de alta tecnologia americana e, para justificar a sua posição, o presidente promoveu até mesmo a distorção de resultados de pesquisas que fossem contrárias às políticas governamentais.<sup>25</sup>

Assim, atenta-se para o fato de que o poder tecnológico reside no seio de nações desenvolvidas e, mais especificamente, é adstrito a um número reduzido de atores que se destacam nos âmbitos econômico e/ou político. Aqui, o cerne da questão é o fato de que o desenvolvimento tecnológico é preponderantemente direcionado à maximização do lucro, e escassamente na promoção de fins socioambientais. Daí a pertinência da ideia de que não se pode esperar numa mudança de paradigma, ou um senso ético e humano repentino daqueles que até agora caminharam a passos fortes no sentido contrário.

Finalmente, apesar das *promessas* da tecnologia, talvez seja mais prudente intentarmos decisões e ações responsáveis, levando-se em consideração dados e projeções atuais, e com vistas à sobrevivência salutar das gerações futuras, não se pondo em risco, dessa forma, o que não nos pertence, e resguardando-se, assim, um meio ambiente ecologicamente equilibrado também para as gerações vindouras.

## **2. Mudanças climáticas, uma aposta responsável?**

A problemática das mudanças climáticas envolve a questão do efeito estufa. A Terra recebe a radiação do Sol, parte dessa radiação é refletida pela atmosfera e pela superfície terrestre, a outra acaba por aquecer a superfície e voltar novamente para o espaço na forma de irradiação infravermelha.<sup>26</sup> Assim, conforme site do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação:

A maior parte da irradiação infravermelha que a Terra emite é absorvida pelo vapor d'água, pelo dióxido de carbono e outros “gases de efeito estufa” que existem naturalmente na atmosfera. Esses gases impedem que a energia passe diretamente da superfície terrestre para o espaço. Ao invés disso, processos interativos (como a radiação, as correntes de ar, a evaporação, a formação de nuvens e as chuvas) transportam essa energia para altas esferas da atmosfera. De lá, ela pode ser irradiada para o espaço. É bom que

esse processo seja mais lento e indireto, porque se a superfície terrestre pudesse irradiar energia para o espaço livremente, nosso planeta seria um lugar frio e sem vida, tão desolado e estéril quanto Marte.<sup>27</sup>

A especificidade dos gases com efeitos de estufa está em sua capacidade de retenção das irradiações, ou seja, da energia sob a forma de calor (convindo ressaltar que tais gases se encontram naturalmente na atmosfera, sem qualquer interferência humana). Entretanto, “como consequência das atividades humanas (antrópicas) na biosfera, o nível de concentração de alguns desses gases, como o CO<sub>2</sub> [dióxido de carbono], CH<sub>4</sub> [metano] e N<sub>2</sub>O [óxido nitroso], vem aumentando na atmosfera”<sup>28</sup>.

É evidente, mormente após a revolução industrial, que a sociedade modificou sua forma de vida, utilizando cada vez mais os recursos naturais e modificando a natureza como um todo.

Tomando como exemplo a queima de combustíveis fósseis, onde é corrente a emissão de CO<sub>2</sub>, além de CH<sub>4</sub>, N<sub>2</sub>O, CO e outros gases expelidos durante o processo de combustão<sup>29</sup>, é possível imaginar que a quantidade de emissões vem aumentando desde a revolução industrial.

Se o maior uso de combustíveis fósseis gera emissão de CO<sub>2</sub>, e, assim, a atmosfera passa a receber os gases oriundos de ações humanas, não é demais concluir que haverá aumento da concentração deste tipo de gás.

Nesta linha de raciocínio, mas num panorama mais aberto que o apresentado, onde as emissões de ga-

ses são oriundas de diversos setores - especialmente o de energia, e em razão das mudanças no uso da terra e florestas - a concentração dos gases com efeito de estufa tenderá a aumentar, provocando, como consequência, maior retenção de irradiação infravermelha e, conseqüentemente, o aumento da temperatura terrestre e mudanças no clima.

Os efeitos decorrentes deste aumento da temperatura terrestre ou a gravidade com que ocorrerão são incertos, com inúmeras variáveis que tornam possíveis previsibilidades serem questionadas, contudo, indícios do que poderá vir a ocorrer são possíveis de serem formulados, e aos poucos as previsões são comprovadas até mesmo com episódios fáticos:

As provas científicas sobre as causas e as futuras trajectórias das alterações climáticas estão sempre a consolidar-se. Em particular, os cientistas conseguem agora atribuir probabilidades aos resultados e aos impactos das temperaturas sobre o ambiente natural associados com os diversos níveis de estabilização das emissões de gases com efeito de estufa na atmosfera. Os cientistas também compreendem agora muito melhor as possibilidades de reacções em cadeia dinâmicas que, em épocas anteriores de alterações climáticas, amplificaram fortemente os processos físicos subjacentes.<sup>30</sup>

Sem a pretensão de exaurir as possibilidades, dentre os efeitos das mudanças climáticas podem ser

elencados o derretimento de glaciares, redução do rendimento de culturas agrícolas, aumento do nível dos mares, vulnerabilidade de ecossistemas, desertificação e aumento de eventos extremos da natureza, como furacões<sup>31</sup>.

Ainda que as comprovações científicas dos efeitos das mudanças climáticas estejam sendo realizadas, revistas e reafirmadas, elas possibilitam crer com convicção sobre sua veracidade (como o relatório Stern prescreve: “As provas científicas são agora esmagadoras: as alterações climáticas apresentam riscos globais muito graves, que exigem uma resposta global urgente”). Para o proposto no artigo, contudo, criticar-se-á o ponto de vista cético: daqueles que creem no aumento da concentração cada vez maior de gases com efeito de estufa na atmosfera mas que não concluem sobre o efeito decorrente, e aqueles que sequer acreditam no aumento da concentração de gases por falta de comprovações robustas.

### **3. A heurística do medo.**

#### **Agir com responsabilidade e com precaução.**

A ética proposta por Hans Jonas inclui a possibilidade de se criar um temor, uma possibilidade, ainda que fictícia e sem justificativa, de perder aquilo tido como importante ou essencial para o Homem, a ponto deste medo ensejar (não exclusivamente) o desenvolvimento técnico necessário para que se certifique da inoportunidade do receio, ou mesmo suscitar a ponderação

do quanto essencial é o desenvolvimento ou aplicação do determinado feito que poderia levar à ocorrência do receio, a fim de, assim, se possibilitar vias alternativas. A heurística do medo serviria como pontuação daquilo que não deveria vir a ocorrer, em contraposição a uma situação de interesse.

Nesses termos, o mau prognóstico deve ser criado como paradigma de uma situação:

Assim como não saberíamos sobre a sacralidade da vida caso não houvesse assassinatos e o mandamento “não matarás” não revelasse essa sacralidade, e não saberíamos o valor da verdade se não houvesse a mentira, nem o da liberdade sem a sua ausência, e assim por diante – assim também, em nosso caso, na busca de uma ética da responsabilidade a longo prazo, cuja presença ainda não se detecta no plano real, nos auxilia antes de tudo a previsão de uma deformação do homem, que nos revela aquilo que queremos preservar no conceito de homem.<sup>32</sup>

A heurística do medo advém de uma ética da responsabilidade a longo prazo, a qual surge como decorrência necessária do prolongamento dos efeitos causados pela ação humana no tempo e no espaço, ou seja, deixando de ser momentâneo ou de curta duração para também se prolongar no tempo, e ampliando os efeitos causados para além do local praticado, podendo até mesmo ocorrer a globalização dos efeitos.

O prolongamento dos efeitos das ações do Ho-

mem proporcionadas pelo aperfeiçoamento da técnica criam um vasto campo de responsabilidade nunca antes cultivado, seja pela sua dimensão ou caráter global, seja por atingir gerações futuras ou mesmo por poder ser cumulativo. Nisto, Jonas afirma que

Quando, pois, a natureza nova do nosso agir exige uma nova ética de responsabilidade de longo alcance, proporcional à amplitude do nosso poder, ela então também exige, em nome daquela responsabilidade, uma nova espécie de humildade – uma humildade não como a do passado, em decorrência da pequenez, mas em decorrência da excessiva grandeza do nosso poder, pois há um excesso do nosso poder de fazer sobre o nosso poder de prever e sobre o nosso poder de conceder valor e julgar. Em vista do potencial quase escatológico dos nossos processos técnicos, o próprio desconhecimento das consequências últimas é motivo para uma contenção responsável – a melhor alternativa, à falta da própria sabedoria.<sup>33</sup>

Os efeitos decorrentes da capacidade do agir requer uma responsabilidade de longo prazo, um agir baseado na responsabilidade e consciência dos atos, qual se torna possível com a capacidade de previsão de longo prazo. O fato de a capacidade criativa e/ou de fabricação do Homem possibilitado pela técnica não ser acompanhado pela capacidade de previsão, não cria um permissivo implícito, pelo contrário, o impedimen-

to por falta de conhecimento de consequências futuras deve ser visto como uma contenção responsável. Essa responsabilidade do agir não deve ser entendida como uma tecnofobia ou impedimento ao progresso tecnológico, mas somente como uma ética necessária a um agir precavido.

Neste sentido, o temor da perda deve ser considerado como forma de proteção daquilo que é bom, daquilo que não se pretende perder. Na falta de conhecimento do mau deverá ele ser criado em contraponto aquilo entendido como bom, de forma a resguardá-lo de qualquer risco possível de concretizar o temor.

Tendo-se como referência esta ideia de Jonas, verifica-se que mesmo sendo-se cético quanto aos estudos científicos dos efeitos decorrentes da acumulação de gases de efeito estufa na atmosfera, os efeitos apresentados ainda podem ser compreendidos como *temor*, um mal (aqui *mal* em contraposição a *bem*) criado como forma de resguardar o atual cenário climático global.

A responsabilidade ética prega que se considere o cenário negativo visto a essencialidade daquilo tido como bom. O agir de forma contrária é uma aposta da geração atual cujos efeitos decorrentes poderão ser suportados pelas gerações futuras, inocentes na tomada de decisão. A primeira razão por conta de que os efeitos surtidos da elevação da concentração de gases de efeito estufa poderão implicar mudanças enormes ao longo do tempo, ou seja, refletindo sobremaneira nas gerações futuras. Portanto, estar-se-ia tomando decisões por aqueles que sentirão os efeitos. A segunda razão,

pelo fato de que as mudanças que poderão ser provocadas seriam catastróficas, com variáveis periclitantes para diversas formas de vida. Apostar na possibilidade de que o futuro sob tais mudanças ainda possuirá todas as atuais formas de vida e meios naturais não encontra respaldo lógico, sendo um enorme risco crer em tal possibilidade.

Da mesma forma, o agir não seria responsável se o motivo de qualquer inação decorresse da crença de que a própria tecnologia (avanço) poderá vir a solucionar os efeitos negativos surgidos, ou mesmo na convicção de que a capacidade de adaptação do Homem contornará os efeitos, tendo sobre isso Jonas escrito:

Uma questão muito diferente são as expectativas de milagres instiladas pelo desejo ou pela necessidade, frequentemente alimentadas por uma crença supersticiosa na onipotência da ciência. Por exemplo, a crença de que serão descobertas novas fontes de energia ou novas reservas das fontes já conhecidas, de que, enfim, nunca cessarão as surpresas positivas do progresso e algumas dessas surpresas sempre acabará por nos salvar do aperto a tempo. Esse é uma hipótese que não pode ser excluída, considerando-se a experiência do último século, embora seja irresponsável considerá-la como certa. Igualmente irresponsável seria basear-se na predição de que o homem se adapta a tudo (ou pode ser levado a isso), mesmo que tal afirmação seja provavelmente bastante correta.<sup>34</sup>

A irracionalidade de crer numa tecnologia futura ou na capacidade de adaptação do Homem como solução para um problema reside num fato comum: a aposta com risco. Crer que o avanço tecnológico futuro solucionará problemas que deveriam ser tratados no presente é apostar num fato indeterminado, visto que, caso os efeitos *criados* se concretizem e a capacidade tecnológica não seja capaz de remediar a situação, a capacidade de manejo diante de uma situação concreta e iminente será reduzida.

A heurística do medo busca exatamente afastar a crença em possibilidades incertas colocadas como salvadoras, no sentido de ensejar ações baseadas num agir responsável, em que são tomadas atitudes defronte da perspectiva de um mal sem que haja qualquer aposta num futuro incerto. Nas palavras de Jelson Roberto de Oliveira, a “heurística do temor é um antídoto contra as profecias de salvação”.<sup>35</sup>

Portanto, a comprovação científica inquestionável dos possíveis efeitos decorrentes da acumulação de gases de efeito estufa na atmosfera resta prescindível ante a sua colocação como heurística do medo, como um temor criado de sua ocorrência. O agir responsável demandaria, desta forma, ao menos a inversão do ônus da comprovação, cabendo a demonstração de que o temor não ocorrerá. A tomada de atitude em vista de evitar os efeitos propostos seria o mais sensato e ético não apenas para as gerações presentes mas sobretudo para as vindouras.

Por fim, os efeitos da acumulação de tais gases serão sentidos e vivenciados ao longo do tempo; são, de

fato, efeitos cumulativos, e que o próprio resultado das ações efetivamente tomadas possui uma lacuna temporal com a diminuição da concentração dos gases na atmosfera. Assim, as ações tomadas hoje ocasionarão resultados num futuro; as ações deixadas para que as futuras gerações tomem surtirão efeitos para um futuro mais longínquo ainda. O agir ético não possibilita apostas deste tipo.

## Conclusão

Tangenciando as discussões sobre a comprovação científica dos efeitos da acumulação de gases de efeito estufa na atmosfera, em níveis cada vez maiores em decorrência das ações humanas, a heurística do medo proposta por Hans Jonas se apresenta como uma possibilidade de ensejar discussões filosóficas que tratem das pertinências das atuais escolhas.

Considerando que determinados gases possuem a característica de causar o efeito estufa, cuja existência é encontrada na atmosfera, e que determinadas ações ou atividades humanas, ou sob sua influência, provocam emissões de tais gases, o aumento da sua concentração na atmosfera decorreria de um procedimento lógico.

De tal forma, os efeitos dessa concentração não necessitariam ser comprovados cientificamente quando colocados como temor, como algo a ser evitado. A heurística do medo reside justamente na possibilidade de se criar um mal (bem/mal) não necessariamente já experimentado.

As decisões deveriam ser tomadas com a antecedente comprovação da impossibilidade de ocorrência da previsão e não o contrário, na demonstração de que os efeitos são possíveis, sobretudo pelo fato de que a comprovação indiscutível dos efeitos provocados pela alta concentração de gases poderá demandar longo período, além de alto risco para a qualidade de vida, e para a própria vida na terra.

Assim, mesmo na hipótese de se alcançar tal comprovação, poderá ser tarde demais para a tomada das ações necessárias, ainda mais quando se tem em vista que os resultados de uma diminuição de emissão demanda longo tempo.

Não agir no sentido de se evitar o temor criado, conforme Hans Jonas, seria uma falta de ética das gerações atuais com as vindouras, uma aposta que não conviria a ser tomada, visto que a perspectiva daquilo que poderia ser feito para diminuir as emissões seriam de pouca significância ante o desconhecido que poderá ocorrer, e que ensejará igualmente desconhecidas ações e/ou adaptações das futuras gerações.

Por fim, a aplicação da heurística do medo, no âmbito da atual sociedade de risco, serviria como fundamentação filosófica para a tomada de ações legítimas, baseadas no agir ético, na responsabilidade de não se apostar/arriscar quando está em jogo efeitos catastróficos ou indefinidos, que surtirão possíveis efeitos na vida e qualidade de vida dos seres vivos.

Tais efeitos catastróficos, desde já, estão cada vez mais presentes em nosso modelo societário pós-moderno, de risco, que persegue o desenvolvimento emi-

nentemente econômico, num processo que privilegia poucos, fruto da necessidade criada de se desenvolver por desenvolver, desconsiderando-se, historicamente e progressivamente, questões sociais e ambientais.

## Notas

- 1 A *modernidade* referida neste trabalho, diz respeito ao período estabelecido na Idade Moderna, cujo ideário consolidou-se com as Revoluções Industriais, num sistema destacadamente capitalista. Estabelece-se esse marco a fim de se evitar questionamentos acerca da palavra *modernidade* como, por exemplo o faz Fagúndez quando afirma que “Fica difícil estabelecer tranquilamente o que se entende por modernidade.” Ver: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a hiper-complexidade**. São Paulo: LTr, 2003. p. 60.
- 2 BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 15-16.
- 3 Idem, p. 74-96.
- 4 Ibidem, p. 99-101.
- 5 BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. **Certificações ambientais e comércio internacional**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 50; 167.
- 6 De acordo com Vieira, “Apesar da predominância econômica, o processo de globalização transcende os fenômenos meramente econômicos e deve ser entendido também em suas dimensões políticas, ecológicas e culturais. Afetando todas as esferas da vida, trabalho, educação, lazer, expressão artística, tecnologias, administração de empresas e instituições públicas, a globalização, como vimos, implica mudanças sociais e reestruturação da ordem mundial.” In: VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 103.
- 7 MORIN, Edgar *et al.* **As duas globalizações: complexidade e comunicação uma pedagogia do presente**. Porto Alegre: EDIPUCRS; Editora Sulina, 2002. p. 39.

- 8 Idem. p. 40.
- 9 Ibidem, p. 52.
- 10 Ibidem, p. 58-59.
- 11 Bello Filho, *op. cit.*, p. 83-85.
- 12 Idem, p. 105-06.
- 13 Aqui, o termo *degradação* é apresentado como o dano de forte impacto no meio ambiente, diferente daquela *degradação* ocorrida em tempos remotos, que não provocava alterações tão claras e sentidas no ambiente natural. Com exceção, é claro, dos impactos causados pelas duas Revoluções Industriais.
- 14 Observa-se, nesta oportunidade, a ocorrência da chamada “Revolução Tecnológica” na década de setenta, no âmbito dos países desenvolvidos. Cf. THORSTENSEN, Vera *et al.* **O Brasil frente a um mundo dividido em blocos**. São Paulo: Nobel, 1994. p. 20-24.
- 15 Beck, Ulrich; ZOLO, Danilo. **A Sociedade Global do Risco**: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2014.
- 16 TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente**: inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na forma específica. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003. p. 122.
- 17 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010. p. 44
- 18 Quanto à caracterização do risco, Leite e Ayala observam que: “para realizar com alguma objetividade essa função, o Direito do Ambiente deve levar em consideração as características do risco ambiental, que poderiam ser agrupadas em torno de nove, a saber: 1. ignorância do mecanismo ou processo pelo qual deve ser admitido que é limitado e insuficiente o estado atual do conhecimento sobre como o risco se efetiva, comportando a produção ou reprodução das situações de *anonimato*; 2. a probabilidade dos custos catastróficos, oriunda da ignorância sobre o funcionamento dos mecanismos de produção dos riscos; 3. os benefícios podem ser bastante modestos; 4. a probabilidade do conhecimento e previsão do desfecho catastrófico é bastante baixa; 5. transferência interna de benefícios em associação com os riscos; 6. transferência externa de custos; 7. a probabilidade acentuada

do risco coletivo simultâneo; 8. a latência do risco, que projeta os efeitos ou retarda sua produção, se conhecida ou ignorada, no espaço e no tempo; 9. a irreversibilidade.” In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 164-65.

- 19 Bello Filho, *op. cit.*, p.156-57.
- 20 Idem, p.157-58.
- 21 CALDWELL, Malcolm. **A riqueza de algumas nações**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. p. 108.
- 22 Bianchi, *op. cit.*, p. 66.
- 23 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 178-179.
- 24 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995. p. 292.
- 25 MCKIE, Robert; TOWNSEND, Mark. Nosso Mundo. Aquecimento? Não vi. (The Observer) Documentos revelam manobras do governo Bush para omitir evidências do efeito estufa na reunião do G 8. **Carta Capital, 29 jun. 2005**, p. 64-65.
- 26 SISTER, Gabriel. **Mercado de Carbono e Protocolo de Quito: aspectos negociais e tributação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1.
- 27 Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **O que é efeito estufa?** Disponível em: <[http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/49252/O\\_que\\_e\\_Efeito\\_Estufa.html](http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/49252/O_que_e_Efeito_Estufa.html)>. Acesso em. 01. set. 2013.
- 28 Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Inventário de Emissões e Remoções Antrópicas de Gases de Efeito Estufa não Controlados pelo Protocolo de Montreal**. Disponível em: <[http://www.mct.gov.br/upd\\_blob/0004/4199.pdf](http://www.mct.gov.br/upd_blob/0004/4199.pdf)>. Acesso em: 01. Ago. 2013, p. 81.
- 29 Ibidem, p. 81.
- 30 STERN, N. **Aspectos Econômicos das Mudanças Climáticas** - Sumário Executivo. Disponível em <<http://unfccc.int/files/meetings/dialogue/application/pdf/wp20-portuguese.pdf>>. Acesso em 02. set. 2013, p. 3.
- 31 SABBAG, Bruno Kerlakian. **O protocolo de Quioto e seus Créditos de Carbono: Manual Jurídico Brasileiro de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo**. 2 ed. São Paulo, LTr, 2009, p. 21.

- 32 JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barroz Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 30
- 33 JONAS, p. 63-64.
- 34 JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barroz Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. P. 207.
- 35 OLIVEIRA, Joel Roberto de. A heurística do temor e o despertar da responsabilidade. Disponível em: <[http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4035&secao=371](http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4035&secao=371)> Acesso em: 01 set. 2013.

## Referências

- BATTESTIN, Cláudia; GHIGGI, Gomercindo. O princípio responsabilidade de Hans Jonas: um princípio ético para os novos tempos. **Revista Thaumazein**, Santa Maria/RS, ano III, número 06, p. 69-85, out. 2010. Disponível em: <[http://sites.unifra.br/Portals/1/ARTIGOS/numero\\_06/battestin\\_5.pdf](http://sites.unifra.br/Portals/1/ARTIGOS/numero_06/battestin_5.pdf)>. Acessado em: 25 jan. 2013.
- BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. **A Sociedade Global do Risco**: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2014.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.
- BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. **Certificações ambientais e comércio internacional**. Curitiba: Juruá, 2002.
- CALDWELL, Malcolm. **A riqueza de algumas nações**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FAGÜNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTr, 2003.

FONSECA, Lilian Simone Godoy. **Hans Jonas e a responsabilidade do homem frente ao desafio biotecnológico**. Disponível em: <<http://www.ufmg.br/online/arquivos/anexos/Tese%20Lilian%20S%20Godoy%20Fonseca.pdf>>. Acessado em: 25 jan. 2013.

**Inventário de Emissões e Remoções Antrópicas de Gases de Efeito Estufa não Controlados pelo Protocolo de Montreal**. Disponível em: <[http://www.mct.gov.br/upd\\_blob/0004/4199.pdf](http://www.mct.gov.br/upd_blob/0004/4199.pdf)>. Acesso em: 01. Ago. 2013.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barroz Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MCKIE, Robert; TOWNSEND, Mark. Nosso Mundo. Aquecimento? Não vi. (The Observer) Documentos revelam manobras do governo Bush para omitir evidências do efeito estufa na reunião do G 8. **Carta Capital, 29 jun. 2005**, p. 64-65.

MORIN, Edgar *et al.* **As duas globalizações**: complexidade e comunicação uma pedagogia do presente. Porto Alegre: EDIPUCRS; Editora Sulina, 2002.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; Brito, Franclim Jorge Sobral de. **Segunda modernidade e responsabilidade**: a questão ambiental a partir da interface entre tecnociência e ética à luz do pensamento de Hans Jonas.

OLIVEIRA, Jelson Roberto de. A heurística do temor e o despertar da responsabilidade. Entrevista disponível em: <[http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4035&secao=371](http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4035&secao=371)>. Acessado em: 25 jan. 2013.

Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **O que é efeito estufa?** Disponível em: <[http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/49252/O\\_que\\_e\\_Efeito\\_Estufa.html](http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/49252/O_que_e_Efeito_Estufa.html)>. Acesso em: 01. set. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

- SILVEIRA, Denis Coitinho. **Uma análise do Princípio de Responsabilidade de Hans Jonas**: suas implicações metaéticas. Disponível em: <<http://www.revistaethica.com.br/V17N2art8.pdf>>. Acessado em: 25 jan. 2013.
- SISTER, Gabriel. **Mercado de Carbono e Protocolo de Quito**: aspectos negociais e tributação. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- STERN, N. **Aspectos Econômicos das Mudanças Climáticas** - Sumário Executivo. Disponível em <<http://unfccc.int/files/meetings/dialogue/application/pdf/wp20-portuguese.pdf>>. Acesso em 02. set. 2013.
- TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente**: inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na forma específica. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.
- THORSTENSEN, Vera *et al.* **O Brasil frente a um mundo dividido em blocos**. São Paulo: Nobel, 1994.
- VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.



# Políticas Públicas de Inclusão Digital em Aldeias Indígenas

## *Public Policy on Digital Inclusion on Indian Villages*

Artigo recebido em 17/04/2014.

Revisado em 19/05/2014.

Aceito para publicação em 20/06/2014.

### **Mariana Almirão de Sousa**

Advogada, formada pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie, Pós graduanda em Direito Constitucional pelo Instituto Damásio de Jesus, Pós graduanda em Direito Civil pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie, Mestranda em Direito Político e Econômico pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie.

## Resumo

Partindo do entendimento da inclusão digital como inclusão social e considerando as questões indígenas intimamente ligadas às garantias de acesso ao conhecimento técnico e científico, desenvolve-se um entendimento sobre as formas de articulação governamental utilizadas pelo Estado para efetivar políticas públicas para comunidades indígenas. No intuito de que o desenvolvimento de habilidades no uso das ferramentas de tecnologias da informação permitam às suas comunidades dar voz aos seus anseios, considerando-os como interlocutores válidos e respeitados da chamada sociedade digital.

## Palavras-chaves

Políticas Públicas; Inclusão Digital. Comunidades Indígenas.

## Abstract

Based on the understanding of digital inclusion as social inclusion and considering indigenous issues intimal related to the guarantee of access to scientific and technological knowledge, it's developed an understanding of the forms of articulation used by the state to enforce policies for indigenous communities. In order that the development of skills in the use of technological tools which enables communities to give voice to

their concerns, considering them as valid interlocutors and respected by the so called digital society.

## Keywords

Public Policy. Digital Inclusion; Indigenous communities.

## Sumário

Introdução. 1. Aspectos relevantes sobre a inclusão digital. 1.1. Situação da rede no Brasil e no mundo. 1.2. Comentários Sobre Políticas Públicas Brasileiras de Inclusão Digital. 2. GESAC - O Programa. 2.1. Objetivos do Programa. 2.2. Dados Referentes ao Programa. 2.3 Monitores. 3. A internet em Comunidades Indígenas. 3.1. A identidade cultural no contexto digital. 3.2. A experiência Suruí. 3.3. O exemplo da escola indígena *Baniwa Coripaco Pamaáli*. 3.4. Discussões Relativas ao 1º Simpósio Indígena sobre Usos da Internet. 3.5. Outros exemplos. 4. Uma Proposta de Solução Através da Integração. 4.1. Necessidade de fazer avaliações para identificação e resolução de problemas. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

Hodiernamente, os meios digitais movem a sociedade de informação, que está cada vez mais impeli-

da a utilizá-los. Desde formas de se comunicar, realizar negócios e divulgar ideias, até questões oficiais, como a declaração de imposto de renda e inscrição em concursos públicos. Fazendo com que o cidadão para se valer de seus direitos e deveres, deva permanecer conectado. No entanto, no mesmo compasso de quem está incluído no mundo tecnológico, existem aqueles cujos quais sofrem com o *apartheid* digital.

Preocupado com a temática, o Governo Federal, através de ministérios e entidades tem se esforçado para garantir acesso da população à tecnologias de informação, por meio de telecentros comunitários (Decreto nº 6.991/09), inclusão digital nas escolas (Programa um Computador por Aluno - Lei 12.249/10) e massificação da Banda Larga (Decreto nº 7.1.75/10). Não há dúvida de que a inclusão digital encontra-se definitivamente na agenda política brasileira, restando demonstrado nos mais de 20 projetos do governo federal com tal finalidade.

Tal transformação consiste em um processo estrutural de construção de acessibilidade, conteúdo e serviços disponibilizados de apoio ao desenvolvimento, com intuito de aumento do nível de participação democrática.

No tocante a inclusão de povos indígenas, a temática não é recente, há mais de uma década são efetuados projetos e políticas públicas para alfabetização digital. Não sendo pertinente a discussão se computadores descaracterizariam a comunidade, tendo em mente ser um anseio de seus próprios integrantes, principalmente daqueles que possuem um maior contato

com a urbanização. Uma vez que a sensação de pertencimento a uma comunidade vai muito além de ser conectado a um mundo moderno ou não.

No próprio documento final da conferência nacional dos povos indígenas, realizada pelo Ministério da Justiça, ficou o pedido de que o Ministério da Educação, em conjunto com o Ministério das Comunicações, ampliem a implantação do Programa de Inclusão Digital nas escolas indígenas, por meio da garantia de equipamentos e de sua manutenção, aulas de informática, capacitação e assessoria de profissionais para este fim.

## **1. Aspectos relevantes sobre a inclusão digital.**

Se as tecnologias de informação forem convenientemente utilizadas podem reforçar, multiplicar e transformar o desenvolvimento de uma sociedade. Porém, para que os fins almejados sejam atingidos, há a necessidade do acesso à rede ser universal, incluindo não só o equipamento, como também tutores para expandirem horizontes com relação as oportunidades que advém da conexão. Não estamos aqui tratando apenas do viés tecnológico, e sim que a inclusão está relacionada a busca e alcance de direitos e cidadania, como a confecção de laços sociais, formas de pesquisar soluções para problemas, maneiras de divulgar ideias, utilizando o virtual para habitar melhor o território.

A inclusão digital efetiva outros direitos, como acesso à informação, busca por igualdade e liberdade de expressão, atuando em uma reação em cadeia. Não

sendo somente uma necessidade, mas um valor que acrescenta ao ser humano potencialidades e maneiras de se realizar como tal, realçando e ativando outros direitos inerentes à sua condição.

Alguns juristas entendem a inclusão digital como direito difuso, tendo como base os direitos constitucionais de garantia de acesso à informação, livre expressão intelectual, científica e de comunicação, advindos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no entanto, outros chegam a considerá-lo como direito fundamental.

### 1.1. Situação da rede no Brasil e no mundo.

Segundo o *Internet World Stats*<sup>1</sup>, no mundo, 88% dos africanos, 76,2% dos asiáticos, 41,7% dos europeus, 68,3 % dos habitantes do Oriente Médio, 21,7% dos norte-americanos, e 63,8% dos latino-americanos estão excluídos do universo *online*. Através de tais dados, é possível perceber, que o abismo digital, abrange não só a população carente, como também a classe média, em muitos desses lugares.

No âmbito pátrio, segundo o Centro de Estudos Sobre as Tecnologias de Informação (CETIC) em 2010, 27% dos domicílios brasileiros têm acesso à internet, a maioria destes se localiza no meio urbano, a região Sudeste concentra 36% desses lares conectados, 86% dessas famílias têm renda acima de 10 salários mínimos e 90% dos domicílios são ocupados pela classe A.

Já no CETIC de 2012/2013, é possível perceber que 46 % dos domicílios possui computadores, desses 40% têm acesso à internet. Sendo que famílias que re-

cebem de 2 a 3 salários mínimos estão acima da média nacional, com 57% equipadas. Os números só começam a cair a partir da faixa que recebe menos de 2 salários mínimos por mês. É interessante perceber que na área rural 71% dos moradores nunca utilizou um computador, contra 36% da área urbana. Infelizmente, a quantidade de acesso em centros públicos gratuitos é ínfima, possuindo maior apelo para famílias que recebem até 1 salário mínimo, porém destes, somente 3% os utilizam.

Quanto as finalidades do uso, 80% dos usuários utiliza a internet como meio de lazer, 84% para busca de informações, e 89% para comunicação. Do total 65%, já utilizaram o sistema de Governo Eletrônico, na maioria para consultar Cadastro de Pessoas Físicas ou emitir documentos.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 2009 foi o ano de acesso à internet para 12 milhões de pessoas em todo o Brasil. Sendo que de 2009 para 2011, houve o crescimento de 14,7% na quantidade de brasileiros com acesso, atingindo a marca de 77,7 milhões. No entanto, ainda há muito que fazer, dados elaborados pelo Fórum Econômico Mundial de 2013, colocam o Brasil na 61ª posição global em preparo para usar as novas tecnologias de informação e comunicação.

## *1.2. Comentários Sobre Políticas Públicas Brasileiras de Inclusão Digital.*

Com o objetivo de suavizar a disparidade entre incluídos e excluídos foram criadas as políticas públi-

cas de inclusão digital, visando a construção do conhecimento sobre a tecnologia de informação.

Devido à extensão territorial, e a grande quantidade de habitantes em situação de carência social e educacional, é necessário que tais políticas sejam complexas e necessitem de grandes financiamentos, configurando-se como um desafio de gestão pública.

Diante da necessidade, o governo brasileiro implantou, no ano de 1999, o Programa Sociedade de Informação, iniciando diversas políticas para prover o acesso à computadores. Que resultaram em programas desconectados, realizados por diversos ministérios, tais como o Programa Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao Cidadão (GESAC), do Ministério das Comunicações, o programa Cultura Viva do Ministério da Cultura, e o Casa Brasil do Ministério da Ciência e Tecnologia.<sup>2</sup>

Não havendo integração adequada entre os Ministérios para uma abordagem una e macro. Foi necessário para uma tentativa de solução em 2003, instituir o Comitê Técnico de Inclusão Digital, com a finalidade de coordenar e articular o planejamento e a implementação de ações. Porém, no lançamento do Programa Brasileiro de Inclusão Digital, em 2004, pretendia-se que todas as ações fossem reunidas sob a coordenação da Casa Civil, o que, de fato, acabou não se concretizando. O Comitê Técnico, por sua vez, também não foi capaz de consolidar-se como instância de coordenação e articulação e o governo preferiu transferir tal atribuição ao Ministério das Comunicações, que já vinha conduzindo o GESAC.

Em 2005, o Tribunal de Contas da União (TCU) publicou um relatório de Tomada de Contas, no qual assinalava a incapacidade do Ministério das Comunicações em estabelecer uma política consistente para a aplicação dos recursos, recomendando que a Casa Civil assumisse a coordenação, tendo em vista o grande número de atores envolvidos na definição das respectivas diretrizes. Além de concluir que as iniciativas inclusivas persistiam dispersas e com orçamento irrelevante devido à falta de prioridade do governo federal para o assunto, tendo sido constatado um descompasso entre a retórica e a prática do governo.

No mesmo ano, a BDO Trevisan, consultoria contratada pelo governo federal, apresentou um Macro Plano de Inclusão Digital, sendo levantado a falta de gestão integrada das iniciativas, a desarticulação entre os ministérios, a ausência de definição de responsabilidades e papéis, a duplicidade de esforços e por fim, a inexistência de uma política de inclusão digital.<sup>3</sup> Ainda hoje, muitos desses problemas ainda são verificados, para Sartório, quando se tenta descobrir qual é a instância de coordenação da política pública brasileira de inclusão, a resposta é imprecisa, levando à reflexão se mesmo existiria tal política.

No ano de 2011, O TCU constatou que, em 2011, 62% dos domicílios brasileiros não tinham acesso à internet, na área rural, a proporção está em 90% sem acesso. O parecer prévio de 2012, emitido pelo Tribunal de Contas, traz análises sobre a situação da inclusão e aponta que as diferenças regionais e a falta de articulação governamental continuavam sendo alguns

dos principais entraves para o seu desenvolvimento homogêneo no país e alcance de metas estabelecidas pelo Ministério das Comunicações.

O Plano Plurianual 2012-2015 estabelece como meta geral de inclusão digital que, até 2015, 70% da população brasileira utilize a internet, com acesso banda larga ou discado. Entretanto, a escassez de recursos orçamentários e a necessidade de aumento da articulação entre Ministério, estados e municípios para dar mais efetividade às medidas planejadas são as principais dificuldades enfrentadas.

Em relação aos principais programas de inclusão digital do governo federal, o tribunal observou falta de correlação entre as metas do orçamento e os programas de inclusão digital do ministério, sendo que o GESAC, maior programa de inclusão, sequer era constado.

Para solucionar os problemas de comunicação entre os Ministérios, os programas foram integrados através da criação da Secretaria de Inclusão Digital no Ministério das Comunicações, responsável pela centralização desses projetos.

Como podemos perceber, problemas relacionados à falta de coordenação e articulação entre as diversas esferas e órgãos governamentais evidenciam que tal política pública ainda não se consolidou no país.

## **2. GESAC – O Programa.**

O Programa Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão, coordenado pelo Ministério

das Comunicações, passou a ser uma realização conjunta de treze Ministérios, sendo que esses, atualmente, também tem seus próprios programas inclusivos. Necessitando de parcerias com agentes externos ao governo para poder efetua-las, associando-se ao poder privado para angariar patrocínios, como é o caso da empresa *Microsoft*, e a organismos não governamentais na atuação *in loco* nas comunidades. Sendo implementado por meio de execução direta, com contrato de prestação de serviços de conectividade.

O GESAC desenvolve atividades junto a governos estaduais e municipais, inclusive, tendo unidades instaladas em prefeituras. Sendo celebrados convênios para a montagem de telecentros comunitários junto a instituições da sociedade civil, com as quais o Ministério das Comunicações mantém termos de cooperação.

Na implementação de tais políticas é necessário uma articulação entre todos os sujeitos para que o fim seja alcançado. Há a necessidade de planejar a ação, organizar meios de conseguir o auxílio financeiro, encontrar um lugar viável para implantação, posteriormente, necessitando de técnicos para manutenção dos equipamentos e professores para auxiliar alunos a como utilizar o mundo digital.

## 2.1. *Objetivos do Programa.*

O programa busca a conectividade de telecentros comunitários, escolas, bibliotecas públicas, comunidades quilombolas, regiões de fronteira e aldeias indígenas, promovendo gratuitamente a inclusão em

locais de difícil acesso e em comunidades com estado de vulnerabilidade social.

Contando com unidades de comunicação, através de conexão por satélite, modem que permitem uma conexão limitada à internet, com velocidade, variando de 256 kbps a 8 Mbps, funcionando em escolas, unidades militares e telecentros, com média de apenas sete computadores em cada ponto.

## *2.2. Dados Referentes ao Programa.*

Em 2003, o GESAC representava uma rede de 3,2 mil pontos de presença no país. Os contratos firmados em 2008 estenderam a rede para mais de 11 mil pontos. Em 2010, já eram 14.921, ampliando a efetividade do Programa para 4.750 municípios, particularmente em regiões com dificuldade de acesso à internet e a outros meios de comunicação.

Em outubro desse ano, o Ministério das Comunicações publicou um edital de ampliação do Programa, para cerca de 29 mil pontos. Porém, para tanto, será realizado um pregão eletrônico, do tipo menor preço, cujo qual desconsidera a qualidade técnica. Nesse caso é comum que empresas sem capacidade de manter todo o sistema, ganhem, por apresentarem preços que posteriormente, não se transformarão em qualidade do serviço e equipamentos.

## *2.3. Monitores.*

Os recursos humanos e sua capacitação são um dos aspectos de maior complexidade envolvidos nas

políticas públicas de inclusão digital. O agente da inclusão é o ator fundamental para o cumprimento dos propósitos da iniciativa. Sendo que a eficácia do telecentros também depende da qualidade e do preparo dos monitores que lá trabalham. O qual deve ter acesso a conteúdo e instruções atualizadas sobre como lidar com as ferramentas da internet, bem como saber ensinar o usuário sobre os potenciais que a inclusão possui no contexto sociocultural local.

Monitores deveriam possuir uma preparação para instruir usuários a utilizar os equipamentos, bem como um conjunto de conhecimentos para interagir em uma rede digitalizada. Com esse intuito, o Governo Federal implementou um projeto de Formação GESAC, cujo qual teve duração de um ano, entre setembro de 2010 a abril de 2011, perfazendo uma carga horária de 432 horas, com o propósito de oferecer educação técnica e alavancar o desenvolvimento de habilidades voltadas para inclusão digital das comunidades. Destinou-se à capacitação de 739 monitores de pontos GESAC, visando prepará-los para repassar a formação no uso da tecnologia.

É importante que tais projetos de formação e atualização sejam contínuos, tendo em vista, os novos pontos que surgem ano a ano, como também a rotatividade desses profissionais.

### **3. Internet em Comunidades Indígenas.**

No tocante à questão indígena, é papel do sistema de ensino da União cumprir com as demandas sociais

em consonância com a Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que dentre as atribuições está a do artigo 78: “garantir aos índios, suas comunidades e povo, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não índias.”<sup>4</sup>

Cabe ao Poder Público, fornecer a tecnologia, e ensinar como usá-la, além do mero intuito de frequentar redes sociais. Incentivando a realização de cursos à distância, troca de informações entre comunidades indígenas para discussão de problemáticas e suas soluções.

A entrada de recursos tecnológicos proporciona um espaço, que a mídia de massas não permite, no qual podem divulgar suas expressões culturais, lutas, tradições, sem que seja filtrado por olhares acadêmicos ou de observadores passageiros. Como destaca Canevacci,

Esta produção cria novas fronteiras de linguagem icônica e digital, com foto, vídeo e o uso da internet, cada vez mais comum, pela população indígena. O uso das novas tecnologias permite uma nova subjetividade, dando fim ao monopólio obsoleto da escrita acadêmica.

Em 2012, foram mapeados 111 pontos de internet entre povos indígenas e 77 mídias eletrônicas produzidas pelos próprios ou por Organizações Não Governamentais (ONG) em nome deles. Nos quais cada comunidade utiliza-se de recursos distintos de acordo com a história, localidade e possibilidades.

### 3.1. *A identidade cultural no contexto digital.*

Para Monastérios, em seu estudo sobre políticas comunicativas e representações de identidade, a internet é um instrumento político para os povos indígenas, ao passo que reforça e difunde suas identidades. Através de um fortalecimento cultural, elevando a autoestima de povos estigmatizados em contextos locais e nacionais. Fazendo com que exponham diretamente o modo como querem ser vistos, e não a representação através das lentes de estudiosos.

A internet promoveu a abertura de horizontes – contrariando o pensamento de uma grande maioria interessada em nos manter amordaçados – trouxe-nos novos significados, sem que isso implique no abandono das nossas tradições. Devolvendo nossas vozes, que foram caladas por muito tempo, coberta pelas vozes dos que julgam especialistas. Conectar-se ao mundo através da internet é ter direito a ter um rosto, e fazer ouvir nossa voz é saber dos acontecimentos e interesses que envolvem toda a humanidade. Através desse mecanismo tecnológico conseguimos perceber uma janela para o mundo, a tão sonhada inclusão dos Povos Indígenas, como sociedade fundamentada, negada há décadas e décadas.<sup>5</sup>

Podemos observar que ao mesmo tempo em que os índios estão interagindo com as novas tecnologias comunicativas eles refletem sobre a sua experiência,

repensando os seus próprios comportamentos. Sendo uma condição rica e criativa de manipulação de elementos sobre suas próprias questões étnicas.

### 3.2. *A experiência Suruí Paiter.*

O GESAC, possui um ponto na comunidade dos povos Suruí, em Rondônia. Cujos quais, utilizam os cinco computadores, para manter um *website*, em parceria com a ONG Aquaverde, para sua implantação, e da empresa *Google*, na capacitação dos integrantes.

Mantido por uma associação cuja diretoria e integrante são indígenas, o espaço desenvolve projetos de comunicação, como forma de divulgação das atividades desempenhadas nas aldeias, visando o benefício da comunidade a longo prazo. Também mantém o Plano Suruí 50 anos, no qual pleiteiam que possam manter o controle sobre o seu território nos próximos 50 anos.

Com a implantação do programa foi necessário uma reorganização política do grupo, reconfigurando e reavaliando as posições de liderança, em razão de ser a única forma de organização capaz de garantir um consenso para as decisões envolvidas no plano. Neste novo modelo, foi criado um cargo de líder maior do povo suruí, o labiway e saga, que é o representante dos Suruí perante a sociedade não-suruí e o responsável pela articulação da política com os atores externos. O labiway e saga é designado pelas lideranças tradicionais de cada aldeia, que continuam representando a autoridade legítima.

Isso mostra que a articulação entre o uso da in-

ternet e as formas de organização social e política indígenas pode fortalecer a organização e ao mesmo tempo atualizá-la. Nesse sentido, o uso dos meios de comunicação mostra ser um importante instrumento na atuação dos grupos sobre o próprio destino, na gestão e ampliação de suas relações com a sociedade não indígena.

### 3.3. *O exemplo da escola indígena Baniwa Coripaco Pamaáli.*

Na região de São Gabriel da Cachoeira, no Amazonas, há uma parceria entre sociedades não governamentais, setor privado, estatal e sociedade civil, no qual uma das três antenas do GESAC na região está em uma escola indígena *Baniwa Coripaco Pamaáli*, movida através de energia solar. Lá, na teoria, são desenvolvidos projetos políticos e pedagógicos visando a valorização das línguas nativas.

Isis Vale, mestre pela *Université Paris 8*, estudou a inclusão digital da escola em 2011. No período em que passou no local, percebeu que por meses a internet não funciona devido problemas de manutenção dos aparelhos, do gerador de energia ou do satélite. Sendo que raramente há a visita de técnicos, e quando há, os próprios indígenas devem pagar por metade da viagem, cuja qual que deveria ser gratuita.

A questão, da internet, é complicada não só nas aldeias, que necessitam de um gerador para tanto, mas também em áreas urbanas próximas, devido à falta de infraestrutura para tanto.

Os geradores funcionam apenas algumas horas

por dia, quando anoitece. No entanto, o satélite somente fornece internet durante o dia. Sendo necessário que os professores que possuem os dez computadores do GESAC, carreguem a bateria durante a noite, para poder usar no dia seguinte.

Somente uma das placas solares que deveriam fornecer energia para o local funciona, uma vez que eles não possuem o conhecimento técnico para interconectá-las. A única bateria em funcionamento só permite alimentar o receptor do sinal da internet, tornando impossível ligar o roteador sem fio e o computador ao mesmo tempo. Acrescentando aos problemas de energia, a conexão é intermitente, funcionando somente em céu aberto. Demonstrando a falta de planejamento do governo, que acarreta um desperdício de recursos utilizados.

Devido a todos os problemas técnicos, o programa não consegue abranger alunos da escola, cujos quais não possuem acesso aos computadores.

#### *3.4. Discussões Relativas ao 1º Simpósio Indígena sobre Usos da Internet.*

Em novembro de 2010 aconteceu na Universidade de São Paulo o 1º Simpósio Indígena Sobre Usos da Internet. Reunindo 24 representantes de comunidades indígenas, no intento de discutir políticas de inclusão digital.<sup>6</sup>

Representantes do Xingu, trouxeram a visão de que nos povos Ikpeng, a internet é utilizada prioritariamente para auxiliar com o ensino, evitando que seja

necessário que jovens tenha que deixar as comunidades para estudar. No ano de 2011, os Ikpeng lançaram um site, almejando usar a internet para fiscalizar seu território, em uma parceria com o *Google*, como já fazem os Suruí Paiter. Apesar disso, dificuldades técnicas e falta de capacitação, assim como vetos das lideranças mais velhas restringem o uso da internet pela comunidade.

Além disso, as políticas que chegam as aldeias não têm continuidade, ao passo que não há auxílio estatal para o ensinamento de como usar o mundo digital. O que fica representado nas palavras do indígena Takumã Kuikuro, “eu nunca fiz curso de informática para mexer com internet, divulgar cultura”. Fazendo com que a apropriação da internet, seja difícil mesmo entre os jovens.

O problema se repete entre os Guarani Mbya, do estado do Rio de Janeiro, as máquinas foram doadas pela ONG Comitê para Democratização da Informática, porém o equipamento ficou abandonado durante sete anos, porque nenhum membro da comunidade sabia como utilizá-los.

Já o caso dos habitantes do Vale do Juruá, demonstra a efetivação do fortalecimento entre as comunidades. Foi através da internet que grupos Kaxinawá e Jaminawa descobriram que falavam a mesma língua. Propiciando assim uma maior interação entre os povos, havendo o empoderamento de todas as etnias desse tronco linguístico.

É importante a realização de simpósios como este, para capacitar e integrar as lideranças indígenas, abrindo horizontes através da troca de histórias para utilizar a internet como projeto político.

### 3.5. Outros exemplos.

No Telecentro Comunitário na Aldeia Água Vermelha, o sistema é precário e todos os integrantes trabalham voluntariamente. A instalação dos computadores não foi um processo fácil. Principiando com um aparelho doado, quando os pontos de presença do GESAC chegaram em 2010, os aparelhos permaneceram sem instalação, sendo realizada somente em 2012.

No caso do Projeto Índios *Online*, programa social do governo atendido pelo GESAC, este não se complementou e foi abandonado pelo Estado. Inicialmente teve computadores e acesso à internet pagos pelo governo em algumas comunidades, seguido pelo ganho do prêmio ponto de cultura, que atendeu outras comunidades. Atualmente, sofre com as dificuldades para manter os pontos ativos, há falta de equipamento, pois uma vez inseridos nas comunidades, aumenta a demanda dos usuários, e o sucateamento dos mesmos. Atualmente o projeto atende comunidades de quase todos os estados da federação brasileira, que para manter o portal atualizado, recorrem a *lan houses*, e laboratórios de universidades.

Através de uma gestão compartilhada idealizada pelos próprios indígenas, o portal se tornou um movimento social, nele são feitas campanhas, petições *online* e outras formas de manifestações, mesmo sem o auxílio adequado dos programas sociais.

Recentemente, na XX Assembleia Estadual dos Professores Indígenas de Roraima, realizada em março de 2013, na comunidade Araçá, foi feita a denúncia da

existência de 28 escolas que possuem computadores, no entanto, estão parados.<sup>7</sup> Restando evidenciado que o problema continua se repetindo mesmo após a criação da Secretaria de Inclusão Digital no Ministério das Comunicações.

#### **4. Uma Proposta de Solução Através da Integração.**

A proposta da intersetorialidade, deve ser utilizada para abordar problemas de articulação, ao estabelecer uma nova lógica de gestão, superando a forma segmentada e desarticulada em que usualmente são elaboradas e implementadas as políticas públicas, fracionadas em diferentes setores.

Para isso torna-se necessário a realização de um *melting pot* entre os diversos conhecimentos especializados quanto a articulação de práticas por meio do estabelecimento de uma nova maneira de planejar, executar e controlar a prestação de serviços, quando o objetivo é garantir acesso igualitário aos desiguais. Enfim, demanda a construção coletiva dos objetivos e o compromisso de superar os problemas de maneira integrada.

A integração e coordenação das ações pressionam para mudanças nas estruturas tradicionais de governo ao substituir as estruturas funcionais hierárquicas, que refletem a especialização de saberes e modos de intervenção, por estruturas mais flexíveis, que permitam a coordenação constante em todos os níveis.

Implicando em mudanças na cultura das organizações gestoras das políticas sociais e das práticas institucionalizadas, imbuídas de valores consolidados nos formatos de atuação setorializados.

Tal estrutura proposta é também mais permeável à participação dos cidadãos. Tornando-se condição *sine qua non* para a legitimidade, sustentabilidade e eficácia das ações, uma vez que as políticas sociais, por terem um impacto direto na vida das pessoas, têm poucas chances de serem efetivas se não contarem com a adesão do público-alvo.

Por conseguinte é necessário que haja uma adaptação do programa para implantação em cada comunidade indígena, no intuito de moldar-se as particularidades locais. Fazendo que os indígenas façam parte do programa, readaptando as características da comunidade, como é o caso da implantação de vários coordenadores, ao invés de um, alocando as normas de compartilhamento indígena ao programa, na aldeia Suruí Paiter.

#### *4.1. Necessidade de fazer avaliações para identificação e resolução de problemas.*

Seguindo o caminho de ouvir os anseios sociais, fazer o planejamento expresso do Programa, posteriormente, executá-lo, sempre com um monitoramento. Realizando uma avaliação posterior, para visualizar aspectos positivos e quais aqueles que não deram certo. Com base nisso, reestruturar o projeto inicial, para que haja impacto na sociedade.

A avaliação de programas é um mecanismo de melhoria do processo de tomada de decisões. Embora não se destine a resolver ou substituir juízos subjetivos, a avaliação permite ao governante o conhecimento dos resultados de um dado programa, informação que pode ser utilizada para melhorar a concepção ou implementação de um programa, para fundamentar decisões e para melhorar a prestação de contas sobre políticas e programas públicos. As principais metas da avaliação seriam: a melhoria do processo de tomada de decisão, a alocação apropriada de recursos e a responsabilidade para o parlamento e os cidadãos.

Para avaliar a efetividade, a eficiência e o impacto do projeto é necessário fazer uma avaliação, só assim é possível uma análise ampla e acurada dos benefícios advindos, qual o público e o que ainda pode ser melhorado.

Outro ponto crítico, com relação a avaliação necessária para precisar qual a efetividade do Programa, esta ser realizada no âmbito das próprias iniciativas governamentais, com o apoio de parceiros ou não, tomando-se por base relatórios e balanços elaborados por suas unidades gestoras. Fazendo com que detalhes sobre impedimentos e restrições acabam sendo atenuados a fim de não se comprometer a continuidade orçamentária da ação, bem como aditamentos de convênios e garantias de cumprimento de cláusulas contratuais. Para solução da questão deve-se prezar por técnicas avaliativas objetivas e independentes, a fim de impedir a atribuição de juízo pessoal de valor à avaliação.

## Conclusão

No presente artigo foram analisadas as políticas públicas no âmbito do governo federal, com relação a inclusão digital de comunidades indígenas, focando no Projeto GESAC, realizado pelo Ministério das Comunicações.

Tais políticas beneficiam o desenvolvimento e a integração de comunidades nativas, sendo uma meio de educação, divulgação de conhecimentos históricos e culturais, denúncia contra eventuais abusos e descasos públicos, forma de comunicação tanto com outras comunidades quanto com o meio não indígena, para que suas vozes sejam ouvidas sem a necessidade de intérpretes – tanto midiáticos, quanto acadêmicos – cujos quais nem sempre reportam os verdadeiros anseios locais. No intuito de que não sejam apenas alvo de políticas de proteção e tutela, e sim, vozes ativas na solução de seus problemas.

Infelizmente, a inclusão digital destinada à população indígena é restrita, uma vez que depende da disponibilidade dos equipamentos, formas para conectá-los e conhecimentos para como utilizá-los. Na prática comunidades isoladas possuem dificuldade para conseguir sinal de satélite, energia elétrica, manutenção dos aparelhos, até mesmo a problemática de não saberem com utilizá-los. Para que isso não aconteça deve haver a busca de integração no âmbito federal a outras iniciativas e políticas, incluindo níveis de governo, setor privado, sociedade civil, além da cooperação e articulação internacional.

Em suma, além de modificar as estruturas do poder, para que o Projeto seja efetivo é necessário focar na agenda para conseguir o capital necessário, sempre obedecendo as metas do Plano Plurianual. Após a implantação das máquinas é necessário professores tanto para auxiliarem na alfabetização digital, como para guia-los a uma utilização em prol da comunidade. Por fim, há a necessidade de acompanhamento técnico gratuito, mesmo em áreas de difícil acesso, para manutenção dos equipamentos. Uma vez que há a necessidade de integração em todos os âmbitos para poder alcançar uma transformação social.

## Notas

- 1 O *Internet World Stats* é um site de dados referentes ao uso da internet. Disponível em <<http://www.internetworldstats.com/>>. Acesso em 12.11.2013.
- 2 TAVARES, Joana Brandão. O Global na aldeia: financiamentos de novas tecnologias de informação e comunicação para cibermeios de autoria indígena. Universidade Federal de Santa Catarina.
- 3 SARTÓRIO, Kelly Cristiane. Exclusão social e tecnologia: os desafios da política pública de inclusão digital no Brasil. Universidade de Brasília.
- 4 BRASIL, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acessado em 12.11.2013.
- 5 TUPINAMBÁ, Yakuy, integrante do Projeto Índios Online. In PEREIRA, Eliete da Silta. Ciborgues Indígenas.br: entre a atuação nativa no ciberespaço e as (re)elaborações étnicas indígenas Digitais. Disponível em: <<http://www.cencib.org/simposioabciber/PDFs/CC/Eliete%20Pereira.pdf>>. Acessado em 11.11.2013.
- 6 KLEIN, Tatiane, RENESSE, de Nicodème. O que dizem (e pensam) os índios sobre as políticas de inclusão digital. Disponível em <[---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014](http://</a></li></ol></div><div data-bbox=)

[pib.socioambiental.org/pt/c/iniciativas-indigenas/web-indigena/o-que-dizem-e-pensam-os-indios-sobre-as-politicas-de-inclusao](http://pib.socioambiental.org/pt/c/iniciativas-indigenas/web-indigena/o-que-dizem-e-pensam-os-indios-sobre-as-politicas-de-inclusao)>. Acessado em 12.11.2013.

- 7 Ata da Reunião. Disponível em <<http://rocildo.wordpress.com/2013/03/07/assembleia-estadual-da-opirr-2013-amajari/>>. Acessado em 11.11.2013.

## Referências

- AJINDO, Blogue da AJI. Disponível em <[www.http://ajindo.blogspot.com.br/](http://www.http://ajindo.blogspot.com.br/)>. Acessado em 10.11.2013.
- BOCCHINI, Lino. As aldeias dentro da rede. *ARede*, ano 1, n.111, p.32-35, fev. 2006.
- BUCCI, E. Cultura digital. br. In: SAVAZONI, R; COHN, S. *Cultura Digital. br*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, página 315. 2009.
- CANEVACCI, Maximo. A cidadania transitiva no contexto da comunicação digital. Entrevista especial com Massimo Canevacci Em <[http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod\\_canal=41&cod\\_noticia=18663](http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_canal=41&cod_noticia=18663)>. Acessado em 10.11.2013.
- CGIBR. Tic Domicílios. In: \_\_\_\_\_. Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação no Brasil – 2005. São Paulo, 2006 a 2010, cap. 2, p. 69-91. Disponível em <<http://www.cetic.br/tic/2005/index.htm>>. Acessado em 10.11.2013.
- DIAS R., Lia. GESAC: revisão adia expansão do programa. *ARede*. ano 1, ago. 2005.
- \_\_\_\_\_. Em defesa do Gesac. *ARede*. Ano 1, Setembro. 2005.
- GARCIA, Ronaldo C. Avaliação de Ações Governamentais: pontos para um começo de conversa. Brasília, IPEA/CENDEC, Outubro. 1997.
- GINSBURG, Faye. Rethinking the Digital Age. In: WILSON, Pamela; STEWART, Michelle. *Global Indigenous Media: cultures, poetics, and politics*. Durham and London: Duke University Press, 2008. 287-305p.
- GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. Inclusão Digital como Direito Fundamental. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.
- KLEIN, Tatiane, RENESSE, de Nicodème. O que dizem (e pensam) os índios sobre as políticas de inclusão digital. Disponível em <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/iniciativas-indigenas/web-indigena/o->

que-dizem-e-pensam-os-indios-sobre-as-politicas-de-inclusao-digital>. Acessado em 12.11.2013.

- LÉVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.
- MALDONADO, Caroline Hermínio; SOUZA, Viviane de Oliveira. *Teko Arandu: a inclusão digital na aldeia Te'ikue, município de Caarapó - MS. Trabalho de Conclusão de Curso em Comunicação Social - Jornalismo, Universidade Católica Dom Bosco, UCDB, 2010.*
- MENICUCCI, Telma M.G. *Intersectorialidade, o desafio atual para as políticas sociais. Pensar BH-Política Social. Edição Temática n.3 - Maio/Julho de 2002.*
- MONASTERIOS, Gloria. *Aproximaciones al movimiento indígena en internet*. XXIII CONGRESO INTERNACIONAL DE LA LATIN AMERICAN - STUDIES ASSOCIATION (LASA 2001). Ponencia.
- MORALES, E.N. *Apropriação de uma política pública de “inclusão digital” entre os Pataxós de Coroa Vermelha, Bahia. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social), Universidade de Brasília, Brasília, 2008. 112f.*
- PAITER, Suruí. Disponível em <<http://www.paiter.org/>> Acessado em 10.11.2013.
- PINTO, Alejandra Aguiar. *A “inclusão digital indígena” na sociedade da informação. V*
- RENESE, Nicodème. *Perspectivas indígenas sobre e na internet: ensaio regressivo sobre o uso da comunicação em grupos ameríndios no Brasil. Dissertação de mestrado em Antropologia Social. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. Orient. Profa. Dra. Dominique Tilkin Gallois. São Paulo, 2011. 144f.*
- SARTÓRIO, Kelly Cristiane. *Exclusão social tecnologia: desafios da política de inclusão digital. Universidade de Brasília. 2008.*
- SERRA, Albert. *La gestión transversal: expectativas y resultados. IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 2 - 5 Nov. 2004.*
- SILVA, Pedro L. B. (coord.) *Modelo de Avaliação de Programas Sociais Prioritários: relatório final. Programa de Apoio à Gestão Social no Brasil. Campinas, NEPP-UNICAMP, 1999.*
- SILVA, Ravena Sombra Martins da; CAVALCANTE, Carmen Luisa Chaves. *A re-invenção cultural dos índios Tapebas por meio da inclusão digital. XXXII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Curitiba, 2009. Anais. 12p.*

- SURUÍ, Chicoepab. Entrevista concedida à autora por Skype, em 10 de setembro de 2012.
- TAKAHASHI, Tadao. Sociedade da Informação no Brasil: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.
- TEIXEIRA, A. C. Internet e Democratização do Conhecimento: Repensando o Processo de Exclusão Social. 2001. 132p. Dissertação (Mestrado em Tecnologia de Informação) Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2001.
- TUKANO, A. Sociedade da informação para as comunidades indígenas. Revista Inclusão Social, Brasília, Volume 1, n. 2, abr./set. 2006. p. 113-122.
- WILSON, Pamela; STEWART, Michelle (org.). Global Indigenous Media: cultures, poetics, and politics. Durham and London: Duke University Press, 2008. 362p.

# **Isenção do Imposto Sobre a Renda na Aposentadoria dos Portadores de Neoplasia Maligna e a Desnecessidade de Perícia para Efetivação do Direito Social**

## *Exemption from Income Tax over Retirement pension of People with Malignant neoplasm and the Needlessness of Expertise to the Social Law Enforcement*

Artigo recebido em 16/04/2014.

Revisado em 20/05/2014.

Aceito para publicação em 27/06/2014.

### **Milena Zampieri Sellmann**

Doutoranda em Direito pela PUC/SP.

Mestre em Direito pela PUC/SP

Professora da Graduação e Pós Graduação em Direito do Unisal/U.E. Lorena.

Advogada.

## Resumo

Impostos são espécies de tributos cuja competência tributária foi partilhada pela CF/88 entre os entes da federação. O imposto sobre a renda, exação federal, incide sobre renda e proventos de qualquer natureza, dentre estes, os rendimentos decorrentes da aposentadoria. A aposentadoria é um Direito Social que é isento do imposto sobre a renda para os portadores de moléstia grave, como a neoplasia maligna. A isenção, nos termos de lei federal, exige a constatação da doença por perícia oficial. Com base no princípio processual do livre convencimento motivado, o laudo pericial não pode ser o único meio apto a demonstrar a presença da enfermidade. Sendo a neoplasia maligna constatada por outros meios de provas, para assegurar o direito social, há que se reconhecer o benefício da isenção.

## Palavras-chaves

Imposto sobre Renda; Isenção; Neoplasia maligna; Direito social.

## Abstract

Taxes are types of tributes which competence has been shared by the CF/88 among the states. The income tax, federal exaction, focuses on income and earnings of any nature, among these, retirement pension. Retirement is a social right and it is exempt from ta-

xation on individuals with serious illness, such as malignant neoplasm. The exemption under federal law requires of the statement by an official expert. Based on the procedural principle of free motivated conviction an expert report cannot be the only mean able to demonstrate the presence of such infirmity. Since the malignant neoplasm can be detected by other means, to ensure the right, one has to recognize the exemption.

## Keywords

Income Tax; exemption; malignancy; social rights

## Sumário

Introdução. 1. Imposto como espécie tributária. 1.1. Repartição dos impostos na Constituição Federal. 2. O Imposto sobre Renda. 3. Proteção Constitucional aos Direitos Sociais e aposentadoria. . 4. Isenção tributária. 4.1. Isenção do Imposto sobre a Renda na aposentadoria de portadores de neoplasia maligna. 5. Prova da moléstia. 6. Princípio do Livre Convencimento Motivado. 6.1. A desnecessidade de prova pericial para a efetivação do direito social. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

Os impostos são espécies de tributos cuja competência tributária, ou seja, aptidão para criá-los, foi

totalmente discriminada e partilhada entre os entes da Federação. São exações que conterão em suas hipóteses atividades a serem desenvolvidas pelos contribuintes.

O presente trabalho analisará um tipo específico de imposto, cuja competência é da União, qual seja o imposto sobre a renda. Referido imposto incide sobre renda e proventos de qualquer natureza, dentre os quais restará demonstrado estar contemplado o benefício de aposentadoria.

A aposentadoria é um Direito Social resguardado pela Constituição Federal que, nos termos do artigo 6, inciso XIV, da Lei n. 7.713/88, que regula o imposto sobre a renda, goza de isenção quando o seu titular for portador de moléstia grave como, por exemplo, neoplasia maligna.

Isenção é causa de exclusão do crédito tributário que terá por fim dispensar situações ou as pessoas por ela abarcadas do pagamento de um tributo.

O artigo 30 da Lei n. 9.250/95 condiciona o direito à isenção do imposto sobre a renda decorrente dos proventos dos aposentados à existência de laudo pericial oficial que reconheça a existência da enfermidade.

Todavia, restará demonstrado que o reconhecimento à existência de um direito, pelo princípio do livre convencimento motivado, o qual prevê que o juiz é livre para formar seu juízo desde que com base no que consta dos autos, não pode estar vinculado a uma única espécie de prova, qual seja a prova pericial.

O Direito Social à aposentadoria e ao benefício isentivo têm por fim diminuir o sacrifício dos aposentados para aliviá-los de encargos financeiros.

Assim, se demonstrará que, para o fim da comprovação da moléstia grave ensejadora da concessão de isenção para o imposto sobre a renda dos aposentados, não estará o magistrado adstrito aos laudos emitidos por peritos oficiais, se for possível concluir pela presença da enfermidade por outras formas.

## 1. Imposto como espécie tributária.

Tributo é gênero que comporta espécies. No direito pátrio, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são titulares de competência tributária, ou seja, possuem o poder de instituir tributos. Todavia, somente podem criar as espécies tributárias que a CF/88 lhes facultou mediante a observância de determinados limites.

As normas constitucionais estabelecem, de um lado, a possibilidade de um ente federado instituir determinado tributo e, por outro, fixam a impossibilidade desta atitude aos demais entes. Ao mesmo tempo em que as normas que discriminam competência tributária são positivas para os entes contemplados, para os que não são titulares funcionam como normas negativas.

Ensina Roque Antonio Carrazza que as normas constitucionais que fixam faixas de competência são de ordem pública e esclarece: “Assim, a pessoa política não pode nem usurpar competência tributária alheia, nem aquiescer que sua própria competência tributária venha a ser utilizada por outra pessoa política” (2007, p. 488).

A Constituição Federal discriminou cinco espécies de tributos, adotando, quanto à natureza jurídica dos tributos, a corrente pentapartida.<sup>1</sup> Desta feita, nos termos constitucionais, são espécies de tributos os impostos, previstos no artigo 145, inciso I; as taxas, previstas no artigo 145, inciso II; as contribuições de melhoria, previstas no artigo 145, inciso III; os empréstimos compulsórios, decorrentes do artigo 148 e, por fim, as contribuições especiais, previstas de modo geral no artigo 149.

Assim, as pessoas políticas de Direito Público Interno receberam da Constituição da Federal competência legislativa tributária. A elas foram outorgadas faixas de competência para instituição de tributos, dentre eles, os impostos.

Os impostos têm por hipótese de incidência<sup>2</sup> uma situação jurídica em que se encontra o contribuinte ou uma atividade a ser desenvolvida por ele. Nisso se diferencia das taxas e da contribuição de melhoria que trazem em sua hipótese de incidência uma atividade a ser desenvolvida pelo ente tributante, no primeiro caso a prestação de um serviço público ou o exercício regular do poder de polícia, na segunda hipótese, a realização de uma obra pública donde decorra uma valorização imobiliária.

O fato imponível do imposto é sempre realizado pelo contribuinte<sup>3</sup>, sem qualquer relação com uma atividade estatal. O ente político não precisa prestar nenhuma atividade estatal específica em prol do contribuinte, não exige qualquer contrapartida. O Código Tributário Nacional deixou claro esta noção ao conceituar o imposto no artigo 16, *in verbis*:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Isenção do Imposto Sobre a Renda na Aposentadoria dos Portadores de Neoplasia Maligna  
e a Desnecessidade de Perícia para Efetivação do Direito Social - pp. 189-224  
SELLMANN M. Z.

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação que independe de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Desta feita, os impostos são espécies de tributos não vinculados à atividade estatal, os quais poderão ser instituídos por lei quando a norma trouxer como conduta uma atividade a ser realizada pelo contribuinte, de forma que, a Constituição Federal discriminou, dentre os entes titulares do poder para criar tributo, quais poderão criar determinado imposto, repartindo entre as pessoas jurídicas de direito público interno.

### *1.1. Repartição dos impostos na Constituição Federal.*

A Constituição Federal discriminou de modo exaustivo os impostos da competência da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

José Artur Lima Gonçalves preleciona:

Essa repartição constitucional de competência impositivas é rígida e exaustiva, outorgando a cada pessoa política amplos poderes legislativos nos seus respectivos compartimentos. Não pode haver distorção, alteração ou diminuição desses compartimentos por meio de norma infraconstitucional, pois afetados estariam os princípios da Federação e da autonomia municipal, estabelecidas na própria Constituição. (2002, p. 91)

A possibilidade de instituir impostos não é ilimitada. Ao discriminar as competências tributárias, a Lei Maior demarcou as fronteiras que os entes federados deverão necessariamente observar, fixando a materialidades das diversas espécies de impostos, traçando a norma padrão de incidência desta espécie de tributo. Descreveu fatos que podem ser colocados pelos legisladores ordinários nas hipóteses da norma de incidência, de forma que, devem sempre os entes federados, observar a norma padrão de incidência pré-estabelecida no texto constitucional.

Nas lições de Humberto Ávila:

Os impostos que podem ser instituídos pela União, pelos Estados e pelos Municípios são previstos pela Constituição, nos arts. 153 a 156, por meio da delimitação dos seus pressupostos materiais. (...) Essa competência legislativa em razão de normas definitórias é de grande importância. Considerando que os impostos que podem ser instituídos pela União, pelos Estados e pelos Municípios são os estabelecidos pela indicação de pressupostos de fato e de conceitos jurídicos (arts. 153 a 156), o Poder Legislativo não pode modificar o conceito ou a forma dos institutos implícita ou explicitamente utilizados pela Constituição (art. 110, CTN). Do contrário, a própria distribuição da competência seria alterada. Já que os pressupostos de fato e de direito são definidos pela Constituição, cada atribuição de competência representa, ao mesmo tempo,

uma limitação material, no sentido de que a partir de cada distribuição de competência decorre uma limitação não constante da seção “limitações ao poder de tributar” (art. 150). Isso explica as dimensões positiva e negativa das regras de competência. Qualquer imposto, cuja hipótese de incidência não corresponda aos pressupostos de fato e de direito previstos na Constituição, não poderá ser exigido. (2008, p. 256 -257)

Deste modo, os Municípios são competentes para criar os impostos previstos no artigo 156, inciso I a III do Diploma Supremo. Os Estados-membros estão autorizados a criar os impostos discriminados no artigo 155, inciso I a III, o Distrito Federal, dentro de seu âmbito territorial, tem aptidão para instituir todos os impostos estaduais e também os municipais. É o que estabelece o artigo 32 e também o artigo 147, parte final, da Magna Carta.

A União, ente titular da maior parcela da competência tributária, pode instituir os impostos enumerados nos artigos 153, incisos I a VII da Lei Maior, dentre eles o Imposto sobre a Renda, além dos previstos no artigo 154, inciso I e II, da Lei Maior.

## 2. O Imposto sobre Renda.

O artigo 153, inciso III, da Constituição Federal estabeleceu ser da competência impositiva da União a instituição do imposto “sobre a renda e proventos de qualquer natureza.”

Por sua vez, o Código Tributário Nacional – Lei n. 5.172/66, diploma que encerra normas gerais de direito tributário, dispôs sobre o imposto em comento em três artigos, quais sejam:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;  
II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1 A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado, ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o art. 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor,

a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

Prevê o artigo 43, da Lei n. 5.172/66, que o imposto federal tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

No imposto sobre a Renda a palavra “aquisição” tem o sentido de receber, adquirir, ser proprietário ou estar de posse, independentemente de condição, poder usufruir, tirar proveito ou destinar, enquanto que “disponibilidade” refere-se aos bens de que se pode dispor livremente, livres de qualquer despesa. Mary Elbe Queiroz define disponibilidade como:

(...) liberdade necessária à normalidade dos negócios, caracterizando-se como a situação que possibilita ao titular poder dar destinação livre e imediata à renda ou provento percebido, não alcançando a disponibilidade apenas potencial (2004, p.72).

A disponibilidade, consoante dicção do Código Tributário Nacional, pode ser econômica ou jurídica.

A disponibilidade econômica ocorre quando a renda auferida (produzida) tiver sido efetivamente recebida pelo seu titular. Já a disponibilidade jurídica ocorre no momento em que a renda for auferida (produzida), mas não percebida, ou seja, independentemente de sua efetiva percepção em dinheiro.

Luciano Amaro (2008, p. 371) refere-se à disponibilidade jurídica como o fruto pendente, já produzido, mas ainda não colhido e à disponibilidade econômica como o fruto não apenas produzido, mas também já colhido.

O art. 43, I, do Código Tributário Nacional, define “renda” como sendo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. Já o artigo 43, inciso II, define “proventos de qualquer natureza” como os acréscimos patrimoniais não previstos no inciso I, ou seja, que não decorram do capital, do trabalho ou da combinação de ambos.

Ora, se proventos de qualquer natureza são os acréscimos patrimoniais que não se enquadram no conceito de renda, deduz-se que o conceito de renda impõe a existência de acréscimo patrimonial. Em outras palavras, renda é o acréscimo patrimonial derivado do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e proventos de qualquer natureza são acréscimos patrimoniais decorrentes de outras fontes.

Assim, o inciso II do artigo 43 traz expressamente o que está implícito no inciso I do mesmo artigo, ou seja, que o mencionado imposto incide sobre acréscimos patrimoniais.

São tributados pelo imposto federal os acréscimos patrimoniais ou elementos patrimoniais novos, gerados pelo patrimônio ou pelo próprio contribuinte, a título oneroso. Decorre da aquisição de “renda”, concebida como saldo positivo resultante do capital, do trabalho e da combinação de ambos, e dos “proventos de qualquer de natureza”, quais sejam os acréscimos patrimoniais não embutidos no conceito de renda, como acontece com os valores recebidos à título de aposentadoria.

Roberto Quiroga Mosquera (1996, p. 66), por sua vez, menciona que são “rendimentos recebidos a título de aposentadoria”, isto é, acréscimos patrimoniais resultantes de uma atividade profissional que já cessou, mas que ainda produz benefícios pecuniários, por força do direito à Previdência Social, constitucionalmente assegurado.

A importância recebida a título de aposentadoria é tributada pelo imposto sobre a renda, já que se enquadra no conceito de proventos de qualquer natureza, espécie passível da incidência da exação.

As normas citadas não criam legislativamente o Imposto sobre a Renda. A competência tributária deve ser exercida pela União, por meio de lei ordinária, com a observância dos contornos estabelecidos pelos dispositivos do Código Tributário Nacional. Atualmente, as leis ordinárias que regulam o imposto federal são: Lei n. 7.713/88 e Lei n. 9.250/66 (com suas respectivas alterações).

### 3. Proteção Constitucional aos Direitos Sociais e a Aposentadoria.

Os Direitos Sociais, tidos como fundamentais de segunda geração, encontram proteção na CF/88, em seu artigo 6º, que preconiza:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A importância dos Direitos Sociais e de seu estudo está no fato de sua existência se justificar para a diminuição das desigualdades sociais, de forma que seu principal objetivo é o de implementar políticas públicas que garantam o mínimo existencial para uma vida digna à população, minimizando as desigualdades e trazendo prerrogativas que melhoram a qualidade de vida das pessoas. O Estado, na busca do atendimento dos Direitos Sociais, deve pautar-se por medidas que permitam sua existência no plano prático.

Sobre o assunto, Pedro Lenza (2010, p.838) leciona que:

(...) os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca

de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Inegável o fato de que os Direitos Sociais servem para colocar em prática o princípio da igualdade, estampado no “caput”, do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que ele se inspira em sua característica de solidariedade e força o Estado a implementar medidas que reduzam desigualdades existentes

Para José Afonso da Silva:

O princípio da igualdade insculpido no artigo 5º da Constituição Federal deve permear a interpretação e concretização de todos os direitos fundamentais sociais (...) (2010, p. 285 - 286).

Dalmo de Abreu Dalari expõe que não basta “afirmar que todos são iguais perante a lei; é indispensável que sejam assegurados a todos, na prática, um mínimo de dignidade e igualdade de oportunidades” (2004, p. 46).

Por isso, pode-se concluir que as políticas colocadas em questão pelo “caput” do artigo 6º da Constituição Federal traça o objetivo Estatal de criar diretrizes e projetos que atendam necessariamente o cumprimento desses Direitos, dentro dos quais se encontra o de aposentadoria.

A aposentadoria é um Direito Social garantido a todo trabalhador urbano ou rural, previsto de forma específica no artigo 7º, inciso XIV, da CF/88. Dentro da

perspectiva dos Direitos Sociais, a aposentadoria serve para assegurar o sustento digno daquele que contribuiu para a sociedade com seu trabalho ao longo de anos.

#### 4. Isenção tributária.

O crédito tributário se sujeita a causas que tem o condão de excluí-lo, situações que estão previstas no artigo 175 do Código Tributário Nacional e que são a isenção e a anistia.

Na verdade, quando diante dumas das referidas causas, ainda que ocorrido o fato gerador do tributo e conseqüentemente o nascimento da obrigação tributária principal, não será possível a realização do lançamento, não surgindo o crédito tributário.

A isenção está regulada dos artigos 176 a 179 do Código Tributário Nacional.

Estabelece o artigo 150, § 6º da Constituição Federal:

Qualquer subsídio ou **isenção**, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, **só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição**, sem prejuízo do disposto no Art. 155, § 2.º, XII, g (grifo nosso)

Outrossim, comina o artigo 176 que “a isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração”.

A isenção se diferencia da imunidade tributária, posto que, enquanto aquela é resultado de previsão numa lei, esta deriva de norma posta na Constituição Federal que estabelece uma incompetência tributária, já que os entes tributantes, ao instituírem tributos, não poderão fazer com que os mesmos incidam nas situações que foram imunizadas.

A imunidade é uma regra de não incidência, ao passo que na isenção há incidência (fato se subsume à norma) com posterior dispensa do pagamento. Leciona Vittorio Cassone: “(...) enquanto na **imunidade** não ocorre o fato gerador, porque a CF veda a tributação (veja ADI 939), na **isenção** o fato gerador ocorre (só pode haver isenção se há lei que tributa aquele fato), mas a lei dispensa seu pagamento” (2014, p. 127).

Desta feita, ao contrário da imunidade, a isenção é sempre concedida posteriormente ao exercício da competência tributária, diga-se, após a criação do tributo e somente pode derivar de lei do ente titular do poder de criar o tributo que a concede, a qual recebe o nome de isenção autônoma.

Em regra, não é possível a concessão de isenção por ente federado que não seja competente tributariamente; trata-se da vedação de concessão de isenções heterônomas, cuja proibição encontrada respaldo no artigo 167, inciso IV, do Diploma Constitucional.

Toda norma isentiva, nos termos do que dispõe o artigo III, inciso I, do Código Tributário Nacional, deve ser interpretada literalmente, ou seja, no sentido exato dos seus termos, também chamada de interpretação gramatical.

Muito embora seu beneficiário não esteja sujeito ao pagamento do tributo, não está o mesmo dispensado do cumprimento das obrigações tributárias acessórias, que são aquelas obrigações de fazer ou não fazer, estabelecidas em prol da melhor arrecadação e fiscalização da exação. É o que dispõe o artigo 175, parágrafo único, da Lei n. 5.172/66.

#### *4.1. Isenção do Imposto sobre a Renda na aposentadoria de portadores de neoplasia maligna.*

A isenção, dispensa legal do pagamento de um tributo, deve derivar sempre de lei do ente tributante. O imposto sobre a renda é um imposto federal, de modo que, isenções a ele relativas devem ser estabelecidas por lei federal.

É neste contexto que estabelece o artigo 6º da Lei n. 7.713/88, em seus vinte e três incisos, situações em que determinadas remunerações estarão isentas ao pagamento do imposto sobre a renda das pessoas físicas. Assim, não se sujeitam à exação, por exemplo, a alimentação, o transporte e os uniformes ou vestimentas especiais de trabalho, fornecidos gratuitamente pelo empregador a seus empregados, ou a diferença entre o preço cobrado e o valor de mercado; as diárias destinadas, exclusivamente, ao pagamento de despesas de alimentação e pousada, por serviço eventual realizado

em município diferente do da sede de trabalho; o valor locativo do prédio construído, quando ocupado por seu proprietário ou cedido gratuitamente para uso do cônjuge ou de parentes de primeiro grau; as indenizações por acidentes de trabalho, dentre outras.

O inciso XIV, do artigo 6º, da mencionada lei, elenca as hipóteses de isenção por doenças graves, *in verbis*:

Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: (...)

XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, **neoplasia maligna**, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (...) (grifo nosso)

Assim, os portadores de doenças graves são isentos do imposto de renda desde que se enquadrem cumulativamente nas seguintes hipóteses:

- a) os rendimentos sejam relativos a aposentadoria, pensão ou reforma (outros rendimentos não são isentos), incluindo a complementação recebida de entidade privada e a pensão alimentícia; e
- b) seja portador de uma das seguintes doenças: AIDS; alienação mental, cardiopatia grave; cegueira; contaminação por radiação; doença de Paget em estados avançados; doença de Parkinson; esclerose múltipla; espondiloartrose anquilosante; fibrose cística; hanseníase; nefropatia grave; hepatopatia grave; neoplasia maligna; paralisia irreversível e incapacitante e tuberculose ativa

A lei isentiva não estabeleceu limites, todo o rendimento do contribuinte é passível de isenção do imposto de renda pessoa física.

Outrossim, da regra ventilada, é possível desumir que não gozarão de isenção os rendimentos derivados: a) de atividade do contribuinte que, mesmo sendo portador de moléstia, ainda não tenha se aposentado e b) de atividade empregatícia ou de atividade autônoma, recebidos concomitantemente com os rendimentos de aposentadoria, reforma ou pensão.

O rol das doenças graves prevista no inciso do artigo é taxativo, não admitindo interpretação extensiva<sup>4</sup>, já que as normas isentivas, nos termos do artigo 111 do Código Tributário Nacional, deverão ser interpretadas literalmente.

Art. 111 - Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Isenção do Imposto Sobre a Renda na Aposentadoria dos Portadores de Neoplasia Maligna  
e a Desnecessidade de Perícia para Efetivação do Direito Social - pp. 189-224  
SELLMANN M. Z.

- I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
- II - outorga de isenção;
- III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

A jurisprudência é pacífica no sentido da impossibilidade de inclusão de outras doenças por interpretação ampliativa, o rol contido no dispositivo é taxativo (*numerus clausus*), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas. (Precedente do STF: RE 233652 / DF - Relator (a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ 18-10-2002. Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no REsp 957.455/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/06/2010; REsp 1187832/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; REsp 1035266/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 04/06/2009; AR 4.071/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009; REsp 1007031/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 04/03/2009; REsp 819.747/CE, Rel. Ministro JOAO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 04/08/2006).

A neoplasia maligna, também chamada de câncer, é um tipo de doença que gera o direito à isenção do imposto sobre a renda.

O câncer nada mais é que a multiplicação desordenada de células defeituosas ou atípicas,

que escapam ao controle do nosso sistema imunológico por motivo até hoje desconhecido. (...) A neoplasia maligna é uma das doenças mais complexas com as quais a ciência médica já se deparou. Entre as características das células cancerosas estão a imortabilidade e a possibilidade de produzir metástase, o que dá ao câncer o seu caráter letal. (BARBOSA, 2012 pag. 5 e 6)

Ocorre que, para obter o direito à dispensa do pagamento do imposto exige a legislação exige prova pericial da doença grave, no caso específico, da neoplasia maligna.

## 5. Prova da moléstia.

O artigo 30 da Lei n. 9.250/95 estabelece a necessidade de laudo pericial, emitido por serviço médico oficial duma pessoa jurídica de direito público interno, para que o aposentado, portador de neoplasia maligna, possa vir a ter direito e assim gozar da isenção do imposto sobre a renda.

Art. 30 da Lei n. 9.250/95. A partir de 1º de janeiro de 1996, para efeito do reconhecimento de novas isenções de que tratam os incisos XIV e XXI do art. 6º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pelo art. 47 da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, a **moléstia deverá ser comprovada mediante laudo**

## **pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.**

§ 1º O serviço médico oficial fixará o prazo de validade do laudo pericial, no caso de moléstias passíveis de controle. (grifo nosso)

Para demonstrar os fatos donde decorre o direito que pleiteiam, as parte de um processo devem produzir provas. Estas, são produzidas numa demanda especialmente para formar o convencimento do juiz de que o fato alegado é verdadeiro.

Existem vários tipos de provas através das quais é possível demonstrar a veracidade de um fato, quais sejam, depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, testemunhal, pericial e a inspeção judicial.

O direito positivo brasileiro permite, no processo civil, a utilização, nos termos do artigo 332 do Diploma Processual, dos meios legais de prova, bem como dos moralmente legítimos para demonstração da verdade de um fato.

Assim, é possível a utilização de meios de provas que, muito embora não estejam previstos expressamente no Código de Processo Civil, sejam moralmente legítimos.

Da leitura do artigo 30 da Lei n. 9.250/95 percebe-se que para a prova da moléstia grave, da neoplasia maligna, é indispensável a realização de perícia, ou seja, de prova pericial. Nos termos da lei, somente diante da existência de laudo produzido por serviço público ofi-

cial que constate a doença e em sendo o contribuinte aposentado, será possível requer a isenção do imposto sobre a renda sobre os proventos.

É de notar que o dispositivo menciona que a “moléstia deverá ser comprovada” por meio de laudo, como se este meio probatório, elaborado cominados pela lei, fosse o único apto a demonstrar a existência do câncer.

A prova pericial está regulada dos artigos 420 a 439 do Código de Processo Civil. É realizada por perito em razão do fato depender de conhecimento especializado para demonstração, por exemplo, medicina e engenharia.

Ocorre que, para que um aposentado possa vir a usufruir de isenção de imposto sobre a renda por ser portador de neoplasia maligna, não é possível admitir como único meio de prova de demonstração da doença, a existência de laudo pericial oficial. Isto porque, se de outros elementos for possível concluir pela presença da doença, há que ser reconhecida a isenção, ou seja, há que se admitir outros meios de provas como aptos à comprovação da enfermidade.

## **6. Princípio do Livre Convencimento Motivado.**

Existem três sistemas ou métodos de valoração das provas os quais permitirão ao juiz formar um juízo de valor sobre o objeto da prova. São eles: 1) Prova legal ou critério legal; 2) Íntima convicção ou livre convicção e 3) Persuasão racional.

No primeiro método, a lei atribuí valores deter-

minados para cada tipo de prova. Assim, da somatória dos valores atribuídos aos meios utilizados, aquele que obtiver uma importância maior venceria a demanda. No segundo, o juiz deve julgar de acordo com a sua livre convicção, livre convencimento, o qual será constituído através de quaisquer elementos. Já no terceiro e último, o juiz é livre para formar seu convencimento, desde que esteja carregado nos elementos constantes do processo.

Não há no Brasil um meio de prova que se sobreponha ao outro, nenhuma prova tem valor superior à outra, o que implica dizer que, quanto à valoração das provas, vigora no sistema processual brasileiro o sistema da “persuasão racional”, também chamado de sistema do livre convencimento ou livre convencimento motivado.

No sistema do livre convencimento motivado embora seja o juiz livre para formar sua convicção, é necessário que a mesma seja racional e fundamentada, amparada nos elementos do processo. Ao decidir, deve o magistrado demonstrar os fundamentos e as provas em que a sustentam. Não há hierarquia entre os meios de provas, cabendo ao juiz sopesá-las para formar o seu juízo.

O sistema da persuasão racional está consubstanciado no artigo 131 do Código de Processo Civil, o qual dispõe:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento

## Alexandre de Freitas Câmara ensina que

(...), de nada adiantará afirmar que o processo é instrumento de acesso à justiça, e que está acompanhado de uma série de garantias constitucionais (como contraditório ou a isonomia), se não se busca, através da persuasão racional, a possibilidade de se reconstruir a verdade dos fatos e, com base nela, aplicar a norma jurídica ao caso concreto. Caso não se tenha compromisso com a verdade, o processo não será capaz de assegurar a correta atuação do direito e, com isso, não será um instrumento adequado de exercício da função jurisdicional (2014, p. 443).

Desta forma, pode o juiz formar livremente seu convencimento, todavia deverá se pautar dos elementos contidos nos autos, das provas produzidas no processo, prolatando uma decisão fundamentada.

Assim, desde que demonstrada a verdade dos fatos por qualquer meio probatório moralmente legítimo, há que se reconhecer o direito, não sendo possível que a lei imponha que um determinado fato só possa ser provado ou demonstrado por um único meio ou uma única prova.

### *6.1. A desnecessidade de prova pericial para a efetivação do direito social.*

Como mencionado, a aposentadoria é um Direito Social assegurado a todo trabalhador urbano ou

rural e decorrente do artigo 7º, inciso XIV, da CF/88. Serve para assegurar o sustento digno daquele que contribuiu para a sociedade com seu trabalho ao longo de anos.

Os aposentados portadores de doenças graves, dentre elas a neoplasia maligna, têm direito, nos termos do artigo 6º, inciso XIV, da Lei n. 7.713/88, à isenção de imposto sobre a renda sobre seus proventos. O artigo 30 da Lei n. 9.250/95 condiciona, para fins de comprovação da moléstia grave e reconhecimento do direito ao não pagamento da exação, a existência de laudos emitidos por peritos oficiais.

O objetivo da norma isentiva é assegurar o pleno gozo e fruição dos proventos de aposentadoria dos portadores de doenças graves, de forma a garantir o direito social à aposentadoria diminuindo o sacrifício dos contribuintes, aliviando-os dos encargos financeiros.

Em sendo assim, não é possível admitir como a única forma de demonstração da enfermidade a existência de laudo pericial oficial, como impõe a lei. Se for possível demonstrá-la por outras provas carreadas no processo é possível ao magistrado formar seu convencimento no sentido da presença da enfermidade. O juiz não pode estar, única e exclusivamente, vinculado aos laudos oficiais para decidir.

O princípio do livre convencimento motivado, consubstanciado no artigo 131 do Código de Processo Civil, permite ao magistrado apreciar livremente as provas constates dos autos. Assim, ainda que a lei imponha que, para recebimento da isenção, seja neces-

sária a emissão de laudo pericial por meio de serviço médico oficial, a norma contemplada no artigo 30 da Lei n. 9.250/95 não vincula o juiz, que pode decidir pela concessão do benefício através da análise de outros meios de provas constantes do processo.

Ademais, o Código de Processo Civil determina que o juiz não está vinculado ao laudo podendo formar seu juízo com outros elementos.

Art. 436 - O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Leciona Alexandre de Freitas Câmara:

Embora a prova pericial tenha por fim dar ao órgão jurisdicional elementos técnicos de que o magistrado não dispõe para que se torne possível o julgamento do *meritum causae*, afirma o art. 436 do CPC que o juiz não está adstrito ao laudo, podendo formar sua convicção livremente, tomando por base os demais elementos probatórios constantes dos autos. Tal regra é corolário do sistema da persuasão racional de valoração das provas, estabelecidos pelo art. 131 do CPC. Se o juiz é livre para valorar a prova (fundamentando sua decisão), não poderia ele ficar vinculado ao que o perito tenha afirmado, sob pena de ser o perito, e não o juiz, a proferir a decisão da causa. (2014, p.466).

Assim, outros meios de provas são aptos a constatar a doença grave, especialmente a neoplasia maligna. Por exemplo, exames de sangue (marcadores tumorais), exames de imagem (ultrassonografia, ressonância magnética, dentre outros), declaração do médico do contribuinte, submissão à tratamento medicamentoso (quimioterapia e hormônios), radioterapia etc., que uma vez juntados nos autos são provas documentais. Também é possível provar através de prova testemunhal, com a oitiva de pessoas que estão acompanhando o tratamento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que, para a comprovação de moléstia grave para isenção do imposto sobre a renda sobre os proventos de aposentadoria, não está o magistrado adstrito aos laudos emitidos por peritos oficiais, podendo julgar de acordo com outras provas constantes dos autos.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. REVISÃO DO BENEFÍCIO. PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE. LAUDO PERICIAL. SERVIÇO MÉDICO OFICIAL. PRESUMIBILIDADE. LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO MAGISTRADO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que “após a concessão da isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de

moléstias graves, nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir os sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros. “ (REsp 1.202.820/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15/10/2010).

No mesmo sentido: MS 15.261/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 05/10/2010, REsp 1.088.379/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 29/10/2008.

2. O magistrado não está vinculado aos laudos médicos oficiais, podendo decidir o feito de acordo com outras provas juntadas aos autos, sendo livre seu convencimento. Precedentes: AgRg no AREsp 276.420/SE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15/04/2013; AgRg no AREsp 263.157/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14/08/2013.
3. No caso, ficou consignado que a parte agravada é portadora de neoplasia maligna, que, muito embora tenha existido cirurgia que extirpou lesões decorrentes da enfermidade, ainda necessita de acompanhamento contínuo, em razão da existência de outras áreas afetadas pela doença.
4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 1ª Turma, AgRg no AGRADO em RE Nº 371.436 - MS (2013/0217325-0), relator: Ministro Sérgio Kukina, J. 3/04/2014)

Em sendo assim, para que seja garantido o direito social à aposentadoria em sua plenitude deve-se concluir pela desnecessidade de prova pericial para a concessão de isenção sobre os proventos auferidos por aposentados portadores de moléstias graves, dentre elas a neoplasia maligna, se a enfermidade puder ser verificada por outros meios probatórios produzidos no processo, já que o juiz é livre para formar seu convencimento.

## Conclusão

Os impostos constituem uma das cinco espécies de tributos. São espécies de tributos chamados de não vinculados, uma vez que, suas hipóteses de incidências não contemplam a necessidade da prática de uma atividade por um ente federado, mas sim pelo contribuinte.

A competência tributária, no que tange aos impostos, foi completamente exaurida, partilhada e discriminada na Constituição Federal, de forma que a mesma estabelece qual ente pode criar um determinado tributo.

Os impostos federais estão contemplados no artigo 153, da Constituição Federal, cujo inciso III previu o imposto sobre a renda.

Regulado dos artigos 43 ao 45 do Código Tributário Nacional, prevê o artigo 43 que o imposto sobre a renda incide sobre a aquisição da disponibilidade econômica ou financeira de rendas e proventos de

qualquer natureza. Renda entendido como o acréscimo patrimonial decorrente do produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e os proventos como os demais acréscimos patrimoniais, dentre os quais estão embutidos a remuneração decorrente da aposentadoria.

A Constituição Federal não cria tributos, deve os mesmos ser instituídos por lei da entidade tribuante. No caso específico do imposto sobre a renda, duas leis tratam da matéria, quais sejam, Lei n. 7.713/88 e Lei n. 9.250/66.

A aposentadoria é um direito social garantido a todo trabalhador urbano e rural, nos termos da Constituição Federal, servindo para assegurar o sustento digno daquele que contribuiu para a sociedade com o seu trabalho.

Isenção tributária decorre, em regra, de lei, a qual tem por fim dispensar pessoas do pagamento de um tributo.

O artigo 6 da Lei n. 7.713/88 elenca as hipóteses de isenções do imposto sobre a renda e, especificamente no inciso XIV, exclui da incidência do imposto os proventos de aposentadoria para os portadores de moléstias graves, dentre elas, a neoplasia maligna.

Todavia, o artigo 30 da Lei n. 9.250/95, estabelece a necessidade de laudo pericial oficial comprobatório da doença para a existência do direito à isenção.

Assim, referida lei, prevê como o único meio comprobatório da moléstia da existência de laudos emitidos por peritos oficiais. Todavia, conforme restou demonstrado no trabalho, por força do princípio do livre

convencimento motivado ou persuasão racional, o juiz é livre para decidir, formar seu convencimento, desde que o faça com base nas provas carreadas nos autos.

Desta feita, a prova pericial oficial não pode ser considerada como o único meio apto a demonstrar a presença da moléstia grave ensejadora da isenção. Admitir o laudo pericial como sendo o único meio de demonstração ofende o direito dos aposentados ao direito social da aposentadoria integral.

Existem, no sistema processual brasileiro, outros meios de provas que são aptos a demonstrar a verdade de um fato, bem como não está o juiz adstrito ao lado pericial.

Neste sentido, se a neoplasia maligna puder ser comprovada por outros meios de provas, torna-se desnecessária a presença da prova pericial oficial, autorizando o juiz a formar seu convencimento no sentido da concessão da isenção do imposto sobre renda os aposentados.

Esta é a conclusão que coaduna com a necessidade de garantir a proteção aos direitos sociais, dentre eles o da aposentadoria, corroborado com o princípio da persuasão racional e do livre convencimento motivado.

## Notas

- 1 Em relação à classificação dos tributos existem quatro teorias: a bipartida, tripartida (impostos, taxas e contribuições de melhoria), quadripartida (impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios) e quinquipartida (impostos, taxas, contribuições de melhoria, contri-

buições sócias e empréstimos compulsórios). O STF adota a corrente quinquipartite ou pentapartite, é o que se vislumbrou no julgamento do RE n. 146.733 (Pleno, j em 29/06/92, v.u., DJ de 6/11/1992, p. 20110, RTJ 143-2/684), sob relatoria do Min. Moreira Alves.

- 2 Hipótese de incidência é a norma de incidência tributária, define o fato ou a atividade que uma vez realizado no mundo concreto dará azo à subsunção tributária. Opõe-se ao fato imponible que é a ocorrência no mundo concreto do fato descrito na norma.
- 3 O artigo 21 do Código Tributário Nacional estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade e distingue-o no contribuinte e responsável. Contribuinte é a pessoa física ou jurídica que realiza o fato imponible do tributo (mantém relação pessoal e direta com o fato gerador), ao passo que, o responsável é aquele que, sem realizar o fato imponible do tributo, a obrigação do pagamento decorre da lei. Assim, o fato imponible somente é realizado pelo contribuinte e nunca pelo responsável.
- 4 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PORTADORES DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º, XIV, DA LEI N. 7.713/88. ISENÇÃO SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E NÃO REMUNERAÇÃO. ART. III, II, DO CTN. NORMA ISENTIVA. INTERPRETAÇÃO LITERAL. SÚMULA 83/STJ. VERBA HONORÁRIA FIXADA PELA EQUIDADE. JUÍZO DE VALOR FEITO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.
  1. Entende o agravante fazer jus à concessão da isenção de imposto de renda obtida desde a data da contração da moléstia grave e não apenas desde a data da concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.
  2. Conforme consignado na análise monocrática, o Tribunal *a quo* decidiu de acordo com a atual jurisprudência desta Corte, no sentido de que a isenção do imposto de renda em função de moléstia grave restringe-se aos proventos de aposentadoria ou reforma, não se estendendo aos rendimentos relativos a período anterior à aposentação, nos termos do art. 6º da Lei n. 7.713/88.
  3. *“É cediço nesta Corte que, à vista do art. III, II, do CTN, a norma tributária concessiva de isenção deve ser interpretada literalmente, sendo que, na hipótese, a concessão de isenção do imposto de renda a partir da*

*data da comprovação da doença vai de encontro à interpretação do art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88, que prevê que a isenção se dá sobre os proventos de aposentadoria e não sobre a remuneração*”. (REsp 1243165/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011)

4. Fixados os honorários pelo Tribunal de origem sob apreciação equitativa, de acordo com as peculiaridades fáticas do caso, sem que fique configurado valor excessivo ou irrisório, a revisão do *quantum* é inviável em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (STJ, 2 Turma, AgRg nos EDcl no RE Nº 1.350.977 - PR (2012/0225861-5), J. 25/02/2014).

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. ART. 6º, INCISO XIV, DA LEI 7.713/88. SERVIDOR EM ATIVIDADE QUE RENUNCIOU À APOSENTADORIA. BENEFÍCIO FISCAL QUE SE INTERPRETA LITERALMENTE.

1. A pessoa física que, embora seja portadora de uma das moléstias graves elencadas, recebe rendimentos decorrentes de atividade, vale dizer, ainda não se aposentou não faz jus à isenção prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88. 2. Descabe a extensão do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, conforme preconiza o art. 111, II, do CTN. 3. Recurso em mandado de segurança não provido. (STJ, 2ª Turma, RMS 31.637-CE, J. 5/02/2013).

## Referências

- AMARO, Luciano. Imposto de renda: regime jurídico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de direito tributário*. 10.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 369-386.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARBOSA, Antonieta. *Câncer, direito e cidadania: como a lei pode beneficiar pacientes e familiares*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2012 pag. 5 e 6.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.
- CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2014

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. 2ª ed. reform. - São Paulo: Moderna, 2004.
- GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. *O conceito constitucional de renda e proventos de qualquer natureza*, 1996. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.
- QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. Rio de Janeiro: Manole, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

**A possibilidade de acordo na lei  
do *procedimento-modelo* alemão  
(*Musterverfahren*) em 2012 e a  
importância desta previsão para o  
*procedimento-modelo* brasileiro  
(Incidente de Resolução de  
Demandas Repetitivas)**

*The possibility of an agreement in  
the law on the German procedure  
model (*Musterverfahren*) of 2012  
and the importance of forecasting  
it for the Brazilian procedure  
model (Resolution Incident of  
Repetitive Demands)*

Artigo recebido em 03/04/2014.

Revisado em 05/05/2014.

Aceito para publicação em 27/06/2014.

## Caroline Gaudio Rezende

Mestre em Direito Processual Civil. Universidade Estácio de Sá.

### Resumo

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto de novo CPC, tem como inspiração o *procedimento-modelo* alemão (*Musterverfahren*) cuja aplicação é temporária. No seu último período de extensão (em 2012) admitiu-se a possibilidade de acordo no correr do exercício da atividade jurisdicional sobre o processo paradigma. O presente artigo irá expor esta mudança e os seus reflexos no Brasil.

### Palavras-chave

*Musterverfahren. KapMuG; Procedimento-Modelo; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Direitos coletivos.*

### Abstract

The Resolution Incident of Repetitive Demands foreseen in the CPC new design was inspired by the German procedure model (*Musterverfahren*) which application is temporary. In its last extension period (in 2012) the possibility of agreement in the course of the exercise of judicial activity on the paradigm case

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A possibilidade de acordo na lei do procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) em 2012 e a importância desta previsão para o procedimento-modelo brasileiro (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) - pp. 225-257

REZENDE C. G.

was admitted. This article intends to expose this change and its impact in Brazil.

## Keywords

*Musterverfahren. KapMuG; Procedure Model; Resolution Incident of Repetitive Demands. Collective rights.*

## Sumário

Introdução 1. A origem e o desenvolvimento do *Procedimento-Modelo*. 2. *KapMuG-kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*: o debate alemão. 3. Alteração na legislação alemã em 2012. 4. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

O direito processual civil vem passando por diversas alterações em todo mundo ocidental a fim de se adaptar aos novos anseios sociais e conflitos que são apresentados ao Judiciário. Observa-se um aumento da litigiosidade e uma preocupação para que o Acesso à Justiça seja efetivo e não apenas um postulado a ser perseguido ou se apresentar com a presença física do Judiciário, estando ele organizado na sociedade.

Uma das causas e um dos fundamentos para os debates de novas formas de composição às lides são as demandas denominadas de massa. Elas integram a classe dos direitos coletivos por repercutirem a diversos indivíduos distanciando do conflito entre dois particulares. Mas sim se apresentam como plurilaterais.

As causas desta natureza são corriqueiras e de larga escala sendo, em regra, os conflitos predominantes modernamente. No entanto, percebe-se que cada vez mais há um número alto de demandas ajuizadas individualmente versando sobre questões de direito e de fato que se repetem noutras. São as chamadas demandas pseudo-individuais cuja natureza possuem estreita relação com a tutela dos direitos coletivos, tendo em vista seus efeitos coletivizados.

Assim, o direito processual vem buscando nos últimos anos resolver as relações processuais com esta característica, uma vez que foi verificada que a pulverização deste tipo de litígio traz inúmeras consequências negativas para a prestação da atividade jurisdicional, dentre elas: a crise de juridicidade do Estado (enfraquecimento do Judiciário como instância de Poder) e a diminuição da importância do princípio da segurança jurídica, haja vista as decisões divergentes quanto a questões semelhantes levadas a apreciação do Judiciário. Foram percebidas ainda a violação de outros princípios constitucionais como o Acesso à Justiça, a igualdade, o devido processo legal, a duração razoável do processo e a efetividade do direito processual.

Como meio de tratar adequadamente os conflitos desta natureza e prestar uma atividade jurisdicio-

nal de qualidade surge um novo meio para a solução das causas coletivas. Cria-se um mecanismo processual de resolução incidental de conflitos que promove a concentração das demandas que se encontram dispersas. Esta molecularização é obtida após a constatação da repetitividade e se procederá para que o julgamento seja efetuado com a eleição de um ou mais processos que se repetem. Ao aplicar o instituto o processo escolhido ganhará a designação de *procedimento-modelo*. Os demais processos ficam suspensos aguardando o provimento jurisdicional e a pacificação da questão múltipla.

Esta forma de resolução das lides que se originou no âmbito civil a partir de estudos na Inglaterra é hoje discutida em vários ordenamentos quanto a sua adoção. Alguns países já aderiram, mesmo que em fase experimental como ocorre, por exemplo, na Alemanha. Neste ordenamento a sua inserção definitiva é ainda objeto de dúvidas na doutrina e no Parlamento, sendo a sua aplicação temporária conforme previsão expressa na lei (*KapMuG*).

Atualmente, o instituto a qual é denominado de *Musterverfahren* está desde novembro de 2012 no terceiro período de prorrogação. A lei editada em outubro é apontada pela doutrina germânica como uma nova lei não se limitando, portanto, a uma mera reforma legislativa. Esta observação tem como fundamento as grandes mudanças promovidas na aplicação do *procedimento-modelo*, sendo elas: a ampliação do objeto de incidência do instituto; a possibilidade de acordo e a adesão ao sistema *opt-out* quanto aos efeitos do acordo

celebrado; o direito de desistência do *procedimento-modelo* e a simplificação dos atos processuais.

A importância das alterações promovidas pelo legislador alemão para o ordenamento pátrio deve-se ao *Musterverfahren* ter sido fonte de inspiração para a criação do instituto denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto na lei projetada de novo Código de Processo Civil, como apontado claramente na Exposição de Motivos e pela Comissão de Juristas nas obras relativas ao tema. Todavia, dentre as mudanças ocorridas no *pilotverfahren* e a sua repercussão para o sistema pátrio esta a possibilidade de acordo e a modulação dos efeitos deste. Vem a lume este debate devido ao posicionamento da jurisprudência no Brasil não admitir a celebração de acordo nos *procedimentos-modelo* referentes aos Recursos Repetitivos e o conseqüente debate na doutrina.

## 1. A origem e o desenvolvimento do *Procedimento-Modelo*.

Conforme apresentado preliminarmente, o julgamento a partir de um *procedimento-modelo* haverá quando for verificada a existência (ou a potencialidade) de diversas causas que se encontrem repetidas e dispersas sobre a mesma ou semelhante questão de direito e / ou de fato.

Embora haja o sistema da tutela coletiva ele pode não ser o escolhido por opção ou óbices que impeçam o tratamento coletivo *ab initio*.

As legislações que passaram a prever o uso do

*procedimento-modelo* se diferenciam em determinados aspectos, a fim de atender as peculiaridades locais; Contudo, a estrutura fundante deste instituto é efetuar em um determinado momento a concentração destas demandas que são múltiplas. Para tanto, com a provocação da formação do incidente se promoverá a cisão do julgamento da demanda individual para que haja a resolução coletiva. Esta ocorre através da escolha de um processo representativo identificado como *procedimento-modelo*, a qual recairá a análise da atividade jurisdicional. Enquanto ocorre a sua apreciação pelo órgão competente definido em lei os demais processos que não foram eleitos para representar a repetitividade ficarão suspensos, aguardando a decisão sobre o elemento comum. Após o julgamento deste haverá o retorno da análise individual das demandas.

Os primeiros estudos quanto a esta forma diferenciada de julgamento, como expõe Larissa Clare Pochmann da Silva foi apontada por Stephan Yazell na Inglaterra no final da década de 80. À época ele afirmava que eram necessárias mudanças na Justiça inglesa relativas à representação e a participação no processo.<sup>1</sup> De acordo com o doutrinador inglês a previsão que havia quanto as ações de classe não eram suficientes para determinadas demandas. Assim, propõe-se a existência da formação de um novo instituto capaz de lidar com determinadas causas que não tinham como característica serem representativas - se opondo ao sistema de ações de classe (tutela coletiva) que possuem natureza representativa.

Todavia, as suas ideias ganharam força com a formação da legislação processual codificada - Código

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A possibilidade de acordo na lei do procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) em 2012 e a importância desta previsão para o procedimento-modelo brasileiro (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) - pp. 225-257

REZENDE C. G.

de Processo Civil (*Civil Procedure of Rules - CPR*) - para a Inglaterra e o País de Gales. Na fase de preparação para o *codex* inglês foram produzidos dois relatórios pelo membro da magistratura escolhido pelo Ministro da Justiça para a elaboração da lei processual, que até então era dispersa.

No segundo relatório, *Access to Justice*, Lord Woolf aponta a necessidade de observar que embora houvesse o sistema da tutela coletiva havia casos que não se suscitava a formação do julgamento a partir deste meio. Portanto, era necessária uma previsão normativa para regular estas questões com o objetivo destas demandas serem tratadas adequadamente.<sup>2</sup>

No entanto, cabe salientar que embora o Código tenha entrado em vigência em 26 de abril de 1999 a previsão da aplicação da *test claim* só houve com a reforma realizada sobre o *CPR* no ano seguinte - sob a denominação *de Group Litigation Order*.

Posteriormente, outros ordenamentos passaram a dispor sobre a aplicação do mecanismo de resolução coletiva como, por exemplo: a Espanha (em sede recursal quanto a processos administrativos) a qual é chamado de *processo testigo*<sup>3</sup> e Portugal (Agregação de Causas) cuja vigência a princípio era temporária.<sup>4</sup> Está ainda previsto nas ordenações da Suíça, Japão, Finlândia<sup>5</sup> e na Alemanha.

A previsão na lei alemã abriu uma discussão na Europa e Estados Unidos quanto ao julgamento por este meio para a promoção do Acesso à Justiça dos direitos coletivos que se encontram sendo discutidos em demandas individuais. Passou-se a debater se os ordenamentos devem optar por um sistema de ações de

classe (tutela coletiva) originário no direito norte-americano ou se as causas repetidas devem ser julgadas através deste novel mecanismo, bem como se ambos os institutos podem conviver em conjunto de maneira harmônica.<sup>6</sup> Além da discussão dos ordenamentos nos países membros, a própria União Europeia se abriu ao debate, tendo em vista que o bloco econômico visa uma harmonia também entre as regras jurídicas devido as relações de cooperação.

Na Inglaterra, origem do instituto, optou-se pela última posição na qual entende haver uma complementariedade entre os institutos de resolução coletiva de conflitos. Esta afirmação pode ser extraída do próprio *Civil Procedure Rules* em que os dois modelos se encontram positivados na mesma *Rule* (19).

No direito alemão a discussão a respeito deste tema permanece. Isto ocorre, pois a aplicação do mecanismo de resolução coletiva é ainda temporária. E como nos dois períodos anteriores de vigência, a lei editada em 2012 determina que em 2020 se resolva pela incorporação ou não da previsão do *Musterverfahren* no *Zivilprozessordnung* (ZPO) - Código de Processo Civil alemão. Esta última lei a respeito do tema trouxe alterações importantes na aplicação do instituto que adiante serão expostas.

## 2. KapMuG - kapitalalenger -Musterverfahrensgesetz: o debate alemão.

O instituto na Alemanha, em âmbito processual civil, surgiu no ano de 2005 (dezesseis de agosto) devi-

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A possibilidade de acordo na lei do procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) em 2012 e a importância desta previsão para o procedimento-modelo brasileiro (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) - pp. 225-257

REZENDE C. G.

do a ocorrência de um *leading case* relativo ao mercado de capitais na cidade de Frankfurt. A empresa *Deutsche Telekom* recebeu um número alto de demandas de indenização, uma vez que ela deixou de prestar informações aos investidores das suas ações.<sup>7</sup>

O grande número de causas ajuizadas a partir de 2001 estava causando uma demora excessiva na prestação jurisdicional e a perspectiva era que em torno de 20 anos seriam finalizados os julgamentos dos processos relativos a empresa ré. Esta demora no processamento ensejou um pedido de Reclamação na Corte Alemã em face do Tribunal de Frankfurt. Os autores pleiteavam que a Suprema Corte tomasse medidas, cujo fundamento era a violação ao princípio do Acesso à Justiça (sob sua concepção material, isto é, ser efetivamente prestada a tutela jurisdicional, não estando o Judiciário apenas a disposição da sociedade) que se encontra no art. 19, IV da *Grundgesetz*.

A decisão da *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) - Suprema Corte - em 2004 foi no sentir de reconhecer que a demora da prestação da atividade do Tribunal gerava graves transtornos. Entretanto, embora não tivesse mecanismos que pudessem solucionar o caso sinalizou que o Parlamento (*Bundestag*) poderia tomar uma medida para resolver o impasse. Assim, foi solicitada a elaboração de uma lei processual para que fosse preservado o real Acesso à Justiça, como se verifica na decisão a seguir:

*“Die Verfassungsbeschwerde betrifft ein beim Landgericht Frankfurt am Main anhängiges Verfahren im Zusammenhang mit dem Börsen-*

gang der Deutschen Telekom AG. Die elf Beschwerdeführer und weitere Kläger haben dort im August 2001 gegen die Deutsche Telekom AG mit der Behauptung Schadensersatzklage erhoben, in den Emissionsprospekten der Beklagten seien unrichtige und unvollständige Angaben gemacht worden. Termin zur mündlichen Verhandlung ist in dem Verfahren noch nicht bestimmt worden. Die Beschwerdeführer sehen darin einen Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG. Der Präsident des Landgerichts hat zu der Verfassungsbeschwerde Stellung genommen und dabei eine Aufstellung des Vorsitzenden der zuständigen Kammer für Handelssachen übersandt, in der dieser den bisherigen Verfahrensablauf in dem Rechtsstreit schildert. Die Beschwerdeführer haben sich dazu geäußert (...) 2. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch nicht zur Durchsetzung des Anspruchs der Beschwerdeführer auf Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes binnen angemessener Frist angezeigt. Denn die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg (vgl. BVerfGE 90, 22 <25 f.>). Das Landgericht hat durch die Gestaltung des Ausgangsverfahrens noch nicht gegen Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen.(...)

6

Es lässt sich allerdings nicht generell festlegen, ab wann von einer überlangen, die Gewährung effektiven Rechtsschutzes unzumutbar beein-

trächtigenden und deshalb verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbaren Verfahrensdauer auszugehen ist; dies ist vielmehr eine Frage der Abwägung und Entscheidung im Einzelfall. Dabei sind vor allem die Bedeutung der Sache für die Parteien, die Schwierigkeit der Sachmaterie, das den Parteien zuzurechnende Verhalten sowie vom Gericht nicht oder nur eingeschränkt beeinflussbare Tätigkeiten Dritter, etwa von Sachverständigen, in Rechnung zu stellen. Mit zunehmender Verfahrensdauer verdichtet sich jedoch die Pflicht des Gerichts, sich nachhaltig um eine Förderung, Beschleunigung und Beendigung des Verfahrens zu bemühen (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, NJW 1999, S. 2582 < 2583>; NJW 2001, S. 214 <215>) (...)

8

Zwar ist die Sache inzwischen fast drei Jahre beim Gericht anhängig. Doch kann nach der Stellungnahme des Gerichtspräsidenten und der Äußerung des Vorsitzenden der zuständigen Kammer für Handelssachen zum bisherigen Verfahrensablauf nicht festgestellt werden, dass sich diese nicht um eine Förderung des Verfahrens bemüht hat. Das Gericht musste in dem sowohl tatsächlich wie rechtlich außerordentlich komplexen zivilrechtlichen Wirtschaftsrechtsstreit die ständig zunehmende Zahl an Klagen und Klägern, die das Gericht zum selben Fragenkomplex angerufen haben - nach den Angaben des Gerichts sind dort inzwischen mehr

als 2.000 Verfahren anhängig gemacht worden -, aufeinander abstimmen und einen Weg finden, der es ermöglicht, in einigen wenigen Verfahren über die ganze „Fallbreite“ zu entscheiden. Auch im Rechtsstreit der Beschwerdeführer hat sich die Zahl der Kläger seit der Einreichung der ursprünglichen Klage wiederholt erhöht. Das hat immer wieder neue richterliche Verfügungen und Fristbestimmungen notwendig gemacht. Auch die Gesamtplanung des Komplexes der „Telekom-Klagen“ wurde durch die Vielzahl der Verfahren erschwert. Zu berücksichtigen ist auch, dass das Landgericht zunächst erwogen hatte, zur Verringerung der Kosten für eine Beweisaufnahme im Hinblick auf Ermittlungen der Staatsanwaltschaft, die im Zusammenhang mit dem Börsengang der Telekom gegen Mitarbeiter der Beklagten geführt werden, das Verfahren nach § 149 ZPO auszusetzen(...)

9

Dies bedeutet allerdings nicht, dass das Landgericht nicht gehalten wäre, dem Verfahren nunmehr beschleunigt Fortgang zu geben. Die beschließende Kammer des Bundesverfassungsgerichts geht davon aus, dass die den Beschwerdeführern im Ausgangsverfahren im März 2004 für den Herbst 2004 in Aussicht gestellte und nun für das Ende des Jahres 2004 geplante mündliche Verhandlung tatsächlich auch stattfinden wird. Dabei kann von einer Terminierung des Verfahrens der Beschwerdeführer

*abgesehen werden, wenn sich andere Verfahren als Musterverfahren zur Bewältigung des Gesamtkomplexes der anhängigen Sachen besser eignen. Die Beschwerdeführer selbst haben im April 2003 zu einem solchen Vorgehengeäußert, sie stünden ihm uneingeschränkt aufgeschlossen gegenüber.*

*Diese Entscheidung ist unanfechtbar (§ 93 d Abs. 1 Satz 2 BverfGG“<sup>8</sup>*

Tendo em vista já a existência de um mecanismo de solução de conflitos por meio de um *procedimento-modelo* na esfera administrativa (previsto no § 93<sup>a</sup> *Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO*) é criado este instituto para o processo civil. Portanto, edita-se em 2005 a *Gesetz über Musterverfahren Kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahren Gesetz - KapMuG)*, com o objetivo de:

estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes.<sup>9</sup>

Contudo, este *procedimento-modelo* criado na Alemanha que funciona como paradigma para a discussão da introdução deste instituto ao lado do *Group*

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A possibilidade de acordo na lei do procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) em 2012 e a importância desta previsão para o procedimento-modelo brasileiro (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) - pp. 225-257

REZENDE C. G.

*Litigation Order (GLO)* guarda peculiaridades em relação a solução de causas repetidas na Inglaterra e País de Gales. Os aspectos mais relevantes em comparação o *GLO* são quanto: ao tempo de aplicação e o objeto de incidência.

O primeiro aspecto apontado é que a ordenação alemã, como já exposto, tem uma vigência temporária. Assim, na lei originária previa-se que o uso do instituto seria aplicado até novembro de 2010. Posteriormente, houve uma prorrogação estendendo até 2012 e mais recentemente para 2020.

O segundo ponto, que é o maior diferencial, é que a repetitividade de questões de fato e de direito esta limitada a causas relativas ao mercado de capitais. Conforme a redação da *KapMuG* de 2005 e 2010 dizia a respeito a indenização pela omissão ou obscuridade na prestação de informações.

Com a aproximação do prazo de expiração para novembro de 2012, o *Bundestag* (Parlamento) em vinte e nove de fevereiro daquele ano apresentou um novo período para o uso do *Musterverfahren*.

Apesar das linhas mestras da aplicação do mecanismo de resolução coletiva tenham sido preservadas mudanças significativas são observadas. Assim, é apontada pela doutrina germânica como uma nova lei.

### 3. Alteração na legislação alemã em 2012.

Desde a entrada em vigor da *KapMuG* a doutrina alemã debate quanto as regras de aplicação do ins-

tituto. Assim sendo, após sete anos de vigência o *Bundestag* adotou algumas das propostas indicadas nos estudos a respeito do tema na apresentação da nova lei em fevereiro de 2012, cujo efeito se iniciou em primeiro de novembro daquele ano quanto a novos *procedimentos-modelo*.

As principais mudanças foram em quatro pontos, sendo elas: a ampliação do objeto de aplicação do *Musterverfahren*, a possibilidade de desistência do processo escolhido para atuar como o processo paradigma da relação processual; a previsão da celebração de acordo com efeito *opt-out* e a simplificação na aplicação do instituto.<sup>10</sup>

Conforme exposto pela doutrina as alterações são para a preservação dos direitos fundamentais do direito alemão e os da Comunidade Europeia, sem que o instituto apresente os problemas das *class action*.<sup>11</sup> Logo, busca fortalecer o *Musterverfahren* neste período experimental.

No que tange a primeira alteração apresentada, o objeto de incidência, como acima indicado quando fora introduzido este mecanismo na Alemanha ele foi para solucionar os pedidos de indenização relativos ao mercado de capitais, tendo em vista a grande quantidade de demandas ajuizadas em face de determinada sociedade empresária. Esta era uma limitação imposta pela *KapMuG* que acabava por restringir o uso do instituto. Consequentemente, outras situações que apresentavam uma repetitividade, referentes ao mercado de capitais, fosse nas questões de direito ou de fato não podiam se valer da aplicação do *procedimento-modelo*.

Salvo as relativas ao direito administrativo que já possuíam a aplicação deste mecanismo desde 1991 conforme previsão no Código de Processo Administrativo (VwGO) – posteriormente, em 2006, estendeu as causas de competência do Tribunal Social com a inserção do instituto na *SozialGesetzGericht (SGG)*.

Com a sua aplicação no correr dos anos foi observada esta situação e que matérias correlatas ao mercado de capitais estavam sofrendo exclusão. Assim, afirmava Oscar Chase antes da reforma em 2012:

*“The scope of application of the KapMuG is obviously rather narrow, since it applies only to claims related to the capital markets”*.<sup>12</sup>

Portanto, com a mudança na legislação estende a aplicação do *Musterverfahren* para as causas de indenização quanto à consultoria de investimentos. O objeto continua sendo relativo ao mercado de capitais, porém, com o escopo de atuação mais amplo.

O segundo ponto da reforma é no que concerne a possibilidade de desistência daquele processo que foi escolhido como *procedimento-modelo*, tendo em vista o acordo celebrado entre as partes. A previsão anterior era omissa quanto a esta possibilidade, ensejando diversos debates. Assim, a *KapMuG* passa a prever expressamente que as partes têm o direito de desistir, não sendo obrigadas a permanecer no *pilotverfahren*.

Todavia, o acordo entre as partes que integram o processo representativo da questão múltipla só produz eficácia e, conseqüentemente, admite-se a sua desistência quando houver a homologação judicial do mesmo. Após será escolhido um novo processo para representar a controvérsia.

No que tange aos efeitos deste acordo celebrado sobre a demanda múltipla estabeleceu o efeito *opt-out*. Este é aquele conforme expõe Aluisio Mendes: “estarão os interessados automaticamente atrelados à decisão coletiva, se não houver a manifestação, dentro do prazo legalmente fixado ou assinado pelo juiz, da vontade de serem excluídos do processo supraindividual”.<sup>13</sup>

A importância das modificações efetuadas sobre a lei de mercado de capitais alemã têm relevância para o direito brasileiro devido ao *procedimento-modelo* previsto para o projeto de novo CPC (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) ter origem expressa no instituto previsto nesta legislação. Em especial, a lei editada em 2012 é relevante no que tange ao exercício do direito de desistência devido ao acordo celebrado.

#### **4. Projeto de Lei n. 8046 /2010 - O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.**

As mudanças ocorridas na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro, cujo marco temporal é a Carta Magna de 1988, levaram a um aumento da atuação jurisdicional conforme aponta diversos estudos sobre a litigiosidade no Brasil. Uma das causas é que a nova ordem constitucional inaugurou também um novo direito.<sup>14</sup> Ou seja, não se limitou apenas a ser um paradigma quanto a um novo texto constitucional.

Isto se deve porque esta Constituição se alinhou as Constituições Europeias do Pós-Guerra introduzin-

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A possibilidade de acordo na lei do procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) em 2012 e a importância desta previsão para o procedimento-modelo brasileiro (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) - pp. 225-257

REZENDE C. G.

do o Estado Democrático de Direito. Esta mudança na característica do documento constitucional decorre da Constituição deixar de prever apenas a organização política do Estado para conter valores (implícitos e explícitos), sendo o texto jurídico mais importante do ordenamento. Esse status que ela passa a ter traz reflexos nos demais ramos jurídicos, porque é realizada uma filtragem constitucional na interpretação das regras jurídicas. Conforme sinaliza Eduardo Cambi, a nova era constitucional disciplina os demais ramos de modo profundo. Quanto ao direito processual ela inaugura o neoprocessualismo.<sup>15</sup> A sua incidência extrai-se dos princípios expostos no art. 5º e é ainda fundamento de validade.

No que tange a sociedade e a sua relação com o Poder Judiciário já era apontada na fase de transição da ordem constitucional que nos anos seguintes haveria uma maior interação entre estes. Neste sentir, Kazuo Watanabe<sup>16</sup> discorria que o Judiciário deveria se adaptar as mudanças sociais para poder cumprir com êxito o seu escopo.

Todavia, embora houvesse o avanço legislativo e as indicações da doutrina da necessidade do Judiciário se reorganizar para a nova realidade jurídica verificou-se um inevitável inchaço deste Poder do Estado. Ele não se apresentava apto a receber a quantidade de demandas, principalmente, devido a manutenção da estrutura. Logo, a atividade jurisdicional acabou por não se adequar aos novos tempos, sendo corrigido este problema com o correr dos anos a partir das mudanças legislativas. Nos anos seguintes a Constituição de 1988

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A possibilidade de acordo na lei do procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) em 2012 e a importância desta previsão para o procedimento-modelo brasileiro (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) - pp. 225-257

REZENDE C. G.

houve diversas alterações no corpo do texto do código processual vigente com a finalidade de tornar a operação do processo mais fácil através da diminuição da formalidade do CPC na sua redação original.<sup>17</sup>

Formou-se ainda microsistemas para atuarem ao lado da lei matriz processual relativa a questões específicas, como a tutela coletiva. Esta atuação paralela de um conjunto de leis processuais refletiam as mudanças dos conflitos sociais. Em especial, quanto ao primeiro que se mostrou uma forte tendência, pois as lides perderam a característica de serem individuais e patrimoniais. Começou a verificar cada vez mais a existência de relações pluri e supraindividuais (demandas de massa).

No entanto, as diversas alterações legislativas não foram suficientes para evitar os problemas nesta prestação estatal que é conhecida como a “Crise do Poder Judiciário”. Existem várias razões para a sua existência sendo que uma destas são as causas repetidas. Embora haja o microsistema da tutela coletiva (e seria este o sistema processual correspondente a este tipo de litígio) verifica-se que muitas vezes ele não é o escolhido, principalmente, quando se refere aos direitos de natureza individual homogênea. Há, portanto, uma baixa inefetividade da proteção pela tutela coletiva como apontado em estudo realizado por Paulo Cesar Pinheiro Carneiro.<sup>18</sup> Ocorre uma falta de Acesso à Justiça adequada aos direitos coletivos.

O problema no exercício destes direitos está que além de produzir um grande número de demandas por elas estarem dispersas (constituindo as demandas

“*pseudoindividuais*”) causa ainda dois outros problemas mais graves que são: a insegurança jurídica e a falta de isonomia. Ou seja, há a lesão as garantias constitucionais por não estar atribuindo o processamento adequado (devido processo legal) a este tipo litígio. E não raras vezes observa a existência de decisões judiciais antagônicas, apesar de possuírem elementos em comum sendo discutidos. Estes pronunciamentos judiciais díspares além de abalar a ordem constitucional devido a ferir os princípios fundamentais, como acima apontado, enfraquece o Judiciário como instância de Poder. A sociedade passa a vê-lo com desconfiança por não saber como ele se posicionará.

O primeiro passo para a solução dos problemas do Judiciário foi a celebração entre os três Poderes do Pacto Republicano. Este documento foi efetuado para que fossem realizadas mudanças na Constituição promovendo uma reforma quanto a organização do Judiciário na Carta Magna. Ele deu ensejo a edição da Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

Dentre as várias mudanças ocorridas com a Emenda como, por exemplo, a positivação do princípio da efetividade processual no art. 5º inicia-se uma preocupação com as demandas repetidas e a ênfase para a necessidade da formação da jurisprudência uniforme, buscando o fortalecimento desta com a introdução da teoria do *stare decisis*. Neste sentido, as primeiras alterações foram quanto a dispor do requisito da repercussão geral para os Recursos Extraordinários e a edição das Súmulas Vinculantes.

O sucesso atribuído a modificação na análise dos

recursos de competência recursal do STF fez com que o STJ também alterasse a sua forma de processamento dos Recursos Especiais que tinham como característica debaterem as mesmas questões de direito. Assim, em 2006 passou a prever o julgamento diferenciado para os recursos que se repetem (designados como recursos repetitivos), a partir da escolha de um recurso paradigma.

Considerando a permanência dos óbices da prestação jurisdicional nasce o II Pacto Republicano. Este é uma continuação do documento anterior em que promove mudanças no corpo das leis infraconstitucionais e visa dentre outras finalidades a efetividade da prestação jurisdicional e a promoção do Acesso à Justiça.<sup>19</sup> No que tange ao direito processual origina-se a constituição de um novo Código de Processo Civil, pois as reformas pontuais são interpretadas como paliativas e sem a solução adequada ao sistema.

Conforme a Exposição de Motivos a lei projetada enviada ao Congresso Nacional tem como objetivo: “o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”. Continua afirmando que: “Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material”.<sup>20</sup>

Dentre as medidas adotadas para a melhora da qualidade da atividade jurisdicional e ainda como meio de resolver o problema das causas múltiplas é

previsto um novo instituto: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Como citado na Exposição de Motivos sua origem é o *procedimento-modelo* alemão, porém, aplicável somente a repetição de questões de direito.<sup>21</sup> O novel mecanismo proposto para o ordenamento pátrio surge diante da tutela coletiva não esta cumprindo o seu escopo como pretendido. Assim, com a inserção deste instituto busca se potencializar a efetivação dos direitos coletivos, uma vez que ele atuará em sistema de complementação à tutela coletiva.

Como exposto, atualmente passou a admitir a desistência do *procedimento-modelo* na Alemanha, tendo em vista a celebração de acordo. Esta possibilidade do direito de desistência é um aspecto que deve ser observado no futuro pelo legislador brasileiro devido as experiências atuais em sede de recursos repetitivos. No Brasil ocorre o questionamento quanto a desistência nos recursos escolhidos para representar a controvérsia da matéria de direito. A lei que introduziu este mecanismo no CPC vigente foi omissa ensejando o debate doutrinário e jurisprudencial a cerca desta possibilidade. A doutrina é dividida em que de um lado argumenta a negação ao Acesso à Justiça por estar obrigando na permanência do litígio do processo eleito como recurso paradigma. Outra posição aduz que quando o processo ganha esta qualidade ele deixa de pertencer a parte devido a passar a ter um status de feição coletiva.<sup>22</sup> Neste sentir, se posiciona a jurisprudência do STJ pela impossibilidade, sob o argumento de que o recurso escolhido para representar a repetitividade perde a sua característica individual. Ademais

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A possibilidade de acordo na lei do procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) em 2012 e a importância desta previsão para o procedimento-modelo brasileiro (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) - pp. 225-257

REZENDE C. G.

entende que fere a garantia constitucional processual da duração razoável do processo.<sup>23</sup>

## Conclusão

Embora desde 1991 já houvesse no direito administrativo na Alemanha a aplicação do *procedimento-modelo*, a sua aplicação no processo civil é a partir da edição da *KapMuG* (lei relativa ao mercado de capitais). Esta normatização abre a discussão na Europa e nos Estados Unidos da aplicação deste novo meio de resolução coletiva, pois o novo instituto surge como uma via alternativa ao uso da tutela coletiva (que são as ações de classe típicas, cujo fundamento se extrai do direito norte-americano).

Sua origem processual civil é na Inglaterra e, posteriormente, foi adotado por outros ordenamentos do continente europeu, guardando em cada um suas peculiaridades locais. Tendo em vista as suas origens é identificado como modelo europeu para a resolução de causas coletivas.

Na ordenação germânica a previsão processual civil ainda está em fase de testes (atuando ao lado das *Verbandsklagen* que correspondem à tutela coletiva) e na última extensão da aplicação do *Musterverfahren* foram feitas mudanças substanciais, expostas no presente trabalho: o aumento do objeto de incidência; a simplificação dos atos processuais a possibilidade de desistência do processo que foi eleito como paradigma devido a celebração de acordo tendo este efeito *opt-out*.

Estas alterações apresentadas pelo Parlamento em fevereiro de 2012 (cuja publicação foi em outubro e o efeito iniciou-se em novembro daquele ano) buscaram fortalecer o uso do mecanismo de resolução coletiva com as adequações e propostas feitas pela doutrina. Assim, ao fim de 2020 decidirá pela incorporação definitiva no ZPO – Código de Processo Alemão.

As alterações efetuadas na *KapMuG* são relevantes para o direito nacional, pois o novo Código de Processo Civil traz um instituto que tem fundamento no *Musterverfahren*, qual seja: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Ao internalizar este mecanismo para ser aplicado ainda na fase do processo de conhecimento anseia por fortalecer a proteção a direitos coletivos no Brasil concretizando e promovendo o Acesso à Justiça, em especial, aos direitos acidentalmente coletivos (que são intitulados de individuais homogêneos).

Na realidade o instituto antecipa a concentração das demandas repetidas para o processo de conhecimento, visto que no CPC vigente o tratamento molecularizado de demandas de efeitos coletivos ocorre tão somente em sede recursal. Considerando, portanto, que já há a aplicação do *procedimento-modelo* no Brasil através dos recursos repetitivos e a divergência quanto a desistência do processo eleito como paradigma devido a celebração de acordo, é importante considerar as mudanças efetuadas na legislação base para a formação do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Brasil. Não há óbices que impeçam que se façam ajustes ao instituto quando vigente o pro-

jeto de novo CPC e, assim, considerar a possibilidade da realização ou não do acordo. A menção expressa quanto a existência (ou não) do direito de desistência e acordo se prestam para evitar eventuais dissídios entre a jurisprudência e a doutrina como atualmente acontece no que tange a aplicação dos recursos repetitivos a fim de que se potencialize e concretize a proteção aos direitos coletivos.

## Notas

- 1 DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo? In: *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro, 2011, dezembro, v. 18, n. 32, p. 103. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrij/article/view/285](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/view/285)>. Acesso em 25-07-2012.
- 2 17. Another approach is to stipulate that for the application of multi-party treatment the claims should give rise to common but not necessarily identical issues. The Law Society's rule extends this concept of flexibility. It recognises that there are clear advantages in drawing together claims which may be in some way related. I would wish to go further and to make it clear that cases that have been drawn together could be dealt with in different ways. WOOLF, Lord. *Access to Justice*. Disponível em: <[http://www.civiljustice.gov.hk/eng/archives\\_fr.html](http://www.civiljustice.gov.hk/eng/archives_fr.html)>. Acesso em: 10-12- 2012.  
Tradução livre: Outra abordagem é estipular que, para a aplicação do tratamento múltiplo as alegações devem ter origem a problemas comuns, mas não necessariamente idênticos. A regra da Law Society entende este conceito de flexibilidade. Ele reconhece que há vantagens claras reunindo reivindicações que podem ser de alguma forma relacionados. Eu gostaria de ir mais longe e para deixar claro que os casos que foram desenhados em conjunto pudessem ser tratados de formas diferentes.
- 3 Jurisdicción Contencioso administrativo. *Informe del grupo Procesal Contenciosos-Administrativo*. Disponível em: <<http://www.icam.es/>>

[docs/web3/doc/Informe Nueva Oficina ContAdm.pdf](#)>. Acesso em: 05-04-2013.

- 4 *Diário da República*. I Série -A, p. 1. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1s/2006/06/111A00/40694074.pdf>>. Acesso em: 05-04-2013.
- 5 HENSLER, Deborah R. *The Fure of MassLitigation: Class Action and Third-Party Litigation Funding*. Disponível em: <<http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2012/08/79-2-Hensler.pdf>>. Acesso em: 19-01-2013.
- 6 HENSLER, Deborah R. *The Fure of MassLitigation: Class Action and Third-Party Litigation Funding*. Disponível em: <<http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2012/08/79-2-Hensler.pdf>>. Acesso em: 19-01-2013
- 7 HESS, Burkhard. □Relatório nacional da Alemanha. GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law, uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 142.
- 8 Tradução livre: A reclamação constitucional diz respeito a pendência no Landgericht Frankfurt am Main método em conexão com o IPO da Deutsche Telekom AG. Os onze queixosos e outras autoras formularam em agosto de 2001 contra a alemã Telekom AG, alegando danos nos prospectos dos réus que fizeram informações falsas e incompletas. A audiência ainda não tem data determinada no processo. Os queixosos veem isso como uma violação da garantia de proteção legal do artigo 2º parágrafo 1, em conjugação com o artigo 20, parágrafo 3 GG. O Presidente do Tribunal Distrital tomou a posição da reclamação constitucional, enquanto uma declaração do presidente da Câmara de Comércio descreve o procedimento.

2

A aceitação da reclamação constitucional não é para fazer valer a pretensão do reclamante para conceder revisão judicial dentro de um prazo razoável. Porque a reclamação constitucional não tem chance de sucesso (referência omitida 90, 22 < 25 f >). O tribunal distrital não violou o processo principal, o artigo 2º parágrafo 1, em conjugação com o artigo 20, § 3º da Lei Básica.(...)

6

No entanto, geralmente não podem determinar em que ponto está muito longo, a tutela jurisdicional efetiva concessão do grau razoável e, portanto, constitucionalmente intolerável do tempo de proces-

samento, o que é mais uma questão de julgamento e tomada de decisões em casos individuais. É acima de tudo a importância da questão para as partes, a dificuldade da matéria tangível, as partes atribuíveis ao comportamento e não ou apenas parcialmente influenciada pelas ações judiciais de terceiros para fornecer alguns dos peritos encarregados. Com o aumento da duração do procedimento, no entanto, comprime o dever de o Tribunal de ter esforços contínuos para promover a aceleração e encerramento do processo (ver Tribunal Constitucional Federal, 1<sup>a</sup> Câmara do Primeiro Senado, NJW 1999, p 2582 < 2583>; NJW 2001 S. 214 < 215 >). (...)

8

Embora ajuizada quase três anos antes o Tribunal está pendente. Mas não pode ser determinada pela opinião do presidente do Tribunal e da declaração do presidente do Tribunal de Comércio relevantes para o processo anterior, que este não tem se esforçado para fazer avançar o processo. O Tribunal teve em que ambos realmente e legalmente extremamente complexo o contencioso empresarial civil, o crescente número de ações judiciais e demandantes que têm chamado para o mesmo conjunto de questões, o órgão - de acordo com as instruções do Tribunal mais de 2.000 procedimentos já lá foram trazidos até agora - para votar um no outro e encontrar uma maneira que faz com que seja possível decidir em alguns métodos ao longo de todo o caso. Mesmo no caso do Reclamante, o número de candidatos aumentou novamente desde a apresentação da denúncia original. Isso sempre fez haver novos decretos judiciais e regulamentos no período. O planejamento global de um complexo de “queixas de telecomunicações” foi complicado pela variedade de procedimentos. Para levar em conta é que o tribunal do distrito tinha considerado inicialmente, suspender a reduzir o custo da prova em relação ao Ministério Público, que são realizadas em conexão com o IPO da Telecom contra qualquer funcionário do réu, o processo de acordo com o § 149 ZPO.

9

No entanto, isso não significa que o Tribunal distrital não seria obrigado a dar a acelerar o progresso. A Câmara ao adotar resoluções do Tribunal Constitucional assume que os queixosos no processo principal de 2004 solicitou a perspectiva e, agora, prevista para o final de 2004 a audiência é realmente realizada. Ele pode ser separado de um encerramento do processo, o queixoso se outros métodos são mais

adequados, como casos de teste para lidar com todo o complexo de questões pendentes. Os autores da denúncia expressou-se em abril de 2003 para tal abordagem, se for totalmente aberta para ele.

Esta decisão é final § 93, parágrafo 1 sentença 2 d FCC) “

- 9 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*. Ano n. 32, v. 147, maio/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 147.
- 10 BERT, Peter. *Class Action in Germany: KapMuG Extended Until 2020 – Modest Change of Scope*. Disponível em: <<http://www.disputeresolutiongermany.com/2012/07/class-actions-in-germany-kapmug-extended-until-2020-modest-change-of-scope/>>. Acesso em: 01-06-2013.
- 11 BROCK, Ina; Rekkitt, Stefan. *Germany: New Reform of the Capital Markets Model Case Act (the “KapMuG”)*. Disponível em: <<http://ehoganlovells.com/cv/86f52cf076a9f99a369656842a68dec70b-11ce4e/p=3188781>>. Acesso em: 01-06-2013.
- 12 CHASE, Oscar et al. *Civil Litigation in Comparative Context*. St. Paul: Thompson West, 2007, p. 415.  
Tradução livre: “O âmbito de aplicação do KapMuG é, obviamente, muito estreito, uma vez que só se aplica a reclamações relacionadas ao mercado de capitais”.
- 13 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e Meios de Resolução Coletiva de Conflitos no Direito Comparado e Nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 36.
- 14 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: *Panóptica*. Vitória, 2007, fevereiro, ano 1, n. 6. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 02-09-2012, p. 2.
- 15 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: *Panóptica*. Vitória, 2007, fevereiro, ano 1, n. 6. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 02-09-2012, p. 2.
- 16 WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”. In: GRINIVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 134.
- 17 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humber>

- to%20Theodoro%20J%C3%BAnior(5)%20formatado.pdf.>. Acesso em: 05-09-2012, p. 9.
- 18 CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 247-255.
  - 19 RIBEIRO, Cristiana Hambar. A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. V. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 02-02-2013.
  - 20 Senado Federal. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 05-06-2012.
  - 21 Senado Federal. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 05-06-2012.
  - 22 DIDIER JR., Fredie.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 11 ed. Bahia: Editora JusPodium, v. 3, 2013, p. 310-311.
  - 23 Quanto ao tema ver o REsp n. 1.058.114 e 1.063.343. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=838](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=838)> e [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0381.rtf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0381.rtf)>. Acesso em: 20-10-2013.

## Referências

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. O case management inglês: um sistema maduro? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Rio de Janeiro, janeiro-junho/2009, no 3, v. III. Disponível em: <<http://www.Redpedições.htm/pdf>>. Acesso em 25-10- 2012.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. “Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’”. In: *Revista de Processo*. Ano 36. Vol. 196, junho/ 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in England: Representative and group actions. In: *Duke Journal of Comparative International Law*. Durham: Duke University School Law. 2001, Spring/ Summer, v. 11, n. 2.

- BERT, Peter. *Class Action in Germany: KapMuG Extended Until 2020 – Modest Change of Scope*. Disponível em: <<http://www.disputeresolutiongermany.com/2012/07/class-actions-in-germany-kapmug-extended-until-2020-modest-change-of-scope/>>. Acesso em: 01-06-2013.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*. Ano n. 32, v. 147, maio/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: *Panóptica*. Vitória, 2007, fevereiro, ano 1, n. 6. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 02-09-2012.
- CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- CHASE, Oscar et all. *Civil Litigation in Comparative Context*. St. Paul: Thompson West, 2007.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*. Ano n. 36, v. 193, março/ 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo?. In: *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro 2011, v. 18, n. 32. Disponível em: <[http://www4.fjrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/view/285](http://www4.fjrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/285)>. Acesso em 25-07-2012.
- Diário da República. *Procede à criação de um regime processual civil de natureza experimental, aplicável às ações declarativas entradas, a partir de 16 de outubro de 2006, em tribunais a determinar por portaria do Ministro da Justiça*. Disponível em <<http://www.dre.pt/cgi/drls.exe?t=d&cap=&doc=20061983&v01=1&v02=2006-06-08&v03=&v04=&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=&v12=&v13=&v14=&v15=&v16=&v17=&v18=&v19=&v20=&v21=&v22=&v23=&v24=&v25=&sort=0&submit=Pesquisar&d=2006-06-08&maxDate=2013-05-23&minDate=1960-01-01>>. Acesso em: 05-04- 2013.
- \_\_\_\_\_. I Série - A, p. 1. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdfs/2006/06/111A00/40694074.pdf>>. Acesso em: 05-04-2013.
- DIDIER JR., Fredie.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 11 ed. Bahia: Editora JusPodium, v. 3, 2013.

- HENSLER, Deborah R. *The Fure of MassLitigation: Class Action and Third-Party Litigation Funding*. Disponível em <<http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2012/08/79-2-Hensler.pdf>>. Acesso em 19-01-2013.
- HESS, Burkhard. Relatório Nacional da Alemanha. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de “civil law” e “common law”: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- Jurisdiccion Contencioso administrativo. *Informe del grupo Procesal Contenciosos-Administrativo*. Disponível em: <<http://www.icam.es/docs/web3/doc/Informe Nueva Oficina ContAdm.pdf>>. Acesso em: 05-04-2013.
- LEAL, Saul Tourinho; ARAÚJO, Vicente Coelho. *Os Recursos Repetitivos no STJ e o direito da parte à desistência do recurso paradigma*. Disponível em <[http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articulas.aspx?cod=77894](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articulas.aspx?cod=77894)>. Acesso em 18-12-2012.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e Meios de Resolução Coletiva de Conflitos no Direito Comparado e Nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MOHER, Louise; MORGAN, Lynda. Multi-Party Litigation in Germany: The KapMuG In Action. In: *Federated Press*. Spring 2008. Disponível em: <<http://www.mondaq.com/x/160298/Class+Actions/MultiParty+Litigation+In+German+The+KapMuG+In+Action>>. Acesso em 07-06-2012.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. “O papel da jurisprudência e os incidentes de uniformização no projeto do novo Código de Processo Civil”. In: ROSSI, Fernando et al. (coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- OTHARAN, Luiz Felipe. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como uma Alternativa às Ações Coletivas: Notas de Direito Comparado*. Disponível em: <[http://www.processoscoletivos.net/ve\\_ponto.asp?id=58](http://www.processoscoletivos.net/ve_ponto.asp?id=58)>. Acesso em: 05-11-2012.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva*. Disponível em <[http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/dimensao\\_da\\_garantia\\_do\\_acesso\\_a\\_justica\\_na\\_jurisdicao\\_coletiva\\_061103.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/dimensao_da_garantia_do_acesso_a_justica_na_jurisdicao_coletiva_061103.pdf)>. Acesso em 24-06-2012.
- PINTO, Júnior Alexandre Moreira. O Regime Processual Experimental

- Português. In: *Revista de Processo*. Ano n. 32, v. 148, junho/ 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- REUSCHLE, Fabian. Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – Eine erste Bestandsaufnahme aus Sicht der Praxis. In: CASPER, Matthias (org.). *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*. Munique: Sellier, 2009.
- RIBEIRO, Cristiana Hambar. A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Rio de Janeiro, janeiro-junho/ 2010, ano n. 4, v. V. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 02-02-2013
- RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos Rodrigues. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as regras previstas no Projeto do Novo Código de Processo Civil e o Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz do direito alemão. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Rio de Janeiro, julho-dezembro/2011, ano n. 5, v. VIII. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 27-07-2012.
- SCHNEIDER, Burkhard. *Das nue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*. Disponível em: <[http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2012/11/newsletter\\_das\\_neu.html](http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2012/11/newsletter_das_neu.html)>. Acesso em: 01-06-2013.
- STADLER, Astrid. A test case in Germany: 16.000 private investors vs. Deutsche Telekom. In: *ERA-Forum*. V. 10 Berlin:Heidelberg, 2009.
- STÜNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*. Ano n. 37, v. 209, julho 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. In: *Duke journal of comparative & international law*. 2001, v. 11, n. 2. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1204&context=djcil>>. Acesso em: 20-09-2012.
- WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”. In: GRINIVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 134.
- WOOLF, Lord. *Access to Justice*. Disponível em: <[http://www.civiljustice.gov.hk/eng/archives\\_fr.html](http://www.civiljustice.gov.hk/eng/archives_fr.html)>. Acesso em: 10-12-2012



# Eutanásia – Dignidade no Fim da Vida

## *Euthanasia - Dignity at the End of Life*

Artigo recebido em 10/05/2014.

Revisado em 27/05/2014.

Aceito para publicação em 06/06/2014.

### **Sergio Leandro Carmo Dobarro**

Mestrando pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP.

### **Pedro Lima Marcheri**

Mestrando pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Especializando em Direito e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damasio de Jesus. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE. Advogado Criminalista.

## Resumo

A constante ascensão da medicina tem amplificado continuamente a questão da passagem que separa a vida e a morte. A viabilidade do sistema da morte por formas artificiais e de designar o seu instante e maneira acareiam ao tema da eutanásia, termo de acepção labiríntica, a variadas concepções que buscam aclaramento. Desta forma as questões geradas mostram a convergência de diversas disciplinas, também com impacto na ceara do direito, gerando situações que até então não se faziam presentes. O presente estudo tem como finalidade, levantar a questão da eutanásia sobe a ótica da dignidade da pessoa humana. Para a conclusão deste objetivo serão analisadas inicialmente questões relativas à vida e morte e as mudanças conceituais sobre o tema ocorridas ao longo da história, passando, em seguida, a contextualização das classificações das variadas formas de eutanásia utilizadas pelos doutrinadores. Após será verificado como o Direito Penal aborda o tema. Por fim, será realizada análise do princípio da dignidade da pessoa humana aliada à ponderação com o direito à uma morte digna, ambos com sede constitucional.

## Palavras-chave

Eutanásia; morte; direito; dignidade da pessoa humana; sofrimento.

## Abstract

The constant development of medicine has continuously amplified the question of the passage between life and death. The viability of death by artificial means and of designating your time and manner leads to the topic of euthanasia, labyrinthine term of labyrinth accordance, and the various conceptions that seek clarification. Thus, the generated questions show the convergence of various disciplines, as well as the impact on the legal system, resulting on situations that previously were not present. This study aims to raise the question of euthanasia under the perspective of human dignity. In order to achieve this objective it will first be analyzed issues of life and death and the conceptual changes that occurred on the topic throughout history, and the contextualization of classifications of various forms of euthanasia used by doctrinaires. Then it will be verified how the matter is handled by Criminal Law in our country. Finally an analysis will be carried to the principle of human dignity combined with ponder to the right to a dignified death, both based on a constitutional basis.

## Keywords

Euthanasia; death; right; human dignity; suffering.

## Sumário

Introdução. 1. Definição e etimologia de eutanásia. 1.1. A Eutanásia e seu Contexto. 1.2. Eutanásia: Evolução Histórica. 1.3. As Classificações Sobre Eutanásia. 2. As legislações a respeito da eutanásia no Brasil. 3. Os direitos fundamentais e a eutanásia. 3.1. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e sua Ligação com a Eutanásia. Conclusão. Referências.

## Introdução

A expressão eutanásia consiste em morte boa, tranquila ou em estado de graça. Foi concebida para denominar o procedimento médico que diminuindo ou não a vida do paciente, lhe poupasse a dor proveniente do mal que é acometido.

A prática da eutanásia vem ocorrendo desde os tempos mais remotos da humanidade até a atualidade, mesmo assim, ainda trata-se de assunto controvertido e polêmico, causa de debates inflamados entre aqueles que são a favor e dos que são contra, porém o que se analisa é que veementemente nenhum entendimento unânime se chega com intuito de suprir tais questionamentos.

O presente estudo na área do Direito Constitucional a respeito da eutanásia expõe a aproximação do tema associado ao direito à vida e ao direito à liberdade de apuração de uma morte digna, em missão de muitos conflitos de ordem religiosa, ética, política, jurídica

e social. Entretanto, para uma compreensão mais objetiva, o presente artigo averiguará o tema em questão apenas no cunho da dignidade da pessoa humana.

O conceito de morte com dignidade tem sido tema das mais variadas discussões políticas, médicas e filosóficas. Atualmente as modernas tecnologias existentes nos hospitais possibilitam que uma vida seja prorrogada para muito mais tempo, mesmo que no caso em questão não haja possibilidades de reverter o caso. A partir desse momento, surgem indagações éticas como, por exemplo, se um enfermo acometido de um mal incurável, sofrendo dores insuportáveis, tem o direito de pedir que o matem? Fica evidente desta forma, que a questão da eutanásia tornou-se um problema importante nos dias atuais.

## 1. Definição e etimologia de eutanásia.

Etimologicamente, eutanásia (eu = bom) e (thánatos = morte) expressa boa morte, morte sem dor, morte piedosa. Na atualidade, pensa-se em eutanásia como o ato de dar a morte, por piedade, a alguém que sofre demasiadamente, em estágio final de doença incurável ou que vive em estado vegetativo contínuo.

A respeito do tema, Borges (2001, p. 19):

O primeiro sentido de *euthanatos* fazia referência a facilitar o processo de morte, sem, entretanto, interferência neste. Na verdade, conforme o sentido originário da expressão, seriam medidas

eutanásticas não a morte, mas os cuidados paliativos do sofrimento, como acompanhamento psicológico do doente e outros meios de controle da dor. Também seria uma medida eutanástica a interrupção de tratamentos inúteis ou que prolongassem a agonia. Ou seja: a eutanásia não visaria à morte, mas a deixar que esta ocorresse da forma menos dolorosa possível. A intenção da eutanásia, em sua origem, não era causar a morte, mesmo que fosse para fazer cessar os sofrimentos da pessoa doente. Atualmente, porém, tem se falado de eutanásia como uma morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre. Ao invés de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a. O conceito foi modificando e tem causado muita confusão.

Objetiva-se através da eutanásia a morte tranquila, sem dor e sofrimento, piedosa, morte fácil, benéfica, tranquila, em estado de graça.

Ronald Dworkin (2003, p. 36) assim define:

Três problemas distintos giram em torno das decisões sobre a eutanásia. Devemos ter a preocupação de respeitar ao máximo a autonomia do paciente, seus interesses fundamentais e o valor intrínseco ou a santidade de sua vida. Contudo, correremos o risco de não entendermos adequadamente nenhuma dessas questões, ou de não percebermos se elas são favoráveis ou contra-

rias à eutanásia em uma circunstância dada, enquanto não compreendermos melhor por que algumas pessoas querem permanecer biologicamente vivas enquanto puderem fazê-lo, inclusive em circunstância terríveis, e por que outras, nas mesmas condições, insistem em morrer tão logo lhes seja possível.

A partir de que foi criada a palavra eutanásia, esta vem sendo interpretada amplamente de acordo com as considerações de cada intérprete, recebendo desta forma variadas definições. Por este motivo, atualmente ocorre muita confusão com relação ao emprego fidedigno do termo, muitos a repartiram em múltiplas classificações diferentes, definindo e atribuindo significados em muitos casos incorretos e que complicam seu real entendimento.

De suma importância ressaltar que a eutanásia é entendida, por determinadas pessoas, como sendo uma espécie de homicídio ou suicídio, sendo comparado à estes e considerado como uma categoria de conduta penalmente relevante e ilícita.

O termo “boa morte”, citada como uma das definições da eutanásia pode ser considerada um paradigma adequado, porém, é preciso cautela na interpretação do termo para não descaracterizar a conceituação correta, criando conceitos inadequados sobre o tema em questão.

Frisa-se que a eutanásia não visa à eugenia, objetivando a perfeição genética, mas sim em oferecer uma morte digna ao paciente acometido de uma enfermi-

dade incurável quando esta já começa a lhe privar da dignidade, cessando sua angustia e agonia existentes.

No caso de remoção de órgãos para transplante, este ato apenas pode ser feito quando verificado o término das atividades cerebrais do doador.

A falta de ondas cerebrais leva à falência dos órgãos do corpo humano, e o paciente não recobrará as funções nem terá vida de relação com o dano ao sistema nervoso central.

Assim dizer cerebral é dizer morte, *tout cour*; a retirada do coração pulsante para fins de transplante não constitui crime de homicídio, nem mesmo é vista como prática de eutanásia. (SZ-TAJN, 2002, p. 131).

Nosso sistema judiciário é claro ao definir que a morte ocorre com a extinção das atividades cerebrais, desta forma, ocorrendo à morte cerebral não existe qualquer possibilidade de se configurar, a remoção de órgãos, homicídio, em virtude de neste caso o ser humano em evidência já ser considerado sem vida. Importante ainda salientar que, a doação deve ser expressamente autorizada pelo doador antes da morte, ou após está, pelos seus parentes próximos.

Nos dias atuais, a eutanásia vem sendo entendida pela grande maioria como uma morte provocada, como uma interrupção de um determinado tratamento preciso com fins de manter a vida, por piedade ao doente, que já sem esperança de cura, pena com dores concebidas insuportáveis. Corroborando com tal raciocínio, Sztajn (2002, p.130):

Para o paciente que experimenta intenso sofrimento, não tem perspectiva de cura, a morte antecipada é a solução que põe fim a dor, à agonia (de agon que significa luta ou combate, estado que precede à morte, caracterizado por grande sofrimento e/ou grande dor).

Sendo assim, a eutanásia atualmente é tida como uma forma de compaixão por um doente, portador de enfermidade incurável, acometido de dores intoleráveis, e a mando deste, toma-se as necessárias providências para diminuir seu tempo de vida, por meio de atos positivos que proporcionam ao encurtamento de sua existência, ou meramente através de uma conduta negativa, uma omissão por parte dos responsáveis pela saúde do doente que se baseia em suspender o tratamento essencial ou por este próprio não procurando a necessária terapêutica.

### *1.1. A Eutanásia e seu Contexto.*

A partir do momento em que se coloca em questão a moralidade de se executar a eutanásia, tanto a ativa como a passiva, é de suma importância ter consciência plena a respeito do contexto em que ela poderia ocorrer. Em outras palavras, quando é questionado se é moralmente problemático ou condenável praticar a eutanásia, é importante que comecemos da premissa sobre em qual circunstâncias se encontra uma pessoa que pede pelo fim de sua vida, bem como quando os familiares e ou os médicos consideram a eutanásia para o doente enfermo.

Dispondo da seguinte forma, Salvador Urraca Martínez (1996, p. 48):

Algumas enfermidades arrancam impiedosamente o paciente grave de seu contexto habitual e os colocam em situações hospitalares despersonalizadas, sinistras e indignas. Não convém esquecer que na pessoa enferma, mais ainda se é terminal ou padece de uma enfermidade invalidante, se produzem mutações psicológicas e sociais de grande envergadura: saltam do entusiasmo e do domínio para a nostalgia e a dependência, da posse para a perda, da atividade criadora para a prostração aniquiladora, da cálida companhia ao abandono psicológico, dos projetos e expectativas fantasiosas á vida limitada, do ambiente cálido à frieza hospitalar, da comunicação ao engano, da ternura ao abandono.

Fato é que para o paciente terminal, seu maior objetivo pode ser o de pôr fim ao martírio que tornou sua vida. *Contrariu sensu*, não é o caso de uma pessoa que quer viver, mas sim o inverso, é uma pessoa que já não possui forças para suportar viver de forma que lhe resta. Percebe-se que a cultura ocidental não encara a eutanásia de frente, ou seja, ela tende a mascarar a morte, sendo por vezes complicado para uma pessoa que nunca passou por uma situação em que teve alguém próximo em processo de morte, imaginar o quanto pode ocorrer de sofrimento e de degradação físico-psicológica neste morrer, como por exemplo, nau-

seas constantes, dependência de terceiros para alimentar-se, banhar-se, vestir-se, além de angústias, insônia, medo, sentimento de alienação familiar, alucinações e etc.

Fica claro que somente acompanhando um doente durante todo este estágio, pode-se ter um entendimento do que leva alguém a pedir que lhe matem ou que o auxiliem a suicidar-se. Claro que existem pessoas nestas terríveis condições que batalham para permanecer vivas, entretanto outras não querem para si uma vida que entendem indigna e humilhante.

## *1.2. Eutanásia: Evolução Histórica.*

Objetivando um entendimento mais profundo em torno da Eutanásia, será efetuado um exame de sua perspectiva histórica, provando como ocorreu sua evolução durante os anos até os dias atuais.

A eutanásia é considerada uma prática antiga, na Bíblia, no Livro dos Reis, o Rei Saul ordena a seu escravo que lhe tire a vida pós ter se acidentado enquanto lutava. Presume-se que este fato tenha sido a primeira Eutanásia relatada da história (DINIZ, 2009, p. 378). Não obstante, tal prática era comum à sua época.

Os brâmanes repudiavam e abandonavam as crianças que concluíam ser de má índole na floresta. Possuindo qualquer doença incurável, os esquimós assassinavam seus parentes que padecessem de doença incurável (gerontocídio). Na Índia eram realizadas cerimônias públicas em que os doentes que apresentavam estado grave tinham suas bocas e narinas entupi-

das com lama sagrada e logo após eram jogados no rio Ganges.

Registra-se também que na sociedade Esparta, era normal e costumeiro que idosos e recém nascidos com algum tipo de má formação, fossem lançados do alto do Monte Taijeto.

Determinadas tribos selvagens os filhos tinham que comer parte do corpo de seu pai enfermo, desta forma, este ficava extremamente satisfeito com este ritual sagrado, acreditando que sua vida teria prosseguimento, já que o estômago de seu filho seria sua sepultura (RODRIGUES, 1993, p. 23).

Existem evidências, que no antigo Egito, Cleópatra, teria criado uma espécie de instituto com o objetivo de descobrir uma forma menos dolorosa de morrer.

Na cidade de Atenas, o poder permitia ao Senado matar os idosos através de envenenamento durante a realização de banquetes (DINIZ, 2009, p. 378).

Na Grécia, Aristóteles e Platão demonstravam ser a favor da prática da eutanásia, estes filósofos entendiam como correta a prática da eutanásia e o abandono de recém-nascidos com anomalias ou más-formações. Neste período o Estado não possuía o dever de manter viva uma criança que fosse considerada inútil, e a família de tal menor tinha vergonha por ter uma pessoa incapacitada para a guerra. Desta forma, nota-se que a vida não tinha o valor que hoje possui. O recém nascido que não era bonito, tampouco esteticamente aceito ou saudável tinha sua vida ignorada (PESSINI, 2004, p. 104).

Ainda na Antiga Grécia, era usada continuamente a prática da eutanásia, cidadãos exaustos da carga do Estado e da existência, se dirigiam a um magistrado, colocavam suas razões que os levavam a querer a morte, e caso o juiz aceitasse o pedido baseado nas alegações, autoriza tal prática.

Durante a Idade Média, a eutanásia era tida como um ato de misericórdia, e sua prática era disseminada em pessoas com feridas, doenças crônicas ou que tivessem sofrido algum grave acidente. E com as pestes e epidemias existentes em larga escala na época, a prática da eutanásia passou a ser realizada com certa frequência nesse período (ASÚA, 2003, p. 26-27).

Nos países da América do Sul, Argentina e no Peru, a eutanásia era considerada como uma forma de sanar o sofrimento entre os povos, e a quem cabia o ato de aliviar esse sofrimento seria o amigo da pessoa enferma, e caso não o fizesse, reputava-se como ato desonroso, de impiedade. No Brasil, era empregada por pessoas humildes e com boa-fé, neste caso quando um doente padecia durante um longo tempo sua família costumava dizer que ele não tinha energia nem para morrer e assim solicitavam a alguém da região, que trazendo um crucifixo, abraçava o agonizantes, colocava um joelho sobre o seu estômago, conclamando “Vem, meu filho, que Nosso Senhor esta te esperando” (RODRIGUES, 1993, p. 28).

De acordo com Gracia (1996, p. 67), o modo de reflexão sobre a morte e o processo de morrer tem sofrido enormes transformações nos últimos anos, em especial a partir da década de sessenta:

Ao mesmo tempo que temos assistido a uma revolução sexual, em última instância relacionada com o começo da vida, outra se deu relativamente ao fim dela, ou seja, a revolução da morte. As Unidades de Terapia Intensiva, os transplantes de coração, as técnicas de suporte vital etc., são alguns dos agentes desta revolução. Sem eles, talvez o atual debate sobre a eutanásia perdesse muito do seu sentido. Junto desta revolução tanatológica, foi necessária outra, estritamente historiográfica, de forma que nosso conhecimento dos modos históricos de morrer começasse a ser confiável. Esta revolução historiográfica também começou nos anos sessenta, e é conhecida com o nome de “história das mentalidades.” Seu objetivo é combinar a clássica história das idéias com os métodos da moderna história social, e começar assim o estudo histórico dos comportamentos humanos básicos: as crenças religiosas, as atitudes em relação à maternidade, a infância, a vida familiar, o matrimônio, a velhice, a morte etc.

A referência inicial para a controvérsia ocorreu com a obra chamada “A Utopia”, escrita pelo renomado jurista Morus (1997, p. 117-118):

Eles cuidam dos doentes, como eu disse, com a maior solicitude e não negligenciam nada que possa contribuir para sua cura, nem em matéria de remédio nem em matéria de regime. Se alguém é acometido de uma doença incurável,

procuram tomar sua vida tolerável assistindo-o, encorajando-o, recorrendo a todos os medicamentos capazes de aliviar seus sofrimentos. Mas quando a um mal sem esperança se acrescentam torturas perpétuas, os sacerdotes e magistrados vêm ver o paciente e lhe expõem que ele não pode mais realizar nenhuma das tarefas da vida, que ele se torna um peso para si mesmo e para os outros, que ele sobrevive a sua própria morte, que não é sensato alimentar por mais tempo o mal que o devora, que ele não deve recuar diante da morte, já que a existência lhe é um suplício, que uma firme esperança o autoriza a evadir-se de uma vida que se tornou um flagelo ou a permitir que os outros o livrem dela; que é agir sabiamente por um fim, pela morte, ao que deixou a ser um bem para ser um mal; e que obedecer aos conselhos dos sacerdotes, interpretes de Deus, é agir da maneira mais santa e piedosa. Aqueles persuadidos por esse discurso deixam-se morrer de fome, ou então são adormecidos e libertados da vida sem sequer perceber que morreram. Nenhum doente é suprimido sem seu consentimento, e não são diminuídos os cuidados em relação a quem o recusa. Morrer assim, por conselho dos sacerdotes, é para eles um ato glorioso. Em contrapartida, quem se mata por alguma razão que não foi aprovada pelos sacerdotes e o senado não é julgado digno nem de uma sepultura nem de uma fogueira; seu corpo é lançado vergonhosamente num pântano qualquer.

O citado jurista em sua obra defendia a ideia que a morte seria a melhor decisão para os enfermos quando já se apresentavam escassas as possibilidades de melhora. Foi a partir do século XVII que o debate ampliou com a colocação do filósofo Francis Bacon (2007, p. 289):

Eu creio que a missão do médico é de desenvolver a saúde e aliviar os sofrimentos e as dores, não só quando esse alívio pode levar a cura, como também pode servir para proporcionar uma morte indolor e calma. Ao contrário, os médicos consideram um escrúpulo e uma religião atormentar, entretando, o enfermo, ainda quando a enfermidade é sem esperança. Ao meu modo de ver, eles deveriam possuir a habilidade necessária a dulcificar com suas mãos os sofrimentos e agonia da morte.

Nota-se no período mais atual da história que a eutanásia se alicerça no princípio da autonomia, ou seja, cada um tem o direito de decidir sobre sua morte. Neste diapasão, tanto a enfermidade quanto a morte do enfermo não estão mais na responsabilidade dos médicos, e sim nas do próprio paciente incurável. Ou melhor, o direito que assiste o ser humano a respeito de sua vida agora se prolonga no momento de sua morte.

Desta forma, desta Diego Garcia:

[...] a pergunta pela eutanásia hoje se formula de modo distinto do de qualquer outra época. O que

nos preocupa diretamente não é se o Estado tem ou não o direito de eliminar os enfermos e deficientes, mas se existe a possibilidade ética de dar uma resposta positiva a quem deseja morrer e pede ajuda para tanto [...] (GRACIA *apud* PES-SINI, 2004, p. 108)

A grande discussão a respeito é se a sociedade está pronta para lidar com os enfermos e também se as famílias dos mesmos têm suportes suficientes para cuidá-los, na tentativa de impedir que a morte social aconteça antes da morte física. E de uma maneira extremamente considerável, muitos preferem morrer a chamada eutanásia social.

Notável que os povos antigos preocupavam-se muito em chegar a uma raça humana perfeita, porém, muitas das formas de abreviar a vida acima mencionadas usam do uso de violência, o que não corrobora com o real sentido da eutanásia.

Da mesma maneira, não impeditivo nos povos pretéritos havia a atenção de terminar com o sofrimento, constata-se que essa preocupação não era direcionada ao doente, mas sim aos que o cercavam.

### *1.3. As Classificações Sobre Eutanásia.*

Atualmente, existe um grande número de conceitos e classificações em torno da eutanásia, porém, podemos dividi-la em ativa ou positiva e passiva ou negativa.

Considera-se ativa ou positiva aquela que reside

no fato da realização de atos comissivos objetivando a diminuição da vida da pessoa que a requeira, utilizando-se da formulação de terapias ou usados métodos clínicos para a concretização do fato.

A citada eutanásia passiva ou negativa pode ser direta ou indireta. Será considerada direta quando forem usadas técnicas médicas com a finalidade do abreviamento da vida do paciente, em contrapartida, a indireta é quando objetivando diretamente num primeiro momento o alívio da dor, em decorrência disso há redução do tempo de vida.

A respeito da eutanásia passiva ou negativa, esta apoia-se na omissão de toda e qualquer forma de meios que visem prolongar a vida do paciente, ou seja, não ocorre tratamento, ou este é efetivamente interrompido.

Sobre a possibilidade da eutanásia passiva, expõe Bizatto (2003, p. 36-37):

A eutanásia negativa somente se verifica nos seguintes casos:

1. Quando não há mais esperança de cura (casos irreversíveis).
2. Quando não existe mais vida humana pessoal, com exceção de uma vida biológica ou vegetativa.
3. Quando há eliminação dos meios extraordinários.

Neste diapasão, estas são as classificações mais frequentes e indicadas em termo de eutanásia, porém existem outras classificações.

Sztajn (2002, p. 133-134) se pronuncia quanto a alguns exemplos de classificações dada a eutanásia:

I - por tipo de ação:

- a) eutanásia ativa: ato de provocar a morte sem sofrimento;
- b) eutanásia passiva ou indireta: a morte resulta do estado terminal do paciente seja por falta de ação médica, seja pela interrupção de medida extraordinária;
- c) eutanásia de duplo efeito: acelera-se a morte como resultado indireto de ações médicas que visam ao alívio do sofrimento de paciente terminal.

II - em vista de consentimento do paciente:

- a) eutanásia voluntária: atende-se a vontade do interessado;
- b) eutanásia involuntária: a morte é provocada contra a vontade do paciente;
- c) eutanásia não voluntária: a morte é provocada sem que se saiba qual a vontade do paciente.

O suicídio assistido é uma variante da eutanásia voluntária, que é quando a morte acontece por solicitação do doente, entretanto a ação é de terceiro, contrariamente a do suicídio assistido a terceira pessoa disponibiliza todo o suporte, mas não age no ato propriamente dito.

O suicídio inscreve-se numa relação continuada entre doente e médico, os quais tiveram o ensejo de conversar demoradamente e repetidas vezes sobre o assunto, e de verificar juntos que se trata de um pedido reflectido, lúcido e persistente. Ele é praticado muitas vezes no domicílio do que numa instituição, e quem nele participa são mais os clínicos gerais do que os especialistas. Estes médicos não estão “especializados” no suicídio assistido, do mesmo modo o que não estão na eutanásia voluntária. (POHIER, 1998, p.175).

## **2. As legislações a respeito da eutanásia no Brasil.**

É considerada ilegal a eutanásia no Brasil. Desde 1995 tramita no Senado Federal, o projeto Lei 125/96 no qual tem seus critérios estabelecidos sobre tal tema. O projeto subtende a viabilidade de que pessoas com grande sofrimento possam requestar que sejam empregados métodos que findem a sua vida. Tal autorização será concedida por uma junta médica composta por 5 integrantes. Neste sendo o enfermo impossibilitado de manifestar seu querer, poderá ser substituído por um familiar que solicitará à justiça a autorização para a execução da eutanásia ao paciente que se encontra em situação terminal e irreversível.

O Anteprojeto de Lei que modifica os dispositivos do Código Penal e dá outras deliberações, preceitua a respeito da indagação da eutanásia em dois itens do artigo 121. Neste deslinde destaca-se que um anteproje-

to de lei é abalizado como um documento que demonstra como será o projeto, isto é, o conteúdo que poderá se tornar lei, desde que seja aprovado. *In verbis*:

Com a nova redação passaria a ser a seguinte:

Art.121 - Matar alguém. Pena - reclusão de seis a vinte anos. No parágrafo único, se o agente comete o crime impelido por motivos de relevante valor social ou moral, (...), o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Art.122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que faça.  
Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma, ou reclusão de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Com a nova redação passaria a ser a seguinte:

Art.121 - Matar alguém:  
Pena - Reclusão, de seis a vinte anos.  
Parágrafo 3º - Se o autor do crime agiu por paixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave:

Pena- Reclusão, de três a seis anos.  
Parágrafo 4º- Não constitui crime deixar de

manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Mesmo que não exista legislação específica sobre tal assunto, o Judiciário poderá ter casos neste deslinde em que não poderá deixar de apontar o melhor caminho. Além das responsabilidades civis e criminais que podem ser impostas ao médico que realizar a eutanásia, ocorrem também sanções de natureza administrativa, a ser determinado pelo Conselho de Ética Médica do respectivo Conselho Regional de Medicina, pela infração disciplinar gravado nas normas do Código Brasileiro de Ética Médica.

Uma reflexão importante a ser exposta, e que também suscita muitos comentários e polemicas é sobre a doação de órgãos, no qual a pessoa tem a morte encefálica declarada, mas, ainda, continua com os sinais vitais em virtude de respirador artificial e medicamentos. A grande questão levantada a respeito de determinado assunto, seria, se no caso de retirada dos órgãos, estaria sendo praticada a eutanásia. (DWORKIN, 2003, p. 23).

Neste deslinde, temos a resolução 1480 do Conselho Federal de Medicina que impõe especificações com a finalidade de averiguar a morte encefálica e das proibições ao médico quanto ao exercício de sua profissão. Com relação às medidas artificiais de manutenção

da vida, tendo comprovado a situação do indivíduo por exame clínico e complementares específicos e idôneos, e apresentando em seu quadro clínico com uma parada total e irreversível das funções encefálicas, sendo o enfermo de idade superior a dois nos, não tem como não se falar em eutanásia, visto que nestas condições a morte já é um fato concreto.

Importante observar que embora cada nação apresente diferentes costumes culturais, independentemente de crenças religiosas ou concepções filosóficas ou políticas, a vida é um valor ético, e todo e qualquer indivíduo tem a obrigação de respeitá-lo. Desta maneira, a vida humana não se resume ao fato da simples sobrevivência física, mas sim vive-la com dignidade (JAKOBS, 2003, p. 54).

### **3. Os direitos fundamentais e a eutanásia.**

A partir das Constituições modernas, os direitos fundamentais passaram a ocupar lugar de prestígio e são utilizados para elucidar e posicionar qualquer outro direito, desta forma, ascendeu à esfera de norma os valores e ânsias da pessoa humana.

Não existe um conceito exato quanto aos direitos fundamentais, visto sua complexidade, além disso ocorreria certo grau de decomposição a respeito da realidade de cada ordem constitucional individualmente observada. Desta forma, uma conceituação concreta sobre o citado tema somente seria abrangente e satisfatório caso se referisse a uma ordem constitucional

concreta, visto que o que pode vir a ser fundamental para um Estado pode não ser para o outro. (SARLET, 2003, p. 84).

Neste diapasão, é visível a composição do direito fundamental por elementos com estrutura definida, isto é, o Estado e o cidadão possuem suas posições definidas e entre elas há relações claras, denominadas relações/fim e de ponderação.

A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado e de outros esquemas políticos coercitivos. (CANOTILHO, 2002, p. 207).

Desta forma, tal alegação dispõe da alternativa de pedido de eutanásia por doentes em fase terminal diante da tutela do Estado, por meio do critério de proteção dos direitos fundamentais no moderno entendimento constitucional exposto pela outorga da Constituição Federativa do Brasil de 1988 que passou a admitir e dar mais vigor aos direitos individuais dentro do sistema jurídico.

### *3.1. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e sua Ligação com a Eutanásia.*

A Constituição brasileira especifica em seu artigo 1º os fundamentos do Estado democrático de direito. Dentre os fundamentos dispostos estão: a soberania; a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Conceituando dignidade, Rizzatto Nunes:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Eutanásia – Dignidade no Fim da Vida - pp. 259-291

DOBARRO S. L. C. / MARCHERI P. L.

Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história [...] e por isso se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana (NUNES, 2002, p. 38).

O princípio da dignidade da pessoa humana oferece a alternativa de se conferir a um indivíduo a capacidade de obter direito e deveres. Neste diapasão nota-se que na atualidade existe uma tendência de que os ordenamentos jurídicos asseguram o ser humano como sendo o centro e o destino do direito.

No dizer de Sztajn (2002, p. 151):

A Constituição Federal de 1988, no caput do art. 5º, dispõe que, sobre serem iguais perante a lei, as pessoas têm direito inviolável à vida, à liberdade, à segurança. Logo adiante, no inciso X ao mesmo artigo o legislador de 1988 trata da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, um dos eixos a ser considerado já que o direito à intimidade e à vida privada, integrando o direito à honra, acompanham as pessoas durante sua vida de relação e que persistem após a morte. [...] o direito à dignidade, o conjunto de garantias individuais expressas no art. 5º levam a encontrar a dignidade como direito constitucional derivado, como direito implicitamente inserido nos fundamentos das ga-

rantias e direitos individuais. A combinação dos direitos à vida, liberdade, e segurança enfatiza a dignidade inata da existência. Morrer integra a vida, e como parte dela, dele ser objeto de proteção como parte de tutela do direito à vida, como direito individual derivado.

Neste sentido, a Constituição Federativa do Brasil de 1988 assevera a dignidade da pessoa humana, isto é, no Direito Constitucional a pessoa possui dignidade própria, compondo uma valia em si mesmo, isto confirmando que determinado direito não deverá ser sacrificado em proveito de nenhum interesse coletivo. Desta forma a dignidade da pessoa humana não se restringe apenas a uma mera disposição legal, mas sim uma imposição.

[...] humilhações tão comuns no dia-a-dia de nosso País. Este foi sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como por exemplo, o econômico (BASTOS, 1990, p. 148).

Assim, o amplo conjunto de normas que descreve sobre o direito à vida, à honra e a liberdade, direitos fundamentais, é plausível a eles adicionar o direito de preferir morrer, ou seja, o direito de designar o momento da morte, que assistiria direito absoluto de qualquer pessoa?

Parece-nos que todos os pontos polêmicos levantados só poderão ser solucionados adequadamente se o direito positivo passar a enfrentá-los com prudência objetiva, fazendo prevalecer o bom-senso para a preservação da dignidade da pessoa humana. Por tal razão, é preciso que o legislador e o aplicador do direito tomem consciência do grande papel a ser exercido numa avaliação segura das normas gerais e individuais que devem emitir e dos efeitos delas emergentes. Não se podem, portanto, admitir omissões, nem precipitações em torno de questões sobre a vida e morte. A norma jurídica não pode desprezar a dignidade da pessoa humana (DINIZ, 2009, p. 380)

Mesmo que a Constituição Federal, no artigo 5º, caput, consagra o direito a vida, morrer com dignidade é consequência de viver dignamente ou uma sobrevivência sofrida?

Neste entendimento Pithan (2004, p. 58):

A dignidade humana vista como um princípio ético-jurídico tem contribuído sobremaneira para o tratamento jurídico dos problemas bióticos [...]. O processo de morrer faz parte da vida humana, que como tal deve ser vivida com dignidade. Se a morte é parte da vida e o direito à vida implica uma garantia de uma vida com dignidade, parece impossível argumentar pela existência de um direito à morte digna.

Um princípio não é originário somente da classificação atribuída a ele por um legislador, mas sim da sua própria estrutura normativa, e para a grande maioria dos estudiosos os princípios devem ser tratados como direito, sendo assim, deve-se tê-los como sustentação de um desejo individual, ou seja, o Estado deve estar em favor de uma pessoa que se encontra doente terminal e que não quer mais receber qualquer tipo de tratamento ou ter sua vida sustentada artificialmente.

Corroborando com tal raciocínio, Ana Paula de Barcellos, nos fornece importante magistério acerca do tema:

Certamente é corriqueiro que não haja consenso a respeito de muitos temas pontuais no âmbito da sociedade. No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, isso também acontece. Superado o núcleo básico do princípio, é natural que haja diferentes concepções do que significa a dignidade e de como ela pode ser alcançada. Entretanto, se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente. Se não é possível vislumbrar a indignidade em nenhuma situação, ou todos os indivíduos desfrutam

de uma vida digna – e aí sequer se cogitará do problema – ou, simplesmente não se conhece mais a noção de dignidade (BARCELLOS, 2002, p. 197).

Diante de tal discussão nos permite o entendimento que a dignidade da pessoa humana é apontada como conjecturado das sociedades democráticas, portanto é necessário salientar que o Estado encontra dificuldades em proporcionar medidas, como o acesso à cultura, a educação, a saúde, etc. Desta forma, já que o Estado ao longo de toda uma história, deixou a desejar em suas obrigações com os cidadãos, não seria sensato permitir ao enfermo a cerca do desígnio de sua existência, em decorrência de sofrimentos demasiados e doenças de cura improvável?

Entende-se incontestável que para se comprovar a prática da eutanásia ativa é essencial enaltecer a capacidade da pessoa humana como detentora de direitos fundamentais individuais, direitos estes conferidos pela dignidade humana que vem presumindo outros direitos tais como a liberdade, autonomia e o direito à vida. Deste modo, conhecido os direitos fundamentais que servirão de estrutura para a manutenção do pedido de eutanásia por parte de um doente em fase terminal, se notará a diferenciação entre princípios e regras, alicerçando a normatividade destes princípios constitucionais incluso do ordenamento jurídico, já que quando se trata da construção das normas de direitos fundamentais, a separação teórico-estruturante mais essencial é aquela que trata

da diferenciação entre essas duas espécies de normas. (CANOTILHO, 2002, p. 348).

Se dentro de um contexto de uma vida inteira, o Estado se fez omissivo em inúmeras ocasiões, onde muitos morrem nas filas de espera de atendimento médico, ou não possuem acesso aos aparatos tecnológicos existentes para sua enfermidade, não seria condenável a conduta do enfermo que optasse pela prática da eutanásia, decidindo assim a cerca do desígnio de sua existência, em razão de sofrimentos inexplicáveis e doenças de cura praticamente impossíveis?

Ao ser discutido a eutanásia, existe a necessidade em verificar com o máximo de cuidado o direito à voz do doente terminal. Com esta premissa, far-se-á com que a dignidade, que lhe é inerente, como pessoa humana, seja devidamente estimada.

## Conclusão

A questão da eutanásia é de grande controvérsia, por isso a necessidade da busca no meio científico em designarem diretrizes objetivando uma normatização de atuações, de modo a assentir uma interpelação mais coerente da problemática enredada, em virtude às condições postas por um atual padrão social.

Assim, nota-se, que desde o prelúdio da medicina moderna os médicos careceram de afrontar pacientes que, muitos vítimas de situações de extrema dor ou males incuráveis, solicitavam ajuda no intuito de antecipar a sua própria morte.

Em virtude da complexidade do tema em questão, buscou-se no presente artigo, proferir conceitos e teorias iniciais a respeito do termo eutanásia que, primordialmente é proveniente do grego e etimologicamente expressa “morte doce” ou “morte tranquila”. E a pesquisa e o estudo do tema abordado não se encerram por aqui, visto ser imprescindível a continua discussão entre médicos, jurista e por toda a sociedade.

Na realidade a eutanásia é uma prática que vem acompanhando a evolução da sociedade, desta forma, mediante aos grandes avanços sociais, clínicos e tecnológicos, entendemos que o pensamento humano e as ciências jurídicas devam seguir determinada evolução.

O maior bem de um ser humano é a vida, protegido em toda a sua completude, já morrer é consequência daquele que vive, desta forma, o fato “morrer” e todo o seu cenário até o seu desenredar final, necessita tratamento com exatamente a mesma dignidade e abrigo que a vida, já que um é proveniente do outro, não ocorrendo à possibilidade de ser separado da existência do ser humano. Desta forma, pode-se afirmar que vida e morte são nuances de uma mesma existência.

Considerar o direito de morrer é discrepante em nosso sistema jurídico, visto que este tem como um dos objetivos a tutela a vida, porém, ao analisar os aspectos clínicos, a inexistência de um sistema de saúde adequado, a falta de equipamentos e tratamentos clínicos modernos, o direito de morrer acaba por justificar de forma plena uma medida que permitira a dignidade humana até seus últimos momentos.

Além do mais, é preciso levar em conta não ser

considerado errado, imoral, ou pecaminoso a decisão de um enfermo que portador de moléstia crônica, aturando dores absurdas que fogem ao limite do nível normal de tolerância, não havendo esperança de cura, tampouco tratamento cabível, e sem saber quando esse sofrimento cessará, muitas vezes sozinho já que as pessoas mais próximas se tornam cada vez mais ausentes, decidir por terminar de forma digna sua vida.

Conclui-se, portanto que pela subjetividade do tema, torna-se necessário muito estudo, discussões abertas, desenvolvimento de conceitos etc., para que se torne possível um viável entendimento que possibilite tratamento jurídico e amparo legal a respeito da eutanásia.

## Referências

- ASÚA, Luis Jiménez de. **Liberdade de Amar e Direito a Morrer**. Eutanásia e Endocrinologia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- BARCELLOS. Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BIZATTO, José Ildefonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. São Paulo: Editora de Direito, 2003.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de Morrer Dignamente**: Eutanásia, Ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado. *Apud*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito** - Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA Vital. **Direito constitucional**: teoria e prática. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

- DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Dominio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRACIA, D. **Historia de la eutanasia**. *Apud* : MARTINEZ, **Eutanasia hoy: un debate abierto**. Madri: Noesis, 1996.
- JAKOBS, Günther. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- MARTÍNEZ, SU. **Eutanasia: concepto y contexto**. *Apud* : \_\_\_\_\_. **Eutanasia hoy: un debate abierto**. Madri: Noesis, 1996.
- MORUS, Tomas. **A utopia**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 1997. P. 122-123. *Apud* : VIEIRA, Monica Silveira. **Eutanásia - Humanizando a visão jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.
- NUNES. Luiz Antônio Rizatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- PESSINI, Leo. **Eutanásia. Porque abreviar a vida?** São Paulo: Loyola, 2004.
- PITHAN. Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das ordens de não-ressuscitação hospitalares**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- POHIER, Jacques. **A morte oportuna: o direito de cada um decidir o fim da sua vida**. Lisboa: Notícias, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SZTAJN, Rachel. **Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido**. São Paulo: Cultural Paulista: Universidade de São Paulo, 2002.



# Fundamentos da Ação Coletiva Passiva

## *Foundations of Defendant Class Action*

Artigo recebido em 08/05/2014.

Revisado em 20/05/2014.

Aceito para publicação em 02/06/2014.

### **Rogério Rudiniki Neto**

Mestrando em Direito Processual Civil na UFPR (Conceito Capes 6), orientado pelo Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Graduado em Direito pela UFPR. Assessor de Desembargos no TJPR. Atua junto ao gabinete do Des. Clayton Maranhão, membro da 6.<sup>a</sup> Câmara Cível do TJPR.

## Resumo

No presente trabalho abordamos o tema das ações coletivas passivas - ações propostas contra um grupo ou classe. Existem fortes argumentos para a admissão de *lege lata* das ações coletivas passivas; contudo, futura regulamentação legal será importante para delimitar e clarificar a incidência desse fenômeno.

## Palavras chave

Ação coletiva passiva; Representatividade adequada; Tutela coletiva.

## Abstract

In the present work we address the subject of defendant class actions - lawsuits that are proposed against a group or class of people. There are strong arguments for admitting *lege lata* of defendant class actions; yet, future legal ruling will be important to delimit and clarify the incidence of such phenomenon.

## Key words

Defendant class actions; Adequacy of representation; Collective protection.

## Sumário

Introdução. 1. Definições de ação coletiva passiva. 2. Ações Coletivas Passivas nos Estados Unidos. 3. Subsídios para a admissão de *lege lata* da ação coletiva passiva no Direito Brasileiro. 4. A classificação das ações coletivas passivas. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

A sociedade contemporânea é perpassada por conflitos de massa que demandam a criação de instrumentos capazes de proteger os *novos direitos* (*novos interesses*).<sup>1</sup> Nos ordenamentos de *civil law*, o processo civil clássico não foi capaz de oferecer uma tutela adequada a interesses que não possuem um titular determinado, ou mesmo a interesses individuais de pequena expressão. Nessa linha, Remo Caponi,<sup>2</sup> em palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, ressaltou que, nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, o processo civil tradicionalmente foi pensado com objetivo de lidar com direitos subjetivos, o que enseja grandes dificuldades quando se busca tutelar bens que não podem ser apropriados individualmente.

Conforme o magistério de Alcides Alberto Munhoz da Cunha, pode-se afirmar que essa predileção do processo civil liberal pela exclusiva tutela de pretensões individuais decorre do próprio direito material,

que demorou a voltar seus olhos aos interesses metaindividuais. Tradicionalmente poucas situações jurídicas plurissubjetivas encontravam-se tuteladas, tais como, nas palavras do processualista, (...) *certas relações envolvendo condôminos diante da coisa comum; relações envolvendo co-herdeiros diante da herança; certas relações envolvendo os sócios diante das deliberações de assembleia de sociedade etc.*<sup>3</sup>

Frise-se que o citado individualismo do direito material está umbilicalmente ligado aos valores consagrados pelas revoluções do século XVIII.<sup>4</sup> As grandes codificações findaram por erigir um projeto jurídico-político pautado pela ligação entre a propriedade privada e a liberdade do indivíduo.<sup>5</sup> Sobre essa conjuntura, teoriza Eroulths Cortiano Júnior:

O círculo fecha-se com a concepção individualista da sociedade. As regras abstratas dirigem-se a um sujeito abstrato, cuja ação serve para movimentar todo o capital de garantias estabelecidas na ordem medieval. A ação é individual porque se concebe o indivíduo como absolutamente livre de qualquer liame social, político ou econômico. A liberdade de iniciativa no campo econômico a autonomia da vontade no plano jurídico. Tutela-se a liberdade de ação, e se antes os indivíduos estavam ligados à terra ou a outrem pela força da coerção (econômica ou social), esta ligação agora surge da própria vontade individual.<sup>6</sup>

A influência de tais valores na seara do processo civil foi tão marcante que, nos séculos XVIII e XIX, chegou-se ao ponto de se enxergar o processo como um *contrato*, no sentido de que as partes, mediante a celebração de um negócio jurídico, submeter-se-iam ao processo pela autonomia da vontade.<sup>7</sup>

Nada obstante, enquanto o processo civil dos países de *civil law* estava dominado pelo individualismo, na *common law* exsurgiram as primeiras formas modernas de tutela coletiva. No direito inglês, a origem das *class actions* remonta ao século XII.<sup>8</sup> Ato contínuo, tais ações foram paulatinamente aprimoradas, em especial nos Estados Unidos.<sup>9</sup>

No Brasil, a primeira forma de tutela judicial de interesses coletivos, afora as ações de controle de constitucionalidade, deu-se por meio da ação popular (Lei 4.717/1965), cuja titularidade é do cidadão e que, em sua configuração atual, presta-se à tutela do patrimônio público, da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural e do meio ambiente. Tal ação tem utilidade diminuta na medida em que dificilmente o cidadão terá condições de arcar com um processo de tal magnitude.<sup>10</sup> A doutrina também elenca o *desvirtuamento político ideológico* como outra vicissitude da ação popular, sobre esse assunto, discorre Gregório As-sagra de Almeida:

Um dos graves entraves à ação popular no Brasil é o seu desvirtuamento político-ideológico. E isso tem ocorrido principalmente na utilização da ação popular em decorrência de rivalidade

política e não como instrumento constitucional de participação direta na fiscalização da administração pública.<sup>11</sup>

Contudo, tais defeitos foram mitigados com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985). Atualmente, diante do art. 110 do Código de Defesa de Consumidor, que inseriu o inciso IV do art. 1.º da Lei 7.347/85, a ação civil pública vocaciona-se à tutela de quaisquer interesses coletivos;<sup>12</sup> ressalvadas as hipóteses que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, pretensões relativas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e outros fundos de natureza institucional cujos titulares podem ser individualmente considerados - conforme a dicção do parágrafo único da referida lei, incluído pela enfadonha medida provisória n.º 2.180-35 de 2001, que veio a enfraquecer a potencialidade do processo coletivo.

Na década de 1990, o citado Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer o diálogo entre dispositivos da Lei da Ação Civil Pública e do CDC, criou o chamado *microsistema brasileiro de processos coletivos* (hoje composto ainda pelos seguintes diplomas legislativos: Lei n.º 7.853/89 - que trata das pessoas portadoras de deficiências -; Lei n.º 7.913/89 - que disciplina os investidores do mercado imobiliário -; Lei n.º 8.8069/89 - *Estatuto da Criança e do Adolescente* -; Lei n.º 8.429/92 - *Lei da Improbidade Administrativa* -; Lei n.º 10.257/01 - *Estatuto da Cidade* -; Lei n.º 10.741/03 - *Estatuto do Idoso* -; Lei n.º 10.671/03 - *Estatuto de Defesa do Torcedor* -; entre outros).<sup>13</sup>

O Código de Defesa do Consumidor trouxe a concretização dos interesses difusos, coletivos e individuais e homogêneos, algo motivado pela grande divergência doutrinária existente à época acerca dessas categorias, o que poderia gerar obstáculos à aplicabilidade prática do processo coletivo.<sup>14</sup>

Como visto, não obstante algumas manobras políticas<sup>15</sup> que buscaram enfraquecer o microsistema de tutela coletiva (v.g., a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada coletiva ou a impossibilidade de veiculação de pretensões de natureza tributária, previdenciária e relacionadas ao FGTS em sede de ação civil pública), o processo coletivo brasileiro foi constantemente aprimorado ao longo dos anos, atingindo significativo grau de sofisticação. Nessa linha, teorizam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart:

A ação coletiva, pois, pode veicular quaisquer espécies de pretensões imagináveis, sejam elas inibitória-executiva, reintegratória, do adimplemento na forma específica, ou ressarcitória (na forma específica ou pelo equivalente monetário). Todas podem ser prestadas por qualquer sentença adequada (inclusive, portanto, pelas sentenças mandamental e executiva). Admitem, ainda, pretensões declaratórias e constitutivas.<sup>16</sup>

Porém, é indiscutível que esse microsistema de tutela coletiva foi pensado para que a coletividade ocupe o polo ativo da demanda.<sup>17</sup> Para Camilo Zufelato, essa opção justifica-se, pois, na medida em que se bus-

cou criar mecanismos para tutela de direitos transindividuais e fortalecer as organizações sociais, admitir que estas pudessem ocupar o polo passivo em demandas coletivas poderia frear o desenvolvimento do sistema.<sup>18</sup> O fato de o processo coletivo inicialmente ter sido pensando para que o grupo ocupe o polo ativo da relação jurídico processual igualmente decorre de uma visão que enxerga a coletividade como vítima. Contudo, não é desarrazoado perquirir que a consolidação do processo coletivo passivo poderá fortalecer ainda mais a tutela coletiva de interesses, potencializando o acesso à justiça.

A realidade do foro demonstra que, em inúmeras circunstâncias, admitir que uma coletividade ocupe o polo passivo de uma demanda pode ser interessante ou até mesmo necessário, do contrário a adequada tutela de determinado direito material lesionado ou ameaçado de lesão poderá restar inviabilizada.

Como exemplo desse fenômeno, podemos citar a ação civil pública proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais em face das repúblicas estudantis de Diamantina-MG.<sup>19</sup> Para inibir a ocorrência de danos ao patrimônio histórico da cidade, o Juiz da 1ª Vara Cível e Crime da comarca de Diamantina deferiu liminar ordenando que as repúblicas estudantis fossem desocupadas durante o Carnaval de 2012. O *parquet* havia recomendado que as repúblicas que pretendessem vender pacotes para o Carnaval obtivessem alvará municipal e laudo do corpo de bombeiros. Todavia, essa recomendação foi desrespeitada e as repúblicas venderam indiscriminadamente pacotes de estadia

e de festas pela Internet. Na opinião do ente ministerial, o elevado contingente de foliões somado à desordenada ocupação do espaço histórico poderia ensejar danos irreparáveis ao patrimônio histórico e cultural da cidade. A adequação da medida justificou-se pela impossibilidade em se identificar todos os réus individualmente. As repúblicas estudantis foram consideradas o núcleo dos interesses envolvidos.

Já na ação civil pública nº 10.910/2012, proposta pelo Ministério Público Federal em face da União e da FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos), pediu-se que as instituições associadas à FEBRABAN e que não possuíam via de trânsito exclusiva para os vigilantes e carros-fortes, fisicamente separada do público, abstivessem-se de efetuar a atividade de carregamento ou descarregamento de valores durante o expediente de atendimento ao público. Caso o legitimado coletivo tivesse que demandar cada um dos bancos individualmente, dificilmente os resultados pretendidos poderiam ser alcançados, além do mais, existiria grande risco de decisões contraditórias – o que representa um desprestígio à tutela jurisdicional. Some-se a isso o fato de a associação ré prever em seu estatuto a defesa de seus associados em juízo.

Outro exemplo peculiar à experiência brasileira diz com a propositura de ações petitórias ou possessórias contra coletividades indeterminadas. Indiscutivelmente a grande frequência desse tipo de demanda decorre da histórica desigualdade fundiária no Brasil, que dá azo a frequentes ocupações. Ocorre que, na prática, em muitas dessas ações os réus são citados por edital

ou um movimento social sem personalidade jurídica é admitido como legitimado passivo.<sup>20</sup> Para o autor da ação de reintegração de posse é muito difícil, senão impossível identificar e individualizar todos os esbulhadores, já que, em geral, o fluxo e a circulação de pessoas nessas ocupações é uma constante. Admitir que um ou mais integrantes do grupo (réu) funcionem no processo como representantes da coletividade é uma forma de se evitar que tais ações sejam processadas de forma unilateral, sem a formação do contraditório. Sobre o assunto, Sérgio Cruz Arenhart lembra que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo que essas ações sejam propostas tão somente contra os líderes da coletividade.<sup>21</sup>

Citam-se também os interditos proibitórios manejados para defesa da posse diante piquetes ou invasões de empresas durante greves. Tais ações, conforme a dicção da súmula vinculante n. 23 do Supremo Tribunal Federal, devem ser processadas e julgadas pela Justiça do Trabalho. Diogo Campos Medina Maia lembra que, nesses casos, o polo passivo da demanda possessória em geral é composto pelo sindicato da categoria, que representa os trabalhadores que serão atingidos por eventual decisão, a qual, diante da fungibilidade característica das ações possessórias, poderá determinar a vedação da ameaça, a cessão da turbação ou a reintegração da posse.<sup>22</sup> De fato, o contexto de uma greve é um potencial cenário para a propositura de ações coletivas passivas. Um exemplo prático disso ocorreu no ano de 2012, em que o Ministério Público Federal ajuizou uma ação civil pública contra a Universidade Federal do Paraná (UFPR), a Associação dos

Professores da Universidade Federal do Paraná e os professores do último ano dos cursos ofertados que aderiram à greve. Segundo o entendimento do MPF, a longa duração da paralização somada à falta de perspectiva de retorno às aulas poderia causar sérios danos aos alunos que estavam em vias de concluir a graduação. Nada obstante, seria materialmente impossível que todos os professores em greve compusessem o polo passivo, logo, optou-se pela propositura da ação contra a Universidade e o sindicato dos docentes (representantes dos professores).<sup>23</sup>

As ações mencionadas<sup>24</sup> vêm sendo chamadas pela doutrina de *ações coletivas passivas* e, não obstante as profundas diferenças entre os sistemas processuais nas quais estão inseridas, guardam algumas semelhanças com as *defendant class actions* do direito norte-americano. Ato contínuo, como observado por Antônio Gidi, a realidade social brasileira pode fazer com que esse instituto tenha ampla aplicabilidade em variadas situações.<sup>25</sup>

Sobre as ações coletivas passivas transcrevemos passagem escrita por Digo Campos Medina Maia em dissertação sobre o tema:

*A ação coletiva passiva insere-se no ordenamento jurídico, alargando o rol dos direitos individuais que podem ser defendidos coletivamente. Com efeito, a ação contra a coletividade também permite a defesa de direitos individuais homogeneamente lesionados ou homogeneamente ameaçados de lesão, que nada mais são do que direitos essencialmente individuais lesionados*

ou ameaçados de lesão por uma coletividade organizada. Este é o principal ponto de diferenciação entre os dois tipos de ação coletiva – passiva e ativa. Como se vê, não necessariamente serão tuteladas pela *ação coletiva passiva* as modalidades de direitos habitualmente defendidos nas ações coletivas tradicionais. A *ação coletiva passiva* engloba um espectro um pouco mais abrangente, prestando-se a defender também os mencionados *direitos individuais lesionados de forma coletiva*, que são, na sua essência, a outra face dos direitos individuais homogêneos.<sup>26</sup>

A citada passagem tem o mérito de introduzir a noção de *direitos individuais homogeneamente lesionados*. Ora, no contexto da sociedade de massas, um direito individual, ou ainda um direito coletivo, pode sofrer inúmeras e até mesmo incontáveis lesões ou ameaças de lesão semelhantes – v.g., um direito autoral violado por inúmeros downloads ilegais ou mesmo o patrimônio histórico de Diamantina, no caso concreto citado neste artigo, ameaçado de lesão pelos inúmeros estudantes que ocupavam as repúblicas instaladas em prédios históricos durante o carnaval.

## 1. Definições de ação coletiva passiva.

No afã de delimitar o tema, passamos a expor algumas das definições de ação coletiva passiva cunhadas pela doutrina.

Ada Pellegrini Grinover chama de ação coletiva passiva (...) a ação promovida não pelo grupo, mas contra o grupo, correspondendo à *defendant class action* do sistema norte-americano (...). A festejada processualista lembra ainda que mesmo nos países que as admitem, as ações coletivas passivas são muito mais raras que as ativas.<sup>27</sup>

Já Ricardo de Barros Leonel, que destaca o fato de a coletividade estar no polo passivo da demanda, seja em uma ação proposta por um particular, seja em uma ação proposta por outro grupo – situação essa em que se teria uma coletividade litigando contra outra, o que o autor denomina de conflito *essencialmente coletivo*.<sup>28</sup>

Fredie Didier JR. e Hermes Zaneti JR. dizem haver uma ação coletiva passiva (...) quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial.<sup>29</sup> Os referidos processualistas asseveram ainda que uma ação coletiva passiva pode veicular pretensões individuais ou coletivas. Estabelecem que uma coletividade, além de ser titular de direitos, também possui deveres. Diante disso, os autores preconizam ser necessário o desenvolvimento do conceito *de situação jurídica coletiva passiva*.<sup>30</sup>

Camilo Zufelato propõe três parâmetros essenciais às ações coletivas passivas, são eles: *a)* a concessão de legitimidade passiva à coletividade; *b)* o necessário vínculo entre os indivíduos representados no polo passivo da demanda; *c)* a tutela de direitos transindividuais - o autor não vislumbra uma ação coletiva passiva possa ser proposta para defender direitos individuais.

<sup>31</sup> Nesse aspecto é interessante ressaltar que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do programa de pós-graduação da USP, amplamente discutido no Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e posteriormente enviado ao Ministério da Justiça,<sup>32</sup> em seu art. 38, previa a possibilidade de que qualquer ação pudesse ser proposta contra uma coletividade organizada, com o ou sem personalidade jurídica, conquanto estivesse adequadamente representada. Mas, o referido anteprojeto, em seu art. 4º e respectivos incisos, definia que a coletividade da demanda decorreria dos direitos ou interesses que por ela são tutelados, quais sejam: difusos, coletivos, individuais e homogêneos. Pelo exposto, pode-se imaginar que, caso o anteprojeto fosse promulgado, ações em que um direito não coletivo fosse contraposto a um interesse coletivo não estariam reguladas. Possivelmente essa opção decorre da inicial perplexidade causada pelo fato de um direito individual estar no polo ativo e um interesse meta-individual no passivo.

Em uma análise crítica das definições trazidas, primeiramente, e como se verá melhor adiante, verifica-se, que a experiência das *defendant class actions* norte-americanas realmente é um fecundo objeto de estudo para quem se interessa pelas ações coletivas passivas; contudo, existem sensíveis diferenças entre o processo civil coletivo estadunidense e o brasileiro. Muitas das hipóteses que, em tese, podem dar azo a uma ação coletiva passiva no Brasil não encontram paralelo na prática norte-americana<sup>33</sup> – e vice-versa. Porém, o paralelo traçado entre a ação coletiva passiva e

a *defendant class action* pode ser interessante ao menos em uma introdução ao tema.

As definições de Ricardo de Barros Leonel, Fredie Didier e Hermes Zaneti têm o mérito de mostrar que a ação coletiva pode servir à tutela de direitos individuais, coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Ao passo que o microsistema de processo coletivo brasileiro admite que direitos individuais e homogêneos, coletivos, ou difusos litiguem (no polo ativo) contra um legitimando passivo ordinário, invertendo-se os polos da relação jurídica processual, poder-se-ia imaginar situações em que um direito individual (no polo ativo) tenha sido violado ou ameaçado de lesão de forma coletiva, difusa ou de forma individual e homogênea. Dando sequência ao raciocínio, poder-se-ia imaginar a possibilidade de direitos coletivos litigando entre si, de direitos individuais e homogêneos estarem no polo ativo e no polo passivo estarem, nas palavras de Didier, *deveres ou estados de sujeição indivisíveis (difusos ou coletivos)*,<sup>34</sup> além de uma série de outras combinações possíveis.

## 2. Ações Coletivas Passivas nos Estados Unidos.

Os autores favoráveis à admissão das ações coletivas passivas no Brasil corriqueiramente buscam referências na experiência norte-americana das *defendant class actions*.<sup>35</sup> Em razão disso, objetivamos abordar os pontos centrais desse instituto do processo coletivo estadunidense.

De fato, como observado por Vincezo Vigoritti, o maior desenvolvimento do processo coletivo nos Estados Unidos, e nos países de *common law* em geral, faz com que a experiência americana das *class actions* seja sempre um fértil campo de estudo para os interessados no tema.<sup>36</sup>

Inicialmente, é necessário frisar que a doutrina norte-americana reconhece três tipos de ações coletivas: *plaintiff class actions* (o grupo encontra-se no polo ativo da demanda); *defendant class actions* (o grupo compõe o polo passivo) e *bilateral class actions* (modalidade em que existem grupos no polo ativo e no passivo da demanda).<sup>37</sup>

Não cumpre aqui proceder a uma digressão histórica acerca das origens do instituto; porém, interessa saber que hoje as *class actions* encontram-se reguladas pela *Rule 23*, que ganhou a coloração atual com a reforma de 1966.<sup>38</sup> Em que pese os estados norte-americanos terem competência para legislar sobre normas de direito processual, no que tange às *class actions*, a grande maioria dos estados segue as regras estabelecidas na *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*.<sup>39</sup>

Dentre os requisitos das *class actions* merece especial destaque a *representatividade adequada* (*adequacy of representation*), prevista na *Rule 23 (a)(4)*. As *class actions* são ações representativas, logo, cabe a um representante da classe representar em juízo os membros ausentes. A *adequação da representatividade* será auferida pela Corte antes que a classe seja certificada, ademais, a ausência de *representatividade adequada* pode ser declarada a qualquer momento do processo.<sup>40</sup>

Sobre a representatividade adequada, é oportuno destacar que, em se tratando de *class actions*, ela deve ser aferida tanto com relação ao representante da classe na relação jurídica processual, como com relação aos seus advogados. No que toca ao representante da classe – que deve ser um membro dela – Aluísio de Castro Mendes destaca alguns aspectos necessários, tais como (...) *o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira* (...) <sup>41</sup>; já com relação ao advogado, segundo Mendes, importa averiguar, entre outras características (...) *a especialização profissional na área, a experiência com ações coletivas, a qualidade dos escritos submetidos ao tribunal e “performance” na causa como um todo* (...). <sup>42</sup>

Por fim, frise-se que procedência ou improcedência de uma *class action* enseja a preclusão de futuras ações propostas por outros legitimados. Owen Fiss atesta que o fato de a coisa julgada nas demandas coletivas atingir indistintamente todos os membros da classe não encontra explicações suficientemente sólidas, contudo, segundo o autor, talvez a principal razão disso resida na necessária simetria dos riscos da demanda, tanto para o autor quanto para o réu. <sup>43</sup> A amplitude subjetiva da coisa julgada nas *class actions* é potencializada pelo instituto da representatividade adequada, que assegura um contraditório de qualidade apesar de nem todos os membros da classe estarem presentes no processo.

Sobre as *defendant class actions*, Francis Xavier Shen afirma que essas ações são pouco estudadas nas

universidades americanas e subutilizadas na prática.<sup>44</sup> O autor destaca que as *defendant class actions* propostas no país comumente esbarram nas regras de “certificação” - que são mais facilmente atendidas em causas que versem sobre infração de patentes, validade de leis locais e questões relativas a seguros.

Antonio Gidi pontua que as *defendant class actions* podem ser utilizadas com vistas a atribuir eficácia *erga omnes* a uma decisão com carga declaratória ou injuntiva em que o polo passivo é composto por um grupo de pessoas que cometeram ilícito civil. Nesse caso, a condenação do grupo ao pagamento de uma indenização depende da formulação de defesas individualizadas. Gidi também lembra que as *defendant class actions* podem ser manejadas de forma a interpretar ou determinar a validade de um ato normativo.<sup>45</sup>

Em que pese a *Rule 23* admitir as *defendant class actions* (conforme a *Rule 23(a)*: *One or more members of class may sue or be sued as representative parties on behalf of the class*), tal diploma não faz menção aos requisitos, ao procedimento ou às hipóteses de cabimento desse tipo de *class action*. Rotineiramente as disposições estabelecidas na *Rule 23*, elaboradas com vistas a reger primordialmente as *plaintiff class actions*, devem ser adequadas às ações coletivas passivas.<sup>46</sup> É possível que uma *defendant class action* seja certificada com fundamento em qualquer uma das hipóteses previstas na *Rule 23 (b)*.<sup>47</sup> Aqui, tal como ocorre com as *plaintiff class actions*, as *defendant class actions* certificadas pela *Rule 23(b)(1)* e pela *Rule 23(b)(2)* não admitem o direito de auto exclusão.<sup>48</sup> Em razão disso, ao

ajuizarem uma *defendant class actions*, os advogados evitam certifica-la na *Rule 23(b)(3)*.<sup>49</sup>

Segundo Shen, a certificação da classe ré é mais simples quando as relações entre membros e classe estão claramente demarcadas. Existem casos em que a representatividade adequada é *virtualmente garantida*, principalmente quando existe uma liderança identificável ou vínculo legal entre os membros da classe.<sup>50</sup>

Nessa linha, Rodrigues Netto trata da teoria do *link jurídico*, para essa teoria, existindo uma ligação jurídica entre os réus, faz-se necessária uma solução única para todos os demandados, o que é viabilizado pela *defendant class action*. O referido autor ressalta ainda que as *defendant class actions* apresentam questões peculiares no que toca à eleição do representante adequado, mormente, pois tal indicação é feita pelo autor da ação, o que abre espaço para a escolha de um membro da classe com poucas possibilidades de formular uma defesa sólida. Não obstante, a adequação do representante pode ser questionada pelos membros da classe. Além disso, é fundamental que as defesas apresentadas pelo representante sejam comuns à classe como um todo. Uma defesa será atípica quando pertinente somente ao representante da classe, destarte, inapta a resguardar os interesses dos membros ausentes.<sup>51</sup>

Mas a questão da representatividade adequada nas *defendant class actions* é ainda mais problemática. Como destacado por Gidi, em geral o representante de uma *defendant class* não tem interesse em representar a classe em juízo, vez que deverá arcar com os altos custos da demanda coletiva. Nessa linha, por vezes os

representantes valem-se do argumento de que, como não estão dispostos a representar o grupo, não seriam representantes adequados (*unwilling class representatives*) – argumento veementemente rechaçado pela jurisprudência, que, no *leading case Macera v. Chilund* consagrou o entendimento de que a adequação do representante independe de sua voluntariedade.<sup>52</sup>

As peculiaridades do processo civil norte-americano fazem com que a capacidade financeira do representante assumam fulcral importância em se tratando de *defendant class action*. Como dito, o representante poderá ter que custear sozinho as elevadas despesas do processo, mormente com relação à produção de provas e honorários advocatícios. Logo, com vistas a mitigar essa indesejável situação, pode o juiz determinar a inclusão de outros integrantes da classe no polo passivo, como litisconsortes, de forma a repartir o ônus financeiro.<sup>53</sup>

### **3. Subsídios para a admissão de *lege lata* da ação coletiva passiva no Direito Brasileiro.**

Como já dito, as ações coletivas passivas não estão expressamente previstas no ordenamento brasileiro. Porém, é inegável que nos últimos anos essas ações passaram a fazer parte da realidade do foro<sup>54</sup>, o que vem fomentando o crescente debate acerca do assunto. Obviamente, o mero ajuizamento desse tipo de ação por si só não justifica o desenvolvimento de pesquisas substanciais sobre o assunto, vez que, diante do

irrestrito direito de ação, pode-se provocar o judiciário para que este se manifeste sobre demandas sequer aptas a superar o juízo de admissibilidade. Nada obstante, a análise substancial da utilização das *defendant class actions* brasileiras revela que a maioria delas não se enquadra nessa hipótese.

Indiscutivelmente, o advento de regulamentação legal que norteie e delimite o âmbito de aplicação das ações coletivas passivas irá clarificar a atuação do operador do direito diante das novas e peculiares situações que diuturnamente surgem na prática jurídica. Nessa linha, há posicionamento no sentido de que, como consequência lógica do amadurecimento do processo coletivo, a previsão expressa das ações coletivas passivas é uma tendência.<sup>55</sup>

Por ora, estamos de acordo com Jordão Violin, segundo o qual a falta de previsão legal específica para essas ações sucumbe diante dos ditames do acesso à justiça e do direito de ação. O referido autor ressalta ainda que não há de se falar em omissão legislativa absoluta, ao ponto de inviabilizar por completo o manejo das ações coletivas passivas, pelo contrário, pode-se – por meio da interpretação de regras positivadas – encontrar o fundamento dessas ações.<sup>56</sup> Destarte, a seguir discorreremos sobre os dispositivos legais que viabilizam uma interpretação que enxergue o processo coletivo passivo como algo inerente ao sistema.

Ao tratar do assunto, Rodolfo de Camargo Mancuso faz remissão ao parágrafo único do inciso III do art. 295 do Código de Processo Civil.<sup>57</sup> Ocorre que na atual configuração do processo civil brasileiro é possível

pleitear qualquer pretensão que não seja juridicamente impossível. Seguindo esse raciocínio, não havendo no ordenamento vedação expressa à ação coletiva passiva, a viabilidade desta não deve ser afastada *a priori*.

Conforme Aluisio de Gonçalves de Castro Mendes, o mais basilar fundamento das ações coletivas passivas está na inafastabilidade do controle jurisdicional.<sup>58</sup> São relevantíssimas as situações concretas que, em caso de negação da legitimação passiva da coletividade, restariam desprovidas de tutela. Reza o inciso XXXV do artigo 5.º da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Castro Mendes cita ainda a representatividade dos sindicatos, consagrada na Constituição de 1988. De fato, o inciso III do art. 8.º da CF estabelece que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Ora, nesse dispositivo o legislador não restringiu a representação sindical ao polo ativo da demanda, logo, é plausível justificar uma ação coletiva passiva no qual o sindicato atue como representante na classe com base no citado dispositivo constitucional.<sup>59</sup>

Já Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., ao buscarem fundamentos para a admissão de *lege lata* das ações coletivas passivas recorrem ao art. 83 do CDC.<sup>60</sup> Dispõe esse dispositivo legal: “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Ademais, a existência e admissão das ações co-

letivas passivas de *lege lata* no direito brasileiro, ainda que em hipóteses pontuais, podem ser balizadas pela compreensão das chamadas *ações coletivas passivas derivadas* ou *incidentais*. Castro Mendes elenca hipóteses de ações coletivas passivas derivadas, tais como as ações rescisórias ou embargos de terceiro.<sup>61</sup> Mesmo Hugro Nigro Mazzili, crítico da admissão de *lege lata* das ações coletivas passivas, reconhece que em algumas hipóteses irremediavelmente legitimados ativos comporão o polo passivo da demanda, para tanto o processualista conjecturou o seguinte exemplo:

Uma execução de compromisso de ajustamento de conduta: se o executado apresentar embargos à execução, o exequente passará a figurar como embargado, ou seja, estará no polo passivo da ação de embargos, por meio do qual o executado quer desconstituir o título executivo.<sup>62</sup>

Tem-se notícia de julgados que reconheceram a legitimidade passiva do ente coletivo em sede de ação rescisória de ação coletiva. Nesse sentido foi o posicionamento adotado pelo Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> região no julgamento dos embargos infringentes n.º 95.04.33984-0/SC.<sup>63</sup> *In casu*, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA – buscou a desconstituição de decisão favorável ao Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Federal em Santa Catarina – SINTRAFESC – em ação coletiva. Na decisão que deu azo à oposição dos embargos infringentes restou vencida a Desembargadora Federal

Sílvia Goraieb, que, em preliminar de mérito, manifestou-se no sentido de que dos trabalhadores beneficiados pelo processo original deveriam funcionar como litisconsortes do sindicato. Não obstante, os embargos infringentes opostos foram negados por unanimidade. Tomamos a liberdade de transcrever parte do corpo da decisão que versa sobre a impossibilidade da formação do litisconsórcio multitudinário no caso:

Na prática [em se admitido a necessidade de formação do litisconsórcio], far-se-iam absolutamente infensas a qualquer hostilização ulterior pela regular via da ação rescisória, eis que, apesar de a angularização processual na ação de origem, na ação de rescisão ter-se-ia de dilargar o polo passivo a contingentes até imensuráveis, impedindo o andamento do processo *in concreto*, máxime em linha de conta que a entidade sindical atua não só na substituição de seus filiados mais sim na substituição de toda a categoria que representa, consoante a letra da Constituição (CF, art. 8º, III).

As últimas linhas do trecho citado são dignas de nota ao passo que foi esboçada uma interpretação do inciso III do art. 8.º da Constituição Federal que reconhece a legitimidade dos sindicatos para representarem seus associados – ou ainda toda a categoria –, inclusive, no polo passivo de uma demanda coletiva.

Encontramos julgado do Tribunal de Justiça do Espírito Santo que igualmente reconheceu a desnecessidade da formação de litisconsórcio em ação rescisó-

ria de ação coletiva.<sup>64</sup> Inicialmente foi determinada a citação de todos os milhares de credores do precatório n.º 20020000150, beneficiados pela decisão transitada em julgado no processo original. Porém, face à interposição de agravo regimental, o Desembargador relator exerceu o juízo de retratação e admitiu estar diante de uma *defendat class action*.

Ainda sobre as ações coletivas passivas derivadas, deve ser estudada a ação declaratória incidental 100070019698<sup>65</sup>, também decidida pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Na referida ação, buscou-se a declaração da inexigibilidade de obrigação decorrente de decisão fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal – de acordo com a dicção do art. 741, parágrafo único, da codificação processual civil. Transcrevemos abaixo trecho do julgado que reconheceu a legitimidade passiva do ente coletivo:

A procedência da demanda coletiva passiva (defendant class action) afeta a esfera individual dos associados independentemente do exercício pessoal do contraditório. Com maior razão se participam, em polos invertidos, exatamente aqueles que figuraram na demanda geradora do ato objurgado.

#### **4. A classificação das ações coletivas passivas.**

A doutrina que escreveu sobre o tema das ações coletivas passivas enquadrando essas ações em algumas

classificações. Inegavelmente, muitas das classificações criadas no âmbito da ciência do direito têm utilidade prática questionável. Porém, entendemos que as classificações sobre as quais discorreremos adiante podem ter alguma utilidade prática ou teórica, podendo facilitar a compreensão do fenômeno das ações coletivas passivas.

A primeira das classificações diferencia as ações coletivas passivas *originárias* das *derivadas*. Em apertada síntese, as ações coletivas passivas originárias são ações originariamente propostas contra uma coletividade - não guardam qualquer relação com outra ação anterior. Já as ações coletivas passivas derivadas, nas palavras de Diogo Campos Medina Maia, são *aquelas ações que, muito embora autônomas, justificam-se pela existência de uma ação coletiva ativa*.<sup>66</sup> Como exemplos de ações passivas derivadas despontam as ações rescisórias de ação coletiva - já exemplificadas nesse trabalho mediante casos concretos.

Conforme Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., em sede de ação coletiva passiva derivada, dificilmente surgirão problemas quanto à definição do ente coletivo representante da classe ré, já que este, em regra, será aquele que tiver postulado em juízo na ação coletiva ativa originária.<sup>67</sup> Destarte, como exceção a essa regra, pode-se imaginar hipótese em que o legitimado coletivo ativo autor da demanda originária seja revel (inadequado) em eventual ação rescisória da sentença proferida na demanda primitiva. Para solucionar esse problema, deve ser lembrado que o microsistema de

tutela coletiva confere legitimidade coletiva ativa a mais de um ente, logo, parece ser possível cogitar, por exemplo, que o representante adequado da classe ré em sede de ação rescisória de ação civil pública ajuizada por associação de classe seja o Ministério Público, ou mesmo a Defensoria Pública – se a classe for composta majoritariamente por pessoas humildes.

Ademais, fala-se também na classificação que toma por base os interesses que se encontram contrapostos na relação jurídica processual. A expressão *ação duplamente coletiva* é usada para fazer referência às ações nas quais de ambos os lados existam interesses metaindividuais ou individuais e homogêneos.<sup>68</sup> Nesse aspecto, para aqueles que só admitem que interesses metaindividuais possam ser tutelados pela via da ação coletiva passiva, inexoravelmente todas as ações coletivas passivas seriam ações duplamente coletivas.<sup>69</sup> Possivelmente tal posição decorre da inicial perplexidade causada pelo fato de um direito individual estar no polo ativo e um interesse metaindividual ou individual e homogêneo no passivo.

Porém, essa possibilidade não pode ser em absoluto excluída, mormente face às ações possessórias propostas contra coletividade indeterminadas ou mesmo diante da existência de ações coletivas passivas derivadas. Tomando por base um exemplo do direito norte-americano, pode-se cogitar uma ação coletiva passiva proposta pelo detentor de uma patente violada contra todos aqueles que a desrespeitaram.<sup>70</sup>

## Conclusão

O processo civil tradicional não se mostrou capaz de dar conta das modificações pelas quais passou o direito material. Logo, foram criados mecanismos processuais aptos a viabilizar a tutela dos novos interesses. O microsistema de direito processual brasileiro foi constantemente aprimorado ao longo dos anos e, não obstante algumas vicissitudes que ainda persistem, pode ser considerado um modelo para os outros ordenamentos de *civil law*. Porém, a realidade do foro demonstra que o processo coletivo brasileiro caminha para outra fase, que admite que a coletividade possa ocupar o polo passivo de uma demanda coletiva. Obviamente, o processo coletivo originariamente foi pensado para proteger grupos, logo, a ação coletiva passiva ainda gera alguma perplexidade, que há de ser contornada pela academia e por futura regulamentação legal que delimite e norteie as *defendant class actions* brasileiras.

Nesse trabalho foram elencadas inúmeras possibilidades de utilização da ação coletiva, provavelmente muitas delas não sairão do papel por serem inviáveis ou por não resistirem a uma abordagem mais profunda. Nada obstante, a realidade brasileira demonstra que o espaço para aplicação das *defendant class actions* é amplíssimo e talvez esta via seja a mais adequada para tutelar determinados direitos que sofreram repetidas lesões ou ameaças de lesão.

## Notas

- 1 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2006, p.138.
- 2 Remo Caponi. *Palestra A experiência da class action na jurisprudência italiana*. 2012.
- 3 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, 1995, p. 2-3.
- 4 VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 26.
- 5 GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. 6.<sup>a</sup> ed, Roma-Bari: Laterza, 2010, p.10.
- 6 CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.82-83.
- 7 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 26.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.333.
- 8 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.43.
- 9 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2006, p.151.
- 10 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil v.5: Procedimentos Especiais*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.304.
- 11 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro – um novo ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 435.
- 12 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2.<sup>o</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.111.
- 13 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2.<sup>o</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.111.
- 14 GRINOVER, Ada Pellegrini. et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 494.

- 15 Para uma reflexão crítica sobre o assunto ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. *Revista de Processo*, v. 96, p-28-36, 1999.
- 16 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil v.5: Procedimentos Especiais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.315
- 17 Para Aluísio de Castro Mendes, a própria dicção do texto constitucional atesta essa realidade: *Isso [o fato de o processo coletivo ter sido inicialmente pensado para que uma coletividade ocupe sempre o polo ativo] fica claro, por exemplo, no próprio texto constitucional vigente, quando se menciona que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular”, nos termos do art. 5.º, LXXIII, da Carta Magna, ou, conforme inc. LXXX, que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por”, bem como, no art. 129, III, ao dispor, como função institucional do Ministério Público, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.* (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *Revista de Processo*, v. 209, p. 243-265, 2012, p. 259.).
- 18 ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.89.
- 19 Ação Civil Pública nº 0009909-46.2012.8.13.0216, em trâmite na 1ª Vara Cível, Crime e VEC da comarca de Diamantina-MG.
- 20 FORMACIARI, Flávia Hellmeister Clito. A representatividade adequada nos processos coletivos. São Paulo, 2009, 189 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. Disponível na Internet: <[www.teses.usp.br/.../Representatividade\\_Adequada\\_nos\\_Processos\\_Coletivos.pdf](http://www.teses.usp.br/.../Representatividade_Adequada_nos_Processos_Coletivos.pdf)>. Acesso em 29 de julho de 2012, p. 103.
- 21 ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.199.
- 22 MAIA, Diogo Campos Medina. Ação Coletiva Passiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.45.
- 23 Ação Civil Pública Nº 504210-68.2012.404.7000.

- 24 A doutrina elenca inúmeros exemplos que, *a priori*, seriam ações coletivas passivas. Não obstante a necessidade de maior reflexão teórica acerca da viabilidade de cada uma das possibilidades cogitadas, Ricardo de Barros Leonel colecionou os exemplos citados pelos autores que escreveram sobre o assunto: (...) *ações propostas em face de associações que congregam torcidas organizadas de times de futebol, objetivando sua extinção por praticarem atos ilícitos; ações propostas por legitimados coletivos em face de entidades que congreguem coletividades integradas por determinado segmento de atividade econômica (por exemplo, demanda aforada pelo Ministério Público ou associação de defesa dos consumidores contra a Federação de Bancos ou dos prestadores de serviços ou seguros de saúde), para fins de imposição de condutas ou procedimentos a todas as instituições congregadas (instituições financeiras ou seguradoras de saúde); ações propostas por empresas investigadas por danos ambientais a fim de que seja declarada a ilicitude da atividade por elas desempenhada e a ausência de risco ambiental; ação rescisória de decisão proferida em ação coletiva; ação anulatória de compromisso de ajustamento de conduta firmado por órgão público; ação cautelar incidental proposta pelo réu em ação civil pública (para, por exemplo, dar efeito suspensivo a recurso de sobreposição – especial ou extraordinário); reconvenção em ação civil pública; ações em defesa do meio ambiente contra movimento social que, a pretexto de estimular a reforma agrária pratica atos lesivos à natureza (...)* (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 205-206).
- 25 GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 348.
- 26 MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.51.
- 27 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p.236.
- 28 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1, p.205-202.
- 29 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., H. *Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 411.
- 30 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., H. *Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, 412-413.

- 31 ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p.92.
- 32 ROSSI, Júlio César. A Ação Coletiva Passiva. *Revista de Processo*, v. 198, p. 259-280, 2011, p. 260-261.
- 33 De acordo com Francis Xavier Shen, nos Estados Unidos as *defendant class actions* propostas em sua grande maioria versam sobre a constitucionalidade de determinada lei, seguros, *damages* (ações similares às usadas para tutela dos direitos individuais e homogêneos no Brasil), direitos de propriedade, questões previdenciárias, anti-trust, patentes etc. (SHEN, Francis Xavier. The Overlooked Utility of the Defendant Class Action. *Denver University Law Review*, v.88, p.73-181, 2010, p.144).
- 34 DIDIER JR, Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 26, abril/maio/junho de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-FREDDIE-DIDIER.pdf>. Acesso em 9 de maio de 2013, p. 2.
- 35 Sobre o assunto, merece destaque o alerta feito por Camilo Zufelato, segundo o qual (...) *a previsão de longa data das defendant class actions na experiência norte-americana realmente é uma referência, mas que não poderá ser supervalorizada, visto que as class actions têm certas características incompatíveis com o modelo brasileiro, sobretudo quanto à coisa julgada*. (ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 114-115).
- 36 VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Colletivi e Processo - La Legittimazione ad Agire*. Milão: Giuffrè, 1979, p.252.
- 37 GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 339.
- 38 FORMACIARI, Flávia Hellmeister Clito. A representatividade adequada nos processos coletivos. São Paulo, 2009, 189 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade

de São Paulo. Disponível na Internet: <[www.teses.usp.br/.../Representatividade Adequada nos Processos Coletivos.pdf](http://www.teses.usp.br/.../Representatividade_Adequada_nos_Processos_Coletivos.pdf)>. Acesso em 29 de julho de 2012, p. 37.

- 39 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.73.
- 40 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p.282.
- 41 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.82.
- 42 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.82.
- 43 FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.239-240.
- 44 SHEN, Francis Xavier. The Overlooked Utility of the Defendant Class Action. *Denver University Law Review*, v.88, p.73-181, 2010, p. 77-78.
- 45 GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 390.
- 46 GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 390.
- 47 RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a Ação Coletiva Passiva Brasileira. *Revista de Processo*, v. 149, p. 79-104, 2007, p. 99.
- 48 BARKER, Elizabeth Brandt. Fairness to the Absent Members of a Defendant Class: A Proposed Revision of Rule 23. *Brigham Young University Law Review*, v.909, p.909-948, 1990. Disponível na Internet: <<http://lawreview.byu.edu/archives/1990/3/bra.pdf>>. Acesso em 29 de julho de 2012, p. 912.
- 49 MORABITO, Vince. Defendant Class Actions and the Right to Opt Out: Lessons for Canada from the United States. *Duke Journal of Comparative and Internacional Law, Duke University Law Scholl*, v. 14:2, p.197-248, 2004. Disponível na Internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2111712](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2111712)> Acesso em 29 de julho de 2012, p. 227.
- 50 SHEN, Francis Xavier. The Overlooked Utility of the Defendant Class Action. *Denver University Law Review*, v.88, p.73-181, 2010, p. 85.
- 51 RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a Ação Coletiva Passiva Brasileira. *Revista de Processo*, v. 149, p. 79-104, 2007, p. 95-97.

- 52 GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 407.
- 53 GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 409-410.
- 54 É plausível afirmar que o velho problema das ações possessórias e petitórias propostas contra coletividades indeterminadas talvez seja o exemplo mais antigo de ação coletiva passiva.
- 55 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.20
- 56 VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodivum, 2008, p. 39-40.
- 57 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 3.
- 58 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *Revista de Processo*, v. 209, p. 243-265, 2012, p.261.
- 59 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *Revista de Processo*, v. 209, p. 243-265, 2012, p.263.
- 60 DIDIER JR., Fredie ; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p.405-406.
- 61 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *Revista de Processo*, v. 209, p. 243-265, 2012, p.261.
- 62 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 384.
- 63 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região. Embargos Infringentes em AR 33984 N.º 95.04.33984-0-SC. Relator Desembargador Federal Teori Albino Zavascki. Publicado no Dj de 13/11/1996.
- 64 BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo; Processo Nº 100080001728 - AGRAVO REGIMENTAL AC DECLARATÓRIA. Relator Desembargador Dair José Bregunze de Oliveira. Publicado no DJ de 19/01/2012.
- 65 BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo; AD 100070019698 ES 100070019698. Relator Samuel Meira Brasil Junior. Publicado no DJ de 14/07/2008.

- 66 MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.122.
- 67 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., H. *Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, 402.
- 68 TOZZI, Thiago Oliveira. Ação Coletiva Passiva: Conceito, Características e Classificação. *Revista de Processo*, v. 205, p.267-296, 2012, p. 292.
- 69 Entre aqueles que só admitem a ação coletiva para tutela de interesses metaindividuais cita-se Camilo Zufelato (ZUFELATO, C.. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p.92).
- 70 SHEN, Francis Xavier. The Overlooked Utility of the Defendant Class Action. *Denver University Law Review*, v.88, p.73-181, 2010, p. 114.

## Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro - um novo ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2006.
- BARKER, Elizabeth Brandt. Fairness to the Absent Members of a Defendant Class: A Proposed Revision of Rule 23. *Brigham Young University Law Review*, v.909, p.909-948, 1990. Disponível na Internet: <<http://lawreview.byu.edu/archives/1990/3/bra.pdf>>. Acesso em 29 de julho de 2012.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, 1995.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., H. *Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.
- DIDIER JR, Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 26, abril/maio/junho de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-FREDDIE-DIDIER.pdf>. Acesso em 9 de maio de 2013.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FORMACIARI, Flávia Hellmeister Clito. A representatividade adequada nos processos coletivos. São Paulo, 2009, 189 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. Disponível na Internet: [www.teses.usp.br/.../Representatividade\\_Adequada\\_nos\\_Processos\\_Coletivos.pdf](http://www.teses.usp.br/.../Representatividade_Adequada_nos_Processos_Coletivos.pdf). Acesso em 29 de julho de 2012.
- GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. *Revista de Processo*, v. 96, p-28-36, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. 6.ª ed, Roma-Bari: Laterza, 2010.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Pro-*

- cesso Civil v.5: *Procedimentos Especiais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *Revista de Processo*, v. 209, p. 243-265, 2012.
- MORABITO, Vince. Defendant Class Actions and the Right to Opt Out: Lessons for Canada from the United States. *Duke Journal of Comparative and Internacional Law, Duke University Law Scholl*, v. 14:2, p.197-248, 2004. Disponível na Internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2111712](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2111712)> Acesso em 29 de julho de 2012.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a Ação Coletiva Passiva Brasileira. *Revista de Processo*, v. 149, p. 79-104, 2007.
- ROSSI, Júlio César. A Ação Coletiva Passiva. *Revista de Processo*, v. 198, p. 259-280, 2011.
- SHEN, Francis Xavier. The Overlooked Utility of the Defendant Class Action. *Denver University Law Review*, v.88, p.73-181, 2010.
- TOZZI, Thiago Oliveira. Ação Coletiva Passiva: Conceito, Características e Classificação. *Revista de Processo*, v. 205, p.267-296, 2012.
- VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Colletivi e Processo – La Legittimazione ad Agire*. Milão: Giuffrè, 1979.
- VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodivum, 2008.
- ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.



# Hacia una formulación jurídico normativa de las fuentes del Derecho Agrario Cubano

*For a legal and normative  
formulation of sources of the  
Cuban Agrarian Law*

Artigo recebido em 02/03/2014.

Revisado em 04/04/2014.

Aceito para publicação em 20/05/2014.

## **Juan Ramón Pérez Carrillo**

Profesor de Derecho Constitucional, Teoría General del Derecho y Derecho Agrario. Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Auxiliar y Vicerrector de la Universidad de Granma, donde también se ha desempeñado con anterioridad como Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas y Jefe de su Departamento de Derecho. Ha participado como coautor de varios libros, y tiene publicados artículos y monografías en países como: Argentina, Brasil, Perú, Ecuador, España, México y Cuba.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Hacia una formulación jurídico normativa de las fuentes del Derecho Agrario Cubano - pp. 331-372

CARRILLO J. R. P.

## Resumen

El presente artículo tiene como objetivo caracterizar los fundamentos teóricos del Derecho Agrario cubano. Así, se investiga la doctrina y la legislación sobre la materia. Se concluye que resulta muy común ver que en la mayoría los trabajos se realizan comentarios a la legislación vigente sobre la disciplina, en tal sentido la indagación que presentamos es un estudio sobre las fuentes del Derecho Agrario en Cuba.

## Palabras-llave

Fundamentos normativos; Fuentes del Derecho; Derecho Agrario Cubano.

## Abstract

The present article aims to characterize the theoretical foundations of the Cuban Agrarian Law. It investigates the doctrine and legislation on the matter. It is concluded the commonness of vague comentary in the majority of papers. Thus, it is inquired what should be understood by the Cuban law.

## Key-words

normative foundations, law-rights, Cuban agrarian rights

## Sumario

Introdução. 1. Sobre la teoría general del Derecho Agrario. 2. Las fuentes formales legisladas del Derecho Agrario Cubano. Conclusiones. Notas. Referencias.

## Introdução

En Cuba los estudios sobre los fundamentos teóricos del Derecho Agrario han estado un tanto ausentes, resulta muy común ver que en la mayoría los trabajos se realizan cometarios a la legislación vigente sobre la disciplina, en tal sentido la indagación que presentamos es un estudio sobre las fuentes del Derecho Agrario en Cuba,<sup>1</sup> teniendo en cuenta el hecho de que a nivel internacional las mismas siguen siendo desafíos a continuar investigando para los próximos años; en nuestro país prácticamente no se pueden mencionar obras que hayan abordado a profundidad estos temas; cierto es que para la comprensión de las fuentes, existen elementos claves aún por dilucidar, tales como el concepto, objeto y contenido del moderno Derecho Agrario, elementos sin los cuales es imposible realizar un análisis sobre esta ciencia jurídica.

Indiscutiblemente la realización de investigaciones sobre estos puntos aún en discusión a nivel internacional, le ofrecen a esta ciencia jurídica, un mayor reconocimiento, además de que provocan un perfeccionamiento continuo del ordenamiento jurídico de cualquier país, pues en entre otros elementos, permiten

fortalecer y elevar la seguridad y coherencia jurídica, además de un aumento notable de su eficacia y efectividad.

## 1. Sobre la teoría general del Derecho Agrario.

Los estudios sobre los fundamentos teóricos<sup>2</sup> del Derecho Agrario cubano tal vez han sido de los menos privilegiados dentro del panorama investigativo desarrollado. Es sintomático que en el ámbito académico, el espacio cuyo cometido fundamental puede asociarse a los estudios antes referidos, no son habituales dichas investigaciones; por el contrario, resulta notorio la existencia de una cantidad nada despreciable de trabajos donde se realizan comentarios a la legislación vigente sobre la disciplina,<sup>3</sup> y/o de discusiones sobre determinadas disposiciones jurídicas que en el fondo parten de cuestiones teóricas escasamente debatidas, pudiendo estar determinado, por una parte, con la carencia de estrategias investigativas, y por otra, la vinculación como una doctrina dominante, con un fenómeno como el normativismo y la interpretación que sobre el mismo en muchas ocasiones se ha realizado.<sup>4</sup>

El Derecho Agrario cubano debe ir mucho más allá de su mera expresión normativa, pues deben realizarse conceptualizaciones, marcos de referencia, además de la existencia de elementos fácticos, axiológicos, tradiciones, conductas que necesariamente alimentan esta rama del Derecho, ya que en la elaboración legislativa parlamentaria, el legislador en ocasiones es in-

suficiente y carece de criterios técnicos jurídicos para la creación normativa en el ámbito del ordenamiento jurídico agrario.<sup>5</sup>

En correspondencia a lo indicado con anterioridad, el itinerario teórico de la doctrina del Derecho Agrario cubano no ha aportado todo el arsenal que ha necesitado su desarrollo normativo. En este aspecto una carencia importante han sido las dificultades para la construcción de su teoría general, cuestión que se evidencia al afrontar una revisión sobre su: génesis y desarrollo, definición, objeto, contenido, principios, fuentes, etc.

En términos generales, en torno a la existencia del Derecho Agrario en Cuba es necesario distinguir desde el punto de vista metodológico, el origen y la aparición<sup>6</sup> del mismo. Con respecto al contexto cubano la profesora Maritza MC CORMACK ratifica el criterio de los profesores Manuel DORTA DUQUE y Manuel DORTA DUQUE Y ORTIZ conforme al cual se pueden distinguir dos momentos: el origen y la formación<sup>7</sup>. De acuerdo al primero el Derecho Agrario cubano tiene su origen insertado en el Derecho Civil, pues el Código Civil de 1889 establecía sus fundamentos jurídicos, luego ratificados por la Disposición Transitoria Séptima de la Constitución de 1901. Sobre el segundo elemento, plantea que las causas de la formación del Derecho Agrario en Cuba antes de 1959 pueden resumirse de la forma siguiente: vinculación de nuestra economía nacional a la producción azucarera, participación de la gran producción azucarera cubana en los mercados extranjeros, medidas proteccionistas de aranceles norteamer-

ricos, carencia en Cuba de un régimen monetario y bancario propios, abandono del patrimonio inmobiliario del Estado cubano, tratamiento inadecuado de las finanzas públicas y la acción de los colonos y obreros azucareros.

Con la promulgación de normativas agrarias al triunfar la Revolución, se fortalece la dimensión del Derecho Agrario como rama del Derecho, no obstante es oportuno precisar que tales normativas no generaron corrientes de pensamiento con el rigor y sistematicidad que a tenor de la época se impulsaron en otras regiones en torno a su dimensión como ciencia; una cuestión, que aunque en menor medida, se encuentra presente hasta nuestros días.

Para el estudio del Derecho Agrario cubano, en cuanto a ciencia jurídica, es importante abordar el tema de su conceptualización, por lo cual a continuación se esbozan algunos conceptos vertidos por la doctrina cubana al respecto:

En primer lugar, en criterio de los profesores DORTA DUQUE: "(...) es la rama del Derecho Privado en que predominan normas de orden público y el intervencionismo estatal, que regula la tenencia y distribución de las tierras de propiedad privada, su producción el crédito que refiere la misma, sus instituciones, la distribución de los productos agrícolas y sus mercados, con el propósito de incrementar las actividades agrícolas, asegurar su equitativo aprovechamiento de sus beneficios a todos los que en dichas actividades participan, lograr un adecuado y suficiente abastecimiento a los consumidores, y robustecer, expansionar y superar la

economía nacional y además, con normas expresas de protección directa para los campesinos y trabajadores agrarios y su familia.”<sup>8</sup>

En segundo lugar, el abordaje realizado por Cratilio NAVARRETE, que expresa: “El Derecho Agrario es la rama del derecho socialista, que basada en los principios de la Teoría Agraria Marxista Leninista, regula jurídicamente la inmensa gama de relaciones, que dentro del ámbito productivo, económico y social, resultan del proceso de producción agrícola.”<sup>9</sup>

En tercer lugar, en la obra escrita por REY SANTOS y MC CORMACK BEQUER, quienes esgrimen que: “EL Derecho Agrario es aquella rama del derecho que tiene a su cargo el estudio, conocimiento, aplicación y proyección, sobre la base de los principios que la sustentan, de la regulación jurídica de aquellas relaciones que en el ámbito productivo, económico y social resultan del proceso de producción agrícola.”<sup>10</sup>

Y, en cuarto lugar, por su parte Rolando PAVÓ ACOSTA plantea: “(...) podemos definir entonces al Derecho Agrario, como el conjunto autónomo de normas jurídicas que regulan las relaciones sociales que se generan en el ejercicio de la actividad agraria, de acuerdo con los principios de la política agraria trazada por el Estado y que tiene como fines, la adecuada armonización de los intereses individuales, comunitarios y sociales, el uso racional de los recursos renovables y el aumento de la producción, todo ello encaminado hacia el crecimiento del bienestar de toda la sociedad y especialmente de la población rural.”<sup>11</sup>

De tales reflexiones, a primera vista, se puede

determinar que las mismas son representativas y provenientes de algunos presupuestos extrajurídicos o metajurídicos, en los que necesariamente no siempre se tienen en cuenta ni los avances de la doctrina iusagrarista comparada, vigente en el momento en que fueron vertidas, ni los temas que ya en esos años ocupaban el centro de los debates científicos a nivel internacional; pero sí son expresivos de procesos que involucran al Derecho Agrario y al Derecho en general en un momento o periodo histórico determinado de nuestro país.<sup>12</sup>

En ese mismo sentido se puede apreciar que no son coincidentes los puntos centrales que se abordan en torno a la visión que sobre el objeto se deriva de estas definiciones: el proceso de producción agrícola, tendencia asumida mayoritariamente por la literatura jurídica agraria cubana aquí indicada, la cual es limitada con respecto a todos los espacios en los que se desenvuelve el Derecho Agrario, no siendo expresiva de las normativas agrarias existentes<sup>13</sup>. Además, excluye lo concerniente a la transformación y comercialización de los productos agrícolas e incluso deja fuera al resto de las actividades que se interconectan con el Derecho Agrario: las denominadas actividades conexas mencionadas con anterioridad y que en nuestro contexto, ciertamente aún sin una doctrina consolidada, también es posible encontrar su expresión normativa.<sup>14</sup>

Se deben mencionar como elementos distintivos, por una parte el abordaje realizado por los profesores DORTA DUQUE, que ya en la fecha de publicación de su obra se interconectan con lo más avanzado de la

doctrina agrarista a nivel internacional. Por otra parte, el caso del profesor PAVÓ ACOSTA, al proponerse superar la limitación señalada y asumir la definición desde elementos más integradores, holísticos, al pautar metodológicamente que a la definición de Derecho Agrario solo es posible arribar a partir de la precisión de su objeto.

En relación el contexto cubano, al Derecho Agrario es posible definirlo como la rama jurídica compuesta por un conjunto sistemático e interdisciplinar de disposiciones jurídicas, principios, reglas, valores e instituciones que deben regir la actividad agraria o agropecuaria de las personas, tanto jurídicas como naturales y de los bienes involucrados que se interrelacionan con ellas, con el objetivo de alcanzar sus fines y la función social de los bienes.

El contenido de esta rama del Derecho no es estático y depende del grado de desarrollo de las relaciones sociales múltiples y complejas que comprende, siendo las normas que conforman este contenido las referidas a: la propiedad agraria; las formas de asociación y agrupación de los agricultores pequeños; la planificación, transformación y la comercialización de la producción agrícola; las relaciones laborales y las particulares prestaciones de la seguridad social; la actividad registral y de catastro en materia agraria; las normas agrarias involucradas en la protección del medio ambiente; las actividades conexas, tales como: acopio, transportation, beneficio, transformación, industrialización, comercialización, etc.

En este sentido resulta de referencia el trabajo

del profesor PAVÓ ACOSTA<sup>15</sup>, que se refiere a la regulación jurídica de aspectos tales como: I) a) agricultura, b) ganadería, c) apicultura, d) avicultura, e) horticultura, f) floricultura, g) silvicultura, II) a) formas de propiedad y tenencia de la tierra y demás bienes agropecuarios, b) actividad registral en materia agraria, c) transmisión de la propiedad, d) formas de asociación y agrupación de los propietarios y productores agrícolas para constituir otros entes jurídicos, e) solución de conflictos y reclamaciones sobre derechos agrarios, III) a) comercialización de los productos agropecuarios, IV) a) relaciones laborales en el proceso de producción agrícola, b) protección del medio ambiente en la actividad agropecuaria: uso de las aguas, flora y fauna, etc., c) relaciones crediticias y tributarias en la actividad agropecuaria.

En cuanto a los sujetos<sup>16</sup> del Derecho Agrario en Cuba, es necesario indicar primero que definitivamente en una óptica más amplia del Derecho que la rama aquí atendida, se precisa definir la relación jurídica agraria.

En nuestro contexto, la definición de los sujetos es una cuestión que teóricamente ha sido planteada desde el resultado de su normación en disposiciones jurídicas de carácter agrario, las cuales han sido reticentes a formular normativamente esta institución.<sup>17</sup> Sin lugar a dudas, esta es una cuestión limitante para asumir o sistematizar una conceptualización alrededor del tema, siendo necesario remitirse a la calificación que realiza la normativa establecida en el Código Civil en virtud de lo preceptuado en el artículo 8<sup>18</sup> en relación al artículo 22 del citado cuerpo legal, que establece:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Hacia una formulación jurídico normativa de las fuentes del Derecho Agrario Cubano - pp. 331-372  
CARRILLO J. R. P.

“Tiene carácter de jurídica la relación entre personas a la que la ley le atribuye efectos”<sup>19</sup>, cuya relación tiene como elementos: los sujetos que intervienen en ella, el objeto y la causa que la genera.<sup>20</sup>

En tal sentido, sin la intención de ser exhaustivo, pero sí con el móvil de que pueda generar debate, se señala la posibilidad de asimilar la definición de sujeto del Derecho Agrario cubano a toda persona natural o jurídica que realice una actividad agraria o que, con motivo de ella, intervenga en las relaciones jurídicas agrarias.

A partir de ello es que entonces es posible evaluar su expresión en las disposiciones normativas vigentes, las cuales determinan o indican la existencia de un grupo de entes con capacidad de ser sujetos dentro del Derecho Agrario cubano, entre los que se pueden señalar: entidades asociativas agrarias, Cooperativas de Producción Agropecuaria (CPA), Cooperativas de Créditos y Servicios (CCS) y Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC), Ministerio de la Agricultura (MINAGRI), empresas agropecuarias estatales donde se incluyen las empresas del Ministerio del Interior (MININT) y el Ministerio de las Fuerzas Armadas Revolucionarias (MINFAR), empresas azucareras<sup>21</sup>, granjas estatales (rurales y urbanas)<sup>22</sup>, granjas del Ejército Juvenil del Trabajo (EJT) y del MININT, empresas mixtas, pequeños agricultores y usufructuarios.

Un apartado insoslayable en el capítulo del Derecho Agrario cubano es el referido a su autonomía<sup>23</sup>, lo cual en el abordaje de un análisis jurídico-normativo se identifican, aunque escasos, elementos de rango cons-

titucional como son: la propiedad agraria y la herencia, que indican el reconocimiento de normativas en este sentido, a pesar de la insuficiente sistemática normativa desarrollada en disposiciones de rango inferior sobre elementos relacionados con la actividad agraria o agropecuaria, a todas luces existentes al menos en el plano jurídico formal. Otra cuestión interesante resulta el plano de análisis respecto al Código Civil cubano vigente, el cual determina en su disposición final 1<sup>ra</sup>, el rango de especialidad del Derecho Agrario.<sup>24</sup>

Es notable la ausencia de la construcción y/o adecuación de una doctrina cubana sobre algunos conceptos básicos para el Derecho Agrario cubano, de lo que también se puede encontrar evidencia y expresión en las normativas existentes en la materia. Esta es una cuestión relevante y vital para el Derecho Agrario. La elaboración de conceptualizaciones doctrinarias podría provocar un perfeccionamiento de las normas agrarias existentes,<sup>25</sup> pues de la calidad del lenguaje depende el entendimiento, y como consecuencia, el éxito de la comunicación.

Tal tema se convierte hoy en un asunto de elevada prioridad, siendo necesario precisar el sentido de términos como: actividad agraria, suelo y tierra, sus tipos (ociosas, improductivas, urbanas, agrícolas, ganaderas y forestales), bienes agropecuarios, producto agropecuario, empresa agropecuaria, relaciones jurídicas agrarias, contratos agrarios, contratos agroindustriales, actividades principales, actividades conexas, desarrollo agrario y rural, etc., que deben ser estudiados y sistematizados teóricamente.

La no construcción teórica y sistematización

normativa de conceptos propios<sup>26</sup> incorporados a la legislación, impiden de alguna forma que el Derecho Agrario sea autogestionable en su autonomía e incrementa significativamente la utilización de herramientas de otras ciencias jurídicas, tanto en lo general como en lo particular.

Lo cierto es que la ausencia de una instancia jurisdiccional especializada en materia agraria,<sup>27</sup> sin olvidar y menospreciar los matices en temas volitivos en algunos casos y subjetivos en otros, ha limitado o impedido la contribución al asentamiento de una doctrina nacional iusagraria, lo cual sin dudas hubiese propiciado la sistematización por vía de su producción normativa, de los principales institutos jurídicos nacionales, generándose a su vez una incidencia en los procesos de creación normativa. En el mismo sentido, la existencia de un pensamiento intencionado sobre las formas de solución de las principales dificultades que se han venido advirtiendo en cuanto a la normativa agraria en Cuba, hubiera redundado en una mejor construcción normativa, perdurable ante procesos de actualización normativa, que sirva como orientación al legislador, tanto parlamentario, como administrativo, y tal vez hubiera incidido en una positiva aplicación de las normas vigentes.

## **2. Las fuentes formales legisladas del Derecho Agrario Cubano.**

Una temática aún no abordada con la suficiente profundidad y sistematicidad dentro del Derecho

Agrario, es sin dudas la referida a sus fuentes, y en especial el acto normativo.<sup>28</sup> En el caso de esta rama del ordenamiento jurídico, son más complejos los análisis; pues lo reciente de su aparición en relación con otras ramas, implica que aún no sean suficientes los estudios realizados en torno a muchas de sus instituciones, caso en el que se incluyen sus fuentes.

De forma general, el estudio de las fuentes del Derecho, es una cuestión que corresponde a la Teoría del Derecho, como ciencia que estudia los aspectos teóricos más generales relacionados con el Derecho, no siendo exclusivos estos estudios de las ciencias jurídicas normativas específicas, es decir, de las ramas del ordenamiento jurídico. Desde dicha teoría, se conoce como fuentes de Derecho, los métodos y procedimientos de carácter formal por medio de los cuales se concretan las normas jurídicas y que señalan su fuerza obligatoria, siendo unos de los aspectos fundamentales de las ciencias jurídicas.

La expresión fuentes del Derecho, ha sido utilizada desde diferentes ópticas o puntos de referencia, según haya sido el enfoque que se quiera brindar: fuentes materiales o reales, fuentes de producción o de autoridad creadora, fuentes formales, fuentes de conocimiento jurídico, hasta llegar a la más moderna clasificación del profesor AGUILÓ REGLA de Fuentes Acto y Fuentes Hecho<sup>29</sup>.

Los elementos fundamentales en que se encuentra sustentada la teoría de las fuentes del Derecho son, el principio de competencia y el de unidad y jerarquía del ordenamiento.

El estudio de las fuentes del Derecho en general y de las de cada rama en particular reviste gran importancia ideológica y jurídica, dado que de su apreciación se deriva la relevancia que en una sociedad determinada se le otorga a una u otra para interpretar y aplicar el Derecho. La característica de generalidad del Derecho obliga a conocer las fuentes del mismo, en el momento sumamente importante de su aplicación, en que la interpretación de la norma jurídica provoca adecuar a un caso específico el contenido de la ley y el juzgador tiene que tener en cuenta todos los elementos de su elaboración y promulgación para aplicarla correctamente.

Dentro de la teoría del Derecho, tradicionalmente se han admitido como fuentes formales del Derecho a: la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho<sup>30</sup>, también se debe señalar el caso de la jurisprudencia o precedente judicial en dependencia del sistema de Derecho, ya sea perteneciente al romano francés o al anglosajón respectivamente.

De las diversas clasificaciones de las fuentes del Derecho abordadas por la doctrina, sobre su expresión en la doctrina agrarista, centramos su aplicación en lo siguiente:

- fuentes materiales: están constituidas por el conjunto de fenómenos y situaciones, sobre todo en esta materia de alto contenido social, que revelan la actividad agraria y la hacen posible. El reconocimiento del hecho técnico o agrotécnico,<sup>31</sup> donde la tecnología aplicada al campo y la actividad económica productiva constituyen un

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Hacia una formulación jurídico normativa de las fuentes del Derecho Agrario Cubano - pp. 331-372  
CARRILLO J. R. P.

elemento que permite su actualización permanente, pero sólo integran el ordenamiento jurídico agrario cuando asumen una forma determinada o cuando son reconocidas por las propias fuentes formales.<sup>32</sup>

- fuentes de conocimiento: se evidencian en las disposiciones jurídicas agrarias que han antecedido a la legislación actual. Son las fuentes que sirvieron de base, inspiración y antecedente para la legislación vigente en materia agraria, por ejemplo: la Constitución Mexicana de 1917<sup>33</sup>, la Constitución de la URSS de 1918 y la Constitución de la República de Weimar de 1919<sup>34</sup>.
- fuentes de producción o autoridad creadora: se refieren a la fuerza de crear o producir normas jurídicas, así como a la procedencia legítima de la autoridad que emite la norma: parlamentos; órganos administrativos como los ministerios de agricultura, de tierras; tribunales especializados en materia agraria; etc.
- fuentes formales: es el conjunto de normas jurídicas que abarcan disposiciones constitucionales, tratados internacionales, leyes y otras disposiciones, cuyo contenido versa sobre la actividad agraria. En la investigación tesis se identifican metodológicamente las fuentes formales legisladas: en el caso de los actos normativos, se encuentran tanto la Constitución como acto extraordinario, como las disposiciones jurídicas de carácter ordinario producto de la actividad creadora de los órganos con facultades para ello.

También se indica la existencia de otras fuentes formales que, aunque no figuran como centro de la tesis, se clasifican como no legisladas, la costumbre,<sup>35</sup> marcada por la mentalidad conservadora del agricultor, apegado a tradiciones, usos y costumbres recibidas de sus antecesores<sup>36</sup>. Incluso en un mismo país las costumbres agrarias muy valiosas como elemento constitutivo o integrativo de la ley agraria, pueden variar de una zona geográfica a otra, esto es costumbre agraria del lugar, cuestión que puede haber incidido en la formación y desarrollo del Derecho Agrario. La jurisprudencia de los principales órganos jurisdiccionales, los tribunales agrarios, en función de interpretar los textos jurídicos y crear la jurisprudencia iusagraria, la misma ha tenido ocasión de contribuir al desarrollo del Derecho Agrario y también los principios generales del Derecho Agrario.

No es contentivo el ordenamiento jurídico cubano de fuentes expresamente enumeradas del sistema de Derecho. Como consecuencia de ello, el resto de las materias o ramas jurídicas tampoco lo han previsto, solo se establecen algunas referencias en cuanto a las facultades normativas y al tipo de norma que crean los órganos de acuerdo a lo previsto en la Constitución, pero que dejan una laguna importante en el estudio, creación y aplicación de las normas jurídicas de cada una de estas ramas.

De tal forma, la problemática del estudio de las

fuentes del Derecho Agrario en Cuba tiene como punto de partida la inexistencia de un reconocimiento normativo acerca de las fuentes del Derecho cubano en general<sup>37</sup> y su indeterminación particular, a pesar de que un considerable grupo de autores cubanos<sup>38</sup> identifiquen un grupo de fuentes del Derecho en función de las disposiciones jurídicas reguladoras del tema en cuestión, obviando la inexistencia antes aludida. Es clave para la comprensión del fenómeno, a los efectos teóricos y metodológicos, la línea de análisis planteada por el profesor MENDOZA: “El nuevo Código Civil cubano de 1987 omitió toda referencia a las fuentes formales del Derecho, creando un vacío en el sistema vigente, lo que obliga a que sean los autores los que en cada caso definan, al solo efecto docente y sin un apoyo sólido en el Derecho vigente, cuáles deben ser estimadas como fuentes formales en cada área del Derecho.”<sup>39</sup>

La regulación en el ordenamiento jurídico de nuestro país de una formulación normativa donde se expresen por alguna vía las fuentes nacionales del Derecho y su jerarquía, es deuda pendiente y aún no resuelta.<sup>40</sup> Lo cierto es que la Constitución, el Código Civil cubano<sup>41</sup> y el ordenamiento jurídico agrario carecen de una cuestión tan medular y necesaria como el reconocimiento expreso de un sistema de fuentes del Derecho, que permita una adecuada construcción jurídica patria y ofrezca una mayor seguridad jurídica; este es un caso particular que ha sido criticado por quienes han estudiado estos cuerpos normativos, por los serios trastornos y dificultades que genera, tanto para el estudio como para la creación y aplicación del Derecho,

cuestión que podría ser resuelta con la adopción de una Ley de Creación de los Actos Normativos como existió en países como la ex República Socialista de Bulgaria<sup>42</sup>, donde se evidencien elementos tales como: la inserción de un criterio atinado sobre las jerarquías normativas, organismos facultados para emitir cada una de las disposiciones jurídicas, las vías o criterios de solución de las contradicciones normativas, los requisitos formales y materiales de cada una de dichas disposiciones, la norma que debe primar en orden prelativo en la solución de conflictos, entre otros.

Por supuesto que la inexistencia de tal regulación, además de los aspectos negativos ya mencionados, provoca que sea mucho más difícil acercarse a cualquier rama del Derecho desde la óptica de las fuentes; siendo así, se impone una búsqueda de diversas instituciones y disposiciones jurídicas, de su origen y contenido, para desde luego poder conformar las fuentes de una determinada rama del Derecho.<sup>43</sup>

También es cierto que el ordenamiento jurídico agrario cubano vigente está organizado necesariamente sobre fuentes formales esencialmente legisladas, pues en virtud de la interpretación y aplicación que del principio legalidad se realiza, las denominadas fuentes formales no legisladas, la jurisprudencia, los principios<sup>44</sup>, los usos y costumbres agrarias, quedan excluidas, derivando en la conciencia legal de los operadores jurídicos la existencia de una repulsa, un atávico temor a considerar como Derecho todo aquello que provenga de estas fuentes.

A partir de las clasificaciones metodológicas

abordadas, a los efectos de su contextualización en nuestro ordenamiento jurídico y del tratamiento que aquí se asume en cuanto al Derecho Agrario, se señala la siguiente agrupación de las fuentes en cuanto a su clasificación:

- fuentes materiales: son las que generan el contenido del Derecho. Proviene de las condiciones de vida del hombre y de su relación con el contexto histórico, político, económico y social, lo cual permite comprender el por qué del contenido de las instituciones, bien sean traídas de otros lares o sean vernáculas. Particularmente en el caso del Derecho Agrario, están constituidas por el conjunto de fenómenos y situaciones que revelan la actividad agraria, la hacen posible, y se expresan por vía de las fuentes formales. En nuestro país se pueden señalar: el proceso revolucionario cubano, las disposiciones y congresos del Partido Comunista de Cuba<sup>45</sup>(PCC), las disposiciones y congresos de la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños (ANAP), etc.
- fuentes de conocimiento: incluyen los principios reconocidos y consolidados con el desarrollo de la sociedad y la ciencia jurídica, al igual que las concepciones doctrinales relevantes para las construcciones dogmáticas y la influencia de cuerpos legales determinantes de pautas gnoseológicas para el Derecho Agrario cubano, tales como: la Constitución de 1940, Ley n° 3 de 1958 del Ejército Rebelde, Ley Fundamental de 7

de febrero de 1959, 1<sup>ra</sup> Ley de Reforma Agraria de 1959, 2<sup>da</sup> Ley de Reforma Agraria de 1963.

- fuentes de producción o autoridad creadora: implican la procedencia legítima de la autoridad que emite la norma, de los sujetos que detentan la *potestas normandi*, a saber: Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), Consejo de Estado, Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo, Organismos de la Administración Central del Estado (OACE), Órganos Locales del Poder Popular (OLPP).
- fuentes formales: son las categorías normativas por medio de las cuales se expresa la *potestas normandi* de la autoridad creadora. Constituidas por las normas jurídicas que reglamentan específicamente la actividad agraria, las que a los efectos metodológicos de la investigación se precisan como fuentes formales legisladas, en esencia el acto normativo: extraordinario, la Constitución; y ordinario, leyes, decreto-leyes, decretos, resoluciones, acuerdos y disposiciones de los OLPP.

En el acto normativo ordinario se manifiestan fuentes específicas y eventuales. Las primeras están presentes cuando las disposiciones provienen de órganos encargados de regir la actividad agraria y tienen como objeto, como finalidad, normar los sujetos del Derecho Agrario, un destinatario puntual. En el caso de las eventuales, se trata de disposiciones provenientes de órganos que rigen la actividad agraria en torno a las

relaciones jurídicas agrarias, en consecuencia el destinatario puede ser diverso.

Atendiendo a la expresión en nuestro ordenamiento jurídico de la regla de reconocimiento hartiana<sup>46</sup>.

En los acápite subsiguientes se abordan algunos tópicos sobre de las fuentes formales legisladas, los actos normativos<sup>47</sup> del Derecho Agrario cubano. Siguiendo la estructuración del ordenamiento jurídico cubano se encuentran, en orden jerárquico descendiente, el siguiente, a saber: la Constitución; luego las leyes emanadas del órgano legislativo (ANPP); los decretos-leyes del Consejo de Estado; los decretos del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo; las resoluciones de los OACE y los acuerdos y disposiciones de los OLPP.

En nuestra opinión el estudio de las fuentes del Derecho Agrario de cada país debe partir imprescindible y necesariamente del análisis de las disposiciones referidas a la materia agraria contenga la Constitución<sup>48</sup>, que incluso puede ser un referente de la preocupación agraria del Estado en cuestión, de lo cual resulta de referencia obligada la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917, en la cual su art.27 sentó las bases de la Reforma y del Derecho Agrario mexicano.

En tal sentido se pueden observar en las constituciones cuestiones relacionadas con la materia agraria, tales como: derechos humanos referidos al derecho a la vida, al medio ambiente sano, el derecho al trabajo, el derecho de asociación, sobre la propiedad y sus garantías en caso de expropiación y confiscación de bienes; relacionados con las instituciones estatales que

rigen u organizan la actividad agraria, entre lo que se pueden citar Ministerios de Agricultura, Institutos de Colonización, Institutos de Reforma Agraria, de actividad tributaria, entre otros. Además en muchos países son organismos con funciones administrativas los que están encargados de la creación de las normas jurídicas relacionadas con tal actividad, por tanto su legitimidad parte de la Constitución.

La problemática del estudio de las fuentes del Derecho Agrario en Cuba, tiene como punto de partida la inexistencia de un reconocimiento normativo acerca de las fuentes del Derecho cubano en general<sup>49</sup>, a pesar que en prácticamente todos los manuales o libros de textos cubanos, se mencionan un grupo de fuentes del Derecho, en función de las disposiciones jurídicas reguladoras del tema en cuestión, pero sin mencionar la inexistencia antes aludida, con excepción, de los autores de la referencia señalada.

Cuba posee características propias; no es contentivo nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de fuentes expresamente enumeradas. Consecuentemente, el resto de las materias o ramas jurídicas tampoco la han previsto; solo se establecen algunas referencias en cuanto a las facultades normativas y el tipo de norma que crean los órganos, según lo previsto en la Constitución, pero que dejan a nuestro juicio una carencia y una laguna importantísima en el estudio, creación y aplicación de las normas jurídicas de cada una de estas ramas.

La no existencia en nuestro país de una normativa de carácter general donde se establezca de forma ex-

presa las fuentes nacionales del Derecho y su jerarquía, es algo que nos ubica en una situación *sui generis* con respecto al resto de los ordenamientos a nivel internacional.

Lo cierto es que la Constitución, el Código Civil cubano<sup>50</sup> y las normas relativas al Derecho Agrario, carecen de una cuestión tan medular y necesaria como la institucionalización de un sistema de fuentes del Derecho, que permita una adecuada construcción jurídica patria y ofrezca seguridad jurídica en este aspecto que se aparte de exclusivo normativismo y abarque todo el complejo conjunto ofrecido por la riqueza agraria; este es un particular que ha sido criticado por quienes han estudiado estos cuerpos normativos, por los serios trastornos y dificultades que genera, tanto para el estudio, como para la creación y aplicación del Derecho, lo cual podría ser resuelto con la adopción de una Ley de Creación de los Actos Normativos como existió en países como Bulgaria, en la cual estén de manifiesto elementos tales como inserción de un criterio atinado sobre las jerarquías normativas, organismos facultados para emitir cada una de las disposiciones jurídicas, que sucedería en caso de contradicción entre ellas, los requisitos formales y materiales de cada una de dichas disposiciones, norma que debe primar en orden prelativo en la solución de conflictos, entre otros.

Por supuesto la inexistencia de tal regulación, además de los aspectos negativos ya mencionados, provoca que sea mucho más difícil acercarse a cualquier rama del Derecho, desde la óptica de las fuentes del Derecho, siendo así, se impone una búsqueda de

diversas instituciones y disposiciones jurídicas, de su origen y contenido, para desde luego poder conformar las fuentes de una determinada rama del Derecho<sup>51</sup>, de forma tal, que una cuestión que debe realizarse aproximadamente a partir de un análisis deductivo, debe realizarse por inducción, de lo particular a lo general.

En el caso del Derecho Agrario es un tanto más complejo, pues es una materia joven, con muchas instituciones en discusión, con una naturaleza jurídica compleja, ubicada dentro de lo que se ha denominado Derecho Social, por su carácter protector o tuitivo, con particularidades propias, que persigue el desarrollo regional, la protección del medio en la actividad agropecuaria, la conservación de los bienes de interés cultural, la protección de consumidor, la protección de la mujer, etc., pero con una clara mezcla de instituciones de Derecho Privado: Civil, Mercantil, pues regula la propiedad, el contrato y la actividad económica de las particulares, con instituciones de Derecho Público, determinado por la promulgación de normas jurídicas y la intervención en los procesos de Reforma Agraria, con una doctrina internacional consolidada.

## Conclusión

De los elementos expuestos, deben precisarse algunas cuestiones, que aquí se plantean en modo conclusivo:

Un elemento importante, es el modelaje, de cómo trascienden, como se expresa el Derecho Agrario,

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Hacia una formulación jurídico normativa de las fuentes del Derecho Agrario Cubano - pp. 331-372  
CARRILLO J. R. P.

por vía de las fuentes formales normativas, es decir, como el ordenamiento jurídico recepciona y devuelve a la sociedad por vía de las categorías normativas las concepciones teóricas sistematizadas de la ciencia jurídica, en cuanto al objeto, sujetos, principios, etc. pues incluso este es un elemento que trasciende y regresa al punto de la autonomía.

El Derecho Agrario, debe ser capaz de generar teorías o conceptos propios, cuyo nivel de sistematización encuentre asidero en el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario, en vez de señalar la existencia de un Derecho Agrario autónomo, estaríamos hablando de un Derecho Agrario especial, principio de especialidad, pues es sólo hecho de la existencia de normas específicas de Derecho Agrario, no genera a nuestro criterio un Derecho Agrario autónomo.

## Notas

- 1 Para un análisis más detallado se recomienda consultar: Juan Ramón PÉREZ CARRILLO, *Presupuestos teóricos para el reconocimiento normativo de las fuentes formales legisladas del Derecho Agrario en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2013.
- 2 En los programas de estudios a nivel internacional estos contenidos son abordados generalmente bajo la denominación de Teoría General del Derecho Agrario.
- 3 Una muestra de cómo pueden la doctrina y la academia incidir en los cambios normativos, aunque es un contexto diferente al aquí referido, es lo que explica el profesor BULTÉ en el prólogo dedicado al libro de Nancy OJEDA RODRÍGUEZ y Teresa DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones. Comentarios al Código Civil cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 84, cuando refiere que en algún momento

durante su periodo como Decano, sugirió a un colectivo de profesores que emprendiera la redacción de un libro de texto, el cual urgía con suma premura, y como respuesta obtuvo, que cómo se iba a emprender esa obra, si aún no se disponía del Código definitivo.

- 4 La referencia a la filiación a esta corriente filosófica, no implica de ninguna manera que solo se realicen estudios exegéticos de las normas, es decir, comentarios sobre ellas, etc., pues los máximos representantes de la misma realizaron estudios de profundo sustento teórico, lo cual ha permitido que aún en nuestros días continúen vigentes, tal es el caso de KELSEN. En ese sentido, es importante detenernos en que una deuda importante en la investigación de nuestra ciencia jurídica, es el abordaje integral del pensamiento jurídico cubano y su trascendencia.
- 5 En palabras de ZELEDÓN, el legislador parlamentario incluso puede ser: “(...) omiso, contradictorio e ineficaz.” *Cfr.* ZELEDÓN ZELEDÓN, *Introducción al Derecho Agrario Contemporáneo*, Contemporánea, S.A., San José, Costa Rica, 2009, p. 28.
- 6 Ciertamente es también que la incorporación de las nuevas dimensiones aportan al Derecho Agrario un nivel superior, en palabras del profesor ZELEDÓN: “el renacimiento del Derecho Agrario”. En tal sentido consultar varias de sus obras, en particular la que considera su obra cumbre, un verdadero tratado de Derecho Agrario: ZELEDÓN ZELEDÓN, *Derecho Agrario Contemporáneo*, Juruá, Curitiba, Brasil, 2010, *in totum*.
- 7 *Vid.* Maritza MC CORMACK BEQUER, “Consideraciones sobre el Derecho Agrario”, en *Temas de Derecho Agrario Cubano*, T. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 34, donde señala en su referencia nº109 y 110 a: DORTA DUQUE y DORTA DUQUE y ORTIZ, *Derecho Agrario y Proyecto de Código Cubano de Reforma Agraria*, Imprenta Universitaria, La Habana, 1956, p. 414.
- 8 DORTA DUQUE y DORTA DUQUE y ORTIZ, *Derecho Agrario y Proyecto de Código Cubano de Reforma Agraria*, Imprenta Universitaria, La Habana, 1956, p. 2.
- 9 Cratilio NAVARRETE ACEVEDO, *Apuntes de Derecho Agrario cubano*, Facultad Derecho, Universidad de La Habana, 1984, p. 30.
- 10 Orlando REY SANTOS y Maritza MC CORMACK BEQUER, *Manual de Derecho Agrario*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1990, p. 10.
- 11 Rolando PAVÓ ACOSTA, “Acerca de la Autonomía del Derecho Agrario”,

AA.VV., *Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho de la Universidad de Oriente*, Editorial Barco de Papel, Puerto Rico, 1997, pp. 128.

- 12 Cfr. Julio FERNÁNDEZ BULTÉ, “Tras las pistas de la Revolución en cuarenta años de Derecho”, en *Temas* n° 16-17, La Habana, octubre de 1998-junio de 1999, pp. 104-119.
- 13 Entre las mismas, se encuentran las referidas a: propiedad agraria y sus formas de organización, relaciones laborales y de seguridad social agrarias, créditos agrícolas, tierras agrarias y forestales, producción agropecuaria, bienes agropecuarios, actividad registral agraria, contratación y comercialización agraria, formas asociativas, transmisión de la propiedad. Para un análisis más detallado *vid.* Juan Ramón PÉREZ CARRILLO, *Presupuestos teóricos para el reconocimiento normativo de las fuentes formales legisladas del Derecho Agrario en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2013, en particular el Anexo n° 5.
- 14 Cfr. algunas disposiciones jurídicas que en ese sentido se han promulgado en Cuba, tales como: Ley n° 27 de 1980, Gran Parque Nacional Sierra Maestra (derogada); Decreto-Ley n° 137 de 1993, De la Medicina Veterinaria; *Id.*, n° 138 de 1993, De las Aguas Terrestres; *Id.*, n° 153 de 1994, De las regulaciones de la Sanidad Vegetal; *Id.*, n° 180 de 1999, De la Seguridad Biológica; *Id.*, n° 291 de 2012, De protección de las variedades vegetales; Decreto n° 169 de 1992, Contravenciones de las regulaciones sobre Sanidad Vegetal, (CECM); *Id.*, n° 176 de 1992, Protección a la Apicultura y Recursos Melíferos, (CECM); *Id.*, n° 179 de 1993, Sobre protección, uso y conservación de los suelos, y sus contravenciones, (CECM); *Id.*, n° 181 de 1993, Contravenciones de las regulaciones sobre Medicina Veterinaria, (CECM); *Id.*, n° 280 de 2007, Sobre las comisiones del Plan Turquino, del sistema de reforestación y el consejo nacional de cuencas hidrográficas, (CECM); *Id.*, n° 199 de 1995, Contravenciones de las regulaciones para la protección y el uso racional de los recursos hidráulicos, (CECM).
- 15 PAVÓ ACOSTA, “Acerca de la Autonomía del Derecho Agrario”, AA.VV., *Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho de la Universidad de Oriente*, Editorial Barco de Papel, Puerto Rico, 1997, pp. 128.
- 16 Se precisa que *sujeto* es la persona innominada titular de un derecho (sujeto activo), o de una obligación (sujeto pasivo), *cfr.* Víctor DE SANTO, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 817.

- 17 Sobre los sujetos de Derecho Agrario, en la doctrina comparada se pueden apreciar dos fórmulas, por una parte, el entendimiento de que este sujeto no es más que una persona de Derecho común, siendo la actividad el factor determinante del carácter de la relación. Por otra parte, la existencia de sujetos típica y privativamente agrarios. Estas fórmulas defendidas teóricamente han sido asumidas en lo normativo por códigos civiles en el primer caso y por códigos agrarios o leyes especiales agrarias en el segundo caso. *Cfr.* Alí VENTURINI VILARROEL, *Derecho Agrario Venezolano*, Magón, Caracas, Venezuela, 1976, pp. 383-385.
- 18 “Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales.”
- 19 Artículo 22, Ley n° 59, de 16 de julio de 1987, Código Civil cubano, Gaceta Oficial (GO) de la República de Cuba Extraordinaria n° 9 de 15 de octubre de 1987.
- 20 *Ibidem*, artículo 23.
- 21 Son el resultado de la metamorfosis que sufre la industria azucarera cubana que concluye, al menos en este ciclo, con la extinción del Ministerio del Azúcar (MINAZ) por vía del Decreto-Ley n° 287 de 2011 y la creación de la Organización Superior de Dirección para la Agroindustria Azucarera mediante el Decreto n° 294 de 2011, y genera un conjunto de entidades, entre ellas las empresas azucareras mediante la Resolución n° 735 de 2011 del Ministerio Economía y Planificación.
- 22 *Cfr.* Resolución n° 4, de 15 de enero de 1996, Ministerio de Economía y Planificación, “Normas generales de la dirección, organización y funcionamiento de las entidades denominadas Granjas Estatales”; *Id.* n° 780, de 30 de noviembre de 1998, MINAGRI, “Reglamento general de las entidades granjas estatales subordinadas al MINAGRI”.
- 23 *Vid.* Rolando PAVÓ ACOSTA, “Acerca de la autonomía del Derecho Agrario”, AA.VV., *Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho de la Universidad de Oriente*, Editorial Barco de Papel, Puerto Rico, 1997, pp. 127-136. En este tema, de vital trascendencia resulta el tratamiento que realiza el autor en torno a su expresión en Cuba, a partir del desdoblamiento de la autonomía en: autonomía legislativa, autonomía jurisdiccional, autonomía científica y autonomía didáctica.
- 24 En la disposición final 1<sup>ra</sup> de la Ley n° 59, Código Civil cubano vigente, se establece las ramas del Derecho que regirán por una legislación

- especial, lo cual se ha traducido en la promulgación de diversas disposiciones, entre ellas algunas vigentes como las siguientes: Código de Familia, Código de Comercio; Ley n° 14, Ley de Derecho de Autor; *Id.*, n° 50, Ley de las Notarías Estatales; *Id.*, n° 51, Ley del Registro del Estado Civil; *Id.*, n° 65, Ley General de la Vivienda; *Id.*, n° 95, Ley de Cooperativas de Producción Agropecuaria y de Créditos y Servicios; Decreto-Ley n° 125 de 30 de enero de 1991, Sobre el régimen de propiedad, posesión y herencia de la tierra y demás bienes agropecuarios.
- 25 Es evidente que la elaboración e incorporación al ordenamiento jurídico de las concepciones señaladas, por si solas no podrían provocar un perfeccionamiento en efectividad de la norma.
  - 26 A los efectos de la importancia de las definiciones de conceptualizaciones jurídicas y su relación con la dogmática, *vid.* Robert ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, España, 1989, pp. 22.
  - 27 *Vid.* Rolando PAVÓ ACOSTA, *Mecanismo y Procedimientos de solución de reclamaciones y conflictos agrarios en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2000, *in totum*.
  - 28 Sobre el tema de las fuentes del Derecho Agrario, la literatura no es muy prolifera, uno de los países que más ha profundizado en el tema es Italia. De igual forma es importante consultar las obras que a continuación se indican, en las cuales una autoridad en la materia, como el profesor de referencia señala la importancia de abordar el estudio de las fuentes, en tal sentido *vid.* ZELEDÓN ZELEDÓN, “Los desafíos del Derecho Agrario”, en *Revista Direito Agrario* n° 16, Año 17, Editada pela Assesoria Comunicação Social, Ministerio do Desenvolvimento Agrario e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agraria, Brasil, 2000, p. 11; *Id.*, *Derecho Agrario Contemporáneo*, Juruá, Curitiba, Brasil, 2010, *in totum*; *Id.*, *Objeto, método, fuentes e interpretación (El Tridimensionalismo epistemológico)*, Editorial Contemporánea, Costa Rica, 2012, *in totum*.
  - 29 AGUILÓ descarta las clásicas oposiciones conceptuales que dividen las fuentes del Derecho en fuentes formales vs. fuentes materiales, fuentes legales vs. fuentes *extra ordinem*, fuentes de conocimiento vs. fuentes normativas; y en su lugar partiendo de la distinción entre las nociones de hecho jurídico y acto jurídico, generadores de normas jurídicas, plantea la existencia de *fuentes hecho y fuentes acto*. Los primeros son aquellos en donde el resultado institucional de creación o generación de una norma

jurídica se produce con independencia de la voluntad del sujeto que realiza el comportamiento. Los segundos son aquellos en donde el resultado institucional de creación o generación de una norma jurídica, es el producto de la voluntad y la intención del sujeto que produce el comportamiento. Desde esta óptica, son *fuentes hecho*: la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho. En tanto, son *fuentes acto*: la ley, las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados y la doctrina. Vid. Josep AGUILÓ REGLA, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Editorial Ariel S. A., Barcelona, 2000.

- 30 A tal efecto puede consultarse con artículo No. 1 del Código Civil español, donde se definen cuales son las fuentes del Derecho del ordenamiento jurídico español.
- 31 Vid. ZELEDÓN ZELEDÓN, “Importancia del hecho técnico de la agricultura como fuente material del Derecho Agrario”, en Ana CARRETERO GARCÍA (Coord.), *Agricultura transgénica y calidad alimentaria: análisis de derecho comparado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2011, pp. 649-666, en su criterio, “El hecho técnico de la agricultura, como fuente material, está llamado a cumplir una serie de funciones cardinales en el Derecho agrario contemporáneo. Sea para llegar a determinar los verdaderos límites de la materia y en esta forma poder señalar sus propias fronteras, para la comprensión más acabada de la disciplina conformada no solo por normas sino también por otras fuentes, en la integración de los hechos a la norma e incluso para alcanzar una mejor determinación de su propia noción científica.”, “(...) a esta altura del avance del desarrollo científico de la visión contemporánea del Derecho agrario que el estudio de las fuentes de la disciplina debe necesariamente comprender tanto las fuentes formales como las fuentes materiales, y dentro de estas últimas las referidas a los hechos y a los valores. Porque el agrario, típica disciplina de pocas normas, no puede, ni debe, limitarse a la tradicional concepción del uso exclusivo de las fuentes formales: *quod non est in lege non est in iure*. Porque tal criterio resulta insuficiente, insatisfactorio, sobre todo engañoso del orden jurídico agrario.”
- 32 Es evidente como técnicas que fueron novedosas en su momento, por ejemplo la inseminación artificial, los productos transgénicos, conllevaron a la creación de nuevas reglas jurídicas para normar el sistema

- garante de tales prácticas (científica y económicamente plausibles) no se convirtieran en instrumentos nocivos para el consumidor o usuario, sobre esta temática *Vid.* Consuelo LÓPEZ DE CHACÓN, *Justicia Agraria y Ambiental en América*, pp. 597-614.
- 33 En el artículo 27 del texto se refrendo el concepto social de la propiedad: “La Nación tendrá todo el tiempo derecho de imponer a la propiedad privada las medidas que dicte el interés público, así como el de regular al aprovechamiento de todos los elementos naturales susceptibles de apropiación para hacer la distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación”, significa así una nueva idea de propiedad a nivel constitucional (una propiedad sujeta a las modalidades que dicta el interés público) y concretó la recuperación del dominio que originariamente perteneció a la Nación Mexicana desde la época prehispánica. *Cfr.* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: <http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/constitucional/materiales%20de%20consulta/legislacion/constituciones/mexico>
- 34 Constitución Alemana que entró en vigor el 11 de agosto de 1919. *Cfr.* artículo 153: “La propiedad obliga. El suelo debe estar igualmente en interés general”.
- 35 “La costumbre encuentra en el campo de las relaciones agrarias un natural ambiente de desarrollo, porque los agricultores son fieles a la tradición y por tanto al respecto de aquello que la práctica ha venido creando y consolidando”, *vid.* Ageo ARCANGELLI, “Le consuetudini nel diritto agrario”, en *Scritti di diritto commerciale ed agrario*, p. 349.
- 36 En el caso de los países de África, se han dado como circunstancia el paso gradual del Derecho consuetudinario al sistema de Derecho escrito luego de los procesos de independencia, fundamentalmente a partir de los años sesenta del siglo XX, por tanto es apreciable aún hoy allí que el Derecho Consuetudinario conserva aún un peso preponderante, muy especialmente en las cuestiones atinentes a la propiedad y su transmisión. *Vid.* Frank M. MIFSUD, *Derecho Agrario Consuetudinario en África*, Roma, Italia, 1967, *in totum*.
- 37 *Vid.* Josefina MÉNDEZ LÓPEZ, *El modelo de creación de las Leyes en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 1999; Juan MENDOZA DÍAZ, “Las fuentes formales del Derecho Procesal Civil”, en Juan MENDOZA DÍAZ *et al*, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 9-18; Martha PRIETO VALDÉS, *El Derecho, la Constitución y*

su interpretación, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2002; José Walter MONDELO GARCÍA, *El orden jurídico, la Constitución y la regla de reconocimiento*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2003; Andry MATILLA CORREA, “Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)”, en AA.VV., *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, T. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 33-219; Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, “Introducción al Derecho Civil”, en Caridad VALDÉS *et al*, *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 100-126; Yoel CARRILLO GARCÍA, *El proceso legislativo interno en Cuba. Un modelo para su análisis*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2008; Isabel Inés ARREDONDO SUAREZ, “Los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico cubano”, en Andry MATILLA CORREA (Coord.), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C Julio Fernández Bulté*, coedición Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana- Editorial Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, España, 2009, pp. 189 y ss; Juan Ramón PÉREZ CARRILLO, “Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del Derecho”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* n° 4, IJ-UNAM, abril, 2011, pp. 303-331; *Id.*, “Sobre el tema de las fuentes del Derecho en Cuba”, en *Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais*, Vol.2, noviembre 2009, UNIFIEO, Brasil, pp. 91-102.

- 38 En tal sentido se pueden indicar, entre otras, las obras de eximios académicos cubanos, a saber: Fernando Diego CAÑIZARES (Teoría del Estado), Aldo PRIETO MORALES (Derecho Procesal Penal), FERNÁNDEZ BULTÉ (Teoría del Derecho), AA.VV., (Derecho Laboral cubano. Teoría y Legislación), AA.VV (Nociones de Derecho Mercantil), AA.VV., (Apuntes de Derecho Financiero Cubano).
- 39 MENDOZA DÍAZ, “Las fuentes formales del Derecho Procesal Civil”, en Juan MENDOZA DÍAZ *et al*, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 11.
- 40 Desde el punto de vista del Derecho comparado, se propone consultar los anexos n° 1 y 2, Juan Ramón PÉREZ CARRILLO, *Presupuestos teóricos para el reconocimiento normativo de las fuentes formales legisladas del Derecho Agrario en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente,

- 2013, donde se ilustran las variantes existentes en cuanto a formulación normativa de la regulación de las fuentes del Derecho.
- 41 Relacionado con este aspecto existen posiciones divididas, unos plantean que tal regulación debe ser objeto de la Constitución y otros que debe regularse en el Código Civil. *Cfr.* Vicente RAPA ALVAREZ y Julio FERNÁNDEZ BULTÉ, “El Código Civil cubano y el sistema jurídico latinoamericano”, en *Il Codice Civile di Cuba e il Diritto Latinoamericano*, materiales X, Centro interdisciplinare di studi Latino- Americani, Roma, 1990, p. 50.
  - 42 Ley de Actos Normativos de la ex República Socialista de Bulgaria, 1973. El texto de la Ley, su Reglamento y las Instrucciones Metodológicas para la elaboración de los proyectos de actos normativos fueron publicados en el cuaderno de Divulgación Legislativa n° 4/1984 del Ministerio de Justicia de la República de Cuba.
  - 43 Se pueden mencionar algunas ramas del Derecho que por sus características y principios se pueden determinar más fácilmente sus fuentes, por ejemplo: Derecho Penal y Derecho Financiero.
  - 44 Una mirada diferente a lo ocurrido durante años en la praxis jurídica se muestra en la Sentencia n° 219 dictada el 31 de marzo del 2006 por la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Supremo Popular en el recurso de casación civil n° 152 de 2006, siendo ponente la jueza Isabel ARREDONDO SUÁREZ, mediante el cual se impugnaba la Sentencia n° 155 de 30 de diciembre de 2005 dictada por la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular de Matanzas. En particular *cfr.*, el Segundo CONSIDERANDO: “(...) si bien normas de vital trascendencia como resultan la Constitución o la propia ley sustantiva se limitan a establecer los órganos con facultades normativas, no existiendo en nuestro ordenamiento precepto que enumere cuáles son sus fuentes y la relación de jerarquía entre éstas, es imposible desconocer como fuerza vinculante, sin atentar a su vez contra el principio de legalidad formal, el valor de fuente material e indirecta de los principios generales del Derecho (...)”.
  - 45 Al respecto consultar: Andry MATILLA CORREA, “Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)”, en AA.VV., *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, T. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 155-160; De igual forma el Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular, Estudio sobre los factores que más afectan el desarrollo de una cultura de respeto a la ley, pre-

sentado en julio 1987(AN/3L/1POS//JUL.87/DOC.11), donde se plantea: "(...) las más importantes decisiones de la Dirección Política sean sopesadas cuidadosamente para determinar cuáles deben constituir normativas jurídicas".

- 46 Vid. H. L. A. HART, *El Concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, (trad. de Genaro R. CARRIÓ), Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 71-101; José Walter MONDELO GARCÍA, *El orden jurídico, la Constitución y la regla de reconocimiento*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2003, 111-112, plantea sobre la regla de reconocimiento del sistema jurídico cubano que: "(...) son reconocidas como normas jurídicas y, por tanto, deben ser obedecidas, las que persigan la defensa de la Revolución y sean emitidas por sus autoridades", y enuncia como regla de reconocimiento: "en Cuba reconocemos como normas jurídicas y, por tanto, deben ser obedecidas, las que, emitidas por las autoridades facultadas, estén de acuerdo con la Constitución y persigan la defensa de la Revolución", p. 120.
- 47 Sobre el tema, el profesor BULTÉ plantea: "que podemos hablar de los actos normativos, como fuentes del derecho, en sentido lato, aludiéndolos a todos (leyes, decretos, resoluciones, decretos-leyes, etc.-este es el tratamiento que realizamos en la investigación-) o en sentido estricto referido sólo a la ley", Julio FERNÁNDEZ BULTÉ, *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 78.
- 48 Desde una óptica general, para mayor amplitud en el plano teórico general, véase al respecto a Javier PÉREZ ROYO, *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 27, donde plantea: "La Constitución pretende ordenar la génesis del Derecho. Y esto lo suele hacer de dos maneras: regulando, por una parte, ciertas materias de manera directa o determinando, por otra, que órganos u procedimientos regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado. La Constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea, fuente del Derecho y norma que regula las fuentes del Derecho, la producción jurídica".
- 49 Vid. Josefina MÉNDEZ LÓPEZ, *El modelo de creación de las leyes en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 1999; Martha PRIETO, *El Derecho, la Constitución y su interpretación*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2002; Leonardo PÉREZ GALLARDO *et al*: *Compendio de Derecho Civil*,

- Editorial Félix Varela, La Habana, 2002; Andry MATILLA CORREA *et al*, *Temas de Derecho Administrativo*, T.I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- 50 Relacionado con este aspecto existen posiciones divididas, unos plantean que tal regulación debe ser objeto de la Constitución y otros como el profesor RAPA, que debía regularse en el Código Civil.
- 51 Se pueden mencionar algunas ramas del Derecho que por sus características y principios se pueden determinar más fácilmente sus fuentes, por ejemplo: Derecho Penal y Derecho Financiero.

## Referencias

- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, CEC, Madrid, España, 1989.
- ARREDONDO SUÁREZ, Isabel Inés, “Los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico cubano”, en Andry MATILLA CORREA (Coord.), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C Julio Fernández Bulté*, coedición Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana- Editorial Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, España, 2009, pp. 189 y ss.
- AA.VV., “Derecho Agrario y Desarrollo Agrícola: Estado actual y perspectivas en América Latina”, Informe del Grupo Regional de Asesores de Derecho Agrario de la FAO, en *Estudios Legislativos* n° 13, FAO, Roma, Italia, 1976.
- BALAGUER CALLEJÓN, Franciso, *Fuentes del Derecho. Vol. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Edit. Tecnos, Madrid, España, 1992.
- BALLARÍN MARCIAL, Alberto, “La internacionalización del Derecho agrario”, en *Revista de derecho agrario y alimentario*, Año n° 12, n° 28, Madrid, España, 1996, pp. 79-88.
- \_\_\_\_\_. *Derecho agrario: la Constitución de 1978 y la agricultura*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Agrario*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1965.
- \_\_\_\_\_. *Estudios de derecho agrario*, Madrid, España, 1965.
- \_\_\_\_\_. “El Código Civil y la Agricultura”, en *Revista de Estudios Agro-sociales* n° 2, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, España, 1953, pp. 7-89.

- BREBBIA, Fernando, *Introducción al Derecho Agrario Comparado*, Rosario, 2002.
- CARROZA, Antonio y Ricardo ZELEDÓN, *Teoría General e Institutos de Derecho Agrario*, Edit. Astrea, Argentina, 1990.
- CUETO DE LA RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.
- DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Edit. Ariel Derecho, Barcelona, España, 1993.
- DE SANTO, Víctor, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1999.
- DE SOUZA GODOY, Luciano, *Direito Agrário Constitucional*, São Paulo, Brasil, 1998.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “La doctrina de las Fuentes del Derecho”, en *Anuario de Derecho Civil*, XXXVII, España, 1984.
- DORTA DUQUE, Manuel y Manuel DORTA DUQUE Y ORTIZ, *Derecho Agrario y Proyecto de Código Cubano de Reforma Agraria*, Imprenta Universitaria, La Habana, 1956.
- ENTENZA ESCOBAR, Pedro Fernando, *La norma jurídica civil*, Edit. J. Cebrian, La Habana, 1957.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, “Tras las pistas de la Revolución en cuarenta años de Derecho”, en *Temas* n° 16-17, La Habana, octubre de 1998-junio de 1999, pp. 104-119.
- FERNÁNDEZ PEISO, Avelino, *El fenómeno cooperativo y el modelo jurídico nacional. Propuesta para la nueva base jurídica del cooperativismo en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad La Habana, 2005.
- GUASTINI, Ricardo, “Concepciones sobre las fuentes del Derecho”, (trad. de Miguel CARBONELL) en *Revista Isonomía* n° 11, México, 1999.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Edit. Abeledo-Perrot, (trad. de Genaro R. CARRIÓ), Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- HERNÁNDEZ MÁS, Orestes, *Lecciones de Derecho Agrario*, Universidad de La Habana, [s.e.], [s.f.].
- LA O SOSA, Mario, *Compendio de legislación agraria cubana*, 1<sup>ra</sup> ed., Word Data Research Center, La Habana, 1997.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Edit. Bosch, Barcelona, España, 1961.
- MACHADO DE OLIVEIRA, Umberto, *Princípios de direito agrário na Constituição vigente*, Curitiba, Brasil, 2006.

- MARTÍN ALBA, Adelardo, “Compendio de la legislación agraria cubana”, en *Revista Cubana de Derecho* n° 29, UNJC, La Habana, 1987.
- MARILL RIVERO, Emilio, *Constitución de la República de Cuba. Temática y legislación complementaria*, Edit. Ciencias Sociales, La Habana, 1989.
- MASRÉVÉRY, Jan, “Derecho Agrario y Justicia Agraria”, en *Estudios Legislativos* n° 5, FAO, Roma, Italia, 1974.
- MATILLA CORREA, Andry, “Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)”, en AA.VV., *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, T. I, Edit. Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 33-219.
- MC CORMACK BEQUER, Maritza et al, *Temas de Derecho Agrario Cubano*, T. I, Edit. Félix Varela, La Habana, 2007.
- MC CORMACK BEQUER, Maritza, *La propiedad de los agricultores pequeños, su transmisión por causa de muerte como instituto del Derecho Agrario*, Tesis presentada en opción al Grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2003.
- MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina, *El modelo de creación de las Leyes en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 1999.
- MENDOZA DÍAZ, Juan, “Las fuentes formales del Derecho Procesal Civil”, en Juan MENDOZA DÍAZ et al, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Edit. Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 9-18.
- MICHKIEVICH, A.V., “Las fuentes (formas de expresión externa) del Derecho y la creación jurídica en el Estado Socialista”, en AA.VV., *Manual de Teoría del Estado y el Derecho*, Edit. Pueblo y Educación, La Habana, 1988, pp. 371-386.
- MIFSUD, Frank M., *Derecho Agrario Consuetudinario en África*, FAO, Roma, Italia, 1967.
- MIR PÉREZ, Juan, *Aplicación de las leyes de las Reforma Agraria Cubana*, ONBC, La Habana, 2008.
- MONDELO GARCÍA, José Walter, *El orden jurídico, la Constitución y la regla de reconocimiento*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2003.
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *Las fuentes del Derecho*, Edit. Universidad de Murcia, España, 1993.
- NAVARRETE, Cratilio, *Apuntes sobre Derecho Agrario cubano*, Facultad Derecho, Universidad de La Habana, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Legislación y Documentos sobre Derecho Agrario cubano*, Facultad Derecho, Universidad de La Habana, 1984.

- NOVA GONZÁLEZ, Armando, *La Agricultura cubana. Evolución y trayectoria (1959-2005)*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2005.
- OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy y Teresa DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones. Comentarios al Código Civil cubano*, Edit. Félix Varela, La Habana, 2001.
- PACHOT ZAMBRANA, Karel L., *El derecho al deporte, la constitución y las normas de ordenación del deporte en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2007.
- PAVÓ ACOSTA, Rolando y Juan Ramón PÉREZ CARRILLO, “La Codificación del Derecho Agrario cubano en el nuevo milenio: un debate necesario”, Lucas ABREU BARROSO, Elisabete MANIGLIA, Alcir GURSEN DE MIRANDA (Coord.) et al, *El nuevo Derecho Agrario*, Edit. Juruá, Curitiba-PR: Juruá, Brasil, 2010. pp. 189-212.
- PAVÓ ACOSTA, Rolando y Juan Ramón PÉREZ CARRILLO, “La Codificación del Derecho Agrario cubano en el nuevo milenio: un debate necesario”, Lucas ABREU BARROSO, Elisabete MANIGLIA, Alcir GURSEN DE MIRANDA (Coord.) et al, *A LEI AGRÁRIA NOVA, Vol.2*, Edit. Juruá, Curitiba-PR: Brasil, 2009, pp. 105-127.
- PAVÓ ACOSTA, Rolando, Daniel BELLO y Juan Ramón PÉREZ CARRILLO, “La enseñanza del Derecho Agrario en Cuba: nuevas reflexiones y propuestas de cambio”, en *Memorias Científicas Metodológicas de la Disciplina Civil y Familia*, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2008.
- PAVÓ ACOSTA, Rolando, “La noción de actividad agropecuaria y su significado para el Derecho Agrario y otras ramas jurídicas”, en *Revista Equipo Federal del Trabajo* n° 38, 4 de julio de 2008, Argentina, disponible en: <http://www.eft.org.ar>, (consultada el 08 de julio de 2010).
- \_\_\_\_\_, *La investigación científica del Derecho*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú, 2009.
- \_\_\_\_\_. *EL Derecho Agrario cubano: Proposiciones para una reconstrucción sistémica*, Tesis presentada en opción al Título Académico de Especialista en Asesoría Jurídica, Universidad de Oriente, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Mecanismo y Procedimientos de solución de reclamaciones y conflictos agrarios en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2000.
- \_\_\_\_\_. “Acerca de la Autonomía del Derecho Agrario”, AA.VV., *Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho de la Universidad de Oriente*, Edit. Barco de Papel, Puerto Rico, 1997, pp. 127-136.

- PÉREZ CARRILLO, Juan Ramón, *Presupuestos teóricos para el reconocimiento normativo de las fuentes formales legisladas del Derecho Agrario en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2013.
- \_\_\_\_\_. “Fundamentos Jurídicos de la propiedad agraria en Cuba”, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidad Federal de Goiás*, V.35, n° 01, jan. / jun. 2011, Brasil, pp. 60- 98.
- \_\_\_\_\_. “Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del Derecho”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* n° 4, IJ-UNAM, abril, 2011, pp. 303-331.
- \_\_\_\_\_. “Sobre el tema de las fuentes del Derecho en Cuba”, en *Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais*, Vol.2, noviembre 2009, UNIFIEO, Brasil, pp. 91-102.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo, “Introducción al Derecho Civil”, en Caridad VALDÉS *et al*, *Compendio de Derecho Civil*, Edit. Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 100-126.
- \_\_\_\_\_. “Breves notas sobre el Código Civil cubano a propósito de los veinte años de su promulgación. Especial referencia al Derecho de obligaciones y contratos”, en *Revista Cubana de Derecho* n° 30, UNJC, julio-diciembre, La Habana, 2007, pp. 116-130.
- \_\_\_\_\_. “La codificación civil”, en Caridad VALDÉS (Coord.), *Derecho Civil Parte General*, Edit. Félix Varela, La Habana, 2002, pp. 13-80.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Edit. La Ley, Madrid, España, 2011.
- PRIETO VALDÉS, Martha *et al*, “Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial”, en *Revista Jurídica* n° 13 de 2006, Ministerio de Justicia, La Habana, pp. 53-107.
- PRIETO VALDÉS, Martha, “En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario”, en *Revista Cubana de Derecho* n° 31, UNJC, enero-junio 2008, pp. 5-18.
- \_\_\_\_\_. *El Derecho, la Constitución y su interpretación*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2002.
- \_\_\_\_\_. “El ordenamiento jurídico cubano”, en Andry MATILLA CORREA (Coord.) *et al*, *Introducción al estudio del Derecho*, Edit. Félix Varela, La Habana, [s.f.], pp. 130-142.
- RAPA ALVAREZ, Vicente y Julio FERNÁNDEZ BULTÉ, “El Código Civil cubano y el sistema jurídico latinoamericano”, en *Il Codice Civile di Cuba e*

- il Diritto Latinoamericano*, materiales X, Centro interdisciplinare di studi Latino- Americani, Roma, 1990.
- REY SANTOS, Orlando y Maritza MC CORMACK, *Manual de Derecho Agrario*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1990.
- ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, (Trad. de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1963.
- RUIZ MASSIEU, Mario, *Derecho Agrario*, IJ-UNAM, México, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Agrario revolucionario. Bases para su estudio*, IJ-UNAM, México, 1987, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=913>, (consultada el 05 de agosto del 2011).
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Vol. I, Edit. Centro de Estudios Ramón ARECES, Madrid, España, 1998.
- SANZ JARQUE, Juan José, *Derecho agrario general, autonómico y comunitario* Vol. I (Introducción: noción, naturaleza y fuentes), Edit. Reus, Madrid, España, 1985.
- \_\_\_\_\_. “Actualidad y Fuentes del Derecho Agrario”, en *Rivista di Diritto Agrario*, nº 1, Año LVII, IDAIC, Italia, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Agrario*, Edit. Fundación Juan March, Madrid, España, 1975.
- TORREALBA NAVAS, ADRIAN JESÚS, “LAS FUENTES DEL DERECHO AGRARIO”, en *Revista Judicial* nº 53, Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, marzo 1991.
- TRISTÁN DONOSO, Santander, “Fuentes del Derecho Agrario en el Código Agrario Panameño”, en *Memorias del VII Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario (CADA)*, Tribunal Agrario de México-UNAM, México, 12 al 15 de septiembre de 2011.
- ULATE CHACÓN, Enrique, *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*, Edit. Comanaj, Costa Rica, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Integración Regional y Derecho agrario comunitario europeo y centroamericano*, Tesis doctoral, Scuola Sup. Sant’Anna, Pisa, Italia, 2003.
- VENTURINI VILIARROEL, Alí, “Las fuentes formales y las fuentes materiales del Derecho Agrario”, en Oscar David SOTO (Compilación), *Política y Desarrollo*, Edit. Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, 1989, pp. 9-37.
- \_\_\_\_\_. *El Año Agrícola como modalidad Temporal de los contratos Agrícolas*, Agrario nº 1, Caracas-IAN, Venezuela, 1976.

- \_\_\_\_\_. Las Fuentes del Derecho Agrario, Universidad de Carabobo, Venezuela, [s.e.], [s.f.].
- ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *El contenido del Derecho agrario contemporáneo (a la luz de la “Teoría pura del Derecho agrario”)*, Contemporánea, S.A., San José, Costa Rica, 2012.
- \_\_\_\_\_. *El contenido del Derecho Agrario contemporáneo (visión de “los agraristas puros”)*, Edit. Contemporánea, Costa Rica, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Objeto, método, fuentes e interpretación (El Tridimensionalismo epistemológico)*, Contemporánea, S.A., San José, Costa Rica, 2011.
- \_\_\_\_\_. “Importancia del hecho técnico de la agricultura como fuente material del Derecho Agrario”, en Ana CARRETERO GARCÍA (Coord.), *Agricultura transgénica y calidad alimentaria: análisis de derecho comparado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2011, pp. 649-666.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Agrario Contemporáneo*, Juruá, Curitiba, Brasil, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Introducción al Derecho Agrario Contemporáneo*, Contemporánea, S.A., San José, Costa Rica, 2009.
- \_\_\_\_\_. “Derecho Agrario contemporáneo y Derecho Agrario AAA (agricultura, ambiente y alimentación)”, en *Revista Estudios Agrarios* n° 40, V. 15, Procuraduría Agraria, México, 2009.
- \_\_\_\_\_. “Los desafíos del Derecho Agrario”, en *Revista Direito Agrario* n° 16, Ano 17, Editada pela Assessoria Comunicação Social, Ministerio do Desenvolvimento Agrario e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agraria, Brasil, 2000.

# Mediação Comunitária como axioma de efetivação da democracia participativa: O Fomento do Diálogo na Comunidade para a construção de decisões coletivas

*Community Mediation as an axiom of effective participatory democracy: the Encouragement of Dialogue in the Community for the development of collective decisions*

Artigo recebido em 04/04/2014.

Revisado em 10/05/2014.

Aceito para publicação em 20/06/2014.

**Tauã Lima Verdán Rangel**

Bolsista CAPES. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, vinculado à linha de Pesquisa “Conflitos Socioambientais, Rurais e Urbanos”.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Mediação Comunitária como axioma de efetivação da democracia participativa:

O Fomento do Diálogo na Comunidade para a construção de decisões coletivas - pp. 373-414

RANGEL T. L. V.

## Resumo

Embora o Texto Constitucional de 1988 tenha assegurado o exercício da democracia participativa, é necessário reconhecer, no cenário contemporâneo, que a materialização de tal direito se apresenta como um dos grandes desafios enfrentados pela sociedade brasileira, em especial nas comunidades periféricas que surgem à margem dos centros urbanos oficiais, a exemplo de favelas e assentamentos. Neste substrato, a mediação comunitária se apresenta como um instrumento proeminente que busca, por meio do encorajamento do diálogo e da reflexão, a conjugação de esforços para o tratamento dos conflitos, de maneira que a decisão tomada satisfaça ambas as partes. Com realce, a solução para tais conflitos está estruturada na cooperação amigável, sendo que as controvérsias devem ser convertidas em empreendimentos cooperativos, nos quais as partes aprendem possibilidades de se expressar, colocando fim a beligerância adversarial costumeira.

## Palavras-chaves

Mediação Comunitária; Participação Social; Democracia Participativa.

## Abstract

Although the 1988 Constitution asserted the practice of democracy, it is necessary to recognize, in

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Mediação Comunitária como axioma de efetivação da democracia participativa:

O Fomento do Diálogo na Comunidade para a construção de decisões coletivas - pp. 373-414

RANGEL T. L. V.

today's context that the realization of this right is presented as one of the major challenges faced by the Brazilian society, mainly in outlying communities that arise on the skirts of urban centers, such as favelas and settlements. In this context, the community mediation presents itself as a prominent instrument in search for combined efforts to treat conflicts so the decision is satisfactory on both parts by encouragement of dialogue and reflection. The solution for such conflicts is structured on friendly cooperation, and that the controversies ought to be converted on cooperatives enterprises on which both parties can learn the possibilities of how to express themselves, putting an end to customary adversarial belligerent.

## Key words

Community Mediation; Social Participation; Participatory Democracy.

## Sumário

Introdução. 1. Os Métodos Extrajudiciais de Tratamento de Conflitos na pauta do dia: A Mediação e a Perspectiva Relativa ao Conflito nas Relações Continuadas. 2. A Comunidade como *Locus* de promoção das práticas de Mediação: O Empoderamento do Indivíduo no Tratamento de Conflitos. 3. Mediação Comunitária como axioma de efetivação da democracia parti-

cipativa: O Fomento do Diálogo na Comunidade para a construção de decisões coletivas. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

É fato que o conflito é algo intrínseco à condição humana, surgindo a partir do momento em que a sociedade é constituída, derivando das pretensões adversas apresentadas pelos indivíduos em contínua convivência. Neste sentido, o conflito materializa o dissenso, decorrendo das expectativas, valores e interesses contrariados. “Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga” (VASCONCELOS, 2012, p. 19). Desta feita, a percepção do conflito experimentada pela sociedade contemporânea transmuda a parte como adversária, apenas por apresentar objetivos distintos e dissonantes, tal como responsabiliza aquela como causadora do conflito, sendo, portanto, a raiz do problema que atenta contra a pacificação social, devendo, pois, ser expurgado. Ao lado disso, a partir de uma perspectiva puramente legal, “o conflito é resultado de uma violação da lei ou de uma desobediência a um padrão, fato que lhe confere uma aversão social”, segundo Foley (2011, p. 246).

Corriqueiramente, é verificável uma conjunção de esforços, por vezes sobre-humanos, para concentrar

todo o raciocínio e elementos probatórios na busca insaciável de alcançar novos fundamentos para fortalecer o posicionamento unilateral, com o objetivo único de enfraquecer e destruir os argumentos apresentados pela parte *ex-adversa*. Tal cenário é tangível, principalmente, em processos judiciais nos quais o desgaste das partes é evidente, quer seja em razão da morosidade, quer seja em decorrência do envolvimento psicológico na questão. A visão tradicional que envolve o conflito, como sendo algo ruim, é tão arraigada na sociedade contemporânea que obsta os envolvidos de analisarem a questão de forma madura, compartilhando a responsabilidade sobre a questão, mas sim promovendo uma constante busca em transferir “ao outro” a culpa pelo surgimento e o agravamento do conflito. Ao invés de envidar esforços para tratar o conflito, por meio de estratégias sóbrias e racionais, a abordagem tradicional do dissenso concentra todos os empenhos em identificar o culpado pelo surgimento do conflito e puni-lo. Foley, neste sentido, anota que:

No sistema judicial oficial, o conflito é solucionado por meio da aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto. O processo é o palco no qual interesses são dialeticamente confrontados sob uma aura adversarial que confere ao conflito uma dimensão de disputa. O vencedor da demanda encontra satisfação de seus interesses materiais e o derrotado, em geral, sente-se injustiçado. Não há um processo de compreensão das

origens e das circunstâncias em que se situa o conflito, tampouco se verifica uma participação na busca de uma solução criativa capaz de contemplar os reais interesses em disputa. (FOLEY, 2011, p. 248).

O sistema jurídico, em vigor, apresenta como robusto aspecto a confrontação entre as partes em litígios, agravando, corriqueiramente, conflitos inúteis, alongando as batalhas e fomentando o confronto entre os envolvidos no dissenso causador da lide. Trata-se da valoração do dualismo perdedor-ganhador fomentado pelo sistema processual adotado, no qual, imperiosamente, a morosidade do processo acarreta o desgaste ainda maior, comprometendo, por vezes, o discernimento dos envolvidos para uma abordagem madura da questão. No sistema vigente, pautado na conflituosidade que caracteriza os procedimentos judiciais, os litigantes são obrigados, comumente, a apresentar motivos justificadores a existência do dissenso, buscando se colocar em situação de vítima e a parte *ex-adversa* como culpada pela ocorrência do conflito, utilizando, por vezes, de argumentos que são hipertrofiados e que não refletem, em razão do grau de comprometimento psicológico dos envolvidos, a realidade existente, aguçando, ainda mais, a beligerância entre os envolvidos.

Ademais, a tônica desenvolvida na liturgia processual, pragmática, engessada, voltada à satisfação de índices e metas estabelecidos, com o único intento de promover a materialização ao direito fundamental e constitucional à duração razoável do processo, masca-

ra um sistema ineficiente, no qual não se trata o problema (conflito), mas tão somente coloca fim a mais um processo, atendendo as expectativas frias e débeis de finalização de processos. Ora, é crucial destacar que o apostilado processual não se resume a uma sequência lógica de peças que observam um rito, previamente estabelecido, culminando, em sede de primeiro grau, com a prolação de uma sentença que, por excelência, encerra a prestação jurisdicional. Ao reverso, trata-se de um compêndio que reflete, comumente, as angústias e anseios dos envolvidos, os quais, mais que o pronunciamento do Estado-juiz, buscam o tratamento do conflito, das causas ensejadoras e consequências decorrentes do dissenso, de maneira a abreviar uma situação que cause desgaste emocional, psicológico e físico.

O estado emocional fomenta as polaridades e atalha a percepção do interesse comum, mascarando -o sob a falsa perspectiva de atingir apenas o interesse individual, mantendo-se incólume aos efeitos reflexos advindos do desgaste proporcionado pela gestão ineficiente do conflito. Como bem destacam Morais e Spengler (2008, p. 54), “o conflito transforma o indivíduo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras”. Partindo da premissa que o conflito interpessoal não tem solução, é possível estabelecer diretrizes sóbrias que busquem solucionar as disputas pontuais, confrontos específicos, dispensando ao dissenso um aspecto positivo. Acerca do tema, Vasconcelos anota:

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência.

O que geralmente ocorre no conflito processado com enfoque adversarial é a hipertrofia do argumento unilateral, quase não importando o que o outro fala ou escreve. Por isso mesmo, enquanto um se expressa, o outro já prepara uma nova argumentação. Ao identificarem que não estão sendo entendidas, escutadas, lidas, as partes se exaltam e dramatizam, polarizando ainda mais as posições. (VASCONCELOS, 2012, p. 19-20).

Com efeito, a solução transformadora do conflito reclama o reconhecimento das diferenças e do contorno dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, já que a relação interpessoal está calcada em

alguma expectativa, valor ou interesse comum. Já restou devidamente demonstrada que a visão tradicional não produz os resultados ambicionados, já que a eliminação do conflito da vida social é algo que contraria a existência e interação em sociedade. O mesmo pensamento vigora com a premissa de que a paz social só pode ser alcançada, essencialmente, com a erradicação do conflito; ao reverso, a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas e sociedades que apreendem a abordar o conflito de forma consciente e madura, dispensando um tratamento positivo, em prol do crescimento e amadurecimento dos envolvidos e não como elemento de destruição.

Segundo Foley (2011, p. 246), toda situação conflituosa deve ser analisada como uma oportunidade, na proporção em que possibilita a veiculação de um processo transformador. Ora, os conflitos são detentores de sentidos e, quando compreendidos, as partes neles envolvidas têm a possibilidade de desenvolver e transformar a sua vida, logo, como são elementos constituintes da vida humana, não podem ser concebidos como exceção, mas sim como mecanismos oriundos da coexistência em sociedade que permite o amadurecimento dos envolvidos e, por vezes, a alteração da ótica para analisar as situações adversas a que são submetidos. Neste passo, conceber o conflito como uma aberração social é contrariar a própria essência do convívio em sociedade, no qual indivíduos complexos, com entendimentos e posturas variadas e plurais, em convívio contínuo, tendem a apresentar interesses opostos, os quais, inevitavelmente, entram em rota de colisão.

É imperioso a ressignificação do vocábulo “conflito”, adequando-o à realidade contemporânea, de modo que não seja empregado apenas em um sentido negativo, mas sim dotado de aspecto positivo, permitindo aos envolvidos o desenvolvimento de uma análise madura e sóbria da questão, de modo a enfrentar o dissenso como algo corriqueiro e integrante da vida em sociedade e não como uma exceção a ser combatida. Ressignificar o conflito, neste cenário, é extrair a moldura tradicional que desencadeia a incessante busca dos envolvidos em determinar o culpado e demonizá-lo, mas sim assegurar que haja o tratamento dos motivos e causas que desencadeiam os dissensos, propiciando a estruturação cultural de uma nova visão do tema.

## **1. Os Métodos Extrajudiciais de Tratamento de Conflitos na pauta do dia: A Mediação e a Perspectiva Relativa ao Conflito nas Relações Continuadas.**

Ao partir da necessidade de mudança de paradigmas no tocante ao tratamento dispensado ao conflito, é possível, utilizando a definição apresentada por Roberto Portugal Bacellar (2003, p. 174), que mediação consiste em uma técnica lato senso que tem como assento a aproximação das pessoas interessadas no tratamento<sup>1</sup> de um conflito, induzindo-as a encontrar, por meio do estabelecimento de um diálogo, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas. Em mesmo sentido, Vasconce-

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Mediação Comunitária como axioma de efetivação da democracia participativa:

O Fomento do Diálogo na Comunidade para a construção de decisões coletivas - pp. 373-414

RANGEL T. L. V.

los (2012, p. 42) descreve mediação como “um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, em ambiente seguro e ambiência de serenidade, com a colaboração de um terceiro [...], expõem o problema, são escutadas e questionadas”, estabelecendo um diálogo construtivo e identificando interesses em comuns, opções e, de maneira eventual, estabelecer um consenso. Garcia e Verdan apontam que:

A mediação é um meio alternativo simples, essencialmente extrajudicial de resolução de conflitos e efetivo no acesso a justiça. Ocorre quando as partes elegem um terceiro (mediador) alheio aos fatos para conduzi-las à solução do conflito por meio de um acordo sem que haja uma interferência real do mesmo. O objetivo da mediação é responsabilizar os protagonistas, fazendo com que eles mesmos restaurem a comunicação e sejam capazes de elaborar acordos duráveis. A mediação não é instituto jurídico, mas sim, uma técnica alternativa na solução de conflitos que propõe mudanças na forma do ser humano enfrentar seus problemas. (GARCIA; VERDAN, 2013, p. 13). (grifei).

Distintamente do sistema adversarial processual que vigora, a mediação busca a estruturação de uma mudança cultural, especialmente no que se refere ao poder dos indivíduos de tomar às decisões que influenciam a realidade em que se encontram inseridos.

Conforme Waltrich e Spengler (2013, p. 172) apontam, a mediação, na condição de espécie do gênero justiça consensual, permite uma aceção ecológica de tratamento dos conflitos sociais e jurídicos, na qual o escopo de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada proveniente de uma sanção legal. A mediação possibilita um tratamento igualitário entre os envolvidos, na condição de seres humanos, observando as características de cada indivíduo, não comportando qualquer forma de julgamento, mas sim fomentando uma compreensão recíproca e uma responsabilidade compartilhada.

Desconstrói-se a figura da vítima e do agressor, do autor e do réu, erigindo, em seu lugar, os “medianos”, em situação de igualdade e, a partir da edificação de diálogos e responsabilização compartilhada, amadurecidos para promover, culturalmente, a mudança de paradigmas no enfrentamento do conflito, de modo que não há uma busca sedenta pelo estabelecimento do culpado, mas sim na construção de um consenso proveniente da vontade dos envolvidos. Assim, opondo-se à dogmática processualista tradicional, que busca a eliminação do conflito por meio da simples emissão de um pronunciamento do Estado-juiz, a mediação, alçado a método transformador de uma cultura adversarial, objetiva o enaltecimento da dimensão afetivo-conflituosa, tratando as origens, as causas e as consequências advindas do conflito.

A visão da mediação transformadora sobre o conflito percebe-o como uma situação-proble-

ma comum ao convívio e que deve servir de oportunidade ao amadurecimento das relações. Contrariamente, o poder jurisdicional percebe no conflito a lide judicial a qual deve ser posta termo, visto que reflete algum distúrbio ou quebra da ordem social. A decisão autoritária põe fim à lide processual, permanecendo ou até mesmo piorando o conflito, pois na maioria dos casos a determinação judicial trabalha de forma binária com a ótica de vencedores e perdedores, não satisfazendo muitas vezes o resultado a nenhuma das partes. (BEZERRA, 2011, p. 219)

Supera-se o ranço tradicional de transferir para o Estado-juiz, de maneira exclusiva, a possibilidade para a resolução dos conflitos, notadamente os inseridos na esfera privada, assegurando, por consequência, o empoderamento dos envolvidos, de modo a desenvolver a cidadania e autonomia para a construção de consensos e promover a cultura de paz. Trata-se, com efeito, de privilegiar a autonomia da vontade das partes, ao invés de recorrer a um terceiro que decida por eles, sendo que o Estado-juiz é o último recurso, quando todas as vias de negociação fracassaram. Com destaque, o provimento jurisdicional prestado pelo Estado-juiz, comumente, está revestido apenas da técnica processual, pautado na legislação fria e em precedentes jurisprudenciais, poucas vezes envolvendo um olhar sensível para as peculiaridades e nuances que emolduram a situação concreta levada a Juízo. Por mais uma vez, há que se resgatar que, diante da política de números e estatísticas que passou

a inundar o Judiciário, o qual busca incessantemente demonstrar a concreção do acesso à justiça<sup>2</sup> e a duração razoável do processo, o que importa é a finalização de processos, sem que isso, necessariamente, reflita na construção de consensos entre os envolvidos.

A visão transformativa propiciada pela mediação, consoante Foley (2011, p. 247), permite que o conflito seja encarado como uma oportunidade dúplice, na qual, concomitantemente, há o desenvolvimento e exercício da autodeterminação, consistente no empoderamento<sup>3</sup> dos mediandos, e na confiança mútua, por meio do fomento à reciprocidade entre os envolvidos no conflito. Com destaque, a resposta ideal ao conflito não consiste em buscas desenfreadas e beligerantes de extirpá-lo para promover a resolução do problema; ao contrário, o conflito reclama uma gestão madura, a fim de materializar um processo de transformação dos indivíduos nele envolvidos. Neste passo, a mudança paradigmática de ótica no tratamento do conflito é responsável por alterar o comportamento dos mediandos diante do dissenso, fomentando a responsabilidade compartilhada e solidarizada, de modo a não estabelecer polos antagonistas, mas sim partes complementares.

A mediação, principalmente o enfoque transformador, traça um novo contexto dentro do qual é possível lidar com as diferenças de forma não binária, convocando para estabelecer uma ponte entre um e outro, sem eliminação e sem fusão, entre esses polos de relação. É um convite

para se reconhecer o outro e seu co-protagonismo na solução do problema vivenciado por eles. (SOARES, 2010, p. 113).

Warat (2001, p. 80-81) já se posicionou no sentido que a mediação não está cingida a somente o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos, alheia à moldura factual que enquadra o dissenso entre os envolvidos. De igual maneira, a mediação, na condição de método extrajudicial de tratamento de conflitos, não busca como única finalidade a obtenção de um acordo que, corriqueiramente, não reflete substancialmente a vontade das partes nem permite a responsabilização solidária dos envolvidos. Ao reverso, o fito maior é ajudar os interessados a redimensionar o conflito, compreendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que foram responsáveis por causar a colisão entre as atitudes e os interesses no relacionamento de pessoas envolvidas. A perspectiva valorada não está assentada no ideário puramente acordista, que concebe o acordo como o fim último do processo, o qual transmite o ideário mascarado de tratamento do conflito, colocando fim em mais um número que tramita nos sistemas de gerenciamento de dados dos Tribunais de Justiça. Ao reverso, a ótica privilegiada está calcada na construção paulatina e imprescindível do consenso, no qual o mediador atua na construção de uma relação alicerçada no diálogo, possibilitando o entendimento de sentidos, a partir da determinação da autonomia e empoderamento dos indivíduos.

Como bem assinala Silva (2004, p. 15), “a base

do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer”, sensível às complexas e intrincadas realidades apresentadas por cada indivíduo e que contribuíram para a abordagem do conflito. Deve-se destacar, com ênfase, que “a finalidade de todo o processo é a obtenção de um acordo satisfatório para as partes e o desenrolar do mesmo é feito com base na consensualidade” (RIOS, 2005, p. 11), eis que tão somente assim são alcançadas as soluções que satisfazem os interesses de ambos os envolvidos. Na mediação, os indivíduos não atuam como adversários, porém como corresponsáveis pela solução do conflito, contando com a colaboração do mediador, o terceiro – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito. Acerca do tema, esclarecem Morais e Spengler:

Através deste instituto, busca-se selecionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado. Esse terceiro denomina-se mediador e exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas. Com auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e as fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição

estatal tradicional, na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos nas funções jurisdicionais. (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 134).

É necessário colocar em destaque, também, que a mediação, na condição de método de tratamento extrajudicial de conflitos, combate a escalada de desencontros decorrentes do moroso e litigioso procedimento adotado no cenário jurídico vigente, não permitindo que as partes alcancem o conflito extremo, permitido pelo sistema adversarial. “A ideologia ganhador-perdedor vigente no sistema tradicional judiciário é substituída por uma nova abordagem baseada na cooperação entre as partes envolvidas e não na competição” (SANTA CATARINA, 2004, p. 04). Deste modo, a mediação apresenta-se como forma inovadora, no território nacional, de abordagem jurídica e também como alternativa ao sistema tradicional judiciário adotado para tratar os conflitos, nos quais se valoram a cooperação e a disponibilidade em promover a solução, destacando-se, via de consequência, como elementos imprescindíveis para a construção de um consenso entre os mediandos.

É plenamente perceptível que a mediação exige terreno próprio para atuação, em decorrência dos aspectos a que se propõe, notadamente a mudança cultural no tocante ao enfrentamento do conflito, já que suas bases se pautam na busca de um consenso qualitativo que só pode ser alcançado com o tempo e com a mudança cultural das partes que preferencialmente espe-

ram ouvir, atender uma ordem do Estado a tomar uma decisão por si. Sobre tal assunto, Dierle José Coelho Nunes (2011, p. 174) afirma “que existem situações em que os acordos são impostos, mesmo quando sejam inexecutáveis para permitir a pronta “resolução do caso”, com a adequação à lógica neoliberal de produtividade”, e isso, por óbvio, não é o que se espera da mediação de conflitos. Neste passo, a mediação propõe a responsabilização dos envolvidos para tratarem o conflito, de maneira que consenso seja resultante da conjunção de esforços e reflita as vontades dos mediandos, não se traduzindo, via de consequência, em um pronunciamento emanando por um terceiro (Estado-juiz), alheio às nuances e particularidades que emolduram o dissenso.

## **2. A Comunidade como *Locus* de promoção das práticas de Mediação: O Empoderamento do Indivíduo no Tratamento de Conflitos.**

A comunidade, em um primeiro momento, seria aquilo ao qual o indivíduo está ligado e aquilo que o liga e outros indivíduos. De igual modo, como Spengler (2012, p. 154) assinala, a comunidade é também aquilo que engole o indivíduo, tornando-o “apenas mais um”, que faz indistinta a identidade, uma vez que inclui no mesmo espaço no qual os demais indivíduos estão incluídos e isso, corriqueiramente, pode significar perder a subjetividade, a individualidade, a autonomia e a subjetividade. Essa complexidade e fragmentação da realidade social são os traços característicos da contem-

poraneidade, impressos nas esferas mundial e local. Os grupamentos humanos unidos por diversas identidades, dentre elas a territorial, que confere à comunidade o status de *locus* propício para o desenvolvimento de mecanismos que possibilitem a transformação social. “Onde há coesão social, há identidade compartilhada, cuja criação depende da mobilização social e do envolvimento com os problemas e soluções locais” (BRASIL, 2008, p. 26).

Ora, desenvolver a comunidade é um processo complexo que agrega valores éticos à democracia e constrói laços de solidariedade, sendo imprescindível a promoção de esforços para o amadurecimento da população, de maneira a gozar de autonomia para tratar os conflitos e dissensos existentes, de maneira positiva e responsabilmente compartilhada. Cuida assinalar, neste sedimento, que “tudo aquilo que puder ser feito pela própria sociedade deve ser feito por ela, quando ela não puder fazer, o Estado interfere, mas não se trata de um Estado mínimo ou máximo, mas sim do Estado necessário” (MONTORO, 2002). Essas palavras, proferidas pelo professor André Franco Montoro, em Seminário sobre o “Federalismo e o fortalecimento do poder local”, expressam o coração do tema ora posto em reflexão: a perspectiva de um Estado mediador, que se encontra em um *meio termo* (nem absentéista, nem interventor) e abraça um povo que se coloca como ator e responsável pela realidade que o cerca. Nessa projeção, sinaliza-se para o fenômeno do fortalecimento da sociedade civil, consolidando sua responsabilidade na realização do *bem comum*, tendo por meta a efetivação de uma democracia possível, com a concretização do

primado da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de valores como a solidariedade e a participação popular.

É possível destacar que as comunidades periféricas, que florescem à margem dos centros urbanos oficiais, tais como assentamentos e favelas, permitem aos seus moradores a consolidação de uma identidade comunitária, na qual “têm voz e vez podem colocar em ação suas iniciativas, desenvolvem sua criatividade, mas seu ser não se esgota nelas mesmas: elas se completam na medida em que se tornam um ‘ser para’” (GUA-RESCHI, 2009, p. 96), exercitando sua plena vocação de animal político e social. Ainda que seja experimentado viver em um tempo de *judicialização da política* e de *ativismo judicial*, no qual o magistrado não é simplesmente *la bouche de la loi*, agindo ativamente ante as mazelas e falhas das instituições, é forçoso reconhecer que esse ativismo (igualmente foco de críticas) não é capaz de dar vazão a todas as necessidades e emergências que surgem a cada dia na realidade de cada comunidade. Neste passo, como bem salientou Aléxis Tocqueville:

[...] um poder central, por mais que se possa imaginá-lo civil e sábio, não pode abranger sozinho todos os detalhes da vida de um grande povo, não pode, porque um trabalho assim supera as forças humanas. Quando quer criar e fazer funcionar, apenas com as suas forças, tantos elementos diferentes, ou contenta-se com um resultado muito incompleto, ou esgota-se em esforços inúteis (TOCQUEVILLE, 1963, p. 29).

Na esfera do Poder Judiciário, os obstáculos a seu acesso são notáveis, principalmente àqueles menos favorecidos, o que estimula o desenvolvimento e a consolidação de novas fórmulas, surgindo, neste contexto, a *mediação comunitária*, como força pulsante na solução de conflitos. Superando a realidade de que a maioria desconhece seus direitos (e deveres) e que o processo judicial essencialmente dispendioso, o é proporcionalmente ainda mais caro aos mais pobres, como já observou Boaventura de Souza Santos (1985, p. 167). Assim, a mediação comunitária se fortalece “por perseverar as relações sócio-afetivas, encarando o indivíduo como responsável por suas próprias ações e, como tal, capaz de solucionar seus problemas, atuando como sujeito de seu destino, desperta a mediação nos que a ela recorrem a consciência de seu papel de ator social” (MOREIRA, 2007, p. 212). Neste quadrante, a mediação, ao preservar o respeito à dignidade do indivíduo, resgata em sua clientela o sentimento de cidadania que neles se encontra dormente.

Na atualidade, o Brasil verifica um acentuado quadro de conflitos sociais que se estender por distintos segmentos. Trata-se de uma generalização de conflitos que se desenvolve fomentado pelo estresse da contemporaneidade, conjugado com a ausência de mecanismos eficientes na resolução de conflitos, de maneira extrajudicial e que permita a manutenção das relações continuadas. “Áreas urbanas e rurais, bairros de diferentes classes e também escolas estão sendo palco de agressões físicas e psicológicas quase diárias, gerando uma sensação de insegurança e revolta na população

do país” (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 282). Tal fato decorre, em especial, devido à erosão das instituições sociais que são responsáveis pelo desenvolvimento dos cidadãos e pela segurança dos indivíduos. Neste aspecto, comumente destaca-se que a família, a escola e os órgãos de segurança pública, entre outros, estão falhando no cumprimento de suas funções sociais. Denota-se, deste modo, que nas últimas décadas houve um progressivo esfacelamento da estrutura que sustenta a sociedade brasileira, agravo robustamente em decorrência da distorção de valores e costumes, bem como influenciado pelo ritmo frenético que caracteriza a vida contemporânea, em especial nos grandes centros.

Especialmente nas grandes metrópoles, a difícil crise vivenciada pelos poderes judiciais locais, a crescente heterogeneidade sócio-cultural, a especialização da divisão do trabalho, a diversificação e fragmentação de papéis sociais, e os problemas e dificuldades de acesso das camadas populares a bens materiais e imateriais valorizados no âmbito da sociedade abrangente, são fatos que favorecem a noção de complexidade do mundo contemporâneo. Constata-se uma significativa mudança nos padrões “tradicionais” relativos aos valores e crenças, que se deslocam em busca de adequação a um novo *establishment*. A valorização do indivíduo encontra um papel determinante não só na dimensão econômica, como também na dimensão inter-

na da subjetividade. O trânsito entre mundos sócio-culturais distintos favorece os inúmeros choques de valores e interesses, demandando a utilização de novos padrões de comportamento e comunicação, em cujo cenário a “negociação” é a fonte primária dos interrelacionamentos (entre partes e organizações). (MENDONÇA. 2006, p. 31).

Salta aos olhos que, em decorrência da contínua judicialização dos conflitos e o ativismo propiciado à população, acarretam o engessamento do Poder Judiciário que, em razão do vultoso número de demandas ajuizadas diariamente, assim como ausência de recursos humanos suficiente e um sistema processualista desarmonioso com a realidade em que está inserido, não logra êxito em uma de suas funções estruturantes, qual seja: a pacificação social. Morais e Spengler (2008, p. 54) destacam que “o conflito transforma o indivíduo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras”. Em razão deste caótico cenário, no qual o desgaste das partes e o agravamento do conflito se tornam uma constante, conjugado com a necessidade de desenvolvimento de uma cultura pautada no diálogo entre os indivíduos, em especial nas comunidades, observam-se, em especial nas últimas três décadas, o desenvolvimento e a implantação de projeto que buscam a mediação de conflitos, sendo empregado como instrumento que “objetiva não apenas auxiliar a boa re-

solução de litígios entre as partes envolvidas, mas bem administrar as relações existentes, para que as pessoas mantenham seus vínculos afetivos e possam construir uma sociedade fundada numa cultura de paz” (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 290).

Na mediação com índole comunitária, tem-se como pré-condição a ideia de que o conflito não é apenas fato social com repercussão e consequências negativas, mas desafio catalisador da potencialidade de construção do diálogo. Para tanto, é imprescindível que se tome a nova concepção de justiça pelo sentido positivo dos conflitos, com superação criativa e, sobretudo, solidária.

Sabe-se que muitas vezes, mesmo pela via da conciliação, o acordo não se mostra eficaz em relação ao senso de justiça de cada parte, haja vista que a adesão aos termos do ajuste move-se por razões de cunho estritamente instrumental.

Nesse contexto, a edificação do consenso pelo ideal da justiça dá-se, necessariamente, por intermédio de um *processo voluntário*, com a colaboração de um Mediador, que é *terceiro desinteressado no conflito e não tem poder de decisão*, culminando com a *solução construída pelas partes em conflito*. (LOPES, 2012 p. 1.241)

No mais, cuida destacar que uma sociedade democrática é caracterizada pela existência de cidadãos

capazes de solucionar, com habilidade, os problemas e embates sociais, decorrentes do convívio com outros indivíduos, em especial quando o fenômeno judicializante que vigora no Brasil obsta a pacificação social e a manutenção dos laços de convivência contínua, estando voltado para o julgamento mecânico das lides e atendimento de metas. Tal capacidade, com efeito, decorre da estruturação de uma educação associada ao desenvolvimento da acepção estrutural de cidadão, enquanto integrante da vida pública, e por meio da prática cotidiana da participação livre e experiente da cidadania. “Participação e cidadania são conceitos interligados e referem-se à apropriação pelos indivíduos do direito de construção democrática do seu próprio destino” (NASCIMENTO, 2010). Ora, é verificável que ambos estão umbilicalmente atrelados, porquanto a cidadania só é substancializada na presença de uma participação social entendida enquanto ação coletiva e o seu exercício consciente, voluntário e conquistado. Nesta esteira, a construção de uma vivência democrática transparente reclama uma gestão que se alicerce na inclusão da comunidade em geral, assegurando, por extensão, a igualdade de participação, tal como possibilite a expressão das ideias que possam ser discutidas em momento de deliberação coletiva.

Assim, é imprescindível o exercício da comunicação, eis que quando os indivíduos passam a ter oportunidade plena de interagir, debater e deliberar a respeito dos problemas concretos que a comunidade apresenta diariamente, é desenvolvido a capacidade de lidar com estes problemas, bem como convergir es-

forços para a sua resolução. Ao lado disso, não se pode olvidar que em um procedimento tão livre e autocorretivo de intercomunicação, o surgimento de conflitos entre os indivíduos é algo inevitável, principalmente que cada um tem seu modo de encarar as necessidades, fins e consequências, tal como tolerar níveis de desgaste. Com realce, a solução para tais conflitos está jungida na cooperação amigável, sendo que as controvérsias devem ser convertidas em empreendimentos cooperativos, nos quais as partes aprendem possibilidades de se expressar. A gestão democrática e participativa de conflitos requer o desenvolvimento de um olhar de cada espaço como um elo de resolução das pendências e colisões de interesses interpelando os envolvidos e os demais integrantes da comunidade à participação e ao envolvimento nesse procedimento.

É possível destacar, em um primeiro momento, que a mediação consiste em um procedimento consensual de resolução de conflitos por meio do qual um terceiro indivíduo, imparcial e capacitado, escolhido ou aceito pelas partes, atua para encorajar e facilitar a resolução de conflitos. Os mediados estruturam a decisão que melhor os satisfaça, sendo resultantes da convergência das vontades de ambas as partes, estando, portanto, atento às particularidades e nuances da situação concreta. Verifica-se, assim, que há a desconstrução da ideologia pautada no ganhador-perdedor, que vigora no sistema tradicional judiciário, passando, em seu lugar, subsistir uma abordagem assentada na cooperação entre as partes envolvidas e não na competição beligerante processual. É observável, neste cenário, que a me-

dição se apresenta como um instrumento de solução de litígios, empregado pelas próprias partes que, impedidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória.

Na mediação, procura-se evidenciar que o conflito é natural, inerente aos seres humanos. O conflito e a insatisfação tornam-se necessários para o aprimoramento das relações interpessoais e sociais. O que se reflete como algo bom ou ruim para as pessoas é a administração do conflito. Se for bem administrado, ou seja, se as pessoas conversarem pacificamente ou procurarem a ajuda de uma terceira pessoa para que as auxilie nesse diálogo, será o conflito bem administrado. Se as pessoas, por outro lado, agredirem-se física ou moralmente, ou não conversarem, causando prejuízo para ambas, o conflito terá sido mal administrado. Assim, não é o conflito que é ruim; pelo contrário, ele é necessário, a sua boa ou má administração é que será positiva ou negativa. A premissa de que o conflito é algo importante para a formação do indivíduo e da coletividade faz com que as posturas antagônicas deixem de ser interpretadas como algo eminentemente mau para se tornar algo comum na vida de qualquer ser humano que vive em sociedade. Quando se percebe que um impasse pode ser um momento de reflexão e, em consequência, de transformação, torna-se algo positivo. (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 291).

A mediação comunitária, nesta faceta, retira do conflito o seu aspecto negativo, conferindo-lhe um significado positivo, natural e imprescindível para a lapidação das relações, tal como a sua boa administração representa o percurso para o entendimento e para o restabelecimento da pacificação entre as partes. Sobre o tema, Foley (2011, p. 252) salienta que “quando a prática da mediação ocorre na esfera comunitária, pode haver uma integração das estratégias de fortalecimento da comunidade: o acesso à informação, a inclusão e a participação, a corresponsabilidade, o compromisso e a capacidade de organização local”. Em decorrência de seus aspectos característicos, a mediação se revela como um mecanismo de solução adequado a conflitos que abordem relações continuadas, aquelas que são mantidas apesar do problema existente. Tal fato deriva da premissa que nessa espécie de conflitos se encontra as maiores dificuldades para a manutenção do diálogo e da comunicação, em razão da intensidade dos sentimentos envolvidos e da proximidade existente entre as partes, configurando verdadeiro obstáculo a reflexão. “A mediação conduz a um determinado grau de democratização, equivalente à realização de cidadania plena alcançada por quem dela participa, ao passo em que gere cidadãos ativos que compartilham efetivamente da vida social de sua comunidade”, como bem evidencia Nascimento (2010).

A mediação comunitária representa a coesão e a solidariedade sociais desejando a efetividade das chamadas *democracias de alta intensidade*. A mediação comunitária aglomera as comunidades mais carentes em busca da solução e prevenção dos seus conflitos, al-

mejando a paz social, com base na solidariedade humana. Sendo essa mediação realizada em comunidades periferias, onde o desrespeito aos direitos constitucionais é flagrante, representa um meio ainda mais efetivo de transformação da realidade. A mediação comunitária é um processo democrático de solução de conflitos, na medida em que possibilita o acesso à justiça (resolução dos conflitos) à maior parte da população de baixa renda. Além de possibilitar essa resolução, oferece aos cidadãos o sentimento de inclusão social. Ao lado disso, quadra salientar que a base do processo de mediação é o princípio da solidariedade social. A busca de soluções adequadas para casos, pelas próprias partes, incentiva a conscientização das mesmas para a necessidade da convivência em paz.

Conforme sublinha Sales (2004, p. 136), a mediação comunitária estimula o indivíduo a participar ativamente da vida política da comunidade em dois sentidos: “quando possui a responsabilidade de resolver e prevenir conflitos (mediador) e ainda quando se tem a certeza de que existe um local, próprio da comunidade, direcionado a resolver as controvérsias que apareçam (mediados)”. Desta feita, a mediação comunitária viabiliza a construção de uma identidade política comum, ou melhor, a construção de um senso de pertencimento físico e espiritual com relação a uma dada localidade, privilegiando a comunidade como o *locus* fértil para o exercício de tal método de tratamento de conflitos. Ao promover a capacidade para a autogestão dos conflitos, empodera a comunidade sob uma perspectiva relacional, afixando um poder comunitário expressado no “poder com o outro”, na horizontalidade da conquista

compartilhada e no resgate da consciência de que cada ser humano, num contexto coletivo, identifica-se como ator social, protagonista de destinos.

### **3. Mediação Comunitária como axioma de efetivação da democracia participativa: O Fomento do Diálogo na Comunidade para a construção de decisões coletivas.**

À sombra do pontuado até o momento, cuida anotar que, em sede de mediação, subsiste um cuidado, por parte do mediador, de promover a facilitação do diálogo entre as partes, de modo a viabilizar a comunicação pacífica e a discussão efetiva dos conflitos. “O ato de conversar (ou seja, não somente falar, mas também ouvir) e de poder olhar o problema de novas maneiras ajuda as pessoas a encontrarem, juntas, os melhores caminhos para a solução de seus conflitos” (BRASIL, 2008, p. 16). Nesta linha, conforme Carvalho (s.d., p. 04) destacou, diálogo não tem seu sentido associado apenas a manutenção de uma conversa, mas sim na possibilidade de se colocar no lugar do outro, a fim de compreender seu ponto de vista, respeitar a opinião alheia, compartilhar as experiências vividas, partilhar a informação disponível e tolerar longas discussões para se alcançar um consenso que satisfaça tanto os envolvidos quanto à comunidade direta e indiretamente afetada. Dentre os principais objetivos adotados por este procedimento, é possível mencionar a solução extrajudicial dos conflitos. Entrementes, em que pese sua importância, cuida destacar que essa não deve ser

o único fito a ser ambicionado na mediação de conflitos; ao reverso, outros objetivos da mediação devem ser enfocados, como, por exemplo, a má administração dos conflitos, o que permite o tratamento adequado do problema e a manutenção dos vínculos afetivos existente entres as partes, tal como a busca pela inclusão social e da pacificação social.

Neste aspecto, verifica-se, por mais uma vez, que a mediação é instrumento apto ao desenvolvimento do diálogo entre os envolvidos, com o auxílio e participação da comunidade, de modo geral, para que seja possível a superação do litígio, bem como a afirmação dos valores estruturantes da própria democracia participativa, despertando no cidadão a necessidade de um papel ativo. “Busca-se trabalhar a mediação como instrumento de promoção da paz social e de diminuição da violência. Assim, a paz social é entendida como algo que vai além da inexistência de violência física e moral, passando pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais” (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 291). Com efeito, a estruturação de um diálogo entre os envolvidos e a pacificação social não são alcançadas em comunidades em que há fome, elevados índices de desemprego, indivíduos realizando trabalhos forçados ou mesmo em condição análoga à de escravidão, má condição de exploração sexual infantil, carência de moradias dignas, baixos níveis de educação e saúde, além de outras mazelas sociais que interferem, de maneira direta, no desenvolvimento harmônico e sustentável da sociedade, afetando, inclusive, na paz social.

Fomenta-se a paz quando se resolve e previne a administração inoperante dos conflitos; quando

se busca promover o diálogo; quando se possibilita a discussão sobre direitos e deveres, bem como responsabilidade social; quando se viabiliza a substituição o sentimento de competição, inerente ao sistema adversarial estruturado no Brasil, pelo ideário de cooperação. “É nos espaços de participação construídos através de uma mediação democrática que os envolvidos aprendem e vivenciam a cidadania. Rompendo o silêncio, abre-se à participação para além dos espaços privados da comunidade” (NASCIMENTO, 2010), contribuindo, assim, para o fortalecimento deste ambiente social e, secundariamente, na construção de um Estado que propicie a democracia participativa em seus plurais desdobramentos. Ora, a mediação, na condição instrumento pacífico e participativo de resolução de conflitos, vindica das partes envolvidas o diálogo acerca dos problemas, dos comportamentos, dos direitos e deveres de cada um, sendo que toda essa discussão se assenta na forma cooperativa, fortalecendo o compromisso ético com o diálogo honesto.

Nesse contexto, no âmbito comunitário, em especial, o procedimento de mediação de conflitos promove uma maior responsabilidade e participação da comunidade na solução dos seus conflitos, o que contribui favoravelmente para a preservação das relações, a satisfação dos interesses de todas as partes e a economia de custos de tempo e dinheiro na solução do conflito. É dada maior relevância à necessidade de tornar os cidadãos conscientes do seu poder para resolverem os seus conflitos através do diálogo

produtivo, construindo pontes que edificam relações cooperativas entre os membros da comunidade, abrindo novos caminhos para uma positiva transformação sociocultural. A mediação comunitária realiza-se nos bairros de periferia, com o intuito de propiciar à comunidade a conscientização de seus direitos e deveres, além da resolução e prevenção de conflitos em busca da paz social. Essa mediação permite a criação de maiores laços entre os envolvidos, incentivando a participação ativa dos membros daquela comunidade na vida social, ensinando-os a pensarem coletivamente e não mais individualmente. (CARVALHO, s.d., p. 04).

Há que se reconhecer, neste cenário, que o fomento ao empoderamento dos indivíduos propicia um processo transformativo aberto e externado pela participação cidadã, culminando na autonomia de tratamento de conflitos, ao tempo em que fortalece o desenvolvimento comunitário. Ao lado disso, os objetivos ambicionados pela mediação em comento consistem no desenvolvimento entre a população de valores, conhecimentos e comportamentos que conduzam ao fortalecimento de uma cultura de paz. De igual modo, em substituição a tradição visão adversarial ganhador-perdedor, enfatiza-se a relação entre os valores e práticas voltados à realização da democracia e da convivência pacífica, contribuindo para a construção de um consenso entre os indivíduos, no qual o respeito e a tolerância são os aspectos característicos mais proeminentes. Há um caminho para o exercício

da cidadania participativa, consistente na possibilidade da busca conjunta, consciente e amadurecida das partes envolvidas em prol do tratamento do conflito existente. Vezzula (2010, p. 56) salienta que “a mediação, recuperando os conceitos de participação responsável da comunidade na abordagem e na resolução dos conflitos entre seus integrantes, foi fortalecendo a sua identidade e, com isso, consolidou a capacidade de protagonismo dos moradores”.

“A mediação nas comunidades traduz o exercício de cidadania e de democracia, pois permite que os cidadãos, até então socialmente excluídos, resolvam por si mesmos seus conflitos com o auxílio de um mediador” (CARVALHO, s.d., p. 05). Com efeito, por estar calcada em uma mudança de cultura, a mediação possibilita aos indivíduos, até então, marginalizados a possibilidade de terem responsabilidade sobre suas vidas e serem incluídos socialmente, reafirmando o preceito basilar de empoderamento dos envolvidos. Mais que simplesmente dialogar (conversar), a abordagem do conflito, a partir de uma perspectiva pautada na responsabilidade solidária e compartilhada, assegura aos mediandos a construção de um consenso decorrente da confluência de vontades, no qual se deteriora a ideologia de *ganhador-perdedor*, edificando, em seu lugar, uma doutrina em que ambas as partes são exitosas ao final. Há uma participação direta dos envolvidos na tomada de decisão, de maneira que o consenso atingido reflete a vontade livre, consciente e amadurecida dos envolvidos, exercendo uma democracia participativa plena, sem mitigações ou obstáculos, o que repercutirá diretamente na qualidade de vida.

Convém destacar que “a mediação desenvolvida em bairros das cidades (mediação comunitária) propicia o diálogo entre as pessoas que convivem diariamente, auxiliando na solução dos seus conflitos e contribuindo para a construção da paz social” (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 292). Ora, como a prática da mediação estabelece a reclamação ativa dos envolvidos no tratamento de conflitos, passa-se a não apenas a debater sobre questões de feição individual, mas também questões de aspecto coletivo. As experiências brasileiras em mediação<sup>4-5</sup>, especialmente aquelas realizadas nas periferias dos municípios, têm revelado mudanças de comportamento das pessoas: tornaram-se mais participativas nas decisões individuais e coletivas, refletindo a conjunção de esforços entre os envolvidos, compartilhando a responsabilidade em relação ao tratamento do conflito. É possível, assim, observar que a mediação, ao fomentar o empoderamento dos indivíduos, na construção dos consensos e responsabilidade compartilhada, também alimenta a participação do cidadão na tomada de decisões, conscientizando-o não apenas acerca das questões individuais, mas também sobre as questões coletivas e seus desdobramentos.

## Conclusão

Diante do cenário apresentado, é possível pontuar que, conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também nomeada de “Constituição Cidadã”, assegurar, formalmente, o acesso à justiça,

há que se salientar que o Poder Judiciário, em decorrência do pragmatismo existente e da visão processual adotada, diariamente, frustra a promoção de tal direito. Na realidade, a busca insaciável por diminuição de processos, com emissões de pronunciamentos do Estado-juiz, pautado, corriqueiramente, na distorcida visão do acordo como elemento de satisfação das partes, apenas atende o aspecto quantitativo de índices e dados que buscam demonstrar que o Judiciário, como zeloso e sensível Poder constituído, trava uma batalha pela materialização do princípio da duração razoável do processo. Ora, a falaciosa cultura acordista, adotada no modelo nacional, não trata o conflito nem as causas que o desencadeiam; ao reverso, fomenta apenas o tradicionalismo adversarial arraigado que, imperiosamente, agrupa os envolvidos em polos conflitantes que, uma vez infantilizados pelo monopólio na solução dos litígios, transferem ao terceiro, Estado-juiz, a capacidade de gerir o dissenso e determinar, a partir do arcabouço jurídico posto, qual dos envolvidos é detentor do direito pleiteado ou mesmo quem ganha e quem perde.

Em oposição à visão negativa de abordagem dos conflitos, a mediação, como método extrajudicial de tratamento dos dissensos, busca promover uma mudança cultural, pautada no empoderamento dos envolvidos, de modo que, a partir do diálogo e amadurecimento dos mediandos, seja possível estabelecer uma responsabilização compartilhada, em substituição à figura do culpado, culminando na construção de consensos que decorram, de fato, da confluência da vontade dos envolvidos. Não mais vigora a ideologia dualística do ga-

nhador-perdedor, mas sim uma ótica segundo a qual o diálogo estruturado permite que ambos os envolvidos experimentem uma nova percepção do conflito, algo intrínseco e inseparável da convivência em sociedade. A cultura de empoderamento dos indivíduos possibilita que seja desenvolvida uma autonomia participativa que refletirá diretamente na construção dos consensos formados, eis que derivarão da conjunção de esforços e anseios dos envolvidos. Neste cenário, o consenso é fruto da vontade dos envolvidos que, uma vez empoderados, logram êxito na gestão do conflito e no melhor mecanismo para tratá-lo, distinguindo-se, via de consequência, do pronunciamento estatal que, corriqueiramente, é imposto pelo julgado, alheio às nuances e aspectos caracterizadores dos envolvidos, estando atrelado apenas ao arcabouço jurídico.

Inexiste a figura do juiz togado, cuja legitimidade é proveniente do reconhecimento dispensado pelo Estado e pelo sistema burocrático, mas sim o mediador, o terceiro imparcial, escolhido consensualmente pelos envolvidos, cuja legitimação decorre do próprio reconhecimento da comunidade que, ao invés de emanar uma decisão, apenas orientará a condução do diálogo, permitindo que os mediandos alcancem o tratamento mais adequado ao conflito existente. À luz do exposto, a mediação desenvolvida em comunidades se apresenta como robusto instrumento de empoderamento dos envolvidos, eis que possibilita o desenvolvimento de uma cultura participativa, na qual os indivíduos passam a gozar de autonomia e amadurecimento necessário para tratar os dissensos, sem que haja a necessária intervenção do Estado-juiz e todo o aparato processual

enrijecido que o sustenta. Em especial nas comunidades que florescem à margem das cidades oficiais, que padecem da atuação ativa do Estado, sendo, por vezes, governada por um poder paralelo, decorrente do poderio do tráfico de drogas, necessário se faz a estruturação de mecanismos que permitam a preservação dos cidadãos, o fortalecimento de uma mentalidade que busque o restabelecimento da pacificação social e manutenção das relações contínuas.

Assim, diante cenário no qual as pessoas são desassistidas em seus direitos individuais e sociais, na tentativa de melhorar a qualidade de vida através da pacificação e participação social. É possibilitada uma valorização dos aspectos compartilhados pelas comunidades e não apenas um saber técnico-jurídico, por vezes, estranho àquelas, tendente a edificar barreiras que obstam o diálogo e tão somente hierarquiza os envolvidos. É o cidadão quem orienta a gestão do conflito, promovendo o diálogo e a mudança cultural, retirando do Estado o monopólio tal tarefa. Em tom de arremate, mediação, mais que um conjunto de técnicas e métodos extrajudiciais que tratam o conflito, é sinônimo de autonomia e exercício de democracia participativa, permitindo que o indivíduo seja capaz de construir consensos, superar as divergências e promover uma cultura de paz.

## Notas

- 1 Conquanto o autor empregue o termo “resolução”, pelas razões aduzidas em nota anterior, será mantida a expressão “tratamento”, ao abordar os conflitos.

- 2 No presente, a locução “acesso à justiça” é empregada de maneira restrita como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, enfatizando as críticas do autor às políticas estabelecidas até o momento, materializando o monopólio do Estado em “tratar” os conflitos. Com efeito, acesso à justiça compreende múltiplas ferramentas, dentre as quais a possibilidade dos indivíduos de tratarem os conflitos em que se encontram inseridos, gozando da faculdade de recorrer ao Estado-juiz apenas quando todas as demais possibilidades restaram frustradas.
- 3 A expressão “empoderamento” é utilizada como um conceito associado à autonomia, desenvolvida em um processo paulatino, amadurecido e consciente de transformação pessoal por meio do qual os indivíduos passam a controlar suas vidas. Com efeito, a expressão “empoderamento” passa a emprestar substância a uma ideologia segundo a qual é possível assegurar que cada indivíduo exerça sua autonomia e autodeterminação de maneira plena, consciente e madura, notadamente no tocante ao tratamento dos conflitos e dissensos gerados do convívio em sociedade, a fim de assegurar a responsabilização compartilhada, em detrimento da cultura tradicional que busca identificar culpados e transferir responsabilidades.
- 4 Neste sentido, é possível citar, como exemplo paradigmático de projeto bem sucedido de mediação comunitária, o Projeto “Balcão de Direitos”, desenvolvido pela ONG Viva Rio. Falcão (s.d., p. 02), ao discorrer acerca do programa, descreve que: “O Programa Balcão de Direitos do Viva Rio existe há oito anos nas favelas do Rio de Janeiro. São ao todo cinco balcões, instalados em prédios comunitários, onde estudantes e outros voluntários atendem à comunidade. Mais de 70 mil atendimentos já foram feitos, de cálculos trabalhistas a mediação e conciliação, passando por orientação jurídica em processos judiciais. Nos primeiros anos, cerca de 25% dos serviços demandados se relacionavam com ações judiciais. Hoje, esse número caiu para cerca de 15%. O que demonstra que, na medida em que a comunidade cria seus próprios mecanismos de resolução de conflitos, a procura pelo Judiciário tende a ser menor”.
- 5 É possível, também, citar o Programa de Núcleos de Mediação Comunitária, fomentado pelo Ministério Público do Estado do Ceará, e o Programa de Justiça Comunitária, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que, dentre as ferramentas desenvolvidas, utiliza a mediação comunitária e, em termos estatísticos, atendendo 774 (setecentas e setenta e quatro) pessoas (BRASIL, 2008, p.80).

## Referências

- BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BEZERRA, Tício. A Mediação enquanto instrumento de Emancipação da Cidadania e de Democratização da Justiça e do Direito. *Revista Direito & Sensibilidade*, 2011, p. 211-226. Disponível em: <<http://seer.bce.unb.br/index.php/enedex/issue/current>>. Acesso 05 jan. 2014.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *O que é Justiça Comunitária?* Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Brasília, 2008, 123p. Acesso 05 jan. 2014.
- CARVALHO, Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda Paes de. *Mediação Comunitária: Um Caminho para a práxis cidadã e democrática?* Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/nespeciais/nucleomed/publicacoes/artigos/mediacao.comunitaria.caminho.para.a.praxis.citada.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- CEARÁ (ESTADO). *Ministério Público do Estado do Ceará*. Disponível em: <[www.mpce.mp.br](http://www.mpce.mp.br)>. Acesso em 05 jan. 2014.
- FALCÃO, Joaquim. *Balcão de Direitos*. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Balcao-de-direitos.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- FOLEY, Gláucia Falsarella. A Justiça Comunitária para Emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas César (org.). *Justiça Restaurativa e Mediação: Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos Sociais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Justiça comunitária, por uma justiça de emancipação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.
- GARCIA, Cláudia Moreira Hehr; VERDAN, Tauã Lima. A Mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Críticas à Efetivação do Instituto de Composição de Litígios, a partir de uma análise construtiva das tradições *Civil Law* e *Common Law*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; et all. (org.). *Mediação Judicial e Garantias Constitucionais*. Niterói: Editora do PPGSD, 2013.
- GUARESCHI, P. A. Pressupostos epistemológicos implícitos no conceito de Liberação. In: GUZZO, R.S.L.; JUNIOR, F. L. (Org.). *Psicologia Social para a América Latina: o resgate da Psicologia da Libertação*. Campinas: Editora Alínea, 2009.

- LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *Mediação Comunitária*. In: *Seminário de Mediação e Conciliação do TJDF: Reflexões e Desafios*, 2012, Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/revista-mediacao-conciliacao-2012>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. *Mediação Comunitária. Uma Ferramenta de Acesso à Justiça?* Mestrado (Dissertação). Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- MONTORO, André Franco. *Federalismo e o fortalecimento do poder local no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à jurisdição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOREIRA, Sandra Mara Vale. *Mediação e Democracia: uma abordagem contemporânea da resolução de conflito*. Mestrado (Dissertação). Universidade de Fortaleza. Fundação Edson Queiroz: Fortaleza, 2007.
- NASCIMENTO, Vanessa do Carmo. *Mediação comunitária como meio de efetivação da democracia participativa*. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- NUNES, Dierle José Coelho Nunes. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.
- RIOS, Paula Lucas. *Mediação Familiar: Estudo Preliminar para uma Regulamentação Legal da Mediação Familiar em Portugal*. *Verbo Jurídico*, v. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.
- \_\_\_\_\_; ALENCAR, Emanuela Cardoso O. de; FEITOSA, Gustavo Raposo. *Mediação de Conflitos Sociais, Polícia Comunitária e Segurança Pública*. *Revista Sequência*, nº 58, p. 281-296, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- \_\_\_\_\_; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre. *A Mediação como Meio Democrático de Acesso à Justiça, Inclusão e Pacificação Social - A Experiência do Projeto Casa de Mediação Comunitária da Parangaba*. In: XVII Congresso Nacional do Conpedi, ANAIS..., 2008, Brasília, 20-22 nov., p. 707-729. Disponí-

- vel em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07\\_182.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_182.pdf)>. Acesso em 05 jan. 2014.
- SANTA CATARINA (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Mediação Familiar: Formação de Base*. Florianópolis: 2004, 98p. Disponível em: <<http://www.tjsc.gov.br>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos Tribunais e a democratização da justiça. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 1985.
- SILVA, João Roberto da. *A Mediação e o Processo de Mediação*. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004.
- SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. *Mediação de Conflitos Ambientais: Um novo caminho pra a Governança da Água no Brasil?*. Curitiba: Editora Juruá, 2010.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária*. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.
- TOCQUEVILLE, Aléxis. *Democracia na América*. Paris: s.n, 1963.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.
- VEZZULLA, Juan Carlos. A Mediação Comunitária: Desafios e Perspectivas. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, 2010, p. 47-60. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/460/284>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- WALTRICH, Dheimy Quelem; SPENGLER, Fabiana Marion. Reflexões acerca da Mediação Comunitária como Estratégia Prática de Cidadania Participativa. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, a. 17, n. 25, 2013, p. 161-181. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/546>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

# O direito privado: em busca de valores para a concreta justiça social

## *Privates Law: pursuit of values for a concrete social justice*

Artigo recebido em 02/04/2014.

Revisado em 04/05/2014.

Aceito para publicação em 07/06/2014.

### **Moacyr da Costa Neto**

Mestre e doutorando em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor de direito civil da Universidade do Vale do Paraíba – UNIVAP.

*Of Courtesy, it is much less  
than Courage of Heart or Holiness,  
Yet in my walks it seems to me  
That the Grace of God is in Courtesy*  
Mr. Belloc

## Resumo

O anterior Código Civil (1916) foi composto sob forte influência de ideais liberais, provenientes dos códigos civis francês (1804) e alemão (1896). Atualmente, busca-se a reconstrução sistemática do direito civil, de forma a adaptá-lo à realidade social e torná-lo o verdadeiro caminho à fraternidade.

## Palavras-chave

Liberalismo; Indivíduo; Código Civil; Direito privado; Cláusulas abertas.

## Abstract

The former Civil Code (1916) was composed under strong influence of liberal ideals, provided by the French (1804) and the German (1896) Civil Codes. Nowadays, we look forward to the systematic reconstruction of the Civil Law, in order to adapt it to the social reality and make it the path to fraternity.

## Keywords

Liberalism; Individual; Civil Code; Private Law; Open clauses.

## Sumário

Introdução. 1. Das raízes modernas da liberdade. 2. A retórica liberal do Código Civil de 1916. 3. O direito privado em construção: por uma ordem dialética e sincrônica. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

No século XX, muitos países voltaram seus esforços para a elaboração de grandes sistemas normativos, pautando-se principalmente na experiência da codificação civil francesa (1804) e alemã (1896), considerados modelos para as complexas condições existenciais da sociedade, e de grande inspiração para a consolidação da primeira codificação civil brasileira (1916). Destinados a servirem aos valores do liberalismo, inspiravam a ideia da imutabilidade da legislação civil e postulavam a proteção do indivíduo, em detrimento de ingerências perpetradas pelo Estado e seus institutos. Questionada a generalidade e completude desses sistemas, atestou-se a impossibilidade da codificação e sua referência coativa *omnicomprensiva* (na expressão de Orlando Gomes), como critério suficiente à justa resolução de interesses colidentes. Com as transformações do direito civil e o advento do novel código (2002), a ordem impõe restrições ao exercício da liberdade em razão de concessões sociais. O presente artigo, neste contexto, procura analisar o fenômeno da reconstrução sistemática do direito civil, para a identificação de

técnica jurídica, com o escopo de atingir a harmonização de conflitos, propondo a adoção de *conceitos amortecedores* ou *princípios supereminentes* para a acomodação das regras às circunstâncias, como método para a realização da justiça social.

## 1. Das raízes modernas da liberdade.

No século XVII há na Europa a presença de ideologias direcionadas à elevação do valor da liberdade e questionadoras do absolutismo. Cláudio De Cicco<sup>1</sup>, ao rever o pensamento fundante das revoluções liberais, esclarece que a racionalidade constituiu a nota comum de todas.

De acordo com Fábio Nusdeo<sup>2</sup>, a operacionalização da liberdade como fundamento do Estado, enquanto consequência da racionalidade, “implicou superar e eliminar uma série de crenças e de peias que tolhiam o homem e as suas iniciativas”. Como resultado da convergência de todas essas linhas de pensamento, dois valores elevaram-se à categoria dos fundamentais - *liberdade e racionalidade* -, delineando a transição da Idade Moderna para a Contemporânea<sup>3</sup>.

Nesse período, à égide do pensamento liberal do tipo *laissez-faire*<sup>4</sup>, as normas ditadas pelo Estado cumpriam papel subjacente às manifestações de vontade, e a justiça era concebida como mínima intervenção na ordem privada, devendo ser mantido o acordo firmado entre as partes para manutenção da ordem liberal ao princípio da mínima intervenção estatal.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

O direito privado: em busca de valores para a concreta justiça social - pp. 415-447

NETO M. da C.

O Estado Liberal<sup>5</sup> estava intrinsecamente ligado à ascensão ao poder da burguesia, que, preocupada com a mínima intervenção estatal, preconizava a garantia à propriedade<sup>6</sup> e à livre circulação de suas riquezas.

Dos escritos de Celso Ribeiro Bastos<sup>7</sup> percebe-se que o modelo estatal liberal inclinou-se pela adoção de mecanismos que traduziram autêntica proteção da esfera de atuação do indivíduo, para alijar do Estado a tarefa de prestação de atividade econômica, agora oferecida à burguesia, que se sentia em condições de livremente produzir e prestar os serviços necessários à sociedade.

A primeira preocupação liberal foi organizar o Estado e reconhecer direitos essenciais dos cidadãos, para tanto estabelecendo pactos, cujas projeções imediatas foram o surgimento das constituições clássicas ou liberais disseminadas pela Europa e demais nações americanas, para projetar na vida das nações o modelo teórico de Rousseau<sup>8</sup>, e em especial o de John Locke, que relacionava diretamente a noção de liberdade com a de propriedade.

Fábio Konder Comparato<sup>9</sup> pondera que o espírito da Revolução Francesa estava mais inclinado à eliminação das desigualdades estamentais do que à consagração das liberdades individuais, e por tal motivo a idéia de separação de Poderes foi rapidamente esquecida, ao contrário do que ocorrera nos Estados Unidos, pois havia a necessidade de uma forte centralização de poderes para a desejada supressão de privilégios, como mecanismo de libertação da tirania monárquica, fato simbolicamente notado com a execução de Robespierre, após o golpe de Estado de 27 de julho de 1794.

Paralelamente à ascensão da vontade individual e do racionalismo, ganham expressão os esforços de sistematização do ordenamento jurídico, Cláudio De Cicco<sup>10</sup> nota que o fenômeno da codificação resumiu a necessidade de redução a uma unidade material e formal toda a legislação, em respeito à crescente exigência de uniformidade, por sua vez, corolário do dogma da igualdade perante a lei.

Fabio Nusdeo comenta que o pretendido controle do Estado foi sentido na forma de omissão, na medida em que os criados ordenamentos clássicos não politizaram a esfera do econômico, deixando-o à mercê da livre composição de interesses:

A preocupação em extremar e separar o quanto possível os planos de decisão política e econômica levou, durante um bom tempo, a se apresentarem aquelas constituições como omissas quanto à vida econômica, preocupando-se, pura e simplesmente com a organização política da sociedade e a defesa dos direitos civis cidadãos<sup>11</sup>.

Vladimir da Rocha França<sup>12</sup> ao discorrer acerca das correntes que nutriram o pensamento liberal e interpretar os escritos de um dos fundadores do liberalismo econômico, pondera que John Locke já verificara a possibilidade de instabilidade social associada ao desperdício e má gestão da propriedade:

Se há o aumento da interdependência social, necessariamente toma-se o impulso de integrar

todos os homens numa dada sociedade aos ditames de um ordenamento jurídico informado por uma maior sensibilidade às questões sociais.

Igualmente importantes à consolidação deste modelo de pensamento liberal as ideias de Kant<sup>13</sup>, por conceber a expressão da autonomia da vontade como princípio regente de todas as leis morais e seus deveres consecutórios, bem como a influência da teoria do contrato social de Rousseau<sup>14</sup>, em razão da identificação do dogma da liberdade, ao lançar a idéia do contrato como base da sociedade politicamente organizada, além da contribuição promovida pelas teorias econômico-liberais do século XVIII.

O fato é que o individualismo, resultante das concepções jusnaturalistas e iluministas, orientou o fenômeno de codificação sentido na Europa<sup>15</sup>, notadamente do ordenamento francês e alemão (fontes partícipes e concorrentes na formação da nossa cultura jurídica), para conceber a pessoa humana, a propriedade, sua liberdade e autonomia como elementos nucleares do universo jurídico.

## **2. A retórica liberal do Código Civil de 1916.**

Contrariamente à experiência dos códigos jus-racionalistas europeus do séc. XVIII, assistidos pelos valores revolucionários, no caso pátrio, por ocasião da edificação da codificação de 1916, as influências do liberalismo destinaram-se à reordenação do poder na-

cional e a preservação dos interesses das elites agrárias, numa retórica liberal com conteúdo conservador e formas de dominação oligárquica<sup>16</sup>.

César Trípoli<sup>17</sup> destaca a presença de um rigoroso centralismo, fruto da cultura proporcionada por Portugal através das Ordenações do Reino<sup>18</sup> (Afonsoinas, Manuelinas e Filipinas), em razão do esforço que fazia a Universidade de Coimbra para manter íntegro esse sistema de ordenações, cabendo a utilização do Direito Romano e Canônico em casos de lacunas, enquanto fontes subsidiárias.

Com a independência do Brasil em 1822, mantido o regime monárquico, afirma Clóvis do Couto e Silva<sup>19</sup> que José Bonifácio, licenciado pela Universidade de Coimbra na Faculdade das Leis, não guardava qualquer simpatia pela Revolução Francesa, preferindo a adoção do Sistema de Savigny<sup>20</sup>.

Foi assim que Teixeira de Freitas, inspirado pelo *historicismo* para combinar novas influências, apresenta a sua *Consolidação das Leis Civis* e, mais tarde, o *Esboço de Código Civil Brasileiro*, expressões, aliás, referendadas por Tobias Barreto, digno representante da denominada *Escola de Recife*.

Em que pese todo o esforço empreendido, foi do projeto de Clóvis Beviláqua que resultou o Código Civil brasileiro. Importante ressaltar, após a extinção da Monarquia e instituição da República, a filosofia dominante propugnava pelo positivismo de Augusto Comte<sup>21</sup>.

A tentativa de codificação<sup>22</sup> buscava o alinhamento das normas em vigor, com a finalidade de reor-

ganização do ordenamento jurídico, em resposta às necessidades de dotar de unidade as relações jurídicas da mesma natureza, inspirando certeza e segurança jurídica, ou em resposta a reformas políticas ou exigências revolucionárias. A propósito, a Lei de 20 de outubro de 1823 prescreveu que as Ordenações Filipinas, bem como Leis e Decretos promulgados pelo Rei de Portugal até 25 de abril de 1821, vigeriam enquanto não se organizasse um novo Código, aliás, orientação referendada pela Constituição do Império que reconheceu a necessidade de criação de um Código Civil e um Criminal, pautado nas “sólidas bases da Justiça e da Equidade”, em seu art. 179, n. XVIII.

Munir Karam<sup>23</sup> comenta o perfil dessa legislação considerada “pluralista e confusa”:

a) as Ordenações Filipinas; b) as leis régias e os alvarás; c) os costumes (Ordenação, Livro III, Título 64, que menciona também os estilos da Corte); d) o Direito Canônico (Conforme normas expressas das Ordenações Filipinas: Livro II, Título 1º. §§6º, 13 e Título 5º, § 4º; Livro III, Título 24º., *caput* e Título 58º., §9º.), que seria revogado pela Constituição de 1891 (art. 72, §§3º. A 6º., 28 e 29); e) o Direito romano, mas já subordinado à Lei da Boa Razão (Ordenações Filipinas, Livro III, Título 64º.); f) o direito das nações civilizadas, o uso moderno, a que se referem os Estatutos da Universidade de Coimbra (Lei de 28.8.1772); g) a analogia (Ordenações Filipinas, Livro III, Títulos 69 e 81, §2º).

Como mencionado, em 1855 foi dirigida a Teixeira de Freitas a árdua tarefa de orientar a superação do pluralismo das fontes, com o fomento de uma consciência jurídica sistematizada, fenômeno marcado com a entrega da Consolidação das Leis Civis de sua autoria, em 1857. Comprometido a apresentar o projeto do Código Civil até dezembro de 1861, Teixeira de Freitas ofereceu seu trabalho em diversos fascículos, no período compreendido entre 1860 a 1865. Seduzido pela possibilidade de classificação das matérias e da unificação do direito privado, dividiu sua obra em duas partes: geral (pessoas, das coisas e dos fatos) e especial (dos direitos pessoais, dos direitos reais e disposições comuns aos direitos pessoais e reais). Após completar o esboço do Livro III seus trabalhos foram interrompidos.

Em sessão de 1º de julho de 1868, o Conselho de Estado deu parecer favorável à proposta, todavia, não aceito em razão das arguições do então Ministro José de Alencar, que considerou rescindido o contrato por não ter sido observado o prazo originariamente definido para tal empreitada. Não obstante a agonia de seus esforços, Teixeira de Freitas ostentou no talento de suas concepções e técnica grande rigor aproveitado em quase todas as codificações do nosso continente, sobremodo na Argentina.

Em 1899, Clóvis Beviláqua foi incumbido de redigir o projeto de Código Civil. Consoante os registros de Clóvis do Couto e Silva<sup>24</sup>, a propriedade era compreendida segundo a tradição liberal. O direito contratual, por seu turno, assinalava a máxima da autonomia da vontade, sendo desconhecida previsão normativa que

abordasse a cláusula *rebus sic stantibus*, sustentada a argumentação de que numa economia com moeda estável seria prescindível a adoção de tal mecanismo, tipicamente vigente em épocas de crise. Gustavo Tepedino<sup>25</sup> reconhece a participação das mencionadas correntes para consolidação liberal do Código Civil de 1916.

Arnold Wald<sup>26</sup> resume o quadro político e econômico sentido:

O Brasil acabava de sofrer na década anterior, duas grandes transformações. A Lei Áurea tinha abolido a escravidão em 1888 e, no ano seguinte, a República tinha sido proclamada. Por outro lado, a sociedade brasileira estava sofrendo uma grande e rápida evolução econômica e social, com o nascimento da nossa pequena indústria e a criação de uma verdadeira classe média anteriormente inexistente.

Antonio Carlos Wolker<sup>27</sup> adverte que, ao contrário aos movimentos revolucionários inglês e francês, no Brasil sentiu-se a ausência de uma revolução burguesa verdadeiramente contaminada pelos enunciados libertadores erguidos contra o absolutismo<sup>28</sup>. Ao observar a instauração de um regime burocrático em razão do advento da República, assentado nas antigas estruturas de dominação aristocráticas e oligárquicas, Cláudio De Cicco<sup>29</sup> comenta:

A passagem da dominação patriarcal 'modernizadora' do Império para uma dominação buro-

crática da República se deu, em termos de Brasil, com um rompimento essencial com a estrutura de dominação existente desde os tempos coloniais. Continuava a ser a coisa pública governada no Império como ‘propriedade governante’, e, apesar de todas as transformações nos anos 1840 e 1850, não houve uma ‘modernização’ correlata da classe política, a qual, dentro de esquemas de ‘empreguismo’ estatal, permanência de focos de pobreza endêmica, desestímulo à iniciativa de grupos intermediários entre o Estado e o indivíduo, controle exagerado de iniciativas permitidas ou toleradas, através de mil e um mecanismos centralizadores.

À época, competia ao direito civil garantir à atividade privada a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis em suas relações econômicas; os designados riscos do negócio expressavam a maior ou menor capacidade do indivíduo de gerenciar seus interesses<sup>30</sup>.

Luiz Edson Fachin<sup>31</sup> discorre acerca do Código Civil pretérito como organismo nucleado em torno das noções de indivíduo e patrimônio, “apesar de os sistemas de Direito se proporem como intrínsecos à realidade”, responsável por décadas pela ênfase no enquadramento dos atos e fatos sociais como modelos estáticos de definição preexistentes.

Não obstante a afinidade de Clóvis Beviláqua com a compreensão *pandectista*<sup>32</sup> e o Código Civil alemão de 1900, é possível identificar-se pontos comuns

entre o Código Civil de 1916<sup>33</sup> e o Código Francês<sup>34</sup>, a exemplo da estrutura básica dos atos jurídicos, então resumida no art. 82 do CC/16, a especificação dos vícios do consentimento, e no plano da responsabilidade civil o empréstimo do paradigma do *neminem laedere* e da *culpa*, consagrados reciprocamente nos artigos 1382 e 1383 do diploma francês<sup>35</sup>.

### **3. O direito privado em construção: por uma ordem dialética e sincrônica.**

Diante das crises que assolaram o século passado e seus consectários que dispensam registros – *miséria e desemprego* – surge a necessidade de remodelação<sup>36</sup> da concepção de liberdade<sup>37</sup>, para suprir as deficiências econômicas e, sobejamente, conciliar a liberdade de iniciativa conforme os ditames da justiça social<sup>38</sup>.

Orlando Gomes<sup>39</sup> observa a paulatina primazia da perspectiva social em sacrifício ao interesse individual, com dificuldade de estabelecer-se o ponto de equilíbrio para atingir-se a desejada justiça social. Comenta, ainda, o fenômeno do inevitável alargamento do poder de apreciação dos juízes, pois “evidente a impossibilidade de concretizar em fórmulas rígidas a conciliação entre as duas ordens e interesses.”

Como salienta Michele Giorgianni<sup>40</sup>, “as modificações ocorridas na esfera econômica, provocadas pelo desenvolvimento da industrialização e do capitalismo, seja em virtude da presença cada vez mais atuante dos poderes públicos na vida econômica dos povos”, pro-

moveram reações de consternação de alguns juristas diante de movimentos de “publicização” ou “socialização” do denominado *Direito Privado*. Esses novos paradigmas de regência do direito privado permitem a constituição de novos modelos para conjugar os fatos jurídicos relevantes ao espaço sócio-cultural em que situados, como dito, em operações lógicas *sistemáticas* para entrelaçar todas as camadas do ordenamento jurídico<sup>41</sup>.

Esse movimento é avaliado por Orlando Gomes<sup>42</sup> que concebe a transição de regimes liberais clássicos para o neoliberalismo como resultado da “incisiva ressonância no próprio sistema de valores que pretendem justificar a mudança na organização política, caracterizada particularmente pela nova atitude do Estado e o ingresso dos povos mais avançados na sociedade de consumo”.

O rigor exegético que instruiu originariamente a leitura do código civil do século passado demandou a criação de mecanismos alternativos para suplantar a cultura jurídica apegada à luz dos textos normativos como modelo inspirador de segurança jurídica<sup>43</sup>.

Em atenção a clamores e anseios sociais<sup>44</sup>, passa o Estado a desenvolver políticas compensatórias para mitigar a expressão da autonomia privada por ocasião da circulação de riquezas, para enaltecer mecanismos que, supostamente, atestariam a presença de preceitos éticos na regulação da vida em sociedade, o que proporcionou o distanciamento dos antigos modelos de pensamento fincados em diretrizes criadas pela *Escola da Exegese*<sup>45</sup>.

Assim, em virtude de alterações de paradigmas em distintas áreas relevantes à sociedade e ao direito, tornou-se prática a edição especial de material normativo, doutrinário e jurisprudencial, num esforço em atenção às exigências de coordenação e integração de novas categorias de fenômenos relevantes, instaurando a discussão acerca da insuficiência do código civil.

Daí o declínio da lógica *in claris cessat interpretatio*<sup>46</sup>, porquanto a letra fria das normas e suas prescrições devem atender aos fins sociais a que se destinam e às exigências do bem comum, promovendo a consonância dos interesses individuais aos coletivos. A apontada insuficiência normativa, dado o surgimento de novos fatos e categorias de fenômenos, irrompeu a cadência de criação de diplomas especiais, extraindo do Código Civil, bem como do Código Comercial (1850), suas finalidades originárias de servirem como unidades hegemônicas na leitura e regência de fenômenos.

O conjunto desses novos diplomas conjugados ao vetusto código civil, a exemplo do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121./62), Lei Geral de Registros Públicos (Lei 6.015/73), Lei de Proteção à Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), Lei de Proteção ao Software (Lei 9.609/98), fomentaram a importância da extração, no contexto constitucional, de princípios regentes das relações privadas, em nítida alteração da clássica noção a respeito de suas fontes, conforme observou Francisco dos Santos Amaral Neto<sup>47</sup>:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

O direito privado: em busca de valores para a concreta justiça social - pp. 415-447

NETO M. da C.

No que tange às fontes, além das modificações profundas que o Código Civil sofreu, em grande parte derrogado por abundante legislação específica que lhe tomou a disciplina dos principais institutos, pondo em cheque o ideal oitocentista da unidade legal do Direito Privado e levando juristas de nomeada a constatar ter-se passado da era da codificação para a dos microsistemas jurídicos há um aspecto de suma relevância, que é a consagração de princípios constitucionais pertinentes ao Direito Privado.

E num momento subsequente, teremos o advento do novel Código Civil (Lei nº 10.406/2002), para definir um novo panorama da liberdade, consagrando a importância da dignidade da pessoa humana como valor fonte para a regência da família, das obrigações e contratos, da propriedade, bem como da empresa e suas atividades.

Propositadamente, o Código Civil adotou em diversas passagens a técnica de utilização de normas jurídicas de grande amplitude semântica<sup>48</sup>, conferindo ao Estado-Juiz a tarefa de preencher casuisticamente seu significado, delimitando sua eficácia e alcance, conferindo a tal diploma maior mobilidade, porquanto prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, orientados pela regência dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República, dentre os quais ressaltamos a proteção à dignidade da pessoa humana e ao postulado da solidariedade (art. 1º, inciso III e art. 3º, inciso I), conforme enaltece Gustavo Tepedino<sup>49</sup>:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

O direito privado: em busca de valores para a concreta justiça social - pp. 415-447

NETO M. da C.

Na experiência brasileira, a passagem do modelo clássico para o modelo contemporâneo da teoria contratual, com o conseqüente surgimento de novos princípios contratuais, tem por referência normativa fundamental a CF de 1988, que consagrou valores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da solidariedade social (art. 3º, I) e da isonomia substancial (art. 3º, III).

A propósito os ensinamentos de Judith Martins Costa<sup>50</sup>:

Observa-se, pois, que no novo Código Civil brasileiro a equidade tradicionalmente associada ao Direito Natural torna-se, de modo incontroverso, direito positivo, devendo a jurisprudência – ainda ampliar o seu conteúdo pela concreção dos variados modelos abertos contidos em seu texto.

Denota-se a impossibilidade de se compreender, hodiernamente, os conceitos de liberdade e dever a partir de referências que assistiram ao passado. Essa análise é realizada por Miguel Reale<sup>51</sup>, ao eleger como método a idealização do direito num contexto dialético e sincrônico entre os imperativos de ordem, de liberdade, de certeza e de segurança, como valores-meio para a compreensão e obtenção da justiça social:

Hoje em dia, por múltiplas razões, entre as quais ressaltam as relativas à crescente compreensão

da sociedade em termos de comunicação e informação, tendemos cada vez mais a admitir que o progresso do Direito se desenvolve no sentido do predomínio das normas programáticas sobre as desde logo pré-determinadas, com a condenação do totalitarismo normativo. (...) O certo é que a teoria das fontes não pode ser fixada a partir de uma visão retrospectiva baseada em valores de antemão definitivamente assentes - o que leva a privilegiar modelos jurídicos cerrados -, devendo-se, ao contrário, procurar compor uma unidade dialética e sincrônica os imperativos de ordem, de liberdade, da certeza e da segurança, como valores-meio na realização do valor-fim por excelência que é o da Justiça.

No que concerne ao exercício da propriedade, exemplificando esses novos modelos normativos, Giselda Hironaka<sup>52</sup> discorre acerca da “função social” como essência qualitativa do direito de propriedade, de natureza filosófico-tomista, impregnada em encíclicas papais que destacaram a funcionalização da propriedade, como: a) *Rerum Novarum*, de Leão XIII, que, em 1891, que reconheceu a propriedade e sua função de utilidade individual e social; b) *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, de 1931, que advertiu sobre a necessidade de se harmonizar a intervenção estatal, com o escopo de garantir a atenção da finalidade social da propriedade, observados os princípios da Lei Natural e Divina; c) *Mater et Magistra*, de João XXIII, proferida em 1961, asseverando que a propriedade privada leva, natural-

mente intrínseca, uma função social, de modo que seu titular deve exercitá-lo em benefício próprio e de todos os demais; d) *Populorum Progressio*, de Paulo VI, de 1967, manifestou-se contra aqueles que conservem para si excessos, em detrimento dos que nada possuem. Por conseguinte, a autora em apreço avança em suas considerações para esclarecer que o conceito de função social é difícil de ser enunciado com precisão, dada sua intencional abstração, preservada a natureza condicionadora e repressiva ao exercício das faculdades em desatenção aos ditames de ordem social e mitigar a outra intangibilidade do princípio da autonomia privada.

No mesmo viés o entendimento de Judith Martins Costa<sup>53</sup> ao defender que a atribuição de uma função social à propriedade está inserida no movimento de funcionalização dos direitos subjetivos, verdadeira força motriz da reconstrução de institutos centrais do direito moderno, propugnando pela imposição de limites e, igualmente, conduzindo ao nascimento de deveres jurídicos positivos.

A ideia de funcionalização de direitos, na perspectiva de Gustavo Tepedino<sup>54</sup>, vincularia o exercício da liberdade individual aos valores sociais estabelecidos pelo ordenamento, do mesmo modo, numa relação de implicação dialética e sincrônica.

Esse é o expediente utilizado pela Ministra Nancy Andrighi do E. Superior Tribunal de Justiça<sup>55</sup>, ao enfatizar a importância da busca pela realização material da boa-fé como vetor do ordenamento jurídico, com isso, parametrizando comportamentos: 1) “O princípio da boa-fé objetiva não pode atuar contrariamente

a quem colaborou para o melhor encaminhamento da relação jurídica de direito material” (REsp 1124506; DJe 14/11/2012); 2) “Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé.” (REsp 1299580 (DJe 25/10/2012).

Por fim, as impressões de Edson Fachin<sup>56</sup>, atento às mudanças na ordem do direito privado, conduzindo-nos ao fechamento dessa exposição:

Eis, ao começo do novo século, o relançamento, forma e fundo sob novos ares de comunicações, abertas, porosas e atentas aos valores mais despidos de formalidade. Nesse horizonte construtivo não se apregoa o caos do desmoronamento desses institutos, ao contrário, dessa desconformidade é que nasce algo relevante para se pensar o Direito. Tensão e mudança, duas alavancas que compõem o binômio do fenômeno jurídico, que convive necessariamente com a instabilidade.

Para tanto, introduziu-se esta especulação, suscetível a destacar o que não está na evidência e tem, na partida, breve transporte para releitura crítica dos estatutos jurídicos fundamentais. Por isso, autorizar a plenitude dos princípios, no direito indissociável do exercício. Pela mesma razão, captar, no tempo, pessoas, fatos e circunstâncias irreduzíveis ao verbo e ao conceito, diferenciados em sua condição, reacendendo e questionando.

Nessa tarefa, aninhados na instância jurídica, deixa-se espaço para a transdisciplinaridade,

supressão das tradicionais fronteiras epistemológicas, imaginando-se fusão da qual nasça coisa diversa, que não se confunda com os dois elementos anteriores que se continham, sem mera justaposição de termos por preferências corporativas. Daí a necessidade de um novo mapeamento, cuja descrição não pode ser previamente construída nem se de antecipar à emolduração do objeto ainda em curso. E encontrar nesse desejo a cartografia do possível, além dos continentes conceituais conhecidos, vencendo a dicotomia público-privado.

À luz dessas estrelas a se descobrir, pode e deve o Direito Civil estar amalgamado por um fio condutor que reconheça no singular as possibilidades de regulação jurídica sem aprisionamentos conceituais.

## Conclusão

Pensar o direito privado contemporâneo é concebê-lo como modelo voltado à concretização da Justiça no caso concreto, a partir da relação vetorial de valores responsáveis pela reformulação das dimensões do indivíduo, da família, da liberdade e da propriedade.

E na superação desta experiência, resta lutar pela realização do direito em bases materiais, para que o futuro pontue que cultuamos não apenas as formas e as nuvens, mas, sobretudo, tomamos conta das nossas passadas, atribuindo aos cânones da boa-fé, da digni-

dade e da solidariedade, a força reformadora necessária para a concretização da *justiça* (*Quod est ante pedes nemo spectat, caeli scrutantur plagas*).

## Notas

- 1 Cláudio De Cicco, *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 139.
- 2 Fabio Nusdeo, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 124.
- 3 John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*. 3 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 131.
- 4 “Já agora são bem poucos os que compartilham da crença extremada no *laissez faire, laissez passer*, que veio cedendo lugar à compreensão mais moderada do chamado social-liberalismo, o qual, sem abandonar a conatural prudência perante o Estado, lhe reconhece inevitável margem de participação positiva no domínio econômico”. (Miguel Reale, *Nova fase do direito moderno*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, 118).
- 5 A propósito a leitura dos textos: Celso Ribeiro Bastos, *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 80; Nina Beatriz Ranieri, Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo: Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 9. nº 36. julho-setembro de 2001, p. 135-161.
- 6 Para a conceituação de propriedade sugere-se a seguinte leitura: Luiz Edson Fachin, *Conceituação do direito de propriedade*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 42:48-76. ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- 7 Celso Ribeiro Bastos, *Direito econômico*, cit., p. 79-80.
- 8 A respeito a seguinte leitura: Jean-Jacques Rousseau, *O contrato social*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- 9 Fabio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132-134.
- 10 Cláudio De Cicco, *História*, cit., p. 155.

- 11 Fabio Nusdeo, *Curso de economia*, cit., p. 130.
- 12 Vladimir da Rocha França, Um estudo sobre a relação entre o estado e a propriedade privada através de John Locke. *Revista de Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 9. n.º. 37. outubro-dezembro de 2001, p. 237-253.
- 13 “Efetivamente, é no direito natural que encontramos a base do dogma da liberdade contratual, uma vez que a liberdade de contratar seria uma das liberdades naturais do homem, liberdade esta que só poderia ser restringida pela vontade (Wille) do próprio homem. O próprio Kant afirmaria que as pessoas só podem se submeter às leis que elas mesmas se dão, no caso, o contrato”. (Cláudia Lima Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 41).
- 14 “Quando Rousseau proferiu aquele grito de guerra cujo eco no mundo moderno se prolonga por mais de século de pensamento político, segundo o qual *l’homme est né libre, et partout il est dans les fers*”, a filosofia, para responder-lhe, começou a perguntar juntamente com o pensador de Genebra o porquê dessa servidão, dando início ao jusnaturalismo leigo de postulados essencialmente racionais. Desponta daí a idade do jusnaturalismo racional, de direção filosófica individualista, apoiado em teorias contratuais, que haviam de incendiar os ânimos com a revolução do século XVIII, dinamitando na ordem prática a estrutura política e social da feudalidade decadente”. (Paulo Bonavides, *Teoria do estado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 19).
- 15 A respeito da codificação a seguinte obra: Roberto de Ruggiero, *Instituições de direito civil*. vol. I. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 93.
- 16 A propósito a leitura de Fábio Konder Comparato, Os obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n.º. 1. Belo Horizonte: DelRey, janeiro/junho de 2003.
- 17 César Trípoli, *História do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.
- 18 Em relação às Ordenações do Reino se fazem oportunos os apontamentos de Ignacio M. Poveda Velasco. Em síntese, discorre acerca da necessidade que Portugal sentiu no início do século XV, de estabelecer uma ordenação legislativa em consequência de seu amadurecimento histórico. Outrossim, lembra que o período antecedente é marcado pela presença de espírito militar da reconquista, para o qual a organização administrativa e produção do direito não constituíram tarefas

representativas, aspecto que ensinou a autossuficiente das populações. Com a expansão do reino, fruto das empreitadas desbravadoras, tornaram-se suas maiores preocupações a agricultura e o povoamento, num período tratado como de consolidação (1248-1495). Multiplicaram-se as Leis Gerais promulgadas desde as Cortes de Coimbra (1211), e as Cortes Gerais, cada vez mais, promulgavam respostas e decisões dos reis acerca de questões suscitadas pelo povo, ganhando força coercitiva por si mesmas. A multiplicidade de normas jurídicas e entendimentos contraditórios foram a causa primeira das Ordenações portuguesas (séc. XV), num esforço pioneiro de sistematização de seu ordenamento. As Ordenações Afonsinas foram concluídas em 1446. Elemento que ganhou destaque foi a hierarquia das normas no tocante ao direito subsidiário, porquanto o Direito Canônico vigente em certas matérias, e, ainda, considerada a influência do Direito Imperial Romano, na expressão do autor da obra ora observada, “(...) interessava fixar a prevalência de cada um, no caso de conflito de regras”. Os critérios elegidos foram: o predomínio do direito pátrio, incluindo as leis do Reino e o entendimento da Corte (costume jurisprudencial do tribunal supremo) e o costume do Reino antigamente observado. Na falta seriam fontes subsidiárias as glosas de Acúrcio incorporadas às leis imperiais, e, na ausência dessas glosas, a opinião de Bártolo. Por fim, sendo todas as fontes omissas, o caso deveria ser remetido à Corte para que o rei instituisse a correspondente norma de regência. As Ordenações Manuelinas (1514) enfrentaram problemas em sua divulgação (por não terem sido impressas), vigendo por curto lapso de tempo. Dividida em cinco livros, pretendia findar os enfrentamentos dos julgadores alimentados por suas dúvidas. Por fim, as Ordenações Filipinas, regidas pela necessidade de nova sistematização de legislação extravagante promulgada, entraram em vigor por determinação de Felipe II em 1603. As Ordenações Filipinas vigeram em Portugal até o advento de seu Código Civil, em 1867, e no Brasil até o início da vigência do nosso Código Civil em 1917. (Ignacio M. Poveda Velasco, Ordenações do Reino de Portugal. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 69:57-75. ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994).

- 19 Clóvis do Couto Silva, O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista dos Tribunais*, 628: 8 (1988), p. 10.
- 20Vide: Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 97-102.

- 21 Sugere-se a seguinte leitura: Manuel Maria Carrilho, *Epistemologia: posições e críticas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- 22 Vide: Giordano Bruno Soares Roberto, *Introdução à história do direito privado e da codificação*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- 23 Munir Karam, Teixeira de Freitas e o processo de codificação do direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 29:95-112. ano 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 99.
- 24 Clóvis do Couto Silva, *O direito*, cit., p 11.
- 25 “O Código Civil de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo”. (Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 2).
- 26 Arnold Wald, A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 845:81-94 (2006).
- 27 Antonio Carlos Wolker, *Ideologia, estado e direito*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 119-120.
- 28 Néelson Saldanha, A revolução francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo, *Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 53:134-140. ano 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- 29 Cláudio De Cicco, *História*, cit., p. 268.
- 30 Caio Mario da Silva Pereira, Código Napoleão. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 51:7-15. ano 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- 31 Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29-37.
- 32 A respeito do pandectismo os comentários de Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Os institutos são visualizados como uma totalidade de natureza orgânica, um conjunto vivo de elementos em constante desenvolvimento. É a partir deles que a regra jurídica é extraída, através de um processo abstrativo e artificial, manifestando o sistema assim explicitado uma contingência radical e irretorquível. Esta contingência não deve, porém, ser confundida com irracionalidade, na medida em que a historicidade dinâmica dos institutos se mostra na conexão espiritual da tradição. É este, aliás, o sentido da sua organicidade conforme já nos revela sua obra programática. A organicidade não se refere a uma contingência real dos fenômenos sociais, mas ao caráter

complexo e produtivo do pensamento conceitual da ciência jurídica.” (*Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 53-54).

- 33 Vide: Sylvio Capanema de Souza, O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004; J. Miguel Lobato Gómez, O código bicentenário. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004; Christine da Luz, Como o código civil francês se adaptou ao longo do tempo. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004; Luiz Edson Fachin, O futuro da codificação e o jurista do amanhã: ideias para um debate. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004; Arnoldo Wald, A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 845:81-94 (2006).
- 34 Rui Stoco, *Responsabilidade civil no código civil francês e no código civil brasileiro*. Palestra proferida no Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil Francês, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília-DF), no dia 27 de setembro de 2004, painel presidido pelo Ministro Edson Vidigal do Superior Tribunal de Justiça. A respeito do *Code Napoléon*, também, as ponderações de Franz Wieacker: “Os códigos jusnaturalistas foram actos de transformação revolucionária. Acerca desta afirmação não se deve ser omitido que eles apenas em França e nas áreas do seu domínio de influência foram levados a prática pelos portadores da revolução política, enquanto que no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido. (...) O domínio do *Code* influenciou de forma essencial a sensibilidade jurídica e política do sudoeste alemão e auxiliou o seu sentido de liberdade civil e de independência” (cit., p. 367-393).
- 35 Orlando Gomes observa: “A doutrina francesa procurava dar ao estudo do direito o sentido de mera interpretação do Código Civil francês, o grande monumento legislativo do começo do século XIX; escola puramente exegética, a tal ponto e com tal exagero que, numa frase famosa, dizia um professor a ela filiado que não ensinava direito civil, ensinava o Código Napoleão. Ganha expressão um tipo de raciocínio jurídico, cuja metodologia partiria do dogma da completude do sistema jurídico, desse modo afastando a arguição de vagueza, ambi-

guidade e, especificamente, de lacunas, defendendo modelos de interpretação lógico-dogmática, dotadas de operações lógico-conceituais, em que o operador do direito estabelece, tão somente, um silogismo básico. Já a escola alemã, ao contrário da escola francesa, era especulativa, abstracionista, construtiva. Foi exatamente na escola alemã que nasceu a jurisprudência conceitual que viria modernizar, no campo do direito privado, toda a dogmática jurídica do século XIX e em grande parte do século XX". (*Escritos menores*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 243).

- 36 Celso Ribeiro Bastos, *Direito econômico brasileiro*. 1 ed., São Paulo: Editora Celso Bastos, 2000, p. 96.
- 37 Gustavo Tepedino preleciona: "Esta era de estabilidade e segurança, retratada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, entra em declínio da Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20. Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na econômica." (*Temas*, cit., p. 4).
- 38 Vide: Calixto Salomão Filho, *Função social do contrato: primeiras anotações*. Revista dos Tribunais, 823: 67-86 (2004).
- 39 *Introdução*, cit., p. 62.
- 40 Michele Giorgianni, O direito privado e as suas fronteiras. *Revista dos Tribunais*, 747:35-55 (1998).
- 41 A propósito os comentários de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro: "O caso concreto resolvido é-o em função de um processo no qual a entidade decidente, tendo, sobre ele, formulado um pré-juízo facultado pelo conhecimento que, do sistema, já tenha adquirido, actuou em função de um modelo de decisão, arquitetado em vista ao problema dogmatizado e no qual tenha sido possível atribuir a algum ou alguns dos argumentos presentes, uma autoridade particular. A não haver arbitrariedade, apenas o reduzir da matéria a pontos de vista unitários permite constatar a presença, no argumento em causa, do seu peso decisivo. O litígio real, a sua dogmatização, imprescindível para lhe conferir operacionalidade jurídica, por via de redução, os pré-entendimentos que concite, acompanhados das pré-decisões quanto às saídas que requeiram, os modelos de decisão adequados, as

decisões em si, a sua justificação e o seu controlo existem e operam, todos eles, integrando um determinado Direito historicamente consagrado, por exprimirem um sistema. (...) Apurada a possibilidade de contradições e fracturas intra-sistemáticas e firmada a viabilidade de engendrar decisões estranhas ao sistema, mas para ele relevantes, as quais, podem inscrever-se, mais tarde, no seu seio, fica, em definitivo, arredada a possibilidade de procurar num núcleo axiomático central ou, sequer, num ou mais princípios marcantes, o ângulo ordenador do conjunto. Esse papel será desempenhado, a nível periférico, pela própria juspositividade do Direito, traduzida na sua existência efectiva, em termos reais, dentro de dado espaço sócio-cultural". (*Da boa fé*, cit., p. 1259-1281).

- 42 "Passa-se, em síntese, para uma nova configuração do capitalismo, proveniente de sua expansão após-guerra nas convulsões de uma nova revolução industrial acelerada pelas descobertas científicas e tecnológicas, aperfeiçoamentos mercadológicos, renovação das indústrias básicas, estabilização econômica, desenvolvimento dos serviços públicos. O capitalismo burocratizado instila novo fervor nos crenes da religião da produtividade (o produtivismo) à sombra de cuja liturgia se cristaliza a sociedade de consumo. Contemporaneamente, desmoronam as premissas filosóficas da legislação de estrutura centenária que ainda resistia, tentando-se, não obstante, conservar os fundamentos do sistema. Os princípios fundamentais do direito burguês, seu espírito, sua moral, seu egoísmo, cedem diante de novos interesses, aspirações e exigências que se racionalizam num sistema de ideias fundamentalmente com endereço crítico e propósito reformista. A doutrina da autonomia da vontade, uma das mais significativas racionalizações da concepção individualista do homem, a consagração da propriedade como o máximo direito subjetivo do homem e a construção da responsabilidade civil sobre a noção de culpa dão evidentes sinais de degradação. Os fatos se revoltam contra o Código - para repetir felizes expressões - e se começa a repensar o direito. Sente-se que a sociedade reclama seus direitos sobre o indivíduo, que deste se vai apossando o Estado com irreprimível apetite. As relações jurídicas, pessoais e patrimoniais, ganham uma nova dimensão e a própria estrutural mental dos protagonistas do direito se transforma - seu estado de espírito, sua descrença, o crescente prestígio de outras alternativas. Novos modos de conceber velhos direitos, atribuição de nova função social a direitos antigos, aceitação de conceitos amoretadores, tais como abuso de direito, função social da propriedade,

a disfunção da personalidade coletiva, a degeneração do contrato, a qualificação da empresa, a substituição da *ratio* do casamento e tantos outros, revelam a obsolescência da dogmática aprimorada, no século XIX, pela Escola das Pandectas. No plano prático, o direito se desmistifica, sacrificado pela superestimação de seu aspecto técnico e instrumental, passando a ser considerado uma simples técnica de governar a sociedade”. (Orlando Gomes, *Escritos*, cit., p. 22).

- 43 Os comentários de Clóvis Beviláqua referendam o apego ao conteúdo da norma posta: “No estado actual de nossa cultura, com o funcionamento regular dos poderes políticos, que servem de órgão à soberania, dados o contacto directo entre o povo e os seus representantes, e a influencia sobre estes da opinião publica, não se faz necessário dar ao costume a acção revogatória da lei escripta, e seria inconveniente que se lh’a desse, porque desapareceriam, do aparelho jurídico a supremacia da lei e a certeza das prescripções legais, características das legislações mais perfectas, vantagens inapreciáveis para o regular funcionamento da sociedade.” (*Theoria geral do direito civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946. p. 39).
- 44 “O Direito não é uma ciência que se encontre apartada do mundo que o circunda. Os elementos exteriores, as realidades culturais exercem influência direta sobre esta ciência”. (Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3 ed., São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 19).
- 45 “A partir da promulgação do *Code Civil*, os juristas começaram a estudá-lo, dedicando-se mais especialmente à análise do seu texto. Consideravam-no como algo de absolutamente novo, que era necessário explicar sem ter o passado em conta. Atribuíram à análise textual uma importância capital, explicando um artigo a partir de outro, combinando-os entre si, elaborando assim na base das disposições legais teorias novas, muitas vezes imprevisas, que os autores do Código não tinham, decerto, imaginado”. (John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*. 3 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 515).
- 46 “O brocardo *in claris cessat interpretatio* incorporado às disposições preliminares do Código de Napoleão adotadas na Bélgica, representa, no fundo, o predomínio absoluto da letra da lei. Ainda que o juiz esteja convencido de que outro era o significado realmente querido pelo legislador, deverá prevalecer o sentido literal, muito embora anule ele os verdadeiros fins da disposição legal, e ainda que vá ele contra o espírito da lei. Este rigorismo literal, este apego ao brocardo, contraria, na verdade, os mais seguros ensinamentos da ciência jurídica, que dá

- a interpretação das leis como um só processo mental”. (Alípio Silveira, *Hermenêutica no direito brasileiro*. 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 40).
- 47 Francisco dos Santos Amaral Neto, *A autonomia privada*, cit., p. 20.
- 48 Judith Martins Costa, *Diretrizes teóricas do novo código civil*. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 111.
- 49 *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Revista e atualizada / Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 7.
- 50 Judith Martins Costa, *Diretrizes teóricas do novo código civil*. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 111.
- 51 Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27.
- 52 Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 45:141-152. ano 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- 53 Da lavra de Judith Martins Costa os seguintes e oportunos textos: *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 145; Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 59:19-38. ano 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; O direito privado como ‘um sistema em construção’- as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 753: 24-48 (1998).
- 54 *Código Civil interpretado*, cit., p. 9.
- 55 Há outras decisões importantes que revelam a parametrização ética de comportamentos, como: 1) “1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos inseridos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.” (STJ; REsp 758518; DJe 28/06/2010). Ainda: REsp 1.192.678; REsp 1.105.483; REsp 1.073.595; Ag 1.244.022; AREsp 109.387; Ag 1.378.703; REsp 984.106; REsp 1.141.732.
- 56 *Teoria*, cit., p. 320.

## Referências

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 46:7-26. ano 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. 1 ed., São Paulo: Editora Celso Bastos, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3 ed., São Paulo: Editora Celso Bastos, 2002.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946.
- BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional do Brasil*. Estudos Avançados, 2000, vol.14, n. 40.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARRILHO, Manuel Maria. *Epistemologia: posições e críticas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. Os obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. nº. 1. Belo Horizonte: DelRey, janeiro/junho de 2003.
- COSTA, Judith Martins. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 59:19-38. ano 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- \_\_\_\_\_. O direito privado como 'um sistema em construção' - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 753: 24-48 (1998).
- DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1982.
- \_\_\_\_\_. *As lacunas no direito*. As lacunas no direito. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público*. Madrid: Librería Española Y Extranjera, 1926.

- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. O futuro da codificação e o jurista do amanhã: idéias para um debate. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- FILHO, Calixto Salomão. *Função social do contrato: primeiras anotações*. Revista dos Tribunais, 823: 67-86 (2004).
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas fronteiras. *Revista dos Tribunais*, 747:35-55 (1998).
- GOMES, Orlando. *Escritos menores*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao direito civil*. São Paulo: Forense, 1974.
- GÓMEZ, J. Miguel Lobato. O código bicentenário. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 45:141-152. ano 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- KARAM, Munir. Teixeira de Freitas e o processo de codificação do direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 29:95-112. ano 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- LUZ, Christine da. Como o código civil francês se adaptou ao longo do tempo. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- PAULINO, Gustavo Smizmaul. Os direitos fundamentais e a construção do futuro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 13. n.º. 50. janeiro-março de 2005.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão. *Revista de Direito Civil*,

- Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 51:7-15. ano 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- RANIERI, Nina Beatriz. Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo: Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 9. n.º. 36. julho-setembro de 2001.
- REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SALDANHA, Néelson. A revolução francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo, *Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 53:134-140. ano 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função social do contrato: primeiras anotações*. *Revista dos Tribunais*, 823: 67-86 (2004).
- SILVA, Clóvis do Couto. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista dos Tribunais*, 628: 8 (1988).
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRÍPOLI, César. *História do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.
- VELASCO, Ignacio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 69:57-75. ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 845:81-94 (2006).
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- WOLKER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.



# O Sistema Interamericano de Direitos Humanos na Proteção à Sociodiversidade e ao Meio Ambiente

## *The Inter-American System of Human Rights Protection in Socio-diversity and the Environment*

Artigo recebido em 01/04/2014.

Revisado em 04/05/2014.

Aceito para publicação em 09/06/2014.

## **Eriton Geraldo Vieira**

Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Bolsista FAPEMIG. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direito Ambiental Constitucional”. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Endereço eletrônico: eritonbh@yahoo.com.br.

## **Leandro de Assis Moreira**

Mestrando em Direito Privado pela Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC. Especialista em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Endereço eletrônico: leandro@leguh.com.br.

## **Resumo**

O presente artigo aborda a inserção de grupos sociais com culturas e etnias diferenciadas bem como do meio ambiente no âmbito de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Nos últimos anos, o mundo tem observado a presença de graves problemas referentes ao modo como a comunidade indígena vem sendo tratada e submetida a processos de dominação, exploração e discriminação. Concomitantemente, o Meio Ambiente, também vem sofrendo grandes impactos pela ação do homem, que tem explorando a natureza de forma totalmente irracional e destrutiva, visando apenas à satisfação de suas necessidades naturais ou artificiais influenciadas pelos interesses

de grandes empresas, da mídia, e pelo Poder Público. Diante dessas situações, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambos, órgãos pertencentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), foram requeridas a atuar em várias oportunidades, para que desenvolvessem linhas jurisprudenciais que implicassem avanços significativos em vários sentidos, devendo ser verificados por toda sociedade, como o Caso da Comunidade Awas Tingni Vs. Estado da Nicarágua na Corte Interamericana de Direitos Humanos em que foi proferida decisão inédita e paradigmática no reconhecimento de direitos indígenas e ambientais.

## **Palavras-Chave**

Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Grupos Sociais com Culturas e Etnias Diferenciadas; Meio Ambiente.

## **Abstract**

This article discusses the integration of social groups of different cultures and ethnicities as well as environmental protection under the Inter-American System of Human Rights (ISHR). In recent years, the world has observed the presence of serious problems relating to the way the indigenous community has been treated and subjected to processes of domination,

exploitation and discrimination. Concomitantly, the Environment, is also suffering major impacts by man, who has been exploring the nature in a fully irrational and destructive way, seeking only to satisfy his natural and artificial needs, influenced by the interests of big business, the media, and the government. Confronting these situations, the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, both agencies belonging to the Inter-American System of Human Rights (ISHR), were required to act on several occasions to determine jurisprudence that would imply significant advances in many ways, which should be checked by the entire society, as the Case of the *Awas Tingni* versus the State of Nicaragua in the Inter-American Court of Human Rights on which was given unprecedented and exemplary decision on the recognition of indigenous and environmental rights.

## Key words

Inter-American System of Human Rights, the Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Social Cultures and Ethnic Groups with Differentiated; Environment.

## Sumário

Introdução. 1. O binômio homem-natureza. 2. O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Hu-

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos na Proteção  
à Sociodiversidade e ao Meio Ambiente - pp. 449-480

VIEIRA E. C. / MOREIRA L. de A.

manos e as minorias étnicas e nacionais. Conclusão. Nota. Referências.

## Introdução

Os contornos de questões relacionadas ao meio ambiente e a grupos sociais com culturas e etnias diferenciadas ganharam espaço nos últimos anos e tem se constituído em pauta importantíssima em cenários nacionais e internacionais em que são debatidos temas relacionados aos direitos humanos. Neste sentido, o presente artigo apresenta importante debate na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois traça diversos aspectos referentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos bem como a sua atuação na proteção a grupos sociais com culturas e etnias diferenciadas e ao Meio Ambiente.

Inicialmente, serão traçados aspectos sobre a forma como o homem tem lido com a natureza ao longo dos anos, onde a busca desenfreada pela satisfação de suas necessidades tem desencadeado, danos irreparáveis ao meio ambiente. Simultaneamente, se discorrerá, acerca do modo com que os grupos sociais com culturas e etnias diferenciadas foram tratados pelo homem, fazendo-se necessário a criação de mecanismos de proteção contra qualquer forma de discriminação ou tratamento que prejudique os seus modos de viver.

Tanto os grupos sociais com culturas e etnias diferenciadas quanto o meio ambiente são prejudicados pela ação do homem/sociedade, todavia, há uma ínti-

ma e profunda relação de complementariedade e interdependência entre o homem, a natureza e a cultura, havendo a necessidade da adoção de modos sustentáveis de ser viver, para o desenvolvimento e sobrevivência humana.

Posteriormente, serão demonstradas características do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e de seus dois principais órgãos, quais sejam: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Neste contexto, será apresentado o Caso da Comunidade Awas Tingni Vs. Estado da Nicarágua, onde a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu pela primeira vez um caso relacionado a direitos territoriais indígenas, abrindo um importante precedente jurisprudencial internacional, influenciando as Cortes Nacionais a adotarem um posicionamento progressista em relação às disputas por territórios ocupados por povos culturalmente distintos.

## **1. O binômio homem-natureza.**

Durante um longo período, diversos grupos sociais com culturas e etnias diferenciadas “sofreram um processo de exclusão e subordinação, sendo marginalizados ou extintos pelas sociedades nacionais não havendo uma forma de reconhecimento quanto aos seus modos peculiares de viver e de agir” (FERREIRA, 2012, P. 151). Havia uma forte segregação social e todo modo de integração, “era completamente forçado e domina-

do por políticas de assimilação desenvolvidas e promovidas pelos Estados, havendo um enorme impacto no âmbito social desses grupos” (ASSIES, 1999, p. 22).

Isto, ainda é bem visível nos tempos atuais, porém, atualmente grupos sociais, como os índios, por exemplo, dispõem de meios mais abrangentes de proteção contra qualquer forma de discriminação ou tratamento que prejudique os seus modos de viver, dentre eles: as convenções e declarações, leis, tratados e principalmente os textos constitucionais.

Concomitantemente, o Meio Ambiente<sup>1</sup>, que é essencial para a qualidade de vida de toda sociedade, também sofreu grandes impactos ao longo dos anos, uma vez que o homem vem explorando a natureza de forma totalmente irracional e destrutiva, visando satisfazer de forma completamente egoísta, suas necessidades naturais ou artificiais, influenciadas por “forças heterônomas”, ou seja, pelo interesse de grandes empresas, da mídia, e pelo Poder Público. No entendimento de Rodrigo Zouain da Silva:

A espécie humana se multiplicou ao longo do globo terrestre. A necessidade da humanidade por alimentos, moradia, vestuário, trabalho, transporte, agricultura, industrialização e urbanização, subordinou a natureza, renegando-a a segundo plano, priorizando as demandas, imprescindíveis ou não. Assim, a interação do homem com a natureza é paradoxal, uma vez que o homem, ao mesmo tempo em que é um animal que faz parte e integra a natureza, é extrema-

mente dependente dela. Contudo, a ação antrópica passa a transformar a dinâmica natural do meio ambiente em maior intensidade, como um ser social e científico, colocando em risco a existência da natureza e, por consequência lógica, a sua. (SILVA, 2012, p. 59).

Observa-se, que há uma interdependência entre o homem e a natureza, sendo extremamente importante “considerar o individuo parte do ambiente e a influencia do ambiente como parte fundamental do individuo” (FORNASIER, 2012, p. 191).

Todavia, o meio ambiente tem sido visto e tratado como um recurso econômico, havendo uma destruição ambiental do planeta Terra pela sociedade contemporânea.

São vários os exemplos que demonstram a intolerância da natureza diante da forma como vem sendo tratada, atendendo exclusivamente aos anseios humanos, permeados pelo capitalismo. De acordo com Rodrigo Zouain da Silva (2012, p. 60) “a ganância humana faz a natureza reagir, desencadeando vários processos, conhecidos como catástrofes ambientais, destacando-se: a seca, o aquecimento global, a degradação da camada de ozônio, a extinção de várias espécies da fauna e da flora, entre outras”.

Verifica-se que tanto os grupos sociais com culturas e etnias diferenciadas quanto o meio ambiente, vem sendo prejudicados pela ação do homem/sociedade que vêm agindo de maneira totalmente irracional sem considerar os modos peculiares de viver dos gru-

pos sociais diversos e a natureza como algo que deve ser preservado para que as gerações vindouras possam usufruir de um meio ambiente saudável.

Não obstante, nota-se que no caso das comunidades indígenas, a relação entre o homem e o meio ambiente ocorre de maneira totalmente sustentável, uma vez que essas “comunidades dependem diretamente da natureza, ficando evidente que esse meio deve ser preservado, ou utilizado de maneira sustentada, pois se sabe que as próximas gerações tem direito a mesma qualidade de vida” (COSTA, 2013, p. 115).

Natália Bonora Vidrih Ferreira e Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira asseveram que:

Com o surgimento do direito ambiental, a questão da sociodiversidade, atrelada ao aspecto cultural, passa a adquirir novos contornos ensejando uma proteção jurídica que reconhece não só o direito da minoria étnica e culturalmente diferenciada, mas também a necessidade de se proteger a diversidade cultural frente ao direito de toda a sociedade em poder conviver e desfrutar da interação e variedade das formas de se viver. (FERREIRA, 2012, p.153).

Assim, após passar por um processo de opressão e segregação social durante anos, grupos sociais com culturas e etnias diferenciadas, dentre eles, os índios, foram aos poucos, conseguindo a afirmação de boa parte de seus direitos graças “à abertura de espaços de reivindicação proporcionados pela afirmação da de-

mocracia, que possibilitou a expressão de identidades diferenciadas num mesmo cenário nacional” (FERREIRA, 2012, p.153).

Nesse passo, verifica-se que a proteção do meio ambiente é de suma importância para sociedade o qual assegura um conjunto de valores básicos para o desenvolvimento e sobrevivência humana, havendo a existência de uma íntima e profunda relação de complementariedade existente entre natureza e cultura humana.

## **2. O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e as minorias étnicas e nacionais.**

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) enfatiza os direitos dos povos indígenas, em especial os direitos territoriais e o caráter coletivo de suas formas de posse. Ele é composto pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e por seus respectivos órgãos.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) foi fundada em 1948, e se trata de uma instituição regional que congrega várias estruturas de promoção e proteção aos direitos humanos. Diversas áreas da Organização desenvolvem projetos específicos com o objetivo de promover a proteção, o bem-estar e o desenvolvimento dos povos e comunidades indígenas.

A Organização dos Estados Americanos é composta de 35 países das Américas. Os 21 Estados Mem-

bros originais que assinaram em 30 de abril de 1948 a Carta da OEA foram: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Estados Unidos, Uruguai e Venezuela.

Desde então, os seguintes países se juntaram à OEA: Barbados (1967); Trinidad e Tobago (1967); Jamaica (1969); Granada (1975); Suriname (1977); Dominica (1979); Santa Lúcia (1979); Antígua e Barbuda (1981); São Vicente e Granadinas (1981); Bahamas (1982); São Cristóvão e Nevis (1984); Canadá (1990); Belize (1991); e Guiana (1991).

Ainda em 1948, a OEA adotou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e “embora esta seja apenas uma declaração e não um tratado, a OEA considera que todos os seus membros estão politicamente obrigados a cumprir as suas disposições” (SANTILLI, 2008, p. 146).

Foram adotados diversos tratados de direitos humanos desde então, incluindo a Convenção Americana de Direitos Humanos. Referida Convenção foi assinada em San José, na Costa Rica, em 1969, razão pela qual também é conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, porém, apenas entrou em vigor em 1978. Em 1988, a OEA adotou o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como “Protocolo de San Salvador”.

Dessa forma, verifica-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil

em 1992) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem são os principais instrumentos vigentes no Sistema Interamericano dos Direitos Humanos.

Dos 35 Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, somente 25 ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Carlos Fernando Cruz da Silva e Jeferson Antônio Fernandes Bacelar entendem que:

A existência do SIDH não significa obrigatoriedade (vinculação) dos Estados em aceitar a interferência dos seus órgãos. Entretanto, todos os países do continente americano integram a organização, o que lhes constrange, de alguma maneira, a respeitar suas deliberações e encaminhamentos. (SILVA; BACELAR, 2010, p.05).

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) baseia-se, fundamentalmente, no trabalho de dois órgãos: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH “é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas. Sua sede está situada em Washington” (PIOVESAN, 2000, p.89). A Comissão vai “abranger todos os Estados que são partes da OEA e os Estados que são partes do Sistema de Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (CARRACA, 2006). Segundo Deisy Ventura e Raísa Ortiz Cetra (2012, p. 11) “ é por esta

razão que numerosas recomendações são formuladas pela Comissão aos países que não ratificaram a Convenção e tampouco aceitam a jurisdição da Corte”.

Foi criada em 1959 e entrou em vigor em 1960, quando o Conselho da OEA aprovou seu estatuto e elegeu seus primeiros membros.

Desde 1965 a Comissão foi autorizada expressamente a receber e processar denúncias ou petições sobre casos individuais dos quais se alegavam violações aos direitos humanos. “Até 1997 havia recebido várias dezenas de milhares de petições, que se concentrou em mais de 12.000 casos processados ou em fase de processamento” (PIOVESAN, 2000, p. 34).

É composta por sete expertos independentes, que são Eleitos para um mandato de quatro anos pela Assembleia-Geral.

De acordo com Carlos Fernando Cruz da Silva e Jeferson Antônio Fernandes Bacelar (2010, p.07) “a Comissão desempenha diversas funções no SIDH, sobretudo atividades de natureza fiscalizatória”.

Juliana Santilli ensina que:

A Comissão tem, entre as suas atribuições, preparar relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos países americanos e investigar denúncias de violações de direitos humanos, previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (que se aplica a todos os países membros da Organização dos Estados Americanos), e na Convenção Americana de Direitos Humanos (que se aplica apenas aos Estados que a ratificaram). (SANTILLI, 2008, P.146).

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação de normas que consagram direitos humanos.

No SIDH apenas a Comissão Interamericana e os Estados partes podem submeter um caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dessa forma a Comissão analisará quais casos serão submetidos à Corte.

De acordo com Ronaldo Carvas Carraca (2006) os requisitos de admissibilidade para a apreciação de um caso pela Comissão Interamericana são os seguintes:

1. Prévio Esgotamento dos recursos internos com a exceção de: inexistência do devido processo legal, o indivíduo não ter acesso aos recursos da jurisdição interna e demora na justiça inferior. O Estado tem que alegar isso, se não alegar será aceito o processo.
2. Apresentação da petição no prazo de 06 meses a contar da data da decisão definitiva.
3. Inexistência de litispendência no âmbito internacional, não pode ser mandado a dois órgãos diferentes, se estiver correndo em outra corte não tem sentido levá-la para essa Comissão.
4. Não haver realmente uma violação de Direitos Humanos.
5. Não colocar nome e qualificação da parte. (CARRACA, 2006).

Uma vez recebida à petição, a Comissão irá solicitar esclarecimentos ao Governo do Estado denunciado, e, após a manifestação do Estado denunciado, a Comissão deverá realizar um estudo sobre o caso para posteriormente propor uma conciliação entre as partes. Frustrada a tentativa conciliatória a própria Comissão elaborará um relatório sobre o caso, que será enviado ao Estado-parte, com objetivo de propor recomendações. Como explica Piovesan (2011, p. 320): “Durante o período de três meses, o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

Após os 03 meses, a Comissão tem 02 opções: emitir um segundo relatório ou passar o caso a corte. A possibilidade de um segundo relatório ocorre no caso em que um Estado não reconhece a competência da Corte e este segundo relatório tem força vinculante.

Se o Estado reconhece a competência da corte o caso vai diretamente para corte e não há segundo relatório. Caso o Estado-parte seja submetido ao julgamento da Corte poderá ser sancionado pela violação de direitos humanos.

Observa-se, que é obrigatório que o caso passe pela Comissão, sendo uma etapa irrenunciável. “Para que um país possa denunciar outro, ambos, o denunciante e denunciado devem fazer parte da Comissão” (CARRACA, 2006).

Nas palavras de Carlos Fernando Cruz da Silva e Jeferson Antônio Fernandes Bacelar (2010, p.07) “este importante instrumento pode ser funcional à garantia dos bens e recursos dos povos indígenas caso haja o es-

gotamento dos meios nacionais de proteção dos direitos humanos”.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1978. É um órgão autônomo e principal da Organização dos Estados Americanos (OEA), cujas atribuições constam na Carta da OEA e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Atualmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sede em São José, Costa Rica e abriga sete juizes que são nomeados e eleitos para um mandato de seis anos pelos integrantes da Convenção Americana.

Observa-se que conforme disposição do art. 58 da Convenção, “os Estados-Partes da Convenção podem mudar a sede da Corte em Assembleia-Geral, por dois terços dos seus votos”. Ainda, conforme explica Andressa de Sousa e Silva (2006) a “Corte poderá realizar suas reuniões no território de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos em que o considerar conveniente pela maioria dos seus membros e mediante prévia aquiescência do Estado respectivo”.

Elizabeth Strenio (2004) assevera que a Corte somente poderá atender se forem observados os seguintes aspectos:

- a) tenha ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos;
- b) tenha aceitado a jurisdição facultativa da Corte;
- c) caso a Comissão Interamericana tenha completado sua investigação;
- d) quando o caso foi apresentado à Corte ou pela

Comissão ou pelo Estado envolvido no caso dentro de três meses após a promulgação do relatório da Comissão. (STRENIO, 2004).

Verifica-se dessa forma, que a jurisdição da Corte é limitada. A aceitação da jurisdição da Corte Interamericana é opcional, até mesmo para os países membros da Convenção Americana. Nesse sentido, apenas os países que ratificaram a Convenção e aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana podem ser julgados perante a Corte por violações de direitos humanos, caso contrário, a Comissão não poderá levar o caso à corte.

Conforme dito anteriormente, um indivíduo ou peticionário não pode independentemente levar o caso a ser considerado pela Corte devendo ser auxiliado pela Comissão. Os idiomas oficiais da Corte são os mesmos adotados pela OEA, quais sejam o espanhol, português, inglês e o francês.

A Corte exerce competência contenciosa e consultiva. Quanto à função consultiva, qualquer Estado ou Comissão pode consultar a Corte o caso de compatibilidade de uma lei ou não com a Declaração Americana de Direitos Humanos.

A respeito desta função esclarece Flavia Piovesan, nos seguintes termos:

No plano consultivo, qualquer membro da OEA – parte ou não da convenção – pode solicitar o parecer da Corte em relação à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados

americanos. A Corte ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em FAE dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o “controle da convencionalidade das leis”. (PIOVESAN, 2010, p. 323).

Quanto ao exercício de sua função contenciosa, explica Carlos Fernando Cruz da Silva e Jeferson Antônio Fernandes Bacelar (2010, p.08) que a Corte Interamericana “atua como órgão jurisdicional internacional. Esta atividade lhe outorga a competência para analisar possíveis violações, por ato ou omissão dos Estados-parte, das disposições instituídas no Pacto e em outros tratados que possam ser objeto de deste mesmo órgão”.

As deliberações da Corte “são sempre secretas e confidenciais; seus julgamentos e opiniões são publicados. Se a Corte acatar que um direito tenha sido violado, ela irá determinar que o caso seja retificado” (STRENIO, 2004).

Carlos Fernando Cruz da Silva e Jeferson Antônio Fernandes Bacelar ensinam que:

A CIDH, ao se pronunciar sobre o mérito das ações, emitirá sentença decidindo sobre responsabilidade dos Estados por ações comissivas ou omissivas de sua autoria. Havendo culpabilidade do Estado, pela violação de alguma regra de tratado internacional objeto de argüição, será possível determinar a imediata reparação do dano, que poderá consistir em prestação pecuni-

ária e/ou alguma outra obrigação. (SILVA; BACELAR, 2010, p.08).

Verifica-se que a Corte pode determinar indenização para a vítima em caso de danos materiais, danos morais e custos processuais, mas não poderá determinar punição coercitiva.

Nos dizeres de Mario Melo:

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos está demonstrando sua importância como dinamizador do processo de ampliação e aprofundamento da proteção internacional dos direitos humanos, na medida em que suas sentenças, por meio de interpretações evolutivas da Convenção Americana, conseguem estender o significado e o alcance dos direitos nela consagrados, até abarcar de maneira ampla as novas realidades a serem enfrentadas. (MELO, 2006).

Assim, observa-se que a Comissão e a Corte atuam de acordo com as faculdades que lhes foram outorgadas por distintos instrumentos legais, no decorrer da evolução do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Pode-se dizer relativamente ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, que “este possui instâncias sólidas e diversos mecanismos destinados a acompanhar a garantia e respeito aos direitos humanos” (SILVA, 2006).

Fazendo-se uma leitura não restritiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, observa-

se a falta de instrumentos de proteção às populações indígenas. O próprio Sistema Interamericano não chegou a pôr em vigência, até o momento, instrumentos internacionais referentes especificamente aos direitos dos povos indígenas.

Não obstante, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos vem oferecendo proteção às Terras Indígenas e seus recursos naturais, estabelecendo obrigações legais aos Estados. “A proteção do direito à terra dos índios está fundada nos direitos de propriedade, bem-estar físico e integridade cultural reconhecidos na Declaração e na Convenção Americana, e estendidos aos povos indígenas por meio do princípio da não-discriminação” (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL).

As comunidades indígenas capitaneiam uma luta social e política secular para que “os Estados reconheçam o direito aos seus territórios tradicionais, conseguindo com certo grau de êxito a normatização desta garantia em âmbito doméstico em diversos países da América Latina, como: Brasil, Argentina, Colômbia e Bolívia” (LIMA, 2011, p. 307).

Os direitos ao “bem-estar e à integridade cultural dos povos indígenas são interpretados como a conexão entre o direito a terra e aos recursos naturais e as relações sociais de comunidades indígenas culturalmente diferenciadas” (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL).

Nos últimos anos, o mundo tem observado a presença de graves problemas referentes ao modo como a comunidade indígena vem sendo tratada e submetida a processos de dominação, exploração e discriminação

centenários, nas quais, “por ação direta dos Estados ou por sua omissão no cumprimento de suas obrigações para com seus governados, as populações indígenas perderam a vida, a integridade, a identidade, a terra, seus meios de vida e reprodução cultural”(MELO, 2006).

Existem casos de violação desse direito praticados de forma contumaz em determinados países. Diante dessas situações, a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos foram requeridas a atuar em várias oportunidades durante os últimos anos, para que por meio de jurisprudência, os direitos consagrados na Convenção Americana sejam dotados de um sentido e um alcance que permitam oferecer uma proteção especial às comunidades indígenas.

De acordo com o Instituto Socioambiental, os dispositivos do Sistema Interamericano impulsionaram Estados como Nicarágua, Belize e Paraguai a adequarem suas legislações sobre direitos indígenas e influenciaram as Cortes Nacionais a adotarem um posicionamento progressista em relação às disputas por territórios ocupados por povos culturalmente distintos.

Observa-se que os direitos das comunidades indígenas vêm sendo matéria de interesse do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e a Corte Interamericana já solucionou vários casos que, envolvendo esses direitos, desenvolveram linhas jurisprudenciais que implicaram avanços significativos em vários sentidos, devendo ser verificados por toda sociedade. Assim, com base nestes avanços, o Brasil tem a chance de

dar um passo adiante nos casos que aguardam decisão do Supremo Tribunal Federal.

2.1. *O Caso da Comunidade Awas Tingni  
Vs. Estado da Nicarágua na Corte  
Interamericana de Direitos Humanos.*

Os povos indígenas das Américas “são grupos sociais culturalmente diferenciados que mantêm um vínculo ancestral com as terras onde vivem ou desejam viver” (COSTA, 2013), e nesse sentido se desenvolveu a decisão entre a Comunidade Awas Tingi Vs. Nicarágua proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em 31 de Agosto de 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão inédita e paradigmática no reconhecimento de direitos indígenas e ambientais.

Foi o primeiro caso decidido pela Corte acerca de direitos territoriais indígenas, e “abriu um importante precedente jurisprudencial internacional para o reconhecimento dos direitos de todos os povos indígenas americanos” (SANTILLI, 2008, p. 148).

A comunidade Awas Tingni localiza-se nas Regiões Autônomas do Atlântico Norte (RAAN), no Estado da Nicarágua, América Central e conta com uma população de aproximadamente 150 famílias, ou 1.016 indivíduos.

O caso se originou porque o Estado da Nicarágua, representado por seu ministro do Ambiente e Recursos Naturais (MARENA), outorgou uma concessão à em-

presa Sol Del Caribe S.A (SOLCARSA) “para explorar madeira em terras da comunidade indígena sem autorização desta, como preconiza a própria Constituição do Estado, em seu artigo” 181 (COSTA, 2013, p.104).

Observa-se que antes de denunciar o caso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, procurou-se resolver o problema na seara administrativa através de um pedido de titulação de suas terras, sendo esgotadas dessa todas as vias administrativas, não havendo quaisquer respostas por parte do Estado à comunidade indígena.

Não se conformando com a ausência de respostas por parte das autoridades administrativas, com muita dificuldade, foi interposto o único recurso possível, que é o de amparo, perante o Tribunal de Apelação, em 12 de setembro de 1995. Apesar, de ser estabelecido o prazo de 05 dias para que o Tribunal decida se aceita ou nega passar o caso a Corte Suprema de Justiça, e esta decidir em 45 dias, a decisão, veio somente após 02 anos, sem corresponder com os anseios da comunidade Awas Tingni, com a justificativa de que a comunidade não havia esgotado todos os recursos internos anteriores ao recurso.

Assim, o caso chegou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que fez recomendações ao Estado para estabelecer mecanismos de demarcação da propriedade indígena.

Ensina Antônio Augusto Cançado Trindade (1997) que as Organizações dos Estados Americanos “primam pelo principio da não intervenção, e só agem de forma contrária, quando, comprovadamente, o pe-

ticionário não encontra mais recursos para resolver a causa no país de origem”.

O Estado da Nicarágua sustentou em vários momentos que não foram esgotados todos os recursos disponíveis, no entanto, deveria citar quais os recursos que não foram utilizados e isso não foi realizado em nenhum momento.

O caso indígena foi aceito pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por ter entendido que a comunidade, em defesa de suas terras, ingressou com todos os recursos, internos do país, cabíveis para tanto (COSTA, 2013, p.103).

Desta forma, a Comissão em 28 de maio de 1998 apresentou o caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos em virtude da omissão do governo nicaraguense em promover medidas efetivas para proteger os direitos territoriais dos índios Awas Tingni e de outras comunidades indígenas, tornando-os vulneráveis a violações.

A Corte cumpriu as devidas formalidades oferecendo prazos para Contestação e nomeação de representantes ao Estado da Nicarágua. Este por sua vez, alegou a incompetência da Corte, o que não foi aceito, persistindo a demanda.

Beatriz Souza Costa faz a seguinte consideração:

Uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos é o acesso, pelos indivíduos, as instancias internacionais, dando alento aos direitos não cumpridos por seus próprios Estados. Inquestionável, nesse caso, que a

indivisibilidade dos direitos humanos é fator preponderante, pois são questionados direitos econômicos e sociais de uma Comunidade que é a minoria. (COSTA, 2013, p. 111).

Após analisar todas as provas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos com base no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, reconheceu o caráter coletivo do direito à terra dos índios do povo Awas Tingni, bem como a intrínseca relação entre a terra, a cultura e a espiritualidade daquele povo. Juliana Santilli reconhece que:

A decisão estabelece também um precedente importante do ponto de vista socioambiental e do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas aos recursos naturais existentes em seus territórios tradicionais, privilegiando a interface entre direitos culturais e ambientais. A sobrevivência física e cultural dos Awas Tingni estava ameaçada pela decisão do governo da Nicarágua de conceder a empresas madeireiras concessões de longo prazo para exploração de madeira dentro do seu território. (SANTILLI, 2008, P.146).

A decisão da Corte expressou acertadamente, a compreensão de que a reprodução física e cultural dos povos indígenas só é possível por meio da proteção dos recursos ambientais existentes em seus territórios. A relação dos povos indígenas com a natureza é determi-

nada por seus padrões culturais, estando intimamente associadas a diversidade biológica e a diversidade cultural.

Assim, segundo a decisão da Corte:

Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo mas em uma comunidade. Os indígenas têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobre vivência econômica. Para as comunidades indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plena mente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras. (INDIAN LAW RESOURCE CENTER, 2001).

Com isso, a Corte Interamericana determinou ao governo da Nicarágua que estabeleça mecanismos legais para demarcar os territórios indígenas da Nicarágua, especialmente da comunidade Awa Tingni, e de outras comunidades que vivem na costa atlântica. Condenou ainda a Nicarágua a pagar US\$ 50 mil aos índios Awas Tingni, a título de indenização, além de US\$ 30 mil para cobrir custas processuais e honorários.

Verifica-se que os direitos territoriais e de recursos naturais de comunidades indígenas têm sido reiteradamente reafirmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em outros casos que tratam do assunto.

A jurisprudência da Corte abarca todos os países que tenham concordado a serem regidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Também neste sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos têm afirmado constantemente que a integridade das culturas indígenas inclui aspectos de sua organização social e produtiva. “Além disso, têm destacado também a necessidade de os Estados providenciarem “medidas especiais legais de proteção” às Terras Indígenas para a preservação de suas identidades culturais” (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL).

## Conclusão

A partir da elaboração deste artigo, foi possível observar as diversas transformações pelas quais as comunidades indígenas, assim consideradas como grupos sociais com culturas e etnia diferenciadas, passaram ao longo dos anos, ora sofrendo limitações, sendo marginalizadas e extintas pelas sociedades nacionais não havendo uma forma de reconhecimento quanto aos seus modos peculiares de viver, ora garantido papel de destaque, com o surgimento de meios abrangentes de proteção contra qualquer forma de discriminação ou tratamento que prejudique os seus modos de viver,

dentre eles: as convenções e declarações, leis, tratados e principalmente os textos constitucionais.

O Meio Ambiente que é essencial para a qualidade de vida de toda sociedade, também sofreu grandes impactos ao longo dos anos provocados pela ação do homem, e veio a assumir uma posição de destaque somente após o desencadeamento de catástrofes ambientais e a criação de mecanismos e legislações internas e internacionais.

Não obstante, nota-se que no caso das comunidades indígenas, a relação entre o homem e o meio ambiente ocorre de maneira totalmente sustentável, pois uma vez que as comunidades dependem diretamente da natureza para sua sobrevivência há uma preocupação com as presentes e as futuras gerações.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) enfatiza os direitos dos povos indígenas, em especial os direitos territoriais e o caráter coletivo de suas formas de posse. Assim, em 31 de Agosto de 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão inédita e paradigmática no reconhecimento de direitos indígenas e ambientais, após uma longa batalha judicial entre a comunidade *Awas Tingni Vs* e o Estado da Nicarágua que havia outorgado uma concessão à empresa *Sol Del Caribe S.A (SOLCARSA)* para a exploração de madeira em terras da comunidade indígena sem a autorização desta.

Decisão acertada da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que reconheceu a relação entre a terra, à cultura e a espiritualidade destes povos indígenas, respeitando-se seus direitos de propriedade e suas ancestralidades.

Com isso, os direitos territoriais e de recursos naturais de comunidades indígenas têm sido reiteradamente reafirmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em outros casos que tratam do assunto, todavia, apesar dos significativos avanços alcançados, como o reconhecimento de direitos territoriais indígenas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a inclusão do meio ambiente dentre os direitos inerentes ao ser humano, de modo geral, a busca pela proteção destes povos ainda se mostra incipiente havendo a necessidade de atuação conjunta de diversos órgãos e principalmente da sociedade na proteção dos direitos socioambientais.

## Nota

- 1 Segundo José Afonso da Silva “a palavra ambiente indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra meio” (2010, p.17). Tem-se dessa forma que o ambiente constitui um bloco de elementos naturais e culturais, cuja interação influencia e condiciona o meio em que se vive, merecendo grande destaque a palavra “meio ambiente” pela conexão de valores que ela exprime. Para tanto, José Afonso da Silva conceitua o meio ambiente como “a interação do conjunto de elementos, naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (2010, p.18).

## Referências

ASSIES, Willem. **Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina**. In: ASSIES, Willem; VAN DER HAAR, Gemma; HOEKEMA, André (Eds.) *El reto de la diversidad*. México: Colégio de Michoacán, 1999, p. 22.

- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA**. Nota à imprensa nº 142. Brasília, 05 de abril de 2011. Disponível em <www.itamaraty.gov.br> Acesso em 15 fev. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARLI, Vilma Maria Inocêncio. **A obrigação legal de preservar o meio ambiente**. 2. Ed. Campinas, São Paulo: Servanda Editora, 2012.
- CARRACA, Ronaldo Carvas. **O Sistema Interamericano: A Comissão e a Corte Interamericanas do Direitos Humanos**. 2006. Disponível em < [http://academico.direitorio.fgv.br/wiki/SistemaInteramericano:\\_a\\_Comiss%C3%A3o\\_e\\_a\\_Corte\\_Interamericanas\\_de\\_Direitos\\_Humanos.](http://academico.direitorio.fgv.br/wiki/SistemaInteramericano:_a_Comiss%C3%A3o_e_a_Corte_Interamericanas_de_Direitos_Humanos.) > Acesso em 17 fev. 2014.
- COSTA, Beatriz Souza. **Meio Ambiente como direito a vida: Brasil, Portugal e Espanha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- FERREIRA, Natália Bonora Vidrih; FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrih. **A proteção à sociodiversidade sob a perspectiva do direito ambiental**. Belo Horizonte: Revista Veredas do Direito, v.9, n.18, p.151-167, Julho/Dezembro de 2012.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira. Consumismo e a nova ética ambiental: uma conflituosa relação. Belo Horizonte: Revista Veredas do Direito, v.9, n.18, p.189-208, Jul./Dez. 2012.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. O Sistema Interamericano do Direitos Humanos. Disponível em <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/o-sistema-interamericano-do-direitos-humanos>> Acesso em 02 mar. 2014.
- LIMA, Vitorelli Edilson. **Estatuto do índio: lei nº 6.001/1973**. Salvador: Juspodvim, 2011.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. Ed. Malheiros: São Paulo, 2013, p 59-142.
- MELO, Mario. **Últimos avanços na Justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista Internacional de Direitos Humanos, vol.3, n.4 Jun. 2006.
- OLIVEIRA, Ana Raquel Arca de Oliveira. **O direito e a defesa do meio ambiente: da degradação ambiental aos esforços de construção do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Testonovo, 2006.
- PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **Direitos Humanos e o Direito**

- Constitucional Internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- RÁDIO CÂMARA. **Maria do Rosário critica decisão da OEA de pedir suspensão do processo de licenciamento de Belo Monte**. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/radio/#>>Acesso em 26 fev. 2014.
- ROCHA, Tiago do Amaral. QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. **O meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana**. Disponível em:< [http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10795&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10795&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 26 fev. 2014.
- SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.
- SANTILLI, Juliana. **As minorias étnicas e nacionais e os sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção dos Direitos Humanos**. Brasília: Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 1, p. 137-151, jun.2008.
- SENER, Flavia. **Sustentabilidade e Direitos Humanos**. 01 abr. 2010. Disponível em:< <http://www.webartigos.com/artigos/sustentabilidade-e-direitos-humanos/35362/>>. Acesso em 06 mar. 2014.
- SILVA, Andressa de Sousa e. **A Corte Interamericana de direitos humanos**. Brasília: Revista Jurídica, v.8, n.79, jun./jul. 2006.
- SILVA, Carlos Fernando Cruz da; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes. **A Tutela jurídica dos direitos indígenas e o Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos sob a ótica da teoria crítica de Joaquín Herrera Flores**. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d72310edc006dad>>Acesso em 12 fev. 2014.
- SILVA, José Afonso da Silva. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, I capítulo.
- SILVA, Rodrigo Zouain da. **Os desafios do direito ambiental no limiar do século XXI diante da ineficácia do sistema jurídico ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Revista Veredas do Direito, v.9, n.18, p.57-87, Julho/Dezembro de 2012.
- STRENIO, Elizabeth. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em < [http://www.hrea.org/index.php?doc\\_id=509](http://www.hrea.org/index.php?doc_id=509)>Acesso em 20 fev. 2014.
- THEIS, Ivo M. **Desenvolvimento, meio ambiente, Território: qual**

**sustentabilidade?** In: Desenvolvimento em questão. Revista do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ano 1, n. 1 (jan./jun. 2003). Ijuí: Ed. Unijui, 2003. v. 8. Jul/dez. 2006, p. 13-34.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos**

**direitos humanos**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1997. 3 v. Disponível em <[http://www.oas.org/pt/estados\\_membros/default.asp](http://www.oas.org/pt/estados_membros/default.asp)> Acesso em 01 fev. 2014.

# A “Crise Financeira”, a Sustentabilidade e o Capitalismo Democrático

## *The Financial Crisis, the Sustainability and Democratic Capitalism*

Artigo recebido em 08/04/2014.

Revisado em 02/05/2014.

Aceito para publicação em 02/06/2014.

## **Patrícia Elias Vieira**

Doutoranda do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – CPCJ do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pelo Centro de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – CPCJ do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. Professora da Universidade do Vale do Itajaí.

## **Newton Cesar Pilau**

Doutorando do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – CPCJ do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Político pela Universidade do Rio dos Sinos - UNISINOS. Advogado. Professor do Curso da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

## **Resumo**

O presente estudo tem por objeto o devir da sustentabilidade como paradigma da Pós-Modernidade na superação da “crise financeira” através da democratização do capitalismo. Foi acionada a pesquisa pelo método indutivo. E, inicia-se da introdução do tema seguida de considerações sobre a análise da sustentabilidade como paradigma da pós-modernidade, a seguir trata-se da “cultura-mundo” e a “crise” da Modernidade e, para terminar aborda-se a “crise” financeira: do neoliberalismo global ao capitalismo democrático global, seguindo-se com as considerações finais da autora da pesquisa.

## Palavras-chave

Sustentabilidade; “Cultura-Mundo”; Capitalismo democrático global.

## Abstract

The present study aims the becoming of the paradigm of sustainability and Post-Modernity in overcoming of the “financial crisis” by democratizing capitalism. It started by the inductive research and it begins with the introduction of the topic followed by considerations on the analysis of sustainability as a paradigm of postmodernity, then “world-culture” and the “crisis” of modernity and, finally addresses the financial crisis: the neoliberal global capitalism global democratic, followed up with the final remarks of the author.

## Keywords

Sustainability. “Culture-World”. Democratic Global Capitalism.

## Sumário

Introdução. 1. A sustentabilidade como paradigma da pós-modernidade. 2. A “Cultura-Mundo” e

a “Crise” da modernidade. 3. A “Crise” financeira: do neoliberalismo global ao capitalismo democrático global. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

O objeto<sup>1</sup> da pesquisa é o devir da sustentabilidade como paradigma da Pós-Modernidade na superação da “crise financeira” através da democratização do capitalismo. E, o objetivo<sup>2</sup> é investigar de que modo a “cultura-mundo” e a “crise da Modernidade” pode contribuir para buscar um método político-econômico ajustado à sustentabilidade na transformação do neoliberalismo global para superação da “crise” financeira.

O pluralismo cultural, a multiplicidade de fontes, a complexidade das relações jurídicas que transcendem os interesses, a facilitação da comunicação e da comunicabilidade entre as pessoas, a velocidade e a abundância de informações à disposição da coletividade, o crescimento demográfico, a mudança estrutural do trabalho, o desenvolvimento tecnológico, o método político-econômico neoliberal global e a sustentabilidade como paradigma da Pós-Modernidade são alguns dos fatores que modificaram a Sociedade contemporânea, a partir de meados do século XX, e por consequência exigem novas formas de pensar e agir o Direito, os Saberes e o Poder.

Fala-se em “crise” da Modernidade; mas na realidade vive-se um momento de adaptação à nova realidade advinda da globalização, ou, “cultura-mundo”

que permeia os anseios da Sociedade contemporânea. Trata-se do término do momento histórico identificado como Estado Moderno e do início de outro denominado Estado Contemporâneo, ou, Pós-Moderno.

Pretende-se contribuir para a reflexão do “dever ser” da Governança e Sustentabilidade na Pós-Modernidade como forma de transformar e superar a “crise” financeira e a forma de agir individual e social dos seres humanos no aspecto econômico em tempos de “cultura-mundo”, sem, entretanto esgotar o tema.

As categorias operacionais ou termos estratégicos utilizados e seus conceitos operacionais serão esboçados no desenvolvimento da pesquisa.

A investigação, o tratamento de dados e o relato da pesquisa segue o método indutivo<sup>3</sup> acionado com auxílio das técnicas do referente<sup>4</sup>, da categoria<sup>5</sup>, do conceito operacional<sup>6</sup> e da pesquisa bibliográfica<sup>7</sup>.

A seguir, tratar-se-á da sustentabilidade como paradigma da Pós-Modernidade.

## **1. A sustentabilidade como paradigma da pós-modernidade.**

O ajuste entre Direito e Economia na Pós-Modernidade prescreve a necessidade do jurista e do economista pensar as relações jurídicas sob a ótica da sustentabilidade. E, impõe que a Governança também se ajuste a este pensar e agir.

A análise do contexto jurídico global constitui, hoje, um ponto de partida comum e imprescindível, o

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A “Crise Financeira”, a Sustentabilidade e o Capitalismo Democrático - pp. 481-515

VIEIRA P. E. / PILAU N. C.

qual toda a pesquisa jurídica é forçada a enfrentar; a necessidade de trabalhar novos paradigmas. Tal exigência metodológica e axiológica é, contemporaneamente, causa e consequência da progressiva perda de centralidade dos sistemas jurídicos estatais na regulação das relações, seja do direito público seja do direito privado explicam Maurizio Oliviero e Paulo Márcio Cruz<sup>8</sup>.

A Pós-Modernidade exige a mudança dos valores individuais e sociais. Valores que permitam a harmonização da sobrevivência digna do ser humano em ambiente saudável. Valores que poderão ser alcançados através do paradigma da sustentabilidade.

Em tempos de “cultura-mundo” deve-se falar numa política de integração entre as nações. Integração que deve suprir as necessidades de todos os países, embora estejam em fases de desenvolvimento diferentes. Integração que não deve se sobrepor ao nacionalismo, deve se ajustar a ele; pois o excesso de nacionalismo estremece a integração cultural entre os países.

A sustentabilidade é o novo paradigma da humanidade na pós-modernidade. Supõe introduzir as trocas necessárias para construir uma sociedade global capaz de perpetuar-se indefinidamente em tempo e condições dignas de garantia das suas necessidades vitais e artificiais. Não há como pensar a sustentabilidade parcial, de uma ou algumas nações, ou em Estado-nação sustentável. Para se falar em sustentabilidade deve-se pensar na humanidade e não nas nações individualmente.

O termo “necessidades artificiais ou intelectuais” acima identificado é citado por Gabriel Real Fer-

rer<sup>9</sup>. Enquanto que as necessidades vitais são entendidas como as necessidades biológicas do ser humano.

As “necessidades artificiais” dos seres humanos podem ser exemplificadas como sendo o conhecimento, a informação, o trabalho, o deslocamento rápido, entre outros.

Os seres humanos devem atender as próprias necessidades, sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem as suas próprias, conforme o Relatório Brundtland, ou documento “Nosso Futuro Comum” apresentado na Assembleia Geral da ONU em 1987. Tal documento originou o conceito de sustentabilidade como sendo a ação em que a elaboração de um produto ou desenvolvimento de um processo não deve comprometer as suas fontes, garantindo a reprodução de seus meios; conforme José Henrique Faria<sup>10</sup>.

A exploração dos recursos naturais, os investimentos e o desenvolvimento tecnológico adquiririam um sentido harmonioso na construção de um futuro justo, seguro e próspero, segundo Dalia Maimon<sup>11</sup>. Este raciocínio deve repercutir no comportamento individual e social a fim de buscar o desempenho ambiental na produção, gestão e distribuição do produtos de modo eficiente.

Anote-se que sustentabilidade e desenvolvimento sustentável são concepções diferentes. O desenvolvimento sustentável consiste na limitação, ou seja, na regulamentação da sustentabilidade, enquanto a sustentabilidade consiste nas trocas de comportamentos necessárias a sobrevivência da humanidade e do

meio ambiente, flexibilizando as noções de globalização e não globalização, crescimento ou decrescimento, desenvolvimento ou involução, conservação ou transformação.

Gabriel Real Ferrer<sup>12</sup>, esclarece:

Recapitulando en esta dicotomía, en la noción de **Desarrollo Sostenible**, la sostenibilidad opera negativamente, se entiende como un límite: hay que desarrollarse (lo que implica conceptualmente crecer) pero de una determinada manera. Sin embargo, la **Sostenibilidad** es una noción positiva y altamente proactiva que supone la introducción de los cambios necesarios para que la sociedad planetaria, constituida por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo. Sin prejuzgar si debe o no haber desarrollo (crecimiento), ni donde sí o donde no. En este sentido, uno de los rasgos esenciales de la sostenibilidad, y de las acciones que persiguen este objetivo, es la flexibilidad. (...) En el discurso dominante, muy propio de algunos sectores interesados en consolidar una determinada interpretación del desarrollo sostenible, lo que se nos plantea son una serie de opciones, aparentemente inexorables. O nos desarrollamos o volvemos a las cavernas. Pero esto no es así, con toda seguridad va a resultar preciso, a la vez, globalizar y desglobalizar, crecer y decrecer, desarrollar e involucionar, conservar y transformar.

Assim, a sustentabilidade na acepção positiva e proativa do termo é comportamento que se enfeixa em quatro partes a ambiental que assegura a sobrevivência dos sistemas naturais; a social que cria a nova arquitetura social, governança, inclusão e justiça social; a econômica que busca o equilíbrio entre a criação e a destruição da natureza e da distribuição de capital e; a tecnológica, a qual coloca a ciência e tecnologia a serviço de seu objetivo.

Este comportamento depende do câmbio cultural que pode ser entendido como o ponto de equilíbrio entre os paradigmas da liberdade e igualdade; baluartes do Estado Moderno.

Nas palavras de Carlos Josaphat<sup>13</sup>, a humanidade está vivendo uma nova fase de renascimento da esperança. Uma fase de integração de toda a família humana influenciada por fatores que, ao mesmo tempo em que favorecem a universalização dos valores fundamentais consubstanciados numa ética universal, são utilizados também para a expansão de privilégios injustos e ofensivos à dignidade humana.

E, como paradigma da humanidade, não há como falar em viabilidade da sustentabilidade sem pensar em um mínimo de dignidade do ser humano. Sustentabilidade como paradigma de aproximação dos diferentes valores culturais, a fim de permitir a sobrevivência digna do ser humano na natureza.

Para alcançar este valor ético da dignidade da pessoa humana e o paradigma da sustentabilidade será necessário o diálogo entre os diferentes saberes, a fim de ajustar a lei e o poder à realidade atual.

A preocupação de visualizar a sustentabilidade na implementação de valores culturais que garante a dignidade do ser humano e a infinitude da natureza se justifica porque quem dita as regras econômicas na contemporaneidade não é o Estado, mas sim o mercado.

Vivemos um momento em que as pessoas de todas as classes sociais têm acesso mais rápido e fácil ao crédito e, por via de consequência ao consumo. Essa acessibilidade facilidade exige que o Estado intervenha diretamente no mercado. Eros Roberto Grau<sup>14</sup> esclarece:

O bom funcionamento de uma economia de mercado depende de regras estáveis. [...] Para tanto - conclui -, as forças econômicas que se manifestam na economia globalizada devem ser orientadas, o que exige governos responsáveis, determinados a agir com voluntarismo, instituições multilaterais legítimas e transparentes que respeitem os direitos de todos os Estados. Assim a comunidade internacional poderá organizar a mundialização segundo e conforme o Direito e a Justiça. [...] Dizendo-o de outro modo: é necessário que o Estado se empenhe na defesa do capitalismo contra os capitalistas.

A regulamentação do Direito para adequar a atuação do Estado no processo econômico é essencial para a sobrevivência harmônica entre Estado e Sociedade, visto que a economia exige a intervenção do Estado segundo as regras de mercado.

Esclarece ainda Eros Roberto Grau que “(...) a globalização afeta imediatamente a economia e, pois, o mercado. (...) O mercado é uma *instituição jurídica*.(...)”<sup>15</sup>. E, acrescenta:

[...]a exigência de um sistema de normas jurídicas uniformes e de um sistema de decisões políticas integrado em relação a determinado território é essencial para o funcionamento e o desenvolvimento dos mercados, ou, de modo mais geral, da sociedade civil, isto é, da coletividade que participa da distribuição dos bens e das oportunidades que nascem dos mercados.<sup>16</sup>

Estamos sob o comércio das corporações regido pelas leis de mercado. Mas conforme Carlos Josaphat<sup>17</sup>, apesar das resistências e das simulações mais ou menos sofisticadas, como a ideia de uma globalização aética, que seria decorrência inevitável das “leis de mercado” e de um insuperável “relativismo ético”, vem crescendo no mundo todo, a consciência da supremacia necessária dos valores éticos, pautados na defesa da dignidade humana, universalmente concebida.

Ainda na perspectiva econômica, segundo Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar<sup>18</sup>, hoje também há plena conscientização da importância da consolidação da sustentabilidade. Isso porque a base da produção depende necessariamente do sistema natural, ou seja, do que é gerado pela natureza e, em especial, a energia. A sustentabilidade importa em transformação social, sendo conceito integrador e unificante, isso implica na celebração da unidade homem/natureza, na origem e no destino comum. O que pressupõe um novo para-

digma, portanto. Embora o conteúdo do princípio da sustentabilidade esteja historicamente direcionado às bases da produção nos modelos capitalistas liberais, esta noção deve ser ampliada para que os beneficiários do desenvolvimento sejam todos aqueles componentes bióticos e abióticos que garantirão a vida em plenitude, inclusive para as futuras gerações. A preocupação da geração atual não deve ser a de apenas garantir às futuras gerações a mesma quantidade de bens e recursos ambientais. A insuficiência deste objetivo é evidente. Isso porque o capitalismo sem controle e as precárias condições de vida de muitos seres humanos geraram um desenvolvimento historicamente insustentável e já levaram a atual geração a uma situação de crise pela clara limitação de muitos bens primordiais para a vida plena. Assim, é fundamental que toda a inteligência coletiva e que todo o conhecimento científico acumulado estejam também a serviço da melhora das condições de toda a comunidade de vida futura e não apenas a serviço do ser humano.

Assim, importante investigar a “cultura-mundo” e a crise da Modernidade como cultura e meio para possibilitar o câmbio do modo de pensar e agir da sociedade, a fim de alcançar o paradigma da Sustentabilidade.

## **2. A “Cultura-Mundo” e a “Crise” da modernidade.**

A globalização ou “cultura-mundo” modificou a realidade social e individual da civilização. O ser

humano passou de cidadão nacional para cidadão do mundo. Mas esta integração de valores transnacionais não gera perspectivas de paz duradoura, também não elimina a violência entre as pessoas. O fenômeno da globalização trouxe a possibilidade de integração cultural, mas esta integração não se consolidará de modo eficaz sobre as bases dos paradigmas individualistas do Estado Moderno.

As relações humanas que identificam a contemporaneidade são muito diferentes das que se concretizavam sob o Estado moderno. As facilidades da globalização, a coexistência do multiculturalismo e o processo econômico global são apenas alguns dos fatores que exigem a mudança do pensar e agir na pós-modernidade.

Esta necessária mudança do pensar e agir coloca em “crise” o Estado, a Democracia, a Economia e o Contrato. É a “crise” da modernidade que se espraia por todas as searas da vida individual e social. Fala-se em “crise” do Estado, em “crise” do Contrato; mas na realidade vive-se um momento de adaptação aos novos anseios da Sociedade contemporânea, e não de superação desses institutos. Trata-se do término do momento histórico identificado como Estado Moderno e do início de outro denominado Estado Contemporâneo ou pós-Moderno.

Por exemplo, a tecnologia e a ciência que poderiam ser ferramentas utilizadas para minimizar o desequilíbrio social e os danos ambientais parecem estar adormecidas no embalado da economia. Parece que estamos vivendo o século XXI com a consciência do sécu-

lo XIX. Como descrevem Gabriel Real Ferrer e Paulo Márcio Cruz: a Sociedade Mundial está carente de um *upgrade* civilizatório, um avanço para um mundo solidário e humanizado, desapegado do individualismo, pois o mundo atual é complexo demais para seus obsoletos paradigmas teóricos.”<sup>19</sup>

Nas palavras de Edgar Morin<sup>20</sup>, citando Ortega y Gasset: “Não sabemos o que se passa e isso é o que se passa.” Esta constatação é feita por cada ser humano que se organiza em movimentos sociais sem lideranças partidárias “levantando bandeiras” contrárias à corrupção e a forma de governança que não se mostra eficaz para a população. Movimentos organizados através das comunidades sociais que deixam clara a unificação das pessoas com um mesmo propósito: a insatisfação.

Esta insatisfação, refletindo-se sobre o pensamento de Luiz Alberto Warat<sup>21</sup> é manifestação da “crise” da Democracia, que é resultado da crise da modernidade. “Crise” que surge das novas necessidades dos seres humanos, e, portanto, da urgência de serem substituídos os velhos valores, em decorrência de novas práticas e significados nas relações entre os indivíduos com o poder, a dominação e a própria autonomia dos seres humanos. “Crise” que é resultado da alienação da lei, do saber e do poder à realidade social. “Crise” que se dá pela impossibilidade de projetar o futuro do ser humano e da sociedade.

A superação da “crise” da democracia depende de um processo de constituição multicultural, de desenvolver novas sensibilidades para o imaginário político e do Direito, desapegado do passado a fim de

permitir que o futuro possa desenhar um novo olhar jurídico e político, permitindo-se a criação de espaços fora dos limites de poder estabelecidos e fora dos lugares fechados em que se exercita e produz institucionalmente o imaginário social. É preciso que se reformule o atual sistema de necessidades sociais e que se executem novas formas de pensar e agir, conforme Luiz Alberto Warat<sup>22</sup>.

E projetar o futuro, não é tarefa fácil; pois conforme Edgar Morin<sup>23</sup> o conhecimento parece estar desorientado pela rapidez das mudanças e pela complexidade da globalização e suas inter-retroações entre processos econômicos, sociais, demográficos, políticos, ideológicos, religiosos, entre outros. E, no mundo ocidentalizado as pessoas preferem fragmentar problemas fundamentais e globais que demandam um conhecimento transdisciplinar; portanto o que nos desorienta muitas vezes não é a ignorância, mas sim o próprio conhecimento.

A globalização trouxe novas necessidades, novas formas de pensar e agir ao ser humano integrando-se na cultura da civilização, a “cultura-mundo”. Conforme Gilles Lipovestky e Hervé Juvim<sup>24</sup> a globalização coincide com um regime inédito de cultura, com novos valores e, por assim dizer a própria globalização é uma cultura, uma espécie de hipercultura transnacional, denominada de “cultura-mundo”. E, a “cultura-mundo” consagra as grandes ideologias ou correntes de pensamento de essência cosmopolita: a ecologia e os direitos humanos. A produção se opõe a tecnologia reflexiva e ecológica que deve ter em conta a dimensão integral do

planeta, impondo-se a ideologia dos direitos humanos como valor central.

A mundialização ou “cultura-mundo” para Carlos Josaphat<sup>25</sup> se encontra na ponta do progresso técnico-científico, acumulando os efeitos das etapas anteriores de desenvolvimento mundial. Ela atinge hoje todos os setores da civilização, acentuando o predomínio da universalização racional das redes da produção, da comunicação e dos serviços. Assim se constituem os sistemas, que em si não designam algo de negativo, mas se definem e afirmam como formas racionais de organização, bem adaptadas e eficazes, unindo e dispondo os elementos e forças produtivas e de serviços sociais no mundo tecnológico. Especialmente, os sistemas de produção e de comunicação atingem o mais alto nível de organização e eficácia, constituindo a força e o cérebro da sociedade industrial, que avança como um grande sistema tecido de sistemas de grande, médio e pequeno portes. Eles são tanto mais fortes e fecundos do que os que se apresentavam no Estado Moderno, são bem organizados em si mesmos e mais bem entrosados com os outros sistemas. Esses sistemas ou formas racionais de organização precisam de um paradigma que torne suas ações humanizadas e solidárias.

Portanto, o surgimento de uma nova forma de pensar e agir individual e social deve vir solidária e humanizada; desapegada do individualismo, significando um verdadeiro *upgrade* civilizatório.

A troca dos valores e paradigma do Estado Moderno para o Estado Pós-Moderno é o grande desafio da atualidade.

### 3. A “Crise” financeira: do neoliberalismo global ao capitalismo democrático global.

A “crise” também se espalha na seara econômica, especialmente desde 2008. Os mecanismos que vem sendo adotados desde então servem para garantir maior controle financeiro, mais segurança ao sistema e aos operadores. Fato é que a raiz do problema se encontra no modo de entender as relações econômicas baseadas no interesse individual ou corporativo exclusivo da busca pelo lucro; e esta continua congelada no tempo e no espaço.

Para Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar<sup>26</sup>, a globalização das finanças definitivamente não se transformou num movimento solidário e republicano. Ainda que o “tsunami” financeiro, de modo imediato, haja afetado diretamente um bom número de operadores econômicos que basearam suas atividades e expectativas de benefício em movimentos especulativos, é certo que tal “onda” está atingindo setores essenciais da economia real. Esse fato alterou de maneira muito negativa o modo de vida e a possibilidade de desenvolvimento pessoal e social de centenas de milhões de pessoas no planeta. Entre outros efeitos, a crise financeira gerou demissões e poderá implicar em 20 milhões de pessoas desempregadas em todo o mundo até meados da segunda década do Século XXI, conforme afirmou o diretor geral da OIT (Organização Internacional do Trabalho), Juan Somavía, em uma entrevista coletiva à imprensa.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A “Crise Financeira”, a Sustentabilidade e o Capitalismo Democrático - pp. 481-515  
VIEIRA P. E. / PILAU N. C.

A análise do Estado Democrático de Direito sob o olhar do Garantismo Jurídico está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, como sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, descolados de uma compreensão essencialista para Alexandre Moraes da Rosa<sup>27</sup>.

As regras legais, segundo o Direito, estão adequadas aos novos anseios da Pós-Modernidade. Entretanto, sob a perspectiva da Economia não se observa esta perspectiva otimista. Existem lacunas que precisam ser supridas e até que assim sejam, prevalece na prática o interesse patrimonial alimentado pelo consumismo.

Sabine Schlemmer-Schulte<sup>28</sup> afirma que sob a ótica do Direito as regras existentes da política monetária internacional, financeira, comercial e de investimentos garantem a igualdade formal entre os países. Mas sob o ponto de vista da Economia existem muitas lacunas e assimetrias graves que não permitem o desenvolvimento dos países na nossa atual ordem econômica internacional.

Portanto, a falta de sincronia entre Direito e Economia faz com que observe-se o desequilíbrio completo entre os dois saberes, com ascendência do econômico sobre o jurídico, e com a prevalência da figura do mercado como referência paradigmática inquestionável graças ao consumo para a sociedade.

A prática desta sincronia entre Direito e Economia deve partir da iniciativa do Estado sob o olhar da Pós-Modernidade e não da Modernidade.

A realidade que contextualizava o Estado Mo-

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A "Crise Financeira", a Sustentabilidade e o Capitalismo Democrático - pp. 481-515

VIEIRA P. E. / PILAU N. C.

dermo baseada no individualismo não é equivalente ao cenário social em que atua o Estado Contemporâneo, embora o neoliberalismo esteja contracenando para determinar o papel do Estado frente à cultura social.

E sobre a relação Estado e Sociedade questiona Hermann Heller<sup>29</sup> que :

[...] a questão do lugar que o Estado ocupa no todo social deve ser formulada da maneira seguinte: em que relação se acha, ou que significa a ação política do homem no conjunto da realidade social, isto é, perante outras formas de ação?

Para entender a relação dinâmica entre Estado e Sociedade é importante elucidar ao leitor o conceito de Sociedade, para fins desta pesquisa. Conforme Osvaldo Ferreira de Melo<sup>30</sup>:

1. *Lato sensu*, sistema social em que se identifica uma comunidade de interesses e alguns fins comuns, embora difusos. É nesta acepção que, na linguagem político-jurídica, se enuncia a *Justiça Social* (V.) e a *Utilidade Social* (V.) da norma.
2. Em sentido estrito, significa a pessoa jurídica formada por associação de indivíduos que buscam fins específicos de natureza econômica, cultural, etc.

E, a concepção de Estado Moderno, conforme Jürgen Habermas<sup>31</sup>:

Segundo a compreensão moderna, “Estado” é

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
A “Crise Financeira”, a Sustentabilidade e o Capitalismo Democrático - pp. 481-515  
VIEIRA P. E. / PILAU N. C.

um conceito definido juridicamente: do ponto de vista objetivo, refere-se a um poder estatal soberano, tanto interna quanto externamente; quanto ao espaço, refere-se a uma área claramente delimitada, o território do Estado; e socialmente refere-se ao conjunto de seus integrantes, o povo do Estado.

A Sociedade e o Estado moderno sob a ótica de poder estatal soberano atuavam em dueto, paralelamente, mas em sintonia. Entretanto a melodia que envolve o enredo do Estado contemporâneo exige que Sociedade e Estado existam como unidade política; um aliado ao outro de tal forma como se fossem órgãos de um mesmo organismo vivo, dinâmico.

Segundo Cesar Luiz Pasold<sup>32</sup>:

O Estado deve ser um conjunto de atividades legítimas efetivamente comprometidas com uma Função Social, esta entendida na sua conexão com ações que – por dever para com a Sociedade – o Estado executa, respeitando, valorizando e envolvendo o seu Sujeito (que é o Homem individualmente considerado e inserido na Sociedade), em correspondência ao seu Objeto (conjunto de áreas de atuação que dão causa às ações estatais) e cumprindo o seu Objetivo (o Bem Comum ou Interesse Coletivo, fixado de forma dinâmica pelo Todo Social).

A acepção ampla de Sociedade denota que os interesses comuns da comunidade devem ser atendidos pelo Estado de acordo com o momento histórico-social da época em que é observado, permitindo a concretização da denominada função social. Partimos de um Estado Moderno neutro, não intervencionista, autôno-

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A "Crise Financeira", a Sustentabilidade e o Capitalismo Democrático - pp. 481-515

VIEIRA P. E. / PILAU N. C.

mo diante da Sociedade e chegamos ao Estado Contemporâneo entrelaçado de tal modo com a Sociedade que não há como conceber um sem a intervenção do outro.

Gilberto Bercovici<sup>33</sup> explica que:

O Estado Liberal neutro e não-intervencionista tinha autonomia perante a sociedade. Com a separação clara entre Estado e sociedade, o Estado Neutro possuía capacidade genuinamente política. (...) a extensão e amplitude do sufrágio e da democracia no entanto, derrubaram a separação estado/sociedade. O Estado não está mais acima das forças sociais, pois o povo ocupa o Estado, que passa, então a ser a auto-organização da sociedade.

Mas esta auto-organização deve ser a materialização da função social do Estado contemporâneo, mesmo que os ventos contrários do processo econômico tendem a repelir a concretização de tal desiderato.

Jurgen Habermas<sup>34</sup> alerta que o Estado deve estar separado da “sociedade civil”, ou seja, a especificação funcional do aparato estatal. E, o Estado Moderno é a um só tempo Estado diretivo e fiscal, o que significa que ele se restringe essencialmente a tarefas administrativas.(...) Nesse sentido ele se ocupa das “condições gerais de produção”, ou seja, do arcabouço jurídico e da infraestrutura necessários ao trânsito capitalista de mercadorias e á organização do trabalho social correspondente. A demanda financeira do Estado é suprida por uma captação de impostos gerida de forma priva-

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

A “Crise Financeira”, a Sustentabilidade e o Capitalismo Democrático - pp. 481-515

VIEIRA P. E. / PILAU N. C.

da. As vantagens dessa especialização funcional é paga pelo sistema administrativo com sua dependência da capacidade produtiva de uma economia orientada pelos e para os mercados.

Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior<sup>35</sup>, afirmam que a teoria da Análise Econômica do Direito constitui o que há de mais sofisticado atualmente no pensamento neoliberal. A partir desta concepção, as normas do direito civil são erigidas ao *status* de normas constitucionais, os direitos fundamentais são reclassificados como patrimoniais, e o juiz deixa de ser visto como *agente-garante* para assumir a condição daquele que aplica a norma sem refletir sobre ela, aplicação esta a serviço do mercado e da lógica da melhor alocação de riquezas. Por este caminho, a relação Direito e Economia se dá numa perspectiva instrumental, que desconsidera por completo a autonomia do jurídico.

A análise revisional de um contrato, por exemplo, deve atingir a sua função que entre outros fatores propõe a circulação de riquezas. Entretanto a circulação de riquezas deve ser pensada e aplicada segundo a sua função social e não somente individual.

A fim de harmonizar os passos que embalam a valsa entre o Direito e a Economia é importante traçar algumas observações sobre o modelo político-econômico chamado neoliberal global.

Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior<sup>36</sup> esclarecem que o modelo político-econômico prevalecente é o chamado *neoliberal global*. Embora não seja homogêneo em todas as partes do glo-

bo consiste numa corrente de pensamento que surge no segundo pós-guerra, na Europa e Estados Unidos, onde predominava o capitalismo como sistema de organização social. Este modelo político-econômico se desenvolveu em três fases.

A gênese do pensamento neoliberal tem como marco doutrinário o texto *O Caminho da Servidão*, de Friedrich August Von Hayek, de 1944. Este texto constituiu um manifesto contra os Estados totalitários e contra qualquer limitação estatal dos mecanismos de mercado. Acrescentam Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior<sup>37</sup> que em 1944, já antevendo a vitória bélica na Europa, os Estados Unidos mobilizaram 44 países para transmitir as novas orientações e diretrizes político-econômicas, legitimando, assim, a criação, que ocorreria logo depois, do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. Essas instituições assumiriam papel de fundamental importância para a expansão planetária da primeira fase do neoliberalismo.

A segunda fase, seguindo ainda o pensamento de Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior<sup>38</sup>, consolida-se a partir das décadas de 1970 e 1980, com a fragilização econômica decorrente da crise do modelo do Estado de bem-estar em 1973, com a denominada Crise do Petróleo que atingiu todo o mundo capitalista avançado e numa longa recessão combinou baixo crescimento com alta de inflação. Destaca-se nesta fase também em 1979 e 1980 o início de políticas econômicas monetaristas impostas pelo governo para combater a inflação através do equilíbrio orçamentá-

rio, dando ênfase ao livre mercado, especialmente com Margareth Thatcher na Grã-Bretanha, e Ronald Reagan nos Estados Unidos. É também nessa fase que ocorrem as políticas de mercado para os países latino americanos que ofereciam recursos das agências financeiras internacionais exigindo em troca reformas neoliberais nos países aderentes. Surge o país pioneiro do ciclo neoliberal da história contemporânea: o Chile nos anos 70. Sob a dura ditadura de Pinochet, e seguindo as orientações econômicas de Milton Friedman, o Chile pôs em prática a primeira experiência ocidental do modelo econômico neoliberal.

A terceira fase ocorre na década de 1990, nararam ainda Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior<sup>39</sup> marcada pela queda do muro de Berlim, e pelo movimento denominado *Consenso de Washington*, que radicalizou a política de condicionamento promovida pelas instituições financeiras internacionais. A partir de então, redefine-se que o neoliberalismo deveria alcançar nível planetário, forçando a derrubada de barreiras nacionais para o fluxo do capital dos países centrais através das privatizações e desregulamentação da economia. No Brasil a reforma gerencial de Estado promovida pelo governo Fernando Henrique Cardoso coloca em prática políticas privatizantes voltadas para a redução da máquina estatal. A partir do final da década de 1990 e início dos anos 2000 inicia-se a atual fase do neoliberalismo global, prevalece a especulação financeira, a degradação do trabalho, o aumento de investimento de recursos públicos e privados em segurança, e o mais alto nível de privatização

do Estado, com a ‘terceirização’ do aparato de guerra e com a transferência de recursos públicos para reduzir as externalidades do mercado, salvando bancos e grandes empresas. Neste modelo, o mercado é mitificado. Trata-se de uma ficção que exerce papel simbólico estratégico no imaginário coletivo. No projeto de globalização deste modelo político-econômico, tal figura tornou-se fundamental para legitimar a racionalidade econômica. Atrelado ao significante *liberdade*, o mercado representa o ambiente onde os “*homo oeconomicus*” se relacionam e interagem. Sempre movidos por uma razão que os conduzem a buscar e maximizar seus interesses, numa conduta despida de ética. Este é o movimento que legitima, segundo os autores do neoliberalismo, as relações humanas. Legitima a vida, na ideia de que vencem aqueles mais preparados para lidar com as adversidades do ambiente.

Por fim arrematam Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior<sup>40</sup> que no Brasil da década de 90 até os dias de hoje o neoliberalismo se estabeleceu. Mesmo com expressivos avanços na área social e na redução do quadro de pobreza, a política econômica tem se mantido fiel às diretrizes desenvolvimentistas traçadas pelo Fundo Monetário Internacional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com toda sua carga compromissória e social chegou tarde. Previu um Estado Social para o Brasil quando já estava em curso o regime neoliberal. Foi implementado um duro modelo *desenvolvimentista*, que impunha ao país o ‘compromisso-dever’ de buscar incessantemente o estágio de desenvolvimento dos países centrais, antes

de gozar das benesses do tão almejado e necessário *bem-estar social*.

Entretanto, o cotidiano se apresenta como espaço de transformação dos fenômenos culturais conforme Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino<sup>41</sup>. O neoliberalismo global deve ceder lugar à democratização do capitalismo globalizado.

Para Paulo Mário Cruz e Zenildo Bodnar<sup>42</sup> a democratização do capitalismo, no sentido da distribuição da riqueza num capitalismo sustentável, é condição fundamental para qualquer possibilidade de se impedirem novos desastres financeiros globais que possam corroer ainda mais a qualidade de vida no planeta. A economia está destinada a produzir riquezas. A política se dedica, ainda que nem sempre seja assim, à distribuição ou redistribuição destas riquezas. Mas, em todo caso, a política pode distribuir riqueza somente se a economia a produz. Se a economia não funciona, a política já não tem nada que redistribuir e acaba por distribuir pobreza. A autonomia e prioridade da produção da riqueza, sobre a distribuição, são procedimentais. Pode-se, muito bem, dizer que a distribuição é mais importante que a geração da riqueza. Mas a prioridade procedimental continua sendo a mesma. Caso não tenha o que comer, só se pode dividir a fome. E essa não é uma opção interessante.

O caminho, segundo Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar<sup>43</sup> é “a democratização do capitalismo, ou seja, que a comunidade possa participar da decisão do que e como será produzido. E do como e onde será distribuído, principalmente pelo acesso ao crédito, atra-

vés de políticas públicas distributivas e através de um sistema tributário transnacional, (...) cujo conceito e caracterização deverão ser objeto de trabalhos científicos futuros. As democracias representativas atuais estão carentes de uma estrutura ética concebida a partir de valores democráticos conectados com as necessidades da Sociedade globalizada.

Ressaltam Sérgio Augustin, Natacha John e Fernanda Odorissi<sup>44</sup> que a Constituição da República Federativa do Brasil não abdicou do neoliberalismo global; pois edificada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. A ordem econômica inserta na Carta Maior determina a observância de princípios como a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, nos termos dos incisos do seu art. 170. Percebe-se, em função da livre iniciativa, a consagração da economia de mercado, evidenciando nitidamente a inspiração capitalista da constituinte de 1988, entretanto, mesclada com um forte cunho social, quando dispõe, juntamente com esta, a valorização do trabalho humano. Nota-se uma postura híbrida da nossa atual Constituição, que ora enfatiza um modelo de capitalismo neoliberal, ao mesmo tempo em que destaca um intervencionismo sistemático, demonstrando com isso vários elementos socializantes. Salienta-se que mesmo assim, ou seja, mesmo com a presença de tais elementos socializantes, a Constituinte de 1988 não deixa de caracterizar o modo de produção capitalista.

Assim, a democratização do capitalismo se mostra o modelo político-econômico adequado para substituir o neoliberalismo global.

## Conclusão

A reflexão sobre o tema a “crise” financeira, a sustentabilidade e o capitalismo democrático refletir sobre a necessidade de ajustar a lei, os saberes e o poder à nova realidade como sugere Luiz Alberto Warat.

A “crise” financeira é global é atinge todos os seres humanos na esfera individual e social. É consequência da regulação da Economia pelas grandes corporações privadas e não pelo Estado.

A cultura global, a globalização, a “cultura-mundo” exige providências imediatas para que esta “crise” financeira não se transforme em colapso fatal. Esta nova realidade individual e social que se apresenta e que transcende aos limites territoriais, se estende por meios virtuais e transforma o cidadão nacional em cidadão do mundo exige que o Estado tome partido e determine os rumos a serem seguidos pela Economia.

Estes rumos exigem novas formas de pensar e agir da civilização. A sociedade civil terá que passar por um *upgrade*. Terá que transforme o seu modo de pensar e agir individual, materialista e consumista. Terá que suprir as suas próprias necessidades vitais e intelectuais sem destruir o meio ambiente, garantindo que as próximas gerações também possam subsistir satisfazendo as próprias necessidades do mesmo modo. Terá a civilização que tornar o mundo mais solidário e humano.

Temos que de modo emergencial enfrentar o desafio que se apresenta: transformar a forma de pensar e agir da Modernidade para a Pós-Modernidade. Tal

desiderato poderá ser colocado em prática através do paradigma da sustentabilidade.

O método político-econômico denominado de neoliberalismo global que parece ser o maior empecilho à concretização desta mudança pode ser superado dando lugar a democratização do capitalismo.

Não há mais como admitir a privatização e desregulamentação da Economia, o Direito regulatório não pode ser visto como um problema para a expansão de mercado e consumo, até porque estes institutos são finitos. O diálogo entre os saberes da Economia e Direito pode organizar a democratização do capitalismo segundo o paradigma da sustentabilidade, promovendo o desenvolvimento sustentável local e global.

## Notas

- 1 “**OBJETO**: motivo temático ou causa cognitiva que determina a realização da Pesquisa Científica.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 206.
- 2 “**OBJETIVO**: meta que se deseja alcançar como desiderato da Pesquisa Científica.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 206.
- 3 “**MÉTODO INDUTIVO**: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.
- 4 “**REFERENTE**: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. (...)” Confor-

- me PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 209.
- 5 “**CATEGORIA**: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia(sic).” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 197.
  - 6 “**CONCEITO OPERACIONAL [COP]**: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic) expostas.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 198.
  - 7 “**PESQUISA BIBLIOGRÁFICA**: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207.
  - 8 OLIVIERO, Maurizio. CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. *In: Novos Estudos Jurídicas*. V. 17, n. 1 (2012) Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635>. Acesso em 15 de agosto de 2012.
  - 9 FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. *In: Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (Pamplona, España)*, nº 1, 2002, págs. 26.
  - 10 FARIA, José Henrique. Por uma Teoria Crítica da Sustentabilidade. *In: NEVES, Lafaiete Santos (organizador). Sustentabilidade – Anais de Textos Selecionados do V Seminário sobre Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 17.
  - 11 MAIMON, Dalia. **Passaporte Verde**: gestão ambiental e competitividade. Rio de Janeiro? Qualitymark editora, 1996, p. 9
  - 12 FERRER, Gabriel Real. **Sobre el Concepto de Sostenibilidad**. *In: Seminário Los Principios Constitucionales y la Protección a la Vida*, ministrado em 22 de maio de 2012 no Ayuntamiento de Alicante – Espanha, p. 5.
  - 13 JOSAPHAT, Carlos. ÉTICA MUNDIAL esperança da humanidade globalizada. Editora Vozes, Petrópolis: p.13.
  - 14 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 46-48.
  - 15 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 266.
  - 16 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 269.

- 17 JOSAPHAT, Carlos. **ÉTICA MUNDIAL** esperança da humanidade globalizada. Editora Vozes, Petrópolis: p.13-14.
- 18 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 51.
- 19 FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica**. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos - Vol. 13 - n. 2 - p. 9-21 / jul-dez 2008. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1437/1140>. Acesso em 03 de agosto de 2013.
- 20 MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand. 2013, p. 19
- 21 WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004, p. 314.
- 22 WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004, p. 315.
- 23 MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand. 2013, p. 19
- 24 LIPOVETSKY, Gilles; JUVIN, Hervé. **El Occidente globalizado: un debate sobre la cultura planetaria**. Traducción de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Editorial Anagrama, 2011. Título original: L'Occident mondialisé, p. 13-19.
- 25 JOSAPHAT, Carlos. **ÉTICA MUNDIAL** esperança da humanidade globalizada. Petrópolis: Editora Vozes. 2010, p. 538.
- 26 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 16.
- 27 ROSA, Alexandre Morais da. **Crítica ao Discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito**. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. 2ª edição revisada. Rio de Janeiro: Lumen Jorus. 2011, p. 15.
- 28 SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. **International Financial Institutions, WTO, and Social Ordering: Human Rights, Labor Standards, Environmental and Consumer Protection in the Global Economy**. In: NEVES, Marcelo (Coordenação). **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 310.
- 29 HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. Título original : Staatslehre. São Paulo : Mestre Jou, 1968, p. 129.

- 30 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 89
- 31 HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? *In* HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**- estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie. São Paulo: Loyola, 2004, especificamente p.129-130.
- 32 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003, p. III.
- 33 BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. *In* LIMA, Martonio Mont ' Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p.331.
- 34 HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? *In* HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**- estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004, especificamente p.127 a 190. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie, p. 131.
- 35 ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p. 16
- 36 ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p. 15
- 37 ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p. 18
- 38 ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p. 18
- 39 ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, ace-**

- leração e direitos fundamentais. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p.18-20
- 40 ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais.** Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p. 20
- 41 AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **Rumo ao desconhecido: inquietações filosóficas e sociológicas sobre o direito na pós-modernidade.** Itajaí: UNIVALI, 2011, p. 143.
- 42 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 34-38.
- 43 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 35.
- 44 AUGUSTIN, Sérgio; JOHN, Natacha; ODORISSI, Fernanda. **O princípio da função sócio ambiental da propriedade à luz da Constituição Federal de 1988.** In: BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Marcio Ricardo; SAVARIS, José Antonio; DUARTE, Maria Raquel(Org.). A Judicialização dos direitos versus acesso à justiça. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 47-49.

## Referências

- AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **Rumo ao desconhecido: inquietações filosóficas e sociológicas sobre o direito na pós-modernidade.** Itajaí: UNIVALI, 2011.
- AUGUSTIN, Sérgio; JOHN, Natacha; ODORISSI, Fernanda. **O princípio da função sócio ambiental da propriedade à luz da Constituição Federal de 1988.** In: BODNAR, Zenildo;
- STAFFEN, Marcio Ricardo; SAVARIS, José Antonio; DUARTE, Maria Raquel(Org.). A Judicialização dos direitos versus acesso à justiça. Itajaí: UNIVALI, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, Martonio Mont ' Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política:** estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012.

- OLIVIERO, Maurizio. CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. *In: Novos Estudos Jurídicas*. V. 17, n. 1 (2012) Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635>. Acesso em 15 de agosto de 2012.
- FARIA, José Henrique. Por uma Teoria Crítica da Sustentabilidade. *In: NEVES, Lafaiete Santos (organizador). Sustentabilidade – Anais de Textos Selecionados do V Seminário sobre Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011.
- FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica**. *Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos - Vol. 13 - n. 2 - p. 9-21 / jul-dez 2008*. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1437/1140>. Acesso em 03 de agosto de 2013.
- FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. *In: Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (Pamplona, España)*, nº 1, 2002..
- FERRER, Gabriel Real. **Sobre el Concepto de Sostenibilidad**. *In: Seminário Los Principios Constitucionales y la Protección a la Vida*, ministrado em 22 de maio de 2012 no Ayuntamiento de Alicante – Espanha.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? *In HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro- estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie. São Paulo: Loyola, 2004.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. Título original : Staatslehre. São Paulo : Mestre Jou, 1968.
- JOSAPHAT, Carlos. **ÉTICA MUNDIAL** esperança da humanidade globalizada. Editora Vozes, Petrópolis. 2010.
- LIPOVETSKY, Gilles; JUVIN, Hervé. **El Occidente globalizado: un debate sobre la cultura planetaria**. Traducción de Antonio-Prometeo Moya. Título original: L'Occident mondialisé. Barcelona: Editorial Anagrama, 2011.
- MAIMON, Dalia. **Passaporte Verde: gestão ambiental e competitividade**. Rio de Janeiro: Qualitymark editora, 1996.

- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.
- MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand. 2013.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Crítica ao Discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito**. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. 2ª edição revisada. Rio de Janeiro: Lumen Jorus. 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012.
- SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. **International Financial Institutions, WTO, and Social Ordering: Human Rights, Labor Standards, Environmental and Consumer Protection in the Global Economy**. In: NEVES, Marcelo (Coordenação). **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004.



# **Desdibujo de un camino trillado, hacia una nueva senda del trabajo doméstico**

*A new path to domestic labor*

Artigo recebido em 02/03/2014.

Revisado em 03/10/2014.

Aceito para publicação em 06/06/2014.

## **Elena Polo Maceira**

Profesora Titular. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente.  
República de Cuba.

## **Irissol Leyva Crespo.**

Profesora Asistente. Especialista Jurídica de Transconsul.

## **José Martí Velázquez**

Asesor Jurídico.

## Resumen

Este artículo versa sobre el tránsito del trabajo doméstico de una visión esclavista a una alternativa de empleo digna con fuerte incidencia social para el trabajador, los beneficiarios y el desarrollo económico-social. Inicialmente ofrece una contextualización histórica de la institución contentiva de su surgimiento y naturaleza jurídica donde aún se mantiene la precariedad laboral. Sucesivamente se caracteriza esta labor por: la pertenencia al sector informal, la remunerabilidad, la dependencia, la ajenidad, bajos ingresos, inadecuadas condiciones de trabajo, bajo grado de organización colectiva y escasas posibilidades de promoción laboral. Entre sus actividades están las de reproducción, ejecución, gestión, socialización y atención afectiva. En Cuba no está reconocido de manera especial y su protección jurídica se refrenda como parte del trabajo por cuenta propia, desconociendo su ajenidad y condiciones específicas de regulación como relación jurídica laboral. La figura del contrato en el trabajo doméstico está mayormente sometida a la voluntad de partes, soslayándose las garantías del trabajador doméstico; además carece generalmente de formalidades. Este trabajo tiene relevancia porque existe un incremento del empleo doméstico y su aporte social, para el desarrollo de la mujer, los discapacitados y el bienestar familiar; sin embargo es insuficiente su protección jurídica.

## Palabras-claves

Doméstico; Cuenta propia; Cuenta ajena; Sector informal; Precariedad laboral

## Abstract

This article discusses the transition of domestic work from a slavery point of view to an alternative of decent employment with a strong social impact for workers, beneficiaries and the socio-economic development. Initially provides historical context of its emergence and its legal nature, which still remains precarious. Subsequently, this work is characterized by belonging to the informal sector, dependency, alienation, low income, poor working conditions, low degree of collective organization and little chance of promotion. Its activities include the reproduction, execution, management, socialization and emotional care. In Cuba it is not recognized in a special way and its legal protection is endorsed as part of self-employment, ignoring their alienation and specific conditions of regulation as labor law relationship. The figure in the contract in domestic work is largely subject to the will of parties avoiding the guarantees of the domestic worker; also generally lacks formality. This work is of relevance because there is an increase in domestic employment and social contribution to the development of women, the disabled and family welfare; yet insufficient legal protection.

## Keywords

Domestic; Self Employed; Employment; Informal sector; job insecurity

## Sumário

Introducción. 1. La transición del trabajo doméstico de la esclavitud a la relación jurídica laboral. 2. El status jurídico del trabajo doméstico. 3. Nuevas realidades en cuanto a trabajo doméstico en el ordenamiento jurídico cubano. Conclusiones. Notas. Referencias.

## Introducción

Históricamente el trabajo doméstico ha estado vinculado a la esclavitud, al colonialismo y a otras formas de servidumbre, los individuos que tradicionalmente han desempeñado tareas domésticas han sido marginados y excluidos; por tanto, más alejados de las conquistas sociales que el resto de los trabajadores han alcanzado y disfrutado. A pesar de su poco reconocimiento social, de ser calificado como un trabajo invisible, en la actualidad es un fenómeno mundial; por su naturaleza, peculiaridades y su tendencia al incremento, se ha convertido en una alternativa para la solución de los impactos cada vez más graves causado por la crisis mundial del empleo en las precarias condiciones de subsistencia de millones de personas. Tales razones

han conllevado al crecimiento de la conciencia en los diferentes actores sociales a nivel global sobre la necesidad de brindar una mayor protección a los derechos de los trabajadores domésticos.

Dicha incidencia ha encontrado repercusión en los ordenamientos jurídicos de muchos países, algunos códigos laborales; así como han surgido leyes especiales para regular tal actividad. El máximo nivel legislativo alcanzado se ha logrado con la formulación del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, tratado internacional vinculante para los Estados miembros signatarios y la Recomendación 201, guía más detallada sobre la forma en que el Convenio puede ser llevado a la materialización.

Estos instrumentos cubren a todos los trabajadores domésticos, se consideran medidas especiales para proteger a las personas que puedan estar expuestas a riesgos adicionales debido a su corta edad, a su nacionalidad, o a su condición de alojamiento; incluyen horas de trabajo razonables, descanso semanal de al menos 24 horas consecutivas, un límite a los pagos en especie, información clara sobre los términos y las condiciones de empleo, así como el respeto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, incluyendo los de libertad sindical y negociación colectiva. No obstante a ello, el establecimiento formal de determinadas regulaciones, por sí solo, no garantiza debidamente la protección de los derechos laborales de los trabajadores domésticos.

El presente artículo tiene como objeto la relación jurídica individual que se establece entre el empleador

y el empleado en el ámbito doméstico, especialmente en Cuba; como alternativa de empleo resulta una actividad de significativa importancia, trascendencia a nivel internacional y también para Cuba, donde acontece hoy una efervescencia legislativa como consecuencia del reordenamiento laboral a tono con la actualización del modelo económico. Implica tal empeño la adopción de políticas y medidas, entre las que se encuentra el incremento de las actividades del trabajo por cuenta propia y con ello el crecimiento del sector informal en cuyo contexto el trabajo doméstico también tiene su espacio.

## **1. La transición del trabajo doméstico de la esclavitud a la relación jurídica laboral.**

El trabajo doméstico aunque tiene sus particularidades en cada país, resulta inobjetablemente asociado su surgimiento a condiciones de dependencia, en no pocos casos a la más brutal y cruel esclavitud; esta actividad en el transcurso de su evolución adquirió determinadas peculiaridades conforme al contexto. Durante siglos tal labor, carente de los más elementales derechos, a merced de los caprichos y malos tratos de los empleadores inescrupulosos y de otros miembros de la familia contratante, especialmente incluida la explotación sexual; llega hasta los momentos actuales todavía como una ocupación marginada y desvalorizada, sobre todo en los países subdesarrollados. Un poco más humanizado este trabajo por la democratización

de las relaciones socioeconómicas y los avances tecnológicos, aún le queda bregar por la justicia.

Tradicionalmente los trabajadores domésticos vivían en los hogares de sus empleadores. La evolución social ha reducido en buena medida esta circunstancia que todavía permanece para el cuidado de ancianos, en grandes mansiones y en algunos países subdesarrollados. Vivir en casa del empleador en principio facilitaba techo y alimentos pero, en muchas ocasiones, se convertía en el único pago o recompensa al trabajador doméstico, sobre todo cuando eran niñas o adolescentes. En los domicilios urbanos las trabajadoras domésticas internas han dormido en la cocina, en cuartos sin ventana -destinados a otros fines- o en habitáculos ajenos a la vivienda principal, normalmente localizados en el sótano o en el ático.

La exigencia de que el trabajador doméstico use un uniforme u otra indumentaria específica por parte del empleador puede o no existir, según la costumbre de cada país y de cada sector social. Si se les requiere uniforme, este es por lo general simple, y tiene sus orígenes en el Siglo XIX y comienzos del Siglo XX. Los trabajadores domésticos, a diferencia de los siervos y de los esclavos reciben un salario, ya sea en especie o en metálico, o ambas cosas, y pueden renunciar a su trabajo; esto último es relativo ya que carecen, la mayoría de las veces, de bienes con los que emprender una vida independiente.

Los empleados domésticos trabajan en su país de origen o pueden emigrar a otros, en busca de trabajo, la mayoría que trabajan en sus propios países son per-

sonas pobres originarias de áreas rurales. Muchos son emigrantes de países menos desarrollados, ante la falta de trabajo buscan empleo en países que ofrecen, a priori, mejores condiciones económicas y oportunidades laborales en el mercado de trabajo en general o como trabajadores domésticos. En el caso de los emigrantes sus derechos generales están muy restringidos al estar sometidos al permiso de trabajo o permiso de residencia y visas.

Debido a las particularidades de las labores que realizan, el colectivo de los trabajadores domésticos ha estado muy alejado de las mejoras en las condiciones de trabajo conseguidas por el movimiento sindical y obrero (retribución digna, contrato de trabajo, cotizaciones por parte del empleador, horarios reconocidos, derecho a la protección contra el desempleo, reconocimiento de pensión, etc.). En la actualidad el incremento de la demanda de servicios domésticos se debe a la emancipación de la mujer y su incorporación en la fuerza del trabajo, la dificultad de compaginar la vida laboral y la familiar, la ausencia o insuficiencia de servicios públicos y servicios sociales estatales que cubran las necesidades domésticas -sobre todo las requeridas por niños y ancianos-, la feminización de las migraciones internacionales y el envejecimiento de las sociedades, han convertido al trabajo doméstico en un fenómeno mundial que perpetúa las jerarquías basadas en la raza, el origen étnico, la pertenencia a un grupo autóctono, la casta y la nacionalidad.

Podemos considerar al trabajo doméstico, como relación jurídica individual, generadora de obligacio-

nes y derechos para las partes correspondientes principalmente a partir de la sociedad capitalista. La contemporaneidad demanda justicia para estos trabajadores mediante la promulgación de disposiciones jurídicas reguladoras adecuadamente de la relación laboral que se establece en el ámbito doméstico, para la protección a sus derechos laborales.

No resulta en modo alguno despreciable señalar que particularmente el trabajo en la casa, presenta riesgos psicológicos, por su carácter rutinario y repetitivo, además por el bajo prestigio social y el fallo de muchos miembros de la familia que no reconocen su contribución al bienestar colectivo; observándose las serias consecuencias de dicho trabajo para el sistema nervioso del organismo, tales como, el estrés y la fatiga visual, padecimientos más comunes de las personas que lo realizan. Por otra parte desde el punto de vista económico está situado con claridad en el mercado de trabajo secundario, donde imperan, los bajos ingresos, las malas condiciones de trabajo, el bajo grado de organización colectiva, los altos índices de economía irregular y de trabajo precario, ya sea temporal u ocasional, y nulas posibilidades de promoción laboral.

En lo referente al sector doméstico existe una mayoría que se desempeña por “cuenta propia” (las amas de casa) y dos grupos minoritarios: uno que trabaja como “ayuda familiar” (familiares que conviven y aportan trabajo) y otro que lo hace por “cuenta ajena”, siendo estos últimos, los trabajadores domésticos que tienen con sus empleadores establecida una relación de dependencia, mediante la que le prestan determi-

nados servicios a cambio de una remuneración. Esta última centro de nuestra atención considerada habitualmente una actividad económica, en la medida en que se trata de un empleo por cuenta ajena mediante el cual se obtiene una retribución monetaria. Sin embargo, se trata de un empleo con características peculiares, dado que sirve para reemplazar o complementar la actividad doméstica del “ama de casa” considerada durante ancestralmente económicamente inactiva.

Se establecen diferencias entre el **trabajador por cuenta propia** y el trabajador por cuenta ajena: en el primero el producto de su trabajo queda de su propiedad, le pertenece bajo título de dominio y naturalmente los riesgos derivados del trabajo recaen sobre el mismo interesado con el resultado de su actividad, se da un vínculo real, supone derecho de dominio u otros de naturaleza real, ejercida sobre los productos del trabajo resultantes de la propia actividad. En cambio en el **trabajador por cuenta ajena** los resultados de esa actividad son propiedad del empleador y los riesgos derivados de la ejecución están recaen también sobre este, lo cual no significa que quien realiza el trabajo no comparte determinados tipos de ellos, incluso que asuma algunos de carácter especial; la base de la relación es un vínculo obligacional interpersonal, una de ellas (trabajador o deudor del trabajo) presta un trabajo por cuenta de otro (empresario o acreedor de un trabajo).<sup>1</sup>

La mayoría de los países incluyen en su legislación nacional una definición del “trabajo doméstico” o del “trabajador doméstico” aludiendo a un conjunto de características, que revelan por sí mismas su compleja naturaleza:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Desdibujó de un camino trillado, hacia una nueva senda del trabajo doméstico - pp. 517-548  
MACEIRA E. P. / CRESPO I. L. / VELÁZQUEZ J. M.

- El lugar de trabajo es un hogar privado.
- Las tareas consisten en servir a las personas del hogar, para su bienestar y conveniencia.
- El trabajo se ejecuta bajo la autoridad, las órdenes y la supervisión directa del empleador y/o de la empleadora.
- Para constituir una relación laboral, el trabajo debe ser regular y con continuidad.
- El empleador no debe derivar beneficio pecuniario de la actividad del empleado doméstico.
- El trabajo se hace a cambio de una remuneración en efectivo y/o en especie (considerando como tal los alimentos y alojamiento que entrega su empleador).
- El sitio de residencia del empleado no es determinante para la definición de la ocupación (puede pernoctar o no en la residencia de su empleador).

Conforme a estudios que se han realizado particularmente en la región latinoamericana, la valoración sobre el trabajo doméstico, resulta difícil, teniendo en cuenta la existencia en torno a dicha actividad de múltiples dificultades metodológicas y conceptuales, además de la concurrencia de relaciones en los ámbitos, familiar y económico mezcladas. Una definición objetiva del trabajo doméstico plantea varios problemas:

- Ciertas actividades producen un valor doméstico pero no son consideradas como tal trabajo

como son, la atención y cuidado de personas (hijos e hijas y personas enfermas o incapacitadas) y las actividades de ocio productivo.

- El proceso de valorización o producción de valor doméstico, está impregnado por una serie de actividades de organización y gestión que permanecen ocultas, y que son englobadas bajo ciertas formas tópicas de consideración con el término “llevar una casa”

Por tal motivo se generan diferentes posiciones al respecto

Para Erika CERVANTES<sup>2</sup>, el trabajo doméstico es el conjunto de actividades obligatorias y gratuitas que se realizan en todos los hogares como parte de las medidas para dignificar la calidad de vida, que incluyen cuestiones de higiene y salud (lavar, planchar, cocinar, cuidar, arreglar y servir).

En cambio, Lisete GONZÁLEZ, integrante del Colectivo Atabal, A.C., señala que el trabajo doméstico “no es una simple suma de tareas caseras, es además el eje central para mantener un equilibrio efectivo y afectivo, entre necesidades y deseos de todos los integrantes de la familia.”<sup>3</sup>

Por su parte, BARAJAS MONTES DE OCA, manifiesta que al trabajo doméstico se le define como, “el prestado por la persona que se encarga de los servicios de aseo, asistencia y de más propios o inherentes al hogar de una familia”.<sup>4</sup> También comenta que, “el trabajo doméstico está en vía de alcanzar el rango que le corresponde en la vida social, el que presta un servicio

doméstico es trabajador sin otra hipérbole y por tanto sujeto de disposiciones legales, el doméstico es hoy motivo de protección laboral y buen cuidado se ha tenido que ha pretexto de una relación cuasi familiar se le mantenga en situación de minusválido y sin garantía de sus intereses“.<sup>5</sup>

Lo cierto es que esta realidad social ha trascendido los marcos e impactos de una discusión hogareña para adquirir los ribetes de un fenómeno social redimensionado ante nuevos contextos para contribuir al estímulo del desarrollo de la mujer con capacidades y aspiraciones, u hombres que deciden no tener una vida tradicional de familia, así como al sustento de otras personas con otras habilidades caseras. No obstante esta altruista idea no siempre se manifiesta así, en cualquier caso requiere una protección jurídica lo más justa posible.

## **2. El status jurídico del trabajo doméstico.**

La actividad del trabajo doméstico, forma parte de una amplia gama de trabajos remunerados que se realizan por cuenta ajena, generalmente en el sector informal<sup>6</sup>; con la particularidad de que está configurada y conformada como una categoría laboral de carácter especial, pero situada en inferioridad de condiciones respecto al conjunto de la fuerza de trabajo. El colectivo de “empleados de hogar” está configurado jurídicamente como grupo social “especial”, como “trabajadores a medias”, excluidos de la igualdad de derechos

respecto al conjunto de trabajadores por cuenta ajena. La persistencia de esta singularidad se debe, en parte, a pervivencias ideológicas ancladas en las nociones precapitalistas de servidumbre, pero también a los actuales condicionamientos económicos (dinámica del mercado de trabajo) y a la configuración patriarcal de la sociedad (condiciones del trabajo doméstico), que afecta discriminatoriamente a los trabajos realizados por las mujeres.

El reconocimiento a la privacidad de la familia en muchos países ha dificultado la aplicación de la legislación laboral y su fiscalización en este espacio, por la aplicación del llamado derecho a la inviolabilidad de domicilio. Este principio ha servido como fundamento para las restricciones que se imponen a las labores de la Inspección de Trabajo, restricciones que garantizarían el derecho a la privacidad como expresión de los límites frente a la amenaza potencial del abuso de poder de las instituciones públicas.

A las dificultades en la aplicación de la ley que genera el ámbito privado e inviolable del lugar de trabajo, se suman otros obstáculos a la fiscalización de la ocupación, referidos principalmente al aislamiento en que se desarrollan las labores, a la débil organización sindical del sector y al escaso conocimiento que los trabajadores domésticos tienen de sus derechos. La garantía de las condiciones laborales acordadas depende en gran medida de una prueba documental, sin menoscabo del principio “in dubio pro operario” o de interpretación favorable al trabajador en caso de duda, aplicable en todas las legislaciones laborales de Latinoamérica,

que equilibra este tipo de contrato respecto de la seguridad jurídica que otorga un contrato de trabajo común.

El análisis de las normas que han afectado sucesivamente a este colectivo, muestra el tránsito inacabado desde la servidumbre, hasta la relación laboral formalmente libre, característica de las sociedades capitalistas. El proceso de reconocimiento del carácter laboral del servicio doméstico ha tenido sus particularidades en varios países de la región iberoamericana, como es el caso de España, donde han estado presentes dos puntos de inflexión:

- a) la prohibición del arrendamiento de servicios para toda la vida (Código Civil de 1889, artículo 1583), que viene a proscribir el vínculo de servidumbre. A pesar del avance que supuso la supresión del contrato de servidumbre, el Código de 1889 mantuvo el servicio doméstico en el ámbito del Derecho Civil.
- b) el reconocimiento expreso del carácter laboral de esta actividad (Código de Trabajo, 1931). En 1931 se incluye en el Código de Trabajo el servicio doméstico hasta la actualidad. Así mismo sucedió en países de latinoamericana

A la sazón de esta separación institucional del Derecho Civil quisiéramos hacer algunas reflexiones. Distintas doctrinas han equiparado el trabajo doméstico remunerado al contrato de arrendamiento de servicios o al contrato de obra, regulados por la ley civil, pero sucede que el trabajo doméstico remunerado se

diferencia del arrendamiento de servicios por la dependencia o subordinación del trabajador respecto de su contraparte, elemento discrepante al arrendamiento de servicios. Se diferencia también del contrato de obra, por el hecho de que lo que se contrata es una actividad y no un resultado, como ocurre en este tipo de contrato. El mandato tampoco es figura contractual idónea para encuadrar este tipo de relación de trabajo, pues considera fundamentalmente la realización de un negocio por cuenta de otro, lo que es distinto de la prestación de un servicio.

BARAJAS MONTES DE OCA<sup>7</sup> de conformidad con CABANELAS<sup>8</sup>, expone sobre la polémica planteada que no se le puede dar carácter laboral porque aún cuando mucho de su normativa encaja en el derecho del trabajo, califican mejor en el derecho civil, tomando en cuenta que las labores de uso, asistencia y demás del servicio interior de una casa, lugar de residencia o habitación, adquieren distinta finalidad, tal y como sucede en los hoteles, fondas, hospitales y establecimientos análogos. Para que pudiera otorgarse naturaleza laboral a la actividad realizada sería menester, según su criterio, la inexistencia de lucro y se ajuste a las necesidades de quien lo contrata. Solo mediante condiciones específicas es posible reglamentar este tipo de servicio personal.

NÉSTOR DE BUEN<sup>9</sup> cree al respecto, que aún cuando se pretende ubicar al servicio doméstico fuera del ámbito del derecho al trabajo, su origen parte del reconocimiento de derechos a favor de un sector de trabajadores dedicado a su ejercicio. La intervención de

un sujeto, los atributos de la relación que nace y el régimen regulador de la contratación, confirma el contenido laboral de este contrato de trabajo. De ahí concluye su carácter especial y lo positivo de la legislación mexicana que no solo fue la primera en implantarlo sino ponerlo de ejemplo a otras legislaciones seguidoras de esta posición.

Independientemente de la ubicación concedida por cada ordenamiento jurídico es notable la demarcación de un sector laboral doméstico habitualmente con un vínculo frecuentemente bilateral estable de empleador y empleado, ya sea por el beneficiario de la actividad que se realiza o por alguna agencia dedicada a suministrar este servicio.

El trabajo doméstico tiene una naturaleza heterogénea, que se encuentra en la diversidad de ocupaciones y el grado de sofisticación involucrada en cuanto a la calidad y cantidad del producto o servicio que se ejecuta simultáneamente sin un alto grado de especialización. Para la determinación de su naturaleza resulta conveniente utilizar los criterios dados por: GALIANA MORENO y SEMPERE NAVARRO, quienes comentan que “con carácter general quedan excluidos del ámbito de esta relación laboral especial, las relaciones de trabajo en las que falte alguno de los presupuestos configuradores de su naturaleza jurídica laboral, como la remunerabilidad, la dependencia y la ajenidad”<sup>10</sup>, por su parte BENITO PÉREZ<sup>11</sup> refiere de que para determinar la naturaleza jurídica de la relación de trabajo doméstico, no basta con la índole de la actividad prestada, se requiere de la presencia de los elementos que configuran dicha relación:

- 1) La falta de lucro perseguida por el empleador;
- 2) La prestación debe estar destinada a satisfacer una necesidad personal del amo de casa o de sus familiares;
- 3) La convivencia.

No obstante a nuestro criterio el concepto de convivencia debería ser delimitado, en cuanto a si es solo estar en la morada de los empleadores, si exige un tiempo diario determinado o pernoctar allí; porque en cualquiera de esas formas se manifiesta la actividad. A la par de establecerse una relación laboral entre el trabajador doméstico y su empleador o patrón, bajo dirección, supervisión y subordinación, se tiende a generar y solidificar lazos personales, al efectuarse en el ámbito del hogar.

Cualquiera de los criterios dados demuestra la singularidad del trabajo doméstico, su carácter complejo y evidente complejidad, criterios diferenciadores de otras relaciones de trabajo. En España y en la mayoría de los países de América Latina está generalmente regulado por regímenes especiales de trabajo. Aunque el planteamiento de regímenes diferenciados no implica necesariamente un menoscabo de los derechos laborales, en la práctica de las legislaciones iberoamericanas, se consagra una menor cobertura y protección jurídica al trabajo doméstico, traducida en la precarización de este trabajo.

Otro de los elementos de singularidad a tener en cuenta es que la función doméstica, agrupa un conjunto de tareas interrelacionadas para cubrir necesidades

dentro de un escenario en el cual varios integrantes del grupo familiar son receptores y beneficiarios del servicio prestado, ya sea que se atienda a intereses generales o individuales. A pesar de estar definida e individualizada a la persona integrante de dicho grupo con la cual se acuerden las correspondientes condiciones del contrato y pague el salario, la asignación de labores indudablemente puede originarse de cualesquiera de los sujetos del grupo; considerándose la facultad patronal no exclusiva de un solo miembro.

Desde una óptica sociológica RUIZ, SÁNCHEZ UTAZÚ Y VALERO PICAZO<sup>12</sup> definen a la función doméstica como un conjunto de tareas inter-relacionadas que satisfacen una “necesidad” doméstica, es decir generan un valor de uso consumible por la unidad doméstica. Cada función incluiría tanto las tareas destinadas a cumplirla, como los procesos o distintos modos de articularse dichas tareas tanto temporal según una sucesión, como orgánicamente según sub-procesos.

De esta manera, una misma función puede ser cumplida de diferentes formas, es decir, siguiendo distintos procesos o modos de articularse las tareas, e incluso realizando distintas tareas. Esta forma de considerar el trabajo doméstico bajo el doble prisma de la tarea concreta y de la función doméstica para la que es realizada, nos permite contemplar el valor del trabajo “oculto” de organización y gestión doméstica. Así, cada función tendría el valor resultante de la suma de los valores parciales de todas las tareas realizadas para su consecución, más el valor añadido de su planificación, organización y gestión. La clasificación, las modalida-

des y el contrato del trabajo doméstico, son tres aspectos de significativa importancia que se interrelacionan y le proporcionan a este tipo de ocupación laboral un basamento teórico y práctico. La clasificación nos permite ordenar un conjunto de elementos a partir de la determinación de un criterio, indicadores de cómo pueden ser agrupados bajo una misma denominación, diversas actividades o tareas; las que se realizan en plena correspondencia con la modalidad contratada.

El trabajo doméstico como parte de un proceso destinado a la producción de bienes y servicios a favor de la satisfacción de las necesidades de todos los miembros del grupo familiar o de la unidad doméstica, incluye un conjunto de tareas que se clasifican, por lo regular, de la manera siguiente:

- De reproducción: gestación, alumbramiento, lactancia materna o artificial, planificación de la natalidad, etc.;
- De ejecución: que están dirigidas limpieza, alimentación, vestido, guardería, jardinería, conducción de vehículos, etc.
- De gestión: gerenciamiento, delegación de funciones de ejecución, y otras; y
- De socialización y atención afectiva: dirigidas al cuidado no material de quienes integran una familia.

Conforman institucionalmente un complejo y extenso conjunto de posibilidades que se resumen e integran comúnmente en:

- Empleado interno (con pernoctación), también denominado puertas adentro o sin retiro;
- Empleado externo ( sin pernoctación), también denominado puertas afuera o con retiro;
- Empleado que tiene a su cargo la responsabilidad global del hogar:
- Empleado que tiene a su cargo las tareas domésticas más específicas.

La precariedad laboral del trabajo doméstico es característica de las distintas modalidades en esta actividad, pero en particular lo es para los trabajadores domésticos puertas adentro. Ello se refleja en ciertos aspectos de esta modalidad, como tiempos de descanso inferiores a lo establecido por la legislación para otros trabajadores y pago por servicios en dinero y en especie. Para los trabajadores domésticos puertas afuera, la ocupación se ha acercado a la regulación jurídica y condiciones laborales de los demás trabajadores, aún cuando persisten normas diferenciadas de protección social. Sendas modalidades no reportan los mismos deberes ni obligaciones para empleadores y empleados, ni suponen las mismas restricciones, de modo que del mismo tenor ha de ser la valoración jurídica.

El sector del trabajo doméstico a la luz de hoy introduce retos para su regulación legal de conceptos aún poco definidos como si los empleados son fijos o por horas, grado de especialización para determinadas actividades (cuidadores), labores típicamente de mujeres u hombres, entre otros. La relación jurídica se complejiza con la aparición de las agencias de mediación

laboral, en este caso el trabajo por cuenta ajena se realiza en relación a esta agencia, que a su vez establece una relación comercial con la familia contratante.

La formalización del vínculo jurídico en el trabajo doméstico se efectúa mediante un contrato generalmente reconocido como laboral, ya sea verbal o escrito según se reconozca su validez, sus denominaciones pueden ser diferentes: Contrato de trabajo en el Hogar, en la República de Chile, Contrato de trabajo relativo al servicio doméstico, en la República de Costa Rica, Contrato de trabajo doméstico, en la República Argentina, Contrato de trabajo del servicio doméstico, en la República del Ecuador.

La tendencia de refrendación sobre el nacimiento o extinción del contrato no difiere grandemente del régimen general; sin embargo, la regulación sobre: derechos, obligaciones, jornada laboral, descanso y remuneración varía, desde más detallada (España-Argentina) hasta más desregularizada con mayor margen a la voluntad de partes (Chile-Paraguay). En algunos países se protege legalmente el límite del salario mínimo como en España y Bolivia. (*Vid. Anexo*)

Estudios realizados en la región latinoamericana<sup>13</sup> muestran que el problema no se reduce a la incompleta regulación del trabajo doméstico remunerado, sino además el nivel de incumplimiento de la normativa legal es altísimo en el caso de las trabajadoras domésticas, especialmente en lo referido a la formalidad de la relación laboral correspondiente legalmente. Son justamente la asociación del trabajo doméstico con nociones de familia y de trabajo no productivo factores

inducentes a percibirlo fuera de una relación laboral normal y justificar tanto la insuficiente regulación como el alto grado en que ésta se infringe.

A nuestro juicio constituye una relación laboral especial, que tiene como presupuestos configuradores de su naturaleza jurídica laboral: remunerabilidad, habitualidad, dependencia y ajenidad. Dado que en Cuba no existe regulación laboral específica de la institución pero si la manifestación socioeconómica lícita de la actividad con un marco dispositivo aplicable, amerita una tratamiento particular.

### **3. Nuevas realidades en cuanto a trabajo doméstico en el ordenamiento jurídico cubano.**

Aunque el refloramiento del trabajo doméstico con nuevas características constituye una realidad socioeconómica cubana, es limitado el conocimiento y tratamiento existente sobre dicha actividad laboral; evidenciado en la carencia de investigaciones al respecto, que propendan y sustenten una adecuada protección jurídica. Por ello nos proponemos aportar argumentos demostrativos de la necesidad y utilidad de la ampliación del amparo teórico-normativo, el consecuente respeto y protección de los derechos laborales de los trabajadores del hogar.

La crisis mundial del empleo también ha afectado a Cuba, por ello como otros países, el Gobierno revolucionario ha ido aplicando un conjunto de políticas y medidas que permitirán el reordenamiento labo-

ral, por lo que se han incrementado las actividades del trabajo por cuenta propia, entre las cuales se fija la del personal doméstico.

En nuestra Carta Magna<sup>14</sup> se consagra a Cuba como un Estado socialista de trabajadores, se identifica el concepto de pueblo trabajador y el derecho-deber trabajo es el primero en invocarse, sin distinción del tipo de vínculo laboral establecido, siempre que sea lícito y honesto; por tanto nada niega la protección constitucional general del trabajo doméstico como cualquier otro.

La protección más específica de la actividad doméstica remunerada aparece desde el punto de vista administrativo y de seguridad social en los siguientes cuerpos normativos:

- a) La Resolución No. 33, de 6 de septiembre de 2011, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, que establece el Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia, que en su Anexo No.1, recoge entre las actividades autorizadas para el ejercicio del trabajo por cuenta propia, como número 79, al Personal doméstico; y como número 30, al Cuidador de enfermos, personas con discapacidad y ancianos.
- b) El Decreto -Ley No. 284, de 2 de septiembre de 2011, "Modificativo del Decreto -Ley No. 278, de 30 de septiembre de 2010, "Del régimen especial de seguridad social para los trabajadores por cuenta propia"

Después de examinar el contenido de esas disposiciones, nos queda claro de que La Resolución No. 33, de 6 de septiembre de 2011, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, por su alcance y sentido solo establece un procedimiento mediante el cual se autoriza el ejercicio del trabajo por cuenta propia, para las actividades de personal doméstico y cuidadores, no regula la relación de trabajo que se establece entre el empleador y el empleado doméstico; siguiendo esa misma carencia, las normas referidas a la seguridad social aplicables en sentido general a todas las actividades del trabajo por cuenta propia no se corresponden con el carácter especial del trabajo doméstico, ya que no se ajustan debidamente a su naturaleza jurídica.

Por su parte el ordenamiento jurídico laboral cubano desconoce el trabajo doméstico como relación jurídica de tal índole, por lo que la relación contractual queda en el plano del derecho privado solamente con cabida de protección en el ordenamiento civil, posiblemente como un contrato de servicios<sup>15</sup>. El cual como ya avizoramos por su construcción jurídica no se adecua a la habitualidad, estabilidad, singularidad y posición de los sujetos vinculados con el trabajo doméstico, aunque indistintamente también se le denomine servicio. Ni siquiera la perspectiva reguladora del nuevo Código del Trabajo incluye tal relación porque dentro de las relaciones especiales, refiere relaciones de trabajo entre trabajadores y personas naturales autorizadas a actuar como empleadores, donde no están todos los que contratan trabajadores domésticos (legalizados o no como cuentapropistas).

Es evidente la falta de un régimen jurídico especial para el vínculo obligacional del trabajo doméstico y sus diversas modalidades, así como la suficiente protección laboral de estos trabajadores, aunque en Cuba aún no se puede afirmar su precariedad. La instrumentación de dicho régimen demanda estudios e investigaciones especializadas multidisciplinarias permisivas de la elaboración de los modelos o patrones que sirvan de fundamento, sostén o guía para la edificación de proyectos legislativos concretos y efectivos que aseguren el funcionamiento de esa relación laboral de carácter especial.

No se trata simplemente de regular al trabajo doméstico a través de un paquete de legislaciones, sino de hacerlo adecuadamente conforme a su naturaleza y complejidad, que posibilite la refundación de los derechos de los trabajadores, digamos también de sus obligaciones, además de los derechos y obligaciones de los empleadores y de otros aspectos importantes ajustados a nuestro contexto relativos a las condiciones de trabajo, descanso y formalidad del acto donde se recojan. Se pueden tomar como referentes técnicos jurídicos los criterios doctrinales y normativos emitidos al respecto internacionalmente.

Es una actividad pendiente de definir para la dogmática jurídica patria, no obstante, a nuestro juicio claramente pertenece al sector informal, pero está erróneamente definida como un trabajo por cuenta propia: ya que es un trabajo por cuenta ajena, donde están presentes elementos tales como la dependencia, el vínculo interpersonal y la remuneración. Además re-

sulta necesario señalar que la actividad de **cuidador** de enfermos, personas con discapacidad y ancianos se recoge separadamente de la de **personal doméstico**, a pesar de su consideración unitaria histórica, doctrinal y normativa como un trabajador doméstico; cuando la labor se realiza en el hogar.

Actualmente con solo una mirada a nuestro alrededor nos damos cuenta de que muchas familias cubanas, emplean trabajo doméstico, aún sin la existencia de la autorización administrativa de los empleados. Adopta esta actividad diferentes formas, labor diaria o varias veces por semana o mes, multitareas o actividades específicas, remuneración fija total o por horas o actividad, irregularidades en cuanto al descanso retribuido, poca frecuencia de la pernoctación; apenas se aprecian formalidades para la validez de la relación.

Las consecuencias sociales de la no regulación jurídica atisban sus manifestaciones, la extensión de la práctica del empleo doméstico augura su repercusión indudable para el Derecho Cubano, así lo aseveran dos grandes laboristas entrevistados para este trabajo:

El Dr. Juan Antuch Beltrán, argumenta que teniendo en cuenta el nuevo modelo económico, la apertura y facilidades dadas a los trabajadores por cuenta propia y del posible fortalecimiento o creación de algunas entidades privadas, se vislumbra un auge de la demanda de fuerza de trabajo para la prestación de los servicios domésticos y gastronómicos, por lo que debe establecerse por el Estado alguna regulación jurídica garante en este caso de los más elementales derechos del personal doméstico.

El Ms.C. Héctor Suárez Granda, asevera que a pesar de la regulación parcial en Cuba del trabajo doméstico, al considerarse un trabajo por cuenta propia y de su tutela por la seguridad social, es indudable, dada las características de la actividad, que tanto de las personas trabajadoras del hogar, como de las personas que reciben el servicio, se encuentran desamparados en todos los aspectos; existiendo múltiples razones que aconsejan su refrendación con carácter especial, porque el trabajo doméstico se encuentra en condiciones de precarismo laboral.

En sentido general, ambos expertos coinciden en la necesidad de brindarles protección jurídica a los trabajadores domésticos, con la particularidad de que el Dr. Juan Antuch Beltrán, hace énfasis en que la regulación jurídica que se dicte en cuestión, garantice la defensa de los derechos de esos trabajadores, mientras el Ms,C Héctor Suárez Granda, reflexiona que el trabajo doméstico debe normarse con carácter especial atendiendo a las complejas condiciones en que dicha labor se realiza, que conlleva a la insuficiente protección de los sujetos en la relación y al desamparo laboral de estos trabajadores.

## Conclusión

El trabajo doméstico es imprescindible en la marcha de nuestras sociedades y gran parte del esfuerzo que se invierte en realizarlo es de las mujeres. Reconocer el aporte del servicio doméstico en el funciona-

miento de la sociedad es cada vez más necesario, pues sin él muchas familias y personas no podrían integrarse a la vida social y económica especialmente en la actualidad, donde generalmente tanto el hombre como la mujer deben trabajar para el sustento del hogar, o peor aún, cuando una madre soltera es la que sostiene la familia. Contribuye a la reproducción social y al mantenimiento de la fuerza de trabajo, con lo cual se constituye además en factor clave para el funcionamiento de la sociedad y las economías nacionales.

Umbrales nuevos se descubren con la evolución de la sociedad cubana ante las dinámicas familiares, la inserción científica y profesional de la mujer, el envejecimiento poblacional, la protección del espacio en el hogar de los discapacitados, la necesidad de empleo y otras situaciones contemporáneas donde se inserta el trabajo doméstico; el Derecho no puede dar la espalda y reclama un respaldo de otras ciencias, de la voluntad ciudadana y política.

## Notas

- 1 ALONSO GARCÍA, Manuel, *Derecho del Trabajo*. Editorial Artes Gráficas Benxul s.a Madrid 1993. p. 124
- 2 CERVANTES Erika, *Trabajo doméstico*, tomado de comunicación e información de la mujer, en <http://www.nodo50.org/mujeresred/trabajo-domestico.htm>, consultado el 18 de enero de 2012.
- 3 GONZÁLEZ Lisette, *Trabajo doméstico*, tomado de comunicación e información de la mujer, <http://www.nodo50.org/mujeresred/trabajo-domestico.htm>, consultado el 18 de enero de 2012.
- 4 BARAJA MONTES DE OCA, Santiago, *Los Contratos Especiales del Trabajo*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p.72.

- 5 Ídem, p.87.
- 6 Existen diferentes conceptos jurídicos y no jurídicos de este sector casi siempre asociados a un empleo, lícito o no, más desprotegido, generalmente precario, con una estructuración simple; pero todos incluyen en él al trabajo doméstico.
- 7 BARAJA MONTES DE OCA, S. *ob. Cit.* p.88.
- 8 CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edición 2003. p.101.
- 9 DE BUEN, Néstor, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1984, t. II, pp. 481-487
- 10 Legislación Laboral y de Seguridad Social.16ª edición. Madrid. Septiembre 2008. p.343.
- 11 PEREZ, Benito. Derecho del Trabajo. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires.1983. pp.252 - 258.
- 12 RUIZ, J, SÁNCHEZ UTAZÚ, VALERO PICAZO. *Trabajo doméstico*, [http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/trabajo\\_domestico.htm](http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/trabajo_domestico.htm), consultado 18 de enero de 2012
- 13 Colectivo de autores, El trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2009, texto íntegro.
- 14 Constitución de la República de Cuba, publicada en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinariao. 3, La Habana 31 de enero del 2003
- 15 Art. 320 del Código Civil de Cuba, Ley No. 59 del 16 de julio de 1987 (anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo), Ediciones ONBC, Ciudad de La Habana, Cuba, 2006.

## Referencias

- ALONSO GARCÍA, Manuel, Derecho del Trabajo. Editorial Artes Gráficas Benxul s.a Madrid 1993.
- De Diego, Julián Arturo, Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social, 5a ed.- Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2002.
- BARAJA MONTES DE OCA, Santiago. Los Contratos Especiales del Trabajo. Universidad Nacional Autónoma de México.1992.
- CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edición 2003.

- Colectivo de autores, *El trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2009.
- Cuba. Constitución de la República de Cuba, publicada en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria. 3, La Habana 31 de enero del 2003
- Cuba. Código Civil de Cuba, Ley No. 59 del 16 de julio de 1987 (anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo), Ediciones ONBC, Ciudad de La Habana, Cuba, 2006.
- Cuba. Anteproyecto del Código del Trabajo, disponible en [www.mtss.cu](http://www.mtss.cu)
- Cuba. Decreto Ley 141, Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia, publicado en Gaceta Oficial No 30 Extraordinaria, de fecha 8 de septiembre de 1993.
- Cuba. Resolución No. 33 de fecha 6 de septiembre del 2011, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia, publicado en Gaceta Oficial No. 29 Extraordinaria de fecha 7 de septiembre del 2011.
- Daniel Ruiz, Alvaro, *Dos colectivos laborales permanentemente marginados*, en Colectivo de Autores, *Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, 2009.
- De Buen, Néstor, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1984, t. II.
- Delgado de Smith, Yamilé, *El trabajo doméstico desde la óptica del OIT*, <http://yamilesmith.blogspot.com/2007/08/el-trabajo-domstico-desde-el-enfoque-de.html>, consultado el 4 de abril del 2013.
- Legislación Laboral y de Seguridad Social. 16ª edición. Madrid. Septiembre 2008.
- PEREZ, Benito. *Derecho del Trabajo*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires. 1983.
- RUIZ, J, SÁNCHEZ UTAZÚ, VALERO PICAZO. *Trabajo doméstico*, [http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/trabajo\\_domestico.htm](http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/trabajo_domestico.htm), consultado 18 de enero de 2012

## Anexo

### Reformas legales recientes al trabajo doméstico remunerado en América Latina

#### País. Instrumento legal

- Argentina. Decreto 485 (2000). Reglamentación del régimen especial de seguridad social para empleados domésticos. Establece la obligatoriedad de aportes y contribuciones por parte del empleador para sus empleados domésticos que trabajan 6 o más horas semanales.
- Bolivia. Ley de la Trabajadora del Hogar (2003). Regula el trabajo asalariado del hogar estipulando derechos y obligaciones para empleados y empleadores.
- Brasil. Constitución de la República Federativa (1988). Amplía los derechos de los empleados domésticos establecidos en la ley 5.859/1972 (2006).
- Chile. Ley 19.591 (1998). Reconoce derecho a fuero maternal para las trabajadoras domésticas.
- Costa Rica. Proyecto de Ley (2002). Proyecto de ley enviado al Parlamento que propone equiparar los derechos de los empleados domésticos a los demás trabajadores con relación a la jornada laboral y a los períodos de descanso.
- Nicaragua. Reglamento 202 (1978). De aplicación del seguro social a los trabajadores del servicio doméstico. Establece los mecanismos de cálculo del salario de referencia, de financiamiento y de recaudación. Define contribución patronal (12%), laboral (3%) y estatal (4%), además de otros beneficios como seguro de maternidad, invalidez y ayuda de funeral.
- Perú Ley 27.986 (2003). De los trabajadores del hogar. Regula el trabajo asalariado del hogar estipulando derechos y obligaciones para empleados y empleadores.
- Uruguay Ley 18.065 (2006). Equipara los derechos de trabajadoras domésticas a los del resto de los asalariados.

# Judicialização dos Direitos Sociais: a quem compete a sua efetivação?

*Adjudication of Social Rights.  
Who is responsible  
for its execution?*

Artigo recebido em 10/04/2014.

Revisado em 20/04/2014.

Aceito para publicação em 05/05/2014.

## **Marianna Miranda da Silva Soares**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN), Advogada.

## **José Albenes Bezerra Júnior**

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Professor efetivo da Universidade Federal do Semiárido (UFERSA), Advogado.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Judicialização dos Direitos Sociais: a quem compete a sua efetivação? - pp. 549-601

SOARES M. M. da S. / JÚNIOR J. A. B.

## Resumo

O presente artigo, preocupa-se em demonstrar a necessidade da efetivação dos direitos sociais, apontando os responsáveis por essa efetivação, com o foco, todavia, no papel destinado ao Poder Judiciário. Parte-se de um breve panorama de evolução dos direitos sociais, abordando pontos essenciais como a transição do modelo de Estado Liberal para o modelo de Estado Social, seu conceito e fundamento jurídico. Considerando que os Direitos Sociais possuem a função de transformar a realidade – tendo em vista que consistem em prestações positivas, que se utilizam do poder do Estado, com o fito de equilibrar situações de desigualdades –, analisa-se de maneira detalhada o seu regime jurídico peculiar. Consta-se que a promoção dos preceitos da Carta Magna é uma tarefa de todos: sociedade civil, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Quando da análise do papel destinado ao último, busca-se demonstrar sua legitimidade de atuação, ressaltando-se, contudo, que do mesmo modo que não seria correto posicionar-se, *a priori*, contrariamente à tutela judicial dos direitos sociais, igualmente não se pode adotar uma posição demagógica – e potencialmente desastrosa – de concedê-la livremente. Conclui-se que, se tratando de direitos sociais, o Judiciário deve sim intervir, desde que atue dentro dos poderes constitucionalmente atribuídos, devendo superar os obstáculos apontados para que se evite o decisionismo e o arbítrio, promovendo decisões plenamente motivadas e constitucionalmente legítimas.

## Palavras-chave

Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Efetivação. Judicialização. Mínimo Existencial.

## Abstract

This article aims to demonstrate the need of the execution of social rights, pointing at those responsible for that execution, focusing, though, in the role of the Judiciary. From a brief overview on social rights evolution, addressing key points such as the transition from the Liberal State model to the model of Social State, its concept and legal basis. Considering that Social Rights possess the function of transforming reality - given that it consists of positive benefits, making use of state power, with the aim of balancing situations of inequality - it analyzes in detail its own distinctive legal regime. It is noted that promoting the principles of the Constitution is everyone's job: civil society, the Legislative, Executive and Judiciary. When examining the role for the latter, it seeks to demonstrate the legitimacy of action, stressing, however, that in the same way it would not be correct to position itself, a priori, contrary to judicial protection of social rights it also cannot adopt a demagogic position - and potentially disastrous - to grant it freely. It is concluded that, when dealing with social rights, the judiciary must intervene, as long it acts within the powers constitutionally assigned to it, overcoming obstacles in order to avoid

pointing the decision and will, promoting fully motivated and constitutionally legitimate decisions.

## Keywords

Fundamental Rights. Social Rights. Execution, Adjudication. Minimal Existence

## Sumário

Introdução. 1. Uma análise dos direitos sociais. 1.1. Da crise do Estado Social. 1.2. Do fundamento dos Direitos Sociais. 1.3. Do conceito dos Direitos Sociais. 2. O regime jurídico dos direitos sociais. 2.1. Do princípio da observância do núcleo essencial dos Direitos Sociais (*minimum core obligation*). 2.2. Do princípio da utilização do máximo dos recursos disponíveis. 2.2.1. Da teoria da “reserva do possível”. 2.2.2. Da teoria da “reserva do possível” e do núcleo essencial dos Direitos Sociais. 2.3. Dos princípios da implementação progressiva e da proibição do retrocesso social. 2.4. Do princípio hermenêutico *in dubio pro justiti socialis*. 3. Judicialização e efetivação dos direitos sociais: possibilidades e limites. 3.1. Da legitimidade do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Sociais. 3.1.1. Dos limites de atuação do Poder Judiciário. 3.2. Dos obstáculos à tutela judicial dos Direitos Sociais. 3.2.1. Da reserva do possível. 3.2.2. Da falta de *expertise* dos juízes e inadequação da via processual. 3.2.3. Do princípio da proporcionalidade e ponderação de princípios. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

Motivado pela gritante distância entre o plano ideal – desenhado pela Carta Magna – e o plano real, o presente trabalho busca demonstrar a necessidade de efetivação dos Direitos Sociais, voltando seu olhar para a função do Poder Judiciário na concretização desses direitos fundamentais.

Partindo de uma análise geral, traça-se um breve panorama da evolução dos Direitos Sociais, começando pela transição do modelo de Estado Liberal para o modelo de Estado Social, até a definição do seu conceito e fundamento jurídico.

Ao falar de Direitos Sociais, ressalta-se a promoção da igualdade material, tendo em vista que é através do exercício desses direitos que os padrões de vida mínimos se tornam palpáveis para os grupos sociais postergados. Dada essa principal função de transformar a realidade, passa-se à análise do seu regime jurídico peculiar.

Por fim, busca-se enfrentar a hodierna problemática da judicialização dos Direitos Sociais, assumindo, desde logo, que cabe (também) aos juízes construir a ponte entre o enunciado normativo e a realidade e, acima de tudo, proteger a Constituição e a democracia, sem, contudo, ultrapassar os limites constitucionalmente impostos à tutela judicial dos Direitos Sociais.

### 1. Uma análise histórica dos direitos sociais.

Considerando que o estudo do desenvolvimento dos direitos fundamentais consiste em demasia-

da importância, bem como em igual complexidade, o presente tópico preocupar-se-á apenas em traçar um breve panorama da evolução dos Direitos Sociais, em específico quanto aos aspectos centrais da transição do modelo de Estado Liberal para o modelo de Estado Social.

Ressalta-se que não há qualquer presunção de esgotar o tema, o que se deseja é a construção sólida do raciocínio preciso para o entendimento da questão principal – a necessidade da efetivação dos Direitos Sociais.

No tocante ao Estado Liberal, este surge com a proposta de colocar rédeas nas arbitrariedades praticadas pelo poder. É um período marcado pelo individualismo, onde direitos individuais se afirmam frente ao Estado.

Há, pois, o surgimento de uma zona de autonomia individual, impenetrável pelo Estado (visto como inimigo da liberdade), dando lugar aos chamados direitos de cunho “negativo”, posto que exigiam a “não atuação” ou a “abstenção” daquele (dentre esses direitos considerados como oponíveis ao Estado, possuem considerável destaque os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, e à igualdade).

Nesse passo, o papel do Poder Público se resumia à proteção das liberdades individuais e a manutenção da ordem pública.

Ocorre que, o que se observou foi que a liberdade almejada àquela época favorecia apenas à burguesia. Como colocou de forma brilhante o respeitável Paulo Bonavides, a Revolução Francesa, era, todavia, “a

revolução da burguesia”, de modo que esta, a despeito de tratar sua pauta de reivindicações revolucionárias como a de todas as classes, o fazia de modo a lhe resguardar todos os privilégios, mantendo apenas para si, por exemplo, o direito ao voto<sup>1</sup>.

Assim, a liberdade alcançada pela burguesia traduzia-se em miragem para as demais classes. Nesse ínterim, conflitos entre a classe burguesa e proletária surgiam frequentemente, uma vez que esta última vivia em situação miserável, sendo excluída política e socialmente.

Explicam Victor Abramovich e Christian Courtis que:

De acordo com o modelo liberal, as relações capital-trabalho deviam interpretar-se a partir das noções contratuais e de responsabilidade do Direito Civil. Isto significa que, de acordo com essa visão, as relações de trabalho constituíam um contrato como qualquer outro, em que dois sujeitos em igualdade legal de condições pactuavam livremente um intercâmbio de bens: por um lado, a colocação à disposição do patrão da força de trabalho por parte do trabalhador, por outro lado, o pagamento de um preço – o salário – por parte do empresário. (...) De igual maneira, se aplicavam às relações de trabalho as noções de responsabilidade típicas do Direito Civil: o empregador somente devia indenizar o trabalhador caso os danos sofridos por este fossem causados por vontade ou negligência do primei-

ro. Em termos práticos, a aplicação deste esquema de interpretação para as relações de trabalho – em especial as relações trabalhistas da incipiente fábrica industrial – significava uma virtual ‘legalização’ de um regime de notória desigualdade. (...) A luta pela melhoria das condições dos trabalhadores e a percepção das distorções intoleráveis a que levavam a aplicação das noções jurídicas típicas do liberalismo às relações laborais conduziram à derrocada desse modelo, e à sua substituição por um novo, ao qual – dada sua articulação como resposta ao conflito que então se denominava ‘questão social’ – se deu o nome de Direito Social<sup>2</sup>.

O Direito à liberdade, tão clamado pelos burgueses do Estado Liberal, traduzia-se em mera formalidade sem a igualdade de oportunidades para todas as classes.

É esse cenário – de desigualdades e injustiças – que dá ensejo ao modelo de Estado Social. Fica clara e evidente a necessidade de intervenção do Estado através de políticas públicas, bem como a necessidade da garantia de condições materiais básicas de existência. Foi então devido às inúmeras reivindicações sociais por melhores condições de vida que se deu a conquista dos Direitos Sociais.

O Estado passa a ser visto como Estado-amigo, e dele se exige um novo comportamento – o de intervenção estatal, no sentido de produzir igualdades materiais e fáticas, assegurando a liberdade social e real.

Alessandra Gotti aduz que:

Esses direitos, ao contrário dos direitos individuais clássicos, não têm por objeto uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e a outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental<sup>3</sup>.

Logo, é através desses direitos endereçados ao Estado – Direitos Fundamentais Sociais – que o indivíduo tem legitimidade para exigir direitos e prestações estatais como a saúde, educação, assistência social e etc., terminando por transformar liberdades abstratas em liberdades materiais concretas.

### *1.1. Da crise do Estado Social.*

Apesar do advento do modelo de Estado Social, infelizmente ocorreu a imposição de premissas do modelo de Estado Liberal à ele – o que, vale dizer, ocorre até os dias de hoje. Surge, pois, evidente incompatibilidade quando da aplicação da lógica de um à proposta de modelo do outro, fadando ao fracasso o projeto de Estado Social.

Observa Luigi Ferrajoli:

A crise do Estado Social, devida não só a razões econômicas, mas também ao predomínio de estratégias políticas explicitamente regressivas e

antissociais, manifesta-se sobretudo na redução do gasto público destinado às prestações sociais e assistenciais do Estado com respeito à quantidade, pelo contrário crescente, das demandas<sup>4</sup>.

Essas estratégias políticas regressivas têm sido ditadas, principalmente, pelo neoliberalismo que “prega a ideia do Estado mínimo; do resgate do Estado abstenetista; da não intervenção estatal”<sup>5</sup> em vez de utilizar mecanismos progressivos e democráticos.

Quando da análise dos países que adotam a estratégia neoliberal, observa-se que a mesma apenas agrava as desigualdades sociais e intensifica o processo de exclusão socioeconômico de parcelas expressivas da população.

Percebe-se, assim, que, na medida em que um modelo adequado para atender os anseios da população vai de encontro aos interesses de classes privilegiadas (detentoras do poder), dar-se um jeito de adequar este modelo em função desses interesses.

Até que ponto, então, o princípio da primazia do interesse público sobre o privado é levado a sério? Até onde o interesse coletivo prevalece sobre o interesse individual?

A situação exige a busca de uma resposta com amparo constitucional.

Pois bem, quando da leitura da Carta Magna, em específico no disposto em seus artigos 1º, 3º e 170, tem-se que o modelo delineado é o modelo econômico de bem-estar social, modelo este que não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, tampouco pelo Legislativo e Judiciário.

Assim sendo, não é a Constituição que deve se adequar a este ou aquele programa de governo. São os programas de governo que devem ser regidos pela Carta Maior, obedecendo, pois, ao modelo econômico sugerido por ela, do contrário, estaríamos diante de clara inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa.

Eros Roberto Grau afirma que “a substituição do modelo de economia de bem-estar consagrado na Constituição de 1988 por outro, *neoliberal*, não poderá ser efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170”<sup>6</sup>.

Logo, diante da impossibilidade jurídica de alteração do modelo de bem-estar social desenhado pela Constituição de 1988 e, vale dizer, reforçado por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil<sup>7</sup>, a solução para a crise do Estado Social “está no aprimoramento das instituições e no fortalecimento da sua lógica peculiar, afastando-se a tradicional tendência de utilizar as fórmulas próprias do Estado Liberal para a solução dos conflitos típicos do Estado Social”<sup>8</sup>.

## 1.2. Do fundamento dos Direitos Sociais.

Diante do histórico dos Direitos Sociais (e fundamentais), ou de como estes foram conquistados e por quem foram reivindicados, conclui-se que são um conjunto de conquistas construídas pelo homem, em constante processo de construção e reconstrução.

Os Direitos Sociais ganharam lugar no rol de Direito Fundamentais a partir da incessante luta da classe trabalhadora que, em condições desumanas, busca-

va o amparo estatal com o fito de ver suas necessidades básicas atendidas.

Estes direitos podem, pois, ser configurados como a concretização do Princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana, posto que se traduzem na busca de melhores condições de trabalho, educação, saúde, moradia e etc. – pressupostos garantidores de uma sobrevivência digna.

Além da proteção da dignidade humana, Jörg Neuner elenca outros fundamentos legitimadores dos Direitos Sociais que se faz mister mencionar:

- a) A função de assegurar a liberdade, na medida em que esses direitos constituem uma condição fundamental para o exercício da liberdade individual, já que a liberdade jurídica pode cair no vazio se faltam os seus pressupostos fáticos;
- b) A função de assegurar a democracia, pois não são apenas condição da liberdade individual e garantes de sua defesa, mas igualmente condições e garantes da participação no processo geral de produção legislativa do Direito, já que o princípio democrático também ameaça cair no vazio se os cidadãos forem privados de formação e informação, de certo grau de independência econômica e social e de outras necessidades existenciais;
- c) A função de assegurar a paz, ao passo que servem à integração e à estabilidade e também com isso contribuem, em elevada medida, para a segurança jurídica;

- d) A função de tratamento igualitário, na medida em que visam, por fim, a uma relativização de situações de desequilíbrio e uma equiparação material dos cidadãos<sup>9</sup>.

Desse modo, o objetivo originário dos Direitos Sociais é o de garantir condições materiais essenciais para o exercício de uma vida digna, e isso inclui, como exposto acima, assegurar o direito à liberdade individual, a democracia e a liberdade sobretudo material (igualdade de oportunidades com o acesso aos bens básicos a exemplo da seguridade social, saúde, educação, condições igualitárias de trabalho e etc.).

Com efeito, a igualdade material é um dos fundamentos centrais dos Direitos Sociais, uma vez que sem ela o indivíduo não é capaz de se desenvolver plenamente como pessoa e de participar da vida política, cultural e social de seu país.

Alessandra Gotti acrescenta que “os direitos sociais têm também uma importante função de reforma estrutural e social, por ter como finalidade a distribuição de riquezas”<sup>10</sup>, e arremata:

O papel do Estado é, a partir desse duplo fundamento dos direitos sociais, justamente o de auxiliar na criação das condições materiais, concretizando o exercício das liberdades individuais “por intermédio do Estado” e transformação social por meio da distribuição de riquezas<sup>11</sup>.

É, pois, inegável o alto nível de essencial fundamentalidade dos Direitos Sociais, bem como a dependência da vontade do Estado em concretizá-los.

### *1.3. Do conceito dos Direitos Sociais.*

Direitos Sociais podem ser definidos como deveres de prestações positivas que se utilizam do poder do Estado, com o fito de equilibrar situações de desigualdade material – daí porque a igualdade material é o valor que se ressalta quando se fala em Direitos Sociais.

Na definição de José Afonso da Silva, os Direitos Sociais<sup>12</sup>, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são:

Prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade<sup>13</sup>.

É, pois, através do exercício desses direitos que os padrões de vida mínimos se tornam palpáveis para os grupos sociais postergados. Os Direitos Sociais, quando efetivados, proporcionam condições fáticas para o exercício dos demais direitos fundamentais, podendo

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Judicialização dos Direitos Sociais: a quem compete a sua efetivação? - pp. 549-601

SOARES M. M. da S. / JÚNIOR J. A. B.

ser tranquilamente apontados como a base para a conquista de uma vida digna.

## 2. O regime jurídico dos direitos sociais.

Como foi explanado no tópico anterior, os Direitos Sociais consistem em deveres de prestações positivas que se utilizam do poder do Estado, com o fito de equilibrar situações de desigualdade material.

Ao possuir essa função de transformar a realidade, além de estarem regidos pelo regime jurídico próprio<sup>14</sup> dos Direitos Fundamentais, os Direitos Sociais possuem regime jurídico peculiar que justifica uma principiologia própria a orientar sua hermenêutica.

Nesse passo, considerando que a promoção dos Direitos Sociais exige um conjunto de ações estatais, através da produção normativa e da adoção de políticas públicas, faz-se mister que essas ações alcancem e mantenham o núcleo essencial de cada Direito Social, o que deve ser feito com a conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta de 1988) e do dever dos Estados de observar um *minimum core obligation* que se retira da interpretação oficial dada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - CDESC ao art. 2º, §1º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Com efeito, a preocupação com o atingimento dos resultados, é, pois, uma especificidade dos Direitos Sociais, uma vez que, nas palavras de Alessandra Gotti “somente a partir da preocupação *com* e da análise

do resultado é possível monitorar, de forma efetiva, o grau de concretização dos direitos sociais alcançado pelo Estado”<sup>15</sup>. Vale acrescentar que essa aferição de resultados reflete os princípios da implementação progressiva e da proibição do retrocesso social, o que será visto adiante.

Passemos à análise dos princípios norteadores do regime jurídico específico dos Direitos Sociais.

### 2.1. Do princípio da observância do núcleo essencial dos Direitos Sociais (*minimum core obligation*).

Quando se fala em “mínimo existencial” surge de imediato o questionamento do que estaria inserido em seu conteúdo. Como se sabe, o mínimo existencial é um conjunto de prestações fáticas básicas para uma vida digna, formando assim o núcleo material do princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, tem sido identificado, pela jurisprudência nacional, com as necessidades vitais básicas, a exemplo da moradia, educação, alimentação, saúde, vestuário, lazer, higiene, transporte e previdência social (art. 7º, IV, da Constituição de 1988). Essas prestações, por se imporem como *regra*<sup>16</sup> (e não princípio), devem ser prioridades para o Poder Público, não podendo ser arguida contra elas a “reserva do possível”.

Com efeito, admitindo a existência desse núcleo mínimo de prestações fáticas que devem ser priorizadas pelo Estado, o CDESC estabelece o dever de observar o núcleo essencial dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu art. 2º, §1º, *in verbis*:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Judicialização dos Direitos Sociais: a quem compete a sua efetivação? - pp. 549-601

SOARES M. M. da S. / JÚNIOR J. A. B.

“Art. 2º

1º Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

Nesse íterim, vale destacar que o CDESC (Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) foi criado em 1985 pelo Conselho Econômico e Social, um dos órgãos da ONU, com a finalidade de monitorar a implementação dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tendo como principal atribuição a elaboração dos Comentários Gerais<sup>17</sup> e Finais<sup>18</sup> – importante lembrar que a atuação do Comitê englobará novas e importantes funções<sup>19</sup> quando o Protocolo Adicional ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução A/RES/63/117, em 10 de dezembro de 2008, entrar em vigor.

Os Comentários Gerais e Finais emitidos pelo CDESC equivalem a uma jurisprudência internacional, sendo, pois, de suma importância que os operadores do Direito – inclusive os nossos Tribunais – tenham conhecimento deles.

Nesse prisma, uma vez interpretado o art. 2º, §1º

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Judicialização dos Direitos Sociais: a quem compete a sua efetivação? - pp. 549-601

SOARES M. M. da S. / JÚNIOR J. A. B.

do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê esclarece no § 10 do Comentário Geral n. 3 que:

“10. (...) o Comitê entende que corresponde a cada Estado-parte uma obrigação mínima [*minimum core obligation*] de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos. Assim, por exemplo, um Estado-parte no qual um número significativo de indivíduos esteja privado de uma alimentação adequada, de cuidados médicos essenciais, de abrigo e moradia, ou das mais básicas formas de educação está, *prima facie*, descumprindo as obrigações contidas no Pacto. Se o Pacto fosse lido de um modo a não estabelecer obrigações mínimas [*minimum core obligation*], seria ele completamente privado de *raison d'être* [razão de ser]. Analogamente, há de se advertir que toda avaliação de um Estado estar cumprindo sua obrigação mínima deve levar em conta também as limitações de recursos que se aplicam ao país de que se trata. O art. 2º (1) obriga cada Estado-parte a adotar as medidas necessárias ‘até o máximo de seus recursos disponíveis’. Para que um Estado-parte seja capaz de atribuir a sua incapacidade de assegurar ao menos obrigações mínimas à inexistência de recursos disponíveis, deve demonstrar que todos os esforços foram feitos para usar todos os recursos que estão à sua disposição para satisfazer, com prioridade, aquelas obrigações mínimas”.

Desse modo, ainda que a efetivação dos Direitos Sociais se dê de maneira gradativa, para o Comitê, os Estados-partes devem ao menos satisfazer o conteúdo mínimo dos direitos (*minimum core obligation*), bem como ainda que em épocas de crise, adotar medidas protetivas com o fito de não prejudicar as pessoas em situação de desvantagem ou vulnerabilidade na sociedade.

Quanto a possibilidade de não serem observadas as obrigações mínimas, o Comitê adotou novo entendimento que estabelece a proibição *total* do descumprimento das aludidas obrigações, bem como a adoção de medidas regressivas que afetem o cumprimento destas, classificando-as como inderrogáveis. Não há, pois, qualquer abertura para a justificativa de ações que prejudiquem a efetivação do *minimum core obligation*, sendo considerada uma afronta ao Pacto o seu não cumprimento – partilha-se do entendimento de que a proibição dessa afetação é extensiva a todos os direitos previstos no Pacto<sup>20</sup>.

Observa Alessandra Gotti:

A doutrina do “mínimo existencial” e a construção das “obrigações mínimas” (*minimum core obligation*) decorrentes da interpretação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ainda que partindo de premissas distintas, têm um objetivo comum: o de extrair dos direitos algumas prestações fáticas que, por sua *fundamentalidade*, não podem deixar de ser disponibilizadas pelo Estado em hipótese alguma (não

podendo ser alegada a “reserva do possível”), sob pena de configurar dupla violação de direitos (das normas constitucionais e internacionais)<sup>21</sup>.

O que dificulta a defesa do “mínimo existencial” é o fato de não existir entendimento pacífico sobre as prestações fáticas que correspondem a ele. Já a ideia das “obrigações mínimas”, fomentada pelo CDESC, diferentemente da doutrina do “mínimo existencial” que busca prestigiar *alguns* direitos sociais, parte do pressuposto de que *todos* os direitos sociais possuem *níveis essenciais* que devem ser respeitados e protegidos<sup>22</sup>.

De acordo com a dicção do art. 5º, §2º, da Carta de 1988, os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro no mesmo patamar das normas constitucionais, motivo pelo qual é primordial que “a compreensão da abrangência do núcleo essencial dos direitos sociais (o chamado ‘mínimo existencial’) seja feita também à luz dos parâmetros internacionais fixados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”<sup>23</sup>.

Nesse sentido, é de se destacar a brilhante colocação da Doutora Alessandra Gotti a respeito do tema:

Esses parâmetros poderão doar um novo olhar à discussão do “mínimo existencial”, já que o reconhecimento dos níveis de *fundamentalidade* em todos os direitos sociais – e não apenas em determinados direitos – prestigia os princípios da Supremacia da Constituição e da maior eficácia possível das normas constitucionais, por

admitir que todos os direitos sociais possuem um “núcleo” que deve ser necessariamente satisfeito, com relação ao qual não pode ser arguida a teoria da “reserva do possível”<sup>24</sup>.

Ademais, o dever de efetivar esses níveis essenciais está respaldado pelo princípio da boa-fé a que estão submetidos os Estados-partes após a ratificação dos tratados internacionais (art. 3º, §1º, da Convenção de Viena, de 1969 – “Lei dos Tratados”).

## *2.2. Do princípio da utilização do máximo dos recursos disponíveis.*

A efetivação dos Direitos Sociais, como se pode concluir, depende, em sua grande maioria, da criação de condições materiais para tal finalidade. Dada essa característica marcante de dependência dos recursos financeiros, cabe aos Poderes Públicos priorizar a alocação de recursos públicos para o cumprimento dos direitos sociais.

Nesse passo, deve-se observar o aspecto jurídico dessa escolha, uma vez que esta não pode ser feita sem a observância das diretrizes estabelecidas nas normas constitucionais e nos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Nesse sentido, encontram-se diversas normas constitucionais contidas no Título VIII – Da Ordem Social, que direcionam a utilização dos recursos públicos para a implementação, por exemplo, do direito à saúde e à educação, bem como os compromissos internacio-

nais assumidos pelo Estado brasileiro no sentido de impor a priorização de recursos públicos para a área social.

A própria ordem econômica, segundo o *caput* do art. 170 da Constituição Federal de 1988, tem como objetivo assegurar os ditames da justiça social e assegurar a todos existência digna.

Observa Alessandra Gotti:

A enunciação dessas metas evidencia a preocupação da Constituição em fortalecer e ampliar o grau de concretização dos direitos, sobretudo dos direitos sociais, que são, em última instância, o pano de fundo para a promoção do desenvolvimento nacional, para a efetivação de uma sociedade livre e justa, para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a promoção do bem de todos e para a redução das desigualdades sociais e regionais<sup>25</sup>.

A implementação dos Direitos Sociais, deve, pois, utilizar-se do máximo dos recursos disponíveis – esclarecendo o que significa a alusão ao “máximo dos recursos disponíveis”, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no parágrafo 13 do Comentário Geral n. 3, assevera que “a frase ‘o máximo dos recursos disponíveis’ abrange tanto os recursos existentes do Estado como aqueles disponibilizados pela comunidade internacional por meio de cooperação e assistência internacionais”<sup>26</sup>. É, pois, dever do Estado-parte buscar ajuda internacional em épocas de crise.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Judicialização dos Direitos Sociais: a quem compete a sua efetivação? - pp. 549-601

SOARES M. M. da S. / JÚNIOR J. A. B.

Com efeito, o comprometimento com o planejamento da utilização dos recursos públicos, estabelecendo-se metas de curto, médio e longo prazo à luz das prioridades legais, é o caminho mais eficaz quando se pretende atender a exigência da utilização do máximo dos recursos disponíveis<sup>27</sup>, do contrário estaríamos diante de uma flagrante violação ao princípio da legalidade.

Assim sendo, importante é a *vontade política* de implementar totalmente os direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que a omissão dos Estados se dá, na sua grande maioria, por falta de interesse do mesmo, e não por qualquer problema de escassez de recursos.

### 2.2.1. Da teoria da “reserva do possível”.

Segundo observa Ana Paula de Barcellos, a expressão “reserva do possível” descreve o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da infinidade de necessidades a serem por eles supridas<sup>28</sup>.

A reserva do possível é constantemente utilizada como um óbice à judicialização dos Direitos Sociais. Essa teoria defende que, por depender de recursos financeiros para sua efetivação, os Direitos Sociais só existiriam, utilizando-se das palavras de J. J. Gomes Canotilho, “quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”<sup>29</sup>.

Chega-se a absurda conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que os permitam. Nesse sentido André Ramos Tavares de maneira

brilhante conclui: “a invocação de ideias como ‘a reserva do possível’ ou ‘o custo dos direitos sociais contra o custo zero dos direitos individuais clássicos’ acompanha, ainda, raciocínios próprios de um modelo de Estado Liberal não preocupado com os direitos sociais”<sup>30</sup>.

Ora, a lógica dos que defendem que os Direitos Sociais só existem quando os cofres estão cheios deve ser invertida em nome da garantia de condições materiais essenciais à promoção e preservação da dignidade humana – prioridade do Estado brasileiro (arts. 3º, 170, *caput*, e 193 e tratados internacionais já citados).

Com efeito, ainda que se admita que os recursos públicos não são infinitos, condicionar os direitos sociais à existência de “cofres cheios” corresponde ao total aniquilamento dos direitos constitucionais consagrados, despindo-se de toda a sua força normativa<sup>31</sup>. Como bem observado por Alessandra Gotti, “a questão pode ser colocada em outra perspectiva: o que está em discussão é a *eleição de prioridades*, para as quais, aliás, existem critérios claros e objetivos já delineados pela própria Constituição e pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil”<sup>32</sup>.

O que não pode acontecer, é, por exemplo, como se tem visto, o Estado reduzir o percentual do PIB destinado a gastos com serviços na área social para aumentar os gastos em outros setores. É preciso adotar o raciocínio inverso: em vez de condicionar a realização dos direitos sociais à existência de “recursos públicos”, é preciso condicionar a existência de “recursos públicos” à implementação dos direitos sociais<sup>33</sup>, exigindo-se dos Poderes Públicos que, fazendo uso das palavras

de Alessandra Gotti, “justifiquem a impossibilidade de concretização de determinado direito diante da totalidade dos recursos de que dispõem e das prioridades que elegeram”<sup>34</sup>.

### 2.2.2. Da teoria da “reserva do possível” e do núcleo essencial dos Direitos Sociais.

Como já explicitado acima, há amparo tanto em normas constitucionais como em normas internacionais para se negar a oposição da teoria da reserva do possível ao núcleo dos direitos sociais (*minimum core obligation*). Seguindo o mesmo raciocínio do CDESC quanto às obrigações mínimas, os doutrinadores que defendem a ideia do “mínimo existencial” são seguros em defender que essa justificativa também não cabe com relação aos direitos que compõem o mínimo existencial.

Nesse passo, observa Ana Paula de Barcellos que:

O argumento da reserva do possível não pode ser suscitado contra a exigibilidade do mínimo existencial, pois seu conteúdo descreve o conjunto de prioridades constitucionalmente definidas para a ação estatal. Isto é: prioritariamente a qualquer outra atividade, cabe ao Estado empregar recursos para o atendimento daquilo que se entenda, em determinado momento histórico de uma sociedade, o mínimo existencial. (...) Nesse contexto, ao empregar o conceito de mínimo existencial o juiz está dispensado de exa-

minar o argumento da reserva do possível, uma vez que esta questão já terá sido avaliada quando da construção do próprio conceito<sup>35</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, assinala Ricardo Lobo Torres que:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras: o judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.)<sup>36</sup>.

A impossibilidade de ser arguida a tese da “reserva do possível” com relação ao mínimo existencial é adotada por alguns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos Ministros Celso de Mello, Carlos Ayres Britto e Cármen Lúcia.

O Estado não pode invocar a cláusula da “reserva do possível” com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente quando essa conduta governamental negativa puder aniquilar direitos constitucionais dotados de um sentido de essencial fundamentalidade.

### 2.3. Dos princípios da implementação progressiva e da proibição do retrocesso social.

De acordo com a doutrina brasileira, o princípio da proibição do retrocesso social está implícito na Constituição de 1988, especialmente em seus arts. 1º, III, 3º, 5º, § 1º, 170 e 193, e o princípio da implementação progressiva, implícito nos seus arts. 3º, 170 e 193. Contudo, é importante frisar que os mencionados princípios se inter-relacionam no âmbito do direito internacional<sup>37</sup>, e mais: o fato de estarem contemplados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, significa que eles possuem *status* de norma constitucional.

Como já observado, os Direitos Sociais demandam a criação de condições materiais para a sua concretização, de maneira que é inerente à sua estrutura e natureza o monitoramento dos resultados alcançados pelo Estado ao longo do tempo.

Alessandra Gotti observa que “do prisma jurídico, a preocupação com o monitoramento desses resultados é materializada nos princípios da implementação progressiva e da proibição do retrocesso social”<sup>38</sup>.

A análise das obrigações assumidas pelos Estados-partes ao ratificarem o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por parte do Comitê de Direitos e Econômicos, Sociais e Culturais, como assinala Matthew Craven, é feita por meio de dois métodos: um centrado nas obrigações de “comportamento” e “resultado” e, o outro, nas obrigações de “respeitar”, “proteger” e “cumprir”<sup>39</sup>.

Consoante a tipologia tripartite, os direitos hu-

manos impõem três tipos de obrigações, quais sejam: A obrigação de “respeitar”, que determina a abstenção do Estado-parte no sentido de não interferir no gozo dos direitos, a exemplo no direito previsto no art. 8º (liberdade sindical); a obrigação de “proteger”, que exige que o Estado-parte previna a violação desses direitos por parte de terceiros (é a chamada eficácia horizontal dos direitos humanos), como, por exemplo, nos arts. 11 (direito a moradia) e 12 (direito a saúde); e, por fim, a obrigação de “cumprir” – obrigação central no que diz respeito aos direitos Econômicos, Sociais e Culturais – requer que o Estado-parte adote as medidas necessárias para garantir a satisfação dos direitos<sup>40</sup>.

Doutro giro, quanto às obrigações de “comportamento”, os Estados-partes devem estender a *todos* os direitos previstos no Pacto o comprometimento de assegurar, imediatamente, o seu exercício, bem como adotar medidas com vistas a dar efetividade às suas obrigações, fazendo uso de todos os meios disponíveis, a exemplo da adoção de medidas legislativas, financeiras, educacionais, administrativas e sociais.

No tocante às obrigações de “resultado”, pode-se dizer que há duas condutas principais a se exigir dos Estados-partes: implementar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente pacto, utilizando o máximo de recursos disponíveis para esse fim, bem como não adotar medidas de caráter deliberadamente regressivo<sup>41</sup>.

A partir desse duplo comando, conclui-se pela existência de dois princípios autônomos, embora inter-relacionados e complementares: a) o princípio da

implementação progressiva, expresso no art. 2º, § 1º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e b) o princípio da proibição do retrocesso, o qual está implícito no mesmo dispositivo, por ter sua formulação extraída da noção de progressividade nele adotada<sup>42</sup>.

Não é demais sublinhar que ainda que se fale que o princípio da proibição do retrocesso é um princípio implícito, esta sua condição não retira a sua autonomia nem tampouco o torna menos exigível do que o princípio da implementação progressiva, que é explícito.

Aliás, como pontua Walter Claudius Rotherburg, tanto os princípios explícitos quanto os implícitos possuem idêntica importância sistemática e axiológica, constituindo ambas as categorias verdadeiras normas jurídicas<sup>43</sup>. A prova desta afirmativa pode ser retirada da autonomia e exigibilidade dos princípios *implícitos* da razoabilidade e proporcionalidade.

A obrigação de não retroceder, destacam Victor Abramovich e Christian Courtis:

Constitui justamente um dos parâmetros de justificabilidade das medidas adotadas pelo Estado em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais que resulta diretamente aplicável pelo Poder Judiciário. Do ponto de vista conceitual, a obrigação de não retroceder constitui uma limitação que os tratados de direitos humanos pertinentes e, eventualmente, a Constituição impõem aos Poderes Legislativo e Executivo no que tange às possibilidades de regulamentação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Essa

obrigação proíbe que o legislador ou o titular do poder regulamentar derogue ou reduza o nível dos direitos econômicos, sociais e culturais de que goza a população. (...) Trata-se de uma garantia substancial, vale dizer, de uma garantia que visa proteger o conteúdo dos direitos vigentes no momento da adoção da obrigação internacional e o nível de realização alcançado cada vez que o Estado, no cumprimento de sua obrigação de progressividade, haja produzido uma melhora<sup>44</sup>.

Nesse passo, a violação ao princípio da proibição do retrocesso acontece com a adoção de medidas regressivas (ação), tanto no tocante às normas que tutelam os direitos sociais, quanto às políticas públicas adotadas para a sua implementação. Já a violação ao princípio da progressiva implementação, a seu turno, se dá quando o Estado não adota medidas para avançar continuamente o nível de gozo dos direitos sociais, assim como quando este permanece inerte frente a deterioração do nível de gozo ou desfrute desses direitos pela população (omissão)<sup>45</sup>.

Em verdade, ambos os princípios são os dois lados da mesma moeda, visam, como pôde ser observado, o pleno reconhecimento e gozo dos direitos sociais.

#### 2.4. *Do princípio hermenêutico in dubio pro justiti socialis.*

O princípio *in dubio pro justitia socialis*, juntamente com todos os princípios anteriormente analisa-

dos, integram o que se pode chamar de **regime jurídico dos direitos sociais**.

A função deste princípio se assemelha ao do princípio da *norma mais favorável* ao trabalhador existente no âmbito do Direito Laboral. Busca, pois, resguardar a interpretação que for mais benéfica e que mais se aproxima ao ideal de justiça social.

O princípio em comento é aplicado sempre que houver dúvida quanto ao sentido de determinada norma, bem como para dirimir divergências quanto à apreciação de provas.

Trata-se de mais um princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro, conclusão que se obtém da ênfase que a Carta de 1988 dá ao atingimento dos objetivos primordiais da justiça social, do bem-estar geral e da promoção da dignidade humana.

Como bem observado por Alessandra Gotti, “o princípio hermenêutico *in dubio pro justitia socialis* possui *status* constitucional por força do art. 5º, § 2º, já que decorre do Estado Democrático e Social brasileiro, preocupado com a implementação das condições materiais essenciais para o atingimento de uma vida digna e, por conseguinte, da justiça social”<sup>46</sup>.

Desse modo, assim como a hermenêutica própria dos direitos fundamentais exige que as normas sejam interpretadas da maneira que mais proteja uma possível vítima, no que diz respeito especificamente aos direitos sociais, em casos de dúvidas, estas devem ser dirimidas de modo que melhor favoreça a justiça social<sup>47</sup>.

### 3. Judicialização e efetivação dos direitos sociais: possibilidades e limites.

Como já explicitado, o modelo delineado pela Constituição de 1988 foi o modelo econômico de bem-estar social, em melhores palavras: A Carta Magna optou por um Estado Democrático e Social de Direito – conclusão lógica que se retira de fatores como a consagração expressa do princípio da dignidade da pessoa humana como valor máximo da ordem jurídica, bem como o reconhecimento constitucional dos direitos sociais.

Em consequência, o compromisso de garantir um mínimo existencial a todos não pode jamais ser analisado como mera obrigação moral, é, pois, imposição legal pautada na dignidade humana, no direito à liberdade e na democracia<sup>48</sup>.

Mas, como adverte Karine Cordeiro:

Há um longo e sinuoso caminho, quicá um abismo, entre a proposta da Constituição e a efetivação dos projetos nela formulados. Afora as dificuldades quanto à interpretação das normas que enunciam os direitos sociais, a implementação desses direitos tem de enfrentar outros obstáculos de peso, como a capacidade prestacional do Estado, a falta de coordenação entre a sociedade civil e os órgãos de representação popular e um déficit, no seio da própria sociedade, do que Hesse chama de *vontade de constituição*<sup>49</sup>.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso observa que “o ponto mais baixo do modelo constitucional inaugurado em 1988 tem sido a falta de vontade ou capacidade de reformar o sistema político, medida essencial para o resgate e promoção de valores como legitimidade democrática, governabilidade e virtudes republicanas”<sup>50</sup>.

É exatamente esse o ponto que motiva o presente trabalho: a distancia entre o plano ideal e o plano real. A superação dos obstáculos que impedem a efetivação dos preceitos da Carta Maior é uma tarefa de todos: sociedade civil, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Contudo, o que aqui se pretende investigar é o papel destinado ao Poder Judiciário, “assumindo-se, desde logo, que cabe (também) aos juízes construir a ponte entre o enunciado normativo e a realidade e, acima de tudo, proteger a Constituição e a democracia”<sup>51</sup>.

### 3.1. *Da legitimidade do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Sociais.*

Hodiernamente pode-se dizer que, uma grande massa de questões políticas e morais de suma importância e igual complexidade (a exemplo das uniões homoafetivas e pesquisas com células-tronco embrionárias) cuja solução interessa a toda a coletividade e, conseqüentemente, trazem consigo grande repercussão pública, aportam no Poder Judiciário. Isso tem reavivado a polêmica sobre o que se chama de *ativismo judicial*.

Em matéria de Direitos Sociais situações tra-

dicionalmente consideradas de natureza política são convertidas em situações jurídicas, aplicando-se a judicialização do processo decisório, o que, vale dizer, tem aumentado a tensão entre o Judiciário e os elaboradores e executores das políticas públicas – motivo que enseja uma objeção democrática crescente e intensa à atuação dos juízes nesta ceara. Sobre o tema Karine Cordeiro aduz que:

A definição (e delimitação) do espaço que deve ocupar o Poder Judiciário na ordem política e democrática naquilo que diz com a prerrogativa de determinar o cumprimento desses direitos não prescinde de uma reflexão, ainda que breve, sobre o significado da democracia e, sobretudo, da separação de Poderes<sup>52</sup>.

Logo, é importante ter em mente que a concepção de democracia se subdivide em dois conceitos: democracia formal – aquela tida como mero sinônimo de soberania popular traduzida pela vontade da maioria; e democracia substancial – aquela praticada no mundo contemporâneo, essencialmente responsável pela eliminação de ideologias como o nazismo, fascismo e comunismo.

É sobre essa perspectiva, de democracia substancial, que se assentam a separação de Poderes, o Estado de Direito, a independência dos juízes e os direitos fundamentais.

Desse modo, deve-se lembrar que, ainda que do ponto de vista procedimental a vontade da maioria

(democracia formal) seja a melhor forma de se chegar à chamada *volonté générale*, as lições históricas ensinam que essa mesma maioria pode facilmente violar os mais básicos direitos da minoria a ponto de, inclusive, destruí-la.

Daí a relevância de analisar a separação dos poderes à luz do Estado de Direito. Em linhas gerais, “a adoção do Estado de Direito traz consigo a ideia de submissão do poder ao império da lei e do Direito e a correspondente ideia de controle e limitação do poder, sendo que a separação e a divisão de poderes foram concebidas como fórmulas práticas de se obter essa limitação”<sup>53</sup>. Utilizando as palavras de Manuel Aragon, “a fiscalização e o controle são parte – e não exceção – da teoria da divisão dos poderes”<sup>54</sup>.

Outrossim, salienta-se que não há uma separação absoluta de poderes. O que existe são funções básicas predominantes a cada um dos Poderes do Estado, bem como a previsão de algumas interferências mútuas – o que se chama de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). “No lugar de separação, as palavras de ordem são harmonia, colaboração e interação”<sup>55</sup>.

É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro adota o modelo de constitucionalismo estadunidense, que pode ser descrito pelas seguintes características: supremacia da Constituição; controle judicial de constitucionalidade (que pressupõe um Poder Judiciário politicamente independente); e proteção ativa dos direitos fundamentais<sup>56</sup>. Em sendo assim, o eixo da balança – responsável pela manutenção do equilíbrio entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais – é o Poder Judiciário.

Nesse contexto, pode-se concluir que, se é verdade que a Constituição define fronteiras dentro das quais cada uma das esferas do governo deve agir, é igualmente verdade que o papel do Poder Judiciário, é, também, na apropriada metáfora de Stephen Breyer, o de uma *patrulha de fronteira*<sup>57</sup>. E mais: mesmo que o Poder Legislativo e Executivo tenham legitimidade para interpretar a Carta Magna, é do Poder Judiciário a interpretação final e vinculante.

É essa linha de raciocínio que justifica e legitima um grupo de juízes, que não busca sua legitimação no voto popular, tomar decisões morais fundamentais em nome de toda a sociedade. De maneira brilhante Karine Cordeiro conclui que:

A legitimidade democrática dos juízes advém justamente desta aparente contradição: embora a função dos juízes constitucionais seja política, eles não pertencem à política. O propósito não é aumentar o poder dos juízes, desequilibrando a balança em prol do Judiciário, e sim, aumentar a proteção da democracia e dos direitos fundamentais<sup>58</sup>.

A experiência com os diversos sistemas totalitários do século XX ensina: os direitos fundamentais não podem ser exclusivamente postos nas mãos daqueles que foram eleitos para representar a maioria. Vários ditadores chegaram ao poder através de gigantescas vitórias eleitorais.

É de conhecimento de todos, e não é novidade, que valores como virtude republicana não são comuns

e a desigualdade na distribuição de riquezas é gritante na realidade política, cultural e social do Brasil.

O processo político majoritário passa ao largo dos anseios da sociedade, mostrando-se mais do que acertada a opção do Constituinte de 1988 quando aponta o protagonismo judicial como condição indispensável para a efetiva proteção dos direitos sociais e, mais além, para a própria estabilidade da democracia<sup>59</sup>.

Por fim, é fato que Carta Magna de 1988 conferiu aos juizes a prerrogativa de aplicar as normas de direitos fundamentais, outorgando-lhes o *poder judicial último*, na expressão de Michael Perry<sup>60</sup>.

### 3.1.1. *Dos limites de atuação do Poder Judiciário.*

Se, por um lado, é certo que o Poder Judiciário possui legitimidade democrática para efetivar os Direitos Sociais, não se pode negar, de outro, a existência de certos domínios exclusivos reservados aos Poderes Legislativo e Executivo que não podem ser invalidados pelo Poder Judiciário.

Em linhas gerais, é função do Legislativo e Executivo a elaboração de leis e a formulação e execução de políticas públicas, respectivamente. Na lição de Luís Roberto Barroso, ao Judiciário, cabe aplicar o Direito, e isso implica em interpretar a Constituição e as leis, assegurando o respeito ao ordenamento jurídico<sup>61</sup>.

Nas palavras de Karine Cordeiro:

No caso específico dos direitos sociais, a não ser naqueles casos em que a norma constitucional expressa um comando temporal e materialmen-

te preciso, a lógica da separação de poderes indica que o Constituinte distribuiu aos representantes do poder político democrático a função de, em primeira linha, definir o conteúdo do direito, bem como o tempo e o meio de realizá-lo, e assim o fez deixando em aberto uma margem de liberdade de conformação com amplitude inversamente proporcional à densidade normativa. Ao judiciário, o Constituinte reservou papel que, nesta matéria, pode-se dizer subsidiário – mas não de menor importância –, qual seja, controlar a compatibilidade das opções políticas com os parâmetros impostos pela Constituição, inclusive da opção de *não optar*, tendo-se em conta que por mais ampla que seja a zona de discricionariedade dos órgãos estatais, nela não está incluída a *opção de nada fazer* tampouco a *de fazer qualquer coisa*<sup>62</sup>.

Nesse passo, é acertado dizer que a atuação do judiciário é legítima se, e somente se, os juízes operarem nos limites dos poderes constitucionalmente atribuídos.

Não se defende aqui a possibilidade do Judiciário escolher pela sociedade. A função que lhe foi constitucionalmente atribuída, vale dizer, é a de **guarda da Constituição**.

Desse modo, lhe cabe sim intervir, mas no sentido de assegurar as decisões que foram excluídas do jogo político e para corrigir eventuais desvios de rota caso os representantes populares percam o rumo, isto é,

quando agirem de encontro a Constituição ou de modo desarrazoado. Contudo, se as escolhas e ponderações tomadas forem válidas à luz da Constituição, o Judiciário deve respeitá-las por força do princípio democrático<sup>63</sup>.

### 3.2. *Dos obstáculos à tutela judicial dos Direitos Sociais.*

Do mesmo modo que não seria correto se posicionar, *a priori*, contrariamente à tutela judicial dos direitos sociais, igualmente não se pode adotar uma posição demagógica – e potencialmente desastrosa – de concedê-la livremente.

Como defendido anteriormente, o poder judiciário possui legitimidade para efetivar os direitos sociais, desde que atue dentro dos poderes constitucionalmente atribuídos. Logo, para que sua atuação se dê de forma justa e legítima, há alguns obstáculos que devem ser vencidos pelos juízes antes de conceder tais direitos.

De acordo com os ensinamentos de Cláudia Toledo:

Em razão do imperativo constitucional, e dada a polêmica em torno do sindicalismo dos direitos sociais, é forçoso que todo magistrado, ao conceder a tutela judicial desses direitos, motive exaustivamente suas razões para fazê-lo, mostrando por que, no caso concreto, foram afastados os obstáculos que, abstratamente, impedem ou restringem essa tutela.

(...)

Daí a importância de se elencar alguns possíveis obstáculos à tutela judicial dos direitos sociais: o juiz terá, em sua motivação, de passar por eles, mostrando quais são as circunstâncias do caso concreto que justificam seu afastamento. Só aí a decisão estará plenamente motivada e será constitucionalmente legítima<sup>64</sup>.

Não se poderia permitir que o Judiciário atuasse de maneira casuística e discricionária. Sem qualquer pretensão de exaurimento do assunto, cuidar-se-á em apresentar alguns desses obstáculos cuja função se resume em evitar o decisionismo e o arbítrio e de promover uma maior parametrização das decisões<sup>65</sup>.

### *3.2.1. Da reserva do possível.*

Como já defendido em tópico anterior, o Estado não pode invocar a cláusula da “reserva do possível” com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Contudo, a máxima da reserva do possível deve servir como um meio de sopesamento da demanda feita em face do Poder Público com as disponibilidades financeiras, fazendo com que seja observado o princípio da proporcionalidade. Desse modo, seriam impostas ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, através de ordens judiciais que se adequassem ao financeiramente possível.

Utilizando as sábias palavras de Cláudia Toledo, “a reserva do possível é um balizador e um limita-

dor de decisões judiciais, evitando irresponsabilidades por parte de juízes, porém sem vetar de todo a possibilidade de uma tutela judicial”<sup>66</sup>,

### 3.2.2. *Da falta de expertise dos juízes e inadequação da via processual.*

Existem, e não são incomuns, decisões que exigem profundo conhecimento técnico sobre assuntos alheios ao Direito. “Os juízes não possuem conhecimentos técnicos, e específicos, nem assessores que o tenham, para tomar decisões complexas, que envolvam aspectos macroeconômicos, políticos, sociais, médicos, etc.”<sup>67</sup>.

Diferentemente do Poder Legislativo e Executivo, que possuem em seus quadros vários assessores especializados nos mais diversos assuntos, o Poder Judiciário sofre dessa falta de *expertise*, sendo, pois, um obstáculo de ordem prática que dificulta a tutela judicial dos direitos sociais.

Todavia, esse inconveniente não tem o condão de afastar uma tutela judicial de direitos prestacionais, serve sobretudo de alerta aos magistrados, cobrando-lhes cautela na tomada de tais decisões, pois podem, utilizando as palavras de Cláudia Toledo, “no afã de querer garantir os direitos de um indivíduo, violar direitos de muitos outros e alcançar resultados indesejáveis”<sup>68</sup>.

Outro problema é a inadequação da via processual, originalmente concebida para dirimir lides bilaterais, para resolução de problemas tão complexos, que envolvem plúrimos interesses. Conforme Sarmento:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014  
Judicialização dos Direitos Sociais: a quem compete a sua efetivação? - pp. 549-601  
SOARES M. M. da S. / JÚNIOR J. A. B.

O processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterias da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. Boa decisões nesta área pressupõem a capacidade de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se obter no âmbito de um processo judicial. Este, com seus prazos e formalidades, está longe de ser o ambiente mais propício para a análise de políticas públicas, por não proporcionar pleno acesso a miríade de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controvertidos. Na verdade, o processo judicial tende a gerar uma “visão de túnel”, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros – não necessariamente os mais relevantes<sup>69</sup>.

O problema pode ser amenizado, é verdade, com a utilização dos *amici curiae* ou com a preferência de demandas coletivas sobre as individuais. Todavia, não se pode deixar de reconhecer que esse fator torna as vias judiciais um meio bastante questionável de concretização dos direitos sociais.

### 3.2.3. Do princípio da proporcionalidade e ponderação de princípios.

Se, por um lado, o princípio da proporcionalidade serve de obstáculo à concessão da tutela judicial dos direitos sociais, de outro, é o grande instrumento dos juízes para vencer os obstáculos à tutela e aplicá-la.

A respeito do mencionado princípio, observa Cláudia Toledo:

O princípio da proporcionalidade pode ser, em alguns casos, limitador à concessão da tutela judicial (por ser excessiva a prestação que se pretende) e, em outros, justificativa da concessão da tutela (por vedar a proteção insuficiente do indivíduo que demanda as prestações estatais positivas). Por esse motivo, foi ele aqui elencado como obstáculo restritivo dessa concessão, embora possa ser, paradoxalmente, o instrumento removedor dos demais obstáculos.

Arremata Karine Cordeiro:

A proporcionalidade torna possível um adequado controle da racionalidade da decisão, na medida em que sua aplicação exige do intérprete, no caso do juiz, maior esforço argumentativo para justificar, em cada uma das etapas – notadamente na última, isto é, a da proporcionalidade em sentido estrito, *locus* do juízo de ponderação –, por que escolheu um caminho e não o(s) outro(s)<sup>70</sup>.

Percebe-se que a decisão que nega ou concede a tutela dos direitos sociais deve ser exaustivamente motivada, trazendo complexa ponderação de princípios.

## Conclusão

Demonstrou-se que a Carta Magna delinea o modelo econômico de bem-estar social, seja pela consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como valor máximo da ordem jurídica, seja pelo reconhecimento constitucional dos Direitos Sociais – fator que não pode ser ignorado e que deve servir como comando para os atuais e/ou futuros programas de governo.

O presente trabalho buscou demonstrar a importância que a efetivação desses direitos possui, considerando que, como foi visto, eles são a base para a conquista de uma vida digna, pois, quando efetivados, além de garantirem padrões de vida mínimos para grupos sociais postergados, proporcionam condições fáticas para o gozo dos demais Direitos Fundamentais.

Defende-se a judicialização dos Direitos Sociais de forma responsável, o que significa uma atuação judicial dentro das atribuições constitucionais previstas.

Assume-se que a judicialização dos desses direitos é uma questão que necessita, urgentemente e a cada dia mais, ser parametrizada, dado o aumento significativo do número de decisões que defere a tutela de tais direitos.

Para tanto, sem pretensão de exaurimento, preo-

cupou-se em traçar alguns dos obstáculos restritivos à tutela judicial dos Direitos Sociais, não para sugerir sua impossibilidade, mas para estabelecer os parâmetros e limites tão necessários ao combate do decisionismo e do arbítrio, de forma que se chegue à solução que mais se adeque às disposições constitucionais.

O grande problema do nosso país é a falta de vontade política em encarar as raízes de nossos obstáculos.

A sociedade civil e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não só podem como devem trabalhar harmonicamente para que se consiga promover uma sociedade mais justa e mais próxima do que preceitua a Constituição Federal de 1988 – nosso comando maior.

## Notas

- 1 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43.
- 2 ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 11-12 – tradução livre.
- 3 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.
- 4 FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de derecho. In: ABRAMOVICH, Víctor; ANÓN, María José; COURTIS, Christian (Comps.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. 1. Reimpr. México: Fontamara, 2006, p. 13-14 – tradução livre.
- 5 RAMOS, Alexandre Luiz. Direitos Humanos, neoliberalismo e globalização. In: SILVA, Reinaldo Pereira (Org.). *Direito humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p.69.
- 6 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37.

- 7 A exemplo da ratificação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- 8 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.
- 9 NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005 – Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do Sul – Ajuris. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ajuris – Escola Superior de Magistratura, 2006. v. 1, t. 2, p. 150-152.
- 10 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.
- 11 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.
- 12 O conceito de Direitos Sociais abarca não somente os Direitos Sociais prestacionais (direito à educação, saúde, moradia, seguridade, entre outros), mas também uma gama de direitos de defesa (limitação de jornada de trabalho, liberdade de associação sindical, direito de greve, entre outros), todavia será sobre a primeira dimensão desses direitos (a prestacional) que este trabalho irá se debruçar.
- 13 SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 199.
- 14 A saber: A dignidade da Pessoa Humana como princípio orientador e unificador comum, juridicidade reforçada e limite material à reforma constitucional.
- 15 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.
- 16 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008, p. 226.
- 17 São vinte e um os Comentários Gerais (*General Comments*) emitidos até hoje, dentre eles pode-se citar o Comentário Geral n. 1, que versa sobre os relatórios encaminhados pelos Estados-partes; o Comentário Geral n. 2, sobre as medidas de assistência técnica internacional; o Comentário Geral n. 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados-partes; dentre os demais 21 comentários (*General Comments*). In: *Committee on economic, social and cultural rights*. Disponível em: <<http://>

[www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx](http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx)>. Acesso em: 10-10-2013 - tradução livre).

- 18 Esclarece Magdalena Sepúlveda que “os ‘Comentários Finais’ são as conclusões a que chega o Comitê, por consenso, após examinar os informes periódicos dos Estados-partes. Eles têm a seguinte estrutura: 1) introdução; 2) aspectos positivos; 3) fatores e dificuldades que obstaculizam a aplicação do Pacto; 4) principais motivos de preocupação; e 5) sugestões e recomendações. No geral, contêm uma linguagem extremamente diplomática, apesar de, através dos anos, o Comitê ter começado a ser mais frontal e direto em suas observações. Hoje em dia, os ‘Comentários Finais’ não somente contêm ‘sugestões e recomendações’, mas, em maior ou menor medida, constituem declarações formais de cumprimento ou descumprimento do Pacto. Inclusive, há ocasiões em que o Comitê indica de maneira expressa que um Estado ‘violou’ certos direitos contidos no Pacto” (La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente”. In: COURTIS, Christian (Org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 119 - tradução livre).
- 19 O Protocolo incorpora novos e importantes mecanismos de monitoramento, tais como a sistemática de petições individuais, as medidas provisórias, as comunicações interestatais e os procedimentos investigativos em caso de grave e sistemática violação de direitos sociais por um Estado-parte.
- 20 Nesse sentido: COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (Org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 10-11 e 38-39; ROSSI, Julieta. “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 94 - tradução livre.
- 21 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.
- 22 Nesse sentido: vide CRAVEN, Matthew. *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 141 - tradução livre.

- 23 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.
- 24 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.
- 25 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.
- 26 General Comments, cit. – tradução livre.
- 27 GOTTI, Alessandra Passos. Pela implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais – propostas e perspectivas. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2, p. 15.
- 28 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008, p. 261-263.
- 29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 476-477.
- 30 O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2007, p. 20
- 31 BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 224.
- 32 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.
- 33 BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 224.
- 34 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94.
- 35 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008, p. 340-341.
- 36 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81-82.
- 37 É o que se depreende da leitura do art. 2º, § 1º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU); do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA); bem como do art. 1º

- do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (OEA).
- 38 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102.
- 39 CRAVEN, Matthew. *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 107 - tradução livre.
- 40 CRAVEN, Matthew. *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 109-114 - tradução livre.
- 41 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.
- 42 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109.
- 43 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1999, p. 54.
- 44 ABROMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Ed. Trotta, 2002, p. 95-96 - tradução livre.
- 45 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111-112.
- 46 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.
- 47 GOTTI, Alessandra. *Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.
- 48 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 141.
- 49 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 141-142.
- 50 BARROSO, Luís Roberto. Brazil's Constitution of 1988 on its Twenty First Anniversary: Where we stand now. *Direitos fundamentais & justice*, Porto Alegre, ano 3, n. 09, p. 147-173, out./dez. 2010.
- 51 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 142.
- 52 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade*

- da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 144.
- 53 CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6 ed., Tomo I. Coimbra: Almedina, 1983, p. 320.
- 54 ARAGON, Manuel. El control como elemento inseparable del concepto de constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, nº 19, p. 15-52, ene./abri. 1987, p. 22 - tradução livre.
- 55 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 146.
- 56 BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria da jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Interesse público*, ano XII, n. 59, p. 13-55, jan./fev. 2010, p.13.
- 57 BREYER, Stephen. Making our Democracy Work: The Yale Lectures. *The Yale Law Journal*, n. 120, p. 1999-2026, June 2011, p. 2011.
- 58 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 147.
- 59 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 150.
- 60 PERRY, Michael. *Toward a Theory of human Rights: Religion, law, Courts*. Cambridge University Press, 2008.
- 61 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, ano IX, n. 34, p.11-43, abr./jun. 2009, p. 28.
- 62 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 201-202
- 63 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 163-164.
- 64 TOLEDO, Cláudia. *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 273.
- 65 TOLEDO, Cláudia. *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 271.

- 66 TOLEDO, Cláudia. *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 279.
- 67 TOLEDO, Cláudia. *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 279.
- 68 TOLEDO, Cláudia. *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 280.
- 69 SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos*. Rio de Janeiro, 2008, p. 33.
- 70 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 161-162.

## Referências

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Ed. Trotta, 2002.
- ARAGON, Manuel. El control como elemento inseparable del concepto de constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, nº 19, p. 15-52, ene./abril. 1987.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria da jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Interesse público**, ano XII, n. 59, jan./fev. 2010.
- \_\_\_\_\_. Brazil's Constitution of 1988 on its Twenty First Anniversary: Where we stand now. **Direitos fundamentais & justiça**, Porto Alegre, ano 3, n. 09, out./dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, ano IX, n. 34, abr./jun. 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988.** Curitiba: Juruá, 2005.
- BREYER, Stephen. Making our Democracy Work: The Yale Lectures. **The Yale Law Journal**, n. 120, June 2011.
- CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional.** 6 ed., Tomo I. Coimbra: Almedina, 1983.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário.** Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (Org.). **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- CRAVEN, Matthew. **The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development.** Oxford: Clarendon Press, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de derecho. In: ABRAMOVICH, Víctor; AÑÓN, María José; COURTIS, Christian (Comps.). **Derechos sociales: instrucciones de uso.** 1. Reimpr. México: Fontamara, 2006.
- GOTTI, Alessandra. **Direito Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- GOTTI, Alessandra Passos. Pela implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais – propostas e perspectivas. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). **Atualidades jurídicas.** São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais.** Anuário 2004/2005 – Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do Sul – Ajuris. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ajuris – Escola Superior de Magistratura, 2006. v. 1, t. 2.
- PERRY, Michael. Toward a Theory of human Rights: Religion, law, Courts. **Cambridge University Press**, 2008.
- RAMOS, Alexandre Luiz. Direitos Humanos, neoliberalismo e globalização. In: SILVA, Reinaldo Pereira (Org.). **Direito humanos como educação para a justiça.** São Paulo: LTr, 1998.
- ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: COURTIS, Christian (Comp.). **Ni um paso atrás:** la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1999.
- SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais:** Alguns Parâmetros Ético-jurídicos. Rio de Janeiro, 2008.
- SEPÚLVEDA, Magdalena. La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente”. In: COURTIS, Christian (Org.). **Ni um paso atrás:** la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular:** estudos sobre a Constituição. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC,** Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2007.
- TOLEDO, Cláudia. **Direitos sociais em debate.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



# **Direito social do idoso: o lazer como componente da saúde**

## *Social Rights of the Elderly: Leisure as a Health Component*

Artigo recebido em 04/04/2014.

Revisado em 04/05/2014.

Aceito para publicação em 06/06/2014.

## **Ana Maria Viola de Sousa**

Doutora em Direito das Relações Sociais – PUC-SP; Professora e Pesquisadora do Curso de Mestrado em Direito da Unisal – Lorena; Professora e Pesquisadora dos Cursos de Direito da UNIVAP e UNIP, São José dos Campos.

## **Nádia Marquette de Sousa**

Acadêmica do Curso de Medicina da Universidade do Vale do Sapucaí (UNIVÁS) – Pouso Alegre – MG.

## **Felipe Marquette de Sousa**

Acadêmico do Curso de Direito da Universidade do Vale do Paraíba (UNIVAP) – São José dos Campos - SP

## **Resumo**

A saúde e o lazer são dois direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal como fundamentais a todas as pessoas, inclusive aos idosos. A análise do presente artigo limita-se ao uso estratégico das atividades de lazer como fenômeno capaz de promover a saúde e prevenir doenças das pessoas idosas.

## **Palavras-chave**

Direito social, saúde, lazer, idoso.

## **Abstract**

Health and leisure are two social rights under Article 6 of the Federal Constitution as fundamental

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 30 - 1.º Semestre/2014

Direito social do idoso: o lazer como componente da saúde - pp. 603-632

SOUSA A. M. V. de / SOUSA N. M. de / SOUSA F. M. d

to all people, including the elderly. The analysis in this article has been limited to the strategic use of leisure as a phenomenon able to promote health and prevent diseases of elderly people

## Keywords

Social rights, health, leisure, elderly.

## Sumário

Introdução. 1. Direito à saúde. 2. O lazer como componente da saúde. 2.1. Conceito de lazer. 2.2. Objetos do lazer. 2.3. Funções do lazer. 3. O lazer como componente da saúde. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

Formas de concretização dos direitos sociais voltado aos idosos devem ser divulgadas amplamente, como prevê a atual Constituição Federal, além de legislações infraconstitucionais, visando a efetiva tutela e conscientização da população em geral.

A saúde do idoso é tema que, apesar de inúmeros estudos nas mais diferentes áreas, ainda constitui campo de estudo para análise e reflexão. Diversos fatores externos podem influenciar no declínio da funcionalidade dos idosos, especialmente eventos estressantes e impactantes.

Sendo a saúde um direito social, compreende-se em sua terminologia mais ampla, não só a ausência de doença, mas a prevenção dos diversos males e manter-se sempre são. Considera-se ainda a saúde de forma integralizada de todos os fatores físicos, psíquicos, sociais, econômicos, espirituais, culturais, ecológicos propiciando o completo bem-estar do idoso.

Em defesa da dignidade, a promoção da saúde e a prevenção em saúde desse segmento social serão analisadas as atividades de lazer em suas funções multifacetadas como componentes estratégicos para a sadia qualidade de vida dos idosos. No presente artigo aborda-se especificadamente o direito à saúde da pessoa idosa, que, por sua vulnerabilidade merece atenção diferenciada na garantia e efetivação desse direito social de modo a permitir que o envelhecimento ocorra de maneira saudável e digna.

## **1. Direito à saúde.**

Um dos fundamentos básicos da Constituição Federal de 1988 é a dignidade da pessoa humana, exigindo o respeito ao ser humano, garantindo-lhe sua integridade em todos os aspectos: físico, moral, econômico, social, cultural, entre outros. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é considerado até mesmo como um supraprincípio (NUNES, 2009, p. 53), já que é fonte de irradiação para os demais princípios.

Para que se concretize o respeito á dignidade

da pessoa humana é necessário a garantia dos direitos fundamentais como a vida, a igualdade, a liberdade, a intimidade, a honra, para citar alguns. Porém, para que sejam garantidos os direitos fundamentais, faz-se necessário assegurar a concretude dos direitos sociais.

São direitos sociais, nos termos do art. 6º da Constituição Federal, “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança e a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados..”

Embora todos os direitos sociais citados sejam importantes e possuem a mesma força de atuação, a saúde e a educação, são básicos, sem as quais, o ser humano não se vê respeitado no seu direito de viver dignamente.

O Direito à saúde é, dentre os direitos sociais, o que tem maior relevância, apontando o papel de prevenção de doenças, bem como da manutenção e recuperação do bem-estar. Machado e Raposo (2010, p. 11) argumentam que o direito à saúde “é uma dimensão fundamental da dignidade da pessoa humana e da capacidade de desenvolvimento autônomo da personalidade”.

Tratando-se dos idosos, a saúde, na perspectiva da *World Health Organization* (Organização Mundial da Saúde) constitui a base do “envelhecimento ativo” (WHO, 2005, p. 13). Para essa organização a expressão “envelhecimento ativo” deve ser compreendida como:

“o processo de otimização das oportunidades de saúde, participação e segurança, com o objetivo

de melhorar a qualidade de vida à medida que as pessoa ficam mais velhas” (WHO, 2005, p. 13)

Explica a Organização Mundial da Saúde, que o termo “ativo” refere-se à contínua participação em todas as questões da sociedade: social, econômica, cultural, espiritual, civil. Já o termo “saúde” refere-se ao bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos (WHO, 2005, p. 13).

Nesse prisma, o direito à saúde deve ser compreendido no seu termo mais amplo, isto é, a referência não é apenas no aspecto da ausência de doenças, mas também na prevenção dos diversos males, bem como da manutenção da saudabilidade, ou seja, de permanecer sempre são. Sem olvidar procedimentos curativos quando acometida por doenças de origem hereditária ou adquirida, de desenvolvimento crônico ou pontual. De outro lado, agrega-se também o aspecto holístico, importando considerar a saúde de forma integralizada de todos os fatores físicos, psíquicos, sociais, econômicos, espirituais, culturais, ecológicos, propiciando o completo bem-estar.

Esse ponto de vista é importante, principalmente quando se tratar de idosos, grupo de pessoas que estão em situação mais vulnerável com propensão a maiores riscos de doenças e quedas. Enfermidades persistentes e irreversíveis podem fundamentar-se na incapacidade da pessoa idosa. “Os sintomas da enfermidade são suficientes para produzir efeitos que impeçam o autogoverno da pessoa, o que pressupõe a falta de capacidade para gestão pessoal e patrimonial em defesa de seus próprios interesses” (SOUSA, 2011, p. 23-24).

Assim, o direito à saúde do idoso merece uma dimensão diferenciada, ante a necessidade de atenção especial. O Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, estabelece no artigo 9º:

“É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação e políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.”

De acordo com Alves Junior e Paula (2009, p. 207) o conceito de saúde vem se modificando e nas últimas décadas foi incorporada a ideia de promoção de saúde, cujo processo leva em consideração, estratégias mais eficientes, inclusive com mudança no estilo de vida. A saúde, não é vista apenas sob o aspecto individual, mas, sobretudo, coletivo. Promoção da saúde não é uma resposta apenas medicamentosa, mas que engloba a proteção e a prevenção.

Desse modo, a saúde não é algo afeto exclusivamente à esfera médica; sendo muito mais amplo tem implicação na área familiar, psicológica, social e até mesmo do meio ambiente, pois objetiva um estado de completo bem-estar físico, mental e social (ALVES JUNIOR e PAULA, 2009, p. 210).

Garcia, Rodrigues e Borega, (2002, p. 226) afirmam que a atenção à saúde do idoso foi considerada prioritária apenas em 1986, servindo de base para a formulação da Política de Saúde do Idoso em 1999<sup>1</sup>. Atualmente, a Política Nacional de Saúde da pessoa

idosa está prevista na Portaria 2.528, de 19 de outubro de 2006. Dispondo sobre a garantia de atenção à saúde da pessoa idosa de forma integral em todos os níveis, determina como finalidade primordial a recuperação, a manutenção e a promoção da autonomia e a independência desses indivíduos, direcionando as medidas necessárias para a consecução desse fim, proporcionando-lhes completo bem-estar.

Positivado pelo Estatuto do Idoso, o direito à saúde, “além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” (PAIVA, 2005, p. 119).

Um dos sérios problemas de atenção à saúde da pessoa idosa tem relação direta com o setor econômico. À medida que a população envelhece, aumenta proporcionalmente os gastos públicos. Garcia, Rodrigues e Borega (2002, p. 225) afirmam que pesquisas na América Latina, Brasil e em São Paulo, demonstraram que quanto menor o nível socioeconômico, piores são os indicadores de saúde, significando que quanto menor o poder aquisitivo, maiores as probabilidades de doenças entre os idosos. Porém, especialistas argumentam que se as pessoas envelhecessem com saúde melhor, as despesas médicas experimentariam quedas consideráveis (WHO, 2005, p. 18).

Objetivando proporcionar um envelhecimento com uma vida saudável, são propostas estratégias das mais variadas, como a valorização do condicionamento físico, propostas específicas de educação, trabalho e participação, incluindo ainda práticas de atividades

com forte influência de fatores culturais e ambientais. Uma dessas práticas é a autogestão da saúde consubstanciada nas atividades destinadas ao lazer (ALVES JUNIOR e PAULA, 2009, p. 211). O lazer como um direito é garantido às pessoas idosas no artigo 20, do Estatuto do idoso e tem sua relevância como uma necessidade social que merece ser incluído dentro de um programa de promoção da saúde.

## 2. O lazer como componente da saúde.

O lazer como direito social fundamental garantido a todos os cidadãos é referenciado especificamente no artigo 6º da Constituição Federal. Em se tratando de idosos, o Estatuto do Idoso, contempla o direito ao lazer, nos artigos 20 e 23, *in verbis*:

Art. 20. O idoso tem direito a educação, cultura esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade.

...

Art. 23. A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.

As legislações, em geral, tratam do lazer agrupado a outras áreas como educação, esporte e cultura, de-

monstrando uma interligação entre eles, na promoção da melhoria da qualidade de vida de todas as pessoas, especialmente do grupo de idosos. Diversos estudos e pesquisas também consideram o lazer em seus diferentes ângulos emprestando diferentes significados, podendo considera-lo, portanto, como atividade multifacetada.

## 2.1. Conceito de lazer.

Sob a denominação comum de *lazer*, estão enfeixadas outras expressões igualmente populares como: tempo livre, descanso, ociosidade, recreação, entretenimento, divertimento, férias e turismo. Embora sejam expressões relacionadas, às vezes tomadas como sinônimo de “lazer”, tecnicamente consideradas possuem significados distintos.

Lazer e “tempo livre” - na esfera trabalhista o lazer era considerado como o tempo liberado das obrigações. Wyzykowski (2012, p.135) esclarece que o tempo livre representa aquele “momento disponível que o empregado tem e que não esteja relacionado com o labor”. É também semelhante a conotação emprestada por Freitas (2011, p.87) na dicotomia tempo livre-tempo de trabalho, mantendo essa diferenciação, mesmo após a aposentadoria. Silva et al. (2011, p. 16) consideram o tempo livre como “tempo residual de nossas vidas”, aquele tempo liberado das obrigações. Porém, afirma Wyzykowski (2012, p. 135) que o tempo livre, se for utilizado apenas para descanso, “consubstanciaria um tempo vazio”. De outro lado, Silva et al. (2011, p.

16) argumenta, utilizando-se da teoria de Nelson Marcellino, que o tempo não pode ser totalmente livre, pois encontra-se sempre sob normas de conduta reguladas pelo convívio social.

Lazer e “descanso” – não há de confundir também lazer e descanso. O descanso, tecnicamente é considerado como tempo de “recuperação da fadiga humana”, a fim de melhorar o rendimento do trabalho (WYZYKOWSKI, 2012, p. 138). O lazer não é visto como recuperação da energia, ao contrário, é relacionado com atividades, e, muitas vezes até cansativas. Segundo Freitas (2011, p. 89), descanso se relaciona com “estar sem fazer nada”. A inatividade, porém, pode ser apenas aparente, como analisam Gomes e Gottschalk (2012, p. 312), mesmo quando o corpo está em posição de descanso, fisiologicamente, ocorre uma restauração do equilíbrio físico-químicas, impulsionando a oxigenação e eliminando as toxinas. O lazer, segundo Wyzkowski (2012, p. 138) também possui essa conotação de recuperar física e psicologicamente uma pessoa com desgaste energético. Em geral, pessoas idosas com baixo autoestima utilizam-se do lazer para reequilibrar-se e assim alcançar a homeostasia.

Lazer e “ociosidade” – Muitas vezes são essas duas expressões utilizadas como sinônimas. No dicionário Aurélio determina o “ócio” como “tempo que se passa desocupado, folga, repouso, lazer”, podendo também significar “ocupação mental suave, agradável” (FERREIRA, 1975, p. 989), observando-se duas posições distintas: uma de repouso e outra de ocupação mental. Wyzkowski (2012, p. 139-140) esclarece que a palavra

“ócio” é também utilizada no sentido pejorativo, para designar uma situação de “vadiagem”, mas, acrescenta a autora, o sentido de ociosidade deve partir de uma visão da necessidade humana, ou seja, uma situação de inércia, sem, contudo ter uma finalidade específica. Diz essa autora, na inércia corporal pode haver atividade cerebral de divagação, “pensando na vida”, que traz satisfação pessoal carregado de sensações nostálgicas ou prazerosas, tempo que não pode ser confundido com lazer.

Lazer e “recreação” – termos popularmente tratados como sinônimos, mas que em análise mais profunda determina uma diversidade. O termo “recreação” tem origem etimológica no vocábulo *recreare* que possui dois sentidos: de restabelecer ou recuperar e recreio ou divertimento; atualmente impera o significado de “reprodução de jogos e brincadeiras” (SILVA et al., 2011, p.12). Nessa linha de pensamento, Silva et al. (2011, p. 13) assinala que a recreação, qualquer que seja seu significado, deve ser concebida como maneira de reflexão de “recriação”, ou seja, de vivências criatividades, sensíveis e adaptáveis aos diferentes sujeitos envolvidos. Barbosa e Campagna (2006, p. 149) afirmam que recreação tem a ver com criação, motivação e brincadeira; e em se tratando de idosos a expressão mais aceita é “animação”, já que a palavra “brincar” tem maior relação com crianças. Assim, o lazer relacionado à recreação, exalta o elemento lúdico, de relaxamento e prazer.

Lazer e entretenimento – essas duas expressões são, muitas vezes, utilizadas como sinônimas. Na análise de Trigo (2003, p. 27) são consideradas como en-

tretenimento as atividades programadas e geralmente pagas. Esclarece esse autor que etimologicamente, entretenimento tem origem nos vocábulos *inter* que significa “entre” e *tenere* que significa “ter”. Assim, “entretenimento”, seria aquilo “que se diverte”, tendo ampla relação com a arte e espetáculos. Comumente, atividades de entretenimento possuem um lazer passivo, isto é, de observação, apreciação e reflexão, provocando nos expectadores uma reação. Isto porque, segundo Trigo (2003, p. 75) atividade de entretenimento costuma mesclar realidade e ficção, de forma a influenciar a mente das pessoas. São exemplos os filmes, os teatros, as músicas que, embora proporcionem lazer e diversão, são fontes de reflexão.

Lazer e divertimento - Da mesma forma que o entretenimento, o divertimento possui relação intrínseca com a arte, porém, com maior inclinação para festas e jogos. Há algumas diferenciações, mesmo que sutis entre divertimento e entretenimento: enquanto neste, o aspecto do lazer é passivo, ou seja, de observação e apreciação; naquele, é ativo, estimulando participação. No entretenimento pode provocar sensação de tristeza e melancolia; no divertimento a sensação será sempre de alegria.

Lazer e férias - A expressão “férias” é comumente utilizada em relação às pessoas em atividade laboral. Nesse sentido, são consideradas férias o “lapso de tempo remunerado, de frequência anual, com o objetivo de recuperação de suas energias, de sua inserção familiar, comunitária e política” (DELGADO, 2005, p. 949). Tem como objetivos, metas de saúde e segurança no traba-

lho, incluindo, além do descanso do trabalhador, interesses relacionados com a política de saúde pública (DELGADO, 2005, p. 950). Com referência ao grupo de pessoas idosas, as férias adquirem outra conotação qual seja, a saída da rotina, do cotidiano. Em geral, os idosos são aposentados, que deixaram de exercer sua atividade profissional, porém, não se consideram “eternamente de férias”, como demonstrado na pesquisa realizada por Freitas (2011, p. 93). Interessante observação faz essa autora, pois, “estar aposentado” não se confunde com “estar de férias”, aquela expressão se refere à ausência de atividade laboral e esta se refere à alteração da rotina e do espaço geográfico, de forma que, “sair da residência e não ter de trabalhar em casa” são os aspectos fundamentais (FREITAS, 2011, p. 93). Sair da rotina como característica de férias, neste contexto, pode ser também aplicável à situação de direito do trabalho. E em ambos os casos há intrínseca relação com lazer.

Lazer e turismo - O turismo constituído de viagens e excursões foi organizado inicialmente no âmbito econômico. Segundo Falcão (2009, p.117) o turismo é, na verdade, uma atividade multidisciplinar, criando situações que relacionam lazer com educação, saúde, cultura e meio ambiente, denominado “turismo social”. Assinala esse autor que o turismo social difere do comercial basicamente no preço praticado, na localização e na finalidade. No social o preço é inferior, pois conta com subsídio ou subvenção do Estado ou das organizações que o promovem; a escolha do local pode ser determinada por razões de oportunidade e não na de maior procura de turistas; a finalidade pode ser de

caráter educativo ou sociocultural (FALCÃO, 2009, p. 118). O turismo de grupo, ou turismo social, em se tratando de idosos é um convite ao lazer solidário. Nesse aspecto outras diferenças de apresentam: no turismo tradicional o turista se isola, a comunidade fica a serviço do turismo e há nítido espírito consumista; já no social, o turista se integra, é o turismo que fica a serviço da comunidade e o turista desenvolve espírito solidário na aprendizagem, compartilhando saberes (FALCÃO, 2009, p. 124). Estudos realizados na Europa constataram que o turismo entre a população idosa representa apenas 15% do total de turistas europeus, o que levou o Conselho Econômico e Social de Portugal a propor programas de turismo naquele país, incentivando a prática de turismo com o objetivo de melhorar a qualidade de vida e o bem estar da população com mais de 60 anos de idade (PORTUGAL, 2013, p. 63-64). No Brasil, o SESC – Serviço Social do Comércio é o principal operador de turismo social, oferecendo diversificada programação de passeios e excursões de qualidade a preços acessíveis (FALCÃO, 2009, p. 128).

## 2.2. *Objetos do lazer.*

Embora seja difícil conceituar o lazer, certo é que não pode contrapor-se apenas ao trabalho, pois, como visto, existem diversos entendimentos e contextos relacionados. Importante observar que o lazer tem muito a ver com repousar, divertir, recrear, entreter e participar.

Wyzykowski (2012, p.142-147), com base nas te-

orias propostas por Joffre Dumazedier<sup>2</sup> e Nelson Marcellino admite que o lazer, como atividade humana inclusa na cultura, possui pelo menos, seis conteúdos: físico, artístico, prático, intelectual, social e turístico.

O lazer físico relaciona-se com a atividade corporal. Nesse sentido, as diversas modalidades desde simples caminhada até complexas modalidades esportivas estariam enquadradas no lazer físico. A atividade física é preconizada pela Organização Mundial da Saúde como uma das formas na obtenção de melhor qualidade de vida, bem como a redução do risco de doença, pois uma vida ativa melhora a saúde mental, promove contatos sociais, auxiliam as pessoas a ficarem independentes por tempos mais prolongados, tonificam os músculos, reduzindo os riscos de queda na velhice (WHO, 2005, p. 23). É importante, porém, a frequência e a regularidade da atividade, convertendo a prática num hábito. Alves Junior (2009, p.134) alerta para o exagero das atividades físicas, que ao invés de proporcionar lazer e bem-estar saudáveis, acabam por trazer efeitos contrários.

O lazer artístico associa-se à vivência em situações culturais (WYZYKOWSKI, 2012, p. 143). As atividades relacionam-se com funções de divertimento e entretenimento, abrangendo todas as manifestações artísticas e culturais. O conteúdo artístico pode ser encontrado em várias modalidades de lazer, até mesmo em viagens, onde existe a contemplação de paisagens, museus, monumentos e obras de arte (WYZYKOWSKI, 2012, p. 144).

Constituem lazeres práticos as atividades desen-

volvidas em casa, consideradas de cunho manual, com manipulação e transformação de materiais e objetos. Incluem nessa categoria o artesanato, a costura (WY-  
ZYKOWSKI, 2012, p. 144), carpintaria e jardinagem (FREITAS, 2011, p. 90). O que efetivamente caracteriza esse conteúdo é o desenvolvimento das atividades em casa buscando sempre uma satisfação pessoal.

O aspecto intelectual do lazer é de suma importância para o raciocínio humano. O uso do intelecto na busca de informações, aprimorar conhecimento, experimentar novas experiências são importantes para manter-se alerta. Desse modo, a leitura, participação nos cursos, aquisição de novos conhecimentos, acesso à Internet são formas de gozo do lazer na perspectiva intelectual (WYZYKOWSKI, 2012, p. 146). Através da educação permanente, os idosos adquirem novos hábitos, descobrem novas aptidões, agregam valor à sua vida, além de se reintegrarem socialmente (ARANES, 2009, p. 88)

O lazer pode ter também objeto associado à perspectiva social, consubstanciado no fortalecimento dos laços sociais. A Organização Mundial da Saúde destaca atenção especial quanto ao convívio social, apoio familiar e social, manutenção da rede de contato como formas eficazes de combate ao isolamento e à solidão, situações comuns em se tratando de idosos (WHO, 2005, p. 29).

Por fim Wyzykowski (2012, p. 146-147) cita o conteúdo turístico do lazer. A ruptura da rotina com deslocamento do tempo e do espaço para buscar novos ares, novos horizontes, novas áreas, novos conheci-

mentos, aliado à atividade de passeio, viagens e excursões, constituem conteúdos do lazer relacionados ao turismo. Pelo turismo possibilita-se o acesso ao conhecimento das riquezas locais, despertando no turista o sentimento de cidadania e a necessidade de respeito à cultura da região visitada ao mesmo tempo em que se promove a igualdade de oportunidade e a solidariedade (FALCÃO, 2009, p.120).

### 2.3. *Funções do lazer.*

O lazer pode possuir diversas funções. São citadas como principais: a educativa, a integrativa, a recreativa, a cultural e, principalmente a promoção da saúde.

Relacionado ao conteúdo intelectual, as funções educativa e de ensino se entrelaçam, determinando aos indivíduos a busca de uma satisfação pessoal. Mori e Silva (2010, p. 952) argumentam que existe duplo aspecto educativo no lazer: de um lado apresenta-se como forma de desenvolvimento pessoal e social, de outro, proporciona descanso e divertimento. Muitas vezes, os idosos ao interagir com outras pessoas ou outras culturas enriquecem suas experiências e com a inovação dos conhecimentos são incentivados a concretizar mudanças efetivas mais favoráveis. Treinar a função cognitiva através de atividades culturais estimula a atenção, o raciocínio, os sentidos e até as emoções. Relacionado também à função educativa pode ser citado o exercício da cidadania, na medida em que o lazer de conteúdo intelectual leva os idosos a uma reflexão mais crítica,

superar barreiras e a lutar pelos seus direitos de forma mais efetiva, criando o hábito da cidadania ativa.

A função integrativa do lazer tem íntima relação com o conteúdo social. Araujo e Melo (2012, p. 141) confirmam que a interação entre pessoas à medida que envelhecem, com a manutenção e ampliação das redes sociais de apoio, é importante aliada para superação dos acontecimentos potencialmente estressantes na fase avançada da vida. O apoio recebido dessa rede social beneficia o idoso não só no aspecto afetivo, possibilitando reforçar a própria autoestima, mas também psicológica e emocionalmente, auxiliando-o a ultrapassar problemas, tornando-se mais resilientes. A qualidade das relações sociais, a rede social, a integração na comunidade, desenvolvimento de maior capacidade adaptativa são destacados como protetores do impacto negativo de acontecimentos adversos na velhice (AFONSO, 2013, p. 170). Além disso, o estabelecimento das relações sociais sadias promove o desenvolvimento da empatia, ou seja, a capacidade de mentalmente colocar-se no lugar do outro, e, com isso, aprende-se a respeitar o outro como ele é, e à medida que busca seu bem-estar também estará proporcionando bem-estar alheio.

É também pela integração das pessoas que se estabelece a comunicação. Esse modo a competência da comunicação deve ser treinada e melhorada contribuindo para construção e manutenção de relações saudáveis, afirmam Araujo e Melo (2012, p. 143). Esclarecem esses autores que a capacidade de ouvir é muito importante para se estabelecer uma comunicação

eficaz, pois permite demonstrar interesse pelo outro e cativar sua simpatia. E a comunicação não se limita a verbal em suas diversas tonalidades, volumes e ritmos, mas também a não verbal, em que os sinais, os gestos, a postura, o silêncio, o olhar também são importantes fontes de emissão e recepção de mensagens, argumentam Araujo e Melo (2012, p. 144).

As funções recreativas do lazer têm por base a recuperação psicológica do indivíduo que se encontra em situação de estresse diário (WYZYKOWSKI, 2012, p. 149). Atividades prazerosas são importantes para manter os níveis satisfatórios de bem-estar. Ocupar o tempo disponível ao ócio, à diversão e ao entretenimento potencializa efeitos positivos. O momento recreativo, de alegria e prazer auxilia na recuperação da condição psicológica e mental, pois a entrega do indivíduo ao lúdico, além de proporcionar distração propriamente dita, também se concretiza como fonte de solidariedade e companheirismo.

O lazer possui também uma função cultural. Manifestações culturais como jogos, brincadeiras e expressões artísticas constituem-se em atividades de lazer para muitas pessoas. Nesse aspecto entra a arte como forma de expressão cultural que intervém na promoção do lazer, tornado o lazer parte integrante do processo de transformação cultural. Na verdade, festas, brincadeiras e folguedos populares são formas de lazer que representam as práticas coletivas de convivência e simbologia de uma comunidade, formando a base da cultura popular. Através do lazer a difusão das manifestações culturais promove o respeito à cultura

regional. O turismo é outra forma de lazer com funções nitidamente culturais. Através desse tipo de lazer, os idosos, por exemplo, aprimoram seu conhecimento cultural, aprendem a valorizar a comunidade que visitam, a hospitalidade recebida, o clima saudável e o ambiente agradável, além de alargar seus horizontes, conhecer novos lugares, compreender novos hábitos e a experimentar situações novas.

### 3. O lazer como componente da saúde.

Desde os primeiros estudos sobre o lazer proposto por Joffre Dumazedier, quanto ao conceito, objeto, classificação e funções (1979, p. 12, 87-129) o tema vem sendo enriquecido com outras proposições, ampliando e melhorando sua compreensão. Ainda hoje é assunto que, sob novos pontos de vista, possibilita análise mais reflexiva acrescentando significados conexos ao enunciado inicial.

Popularmente considerado o lazer encerra características voltadas ao entretenimento, ao divertimento, à alegria e à recreação. Exatamente, por possuir essas características é que o lazer deve ser considerado componente da saúde.

Conceituar saúde não é tarefa fácil, ante o caráter multidimensional. Coelho e Almeida Filho (2002, p.326 a 328) argumentam que a saúde, além de ser uma questão pessoal, é também de ordem cultural social e política, razão pela qual, distinguem três níveis conceituais de saúde: primário, secundário e terciário. Resu-

midamente, a saúde primária representa o conjunto de disposições constitucionais capazes de dar resistência contra as enfermidades; a saúde secundária diz respeito aos critérios definidores do estado de saúde ou doença; e a saúde terciária relaciona-se com as novas concepções de tratamento e cura para restauração da normatividade estrutural e funcional. Czeresnia (2003, p. 42) argumenta que a saúde e o adoecer são formas pelas quais a vida se manifesta, correspondendo, portanto a experiências individuais e subjetivas. Scliar (2007, p. 30) entende que o conceito de saúde envolve a conjuntura social, econômica, política e cultural, assim, não representa a mesma coisa para todas as pessoas, dependendo também de valores individuais e das concepções científicas.

Por todas essas razões, além de outras, a Organização Mundial da Saúde define a saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como ausência de doença ou enfermidade”. É um conceito mais ampliado em que se leva em consideração o aspecto coletivo, já que o bem-estar não se infere de forma individual, mas atingindo também a todos que estão ao seu redor. E nesse sentido “não há saúde de órgãos, pois a saúde é total”<sup>3</sup>.

Os idosos constituem grupos mais vulneráveis aos riscos de doenças ao lado do grupo de crianças.

Na medicina geriátrica existem doenças e limitações diretamente relacionados à saúde e à qualidade de vida do idoso, conhecido como “gigantes da geriatria”, constituído por “5 ‘i’”, nomeadamente são os seguintes (FLORIANÓPOLIS, 2006):

- instabilidade postural e quedas – constituindo as principais causas da incapacidade dos idosos. Essas pessoas possuem características fisiológicas e peculiares decorrentes do envelhecimento, por isso caem mais, correm mais riscos de lesões diretas como traumas ósseos, imobilidade pós-queda, danos psicológicos e sociais, constituindo em causas de mortalidade.
- imobilidade – refere-se à incapacidade de mudança postural, influenciando diretamente na independência e na autonomia do idoso.
- insuficiência cognitiva – reconhecido como declínio intelectual que influencia na autonomia e poder de decisão, bem como de socialização do idoso.
- iatrogenia – corresponde a doenças induzidas por médicos ou outros profissionais da área da saúde, seja através de prescrição de medicamentos, orientações errôneas, procedimentos cirúrgicos desnecessários e reabilitação inadequada.
- incontinência urinária – que se relaciona com a eliminação involuntária de urina em locais e momentos inadequados. É um sintoma que decorre de doenças, de origem iatrogênica ou ainda como consequência de alguma intervenção necessária.

Com o avançar da idade aumentam as doenças e os riscos de contraí-las, no entanto algumas doenças e limitações são evitáveis, minimizadas ou controladas. Contribuem para essas proposições, a promoção

da saúde e a prevenção em saúde. A primeira modalidade refere-se a “medidas para aumentar a saúde e o bem-estar geral”; e a segunda refere-se a “intervenções orientadas a evitar o surgimento de doenças específicas, reduzindo sua incidência e prevalência” (CZERESNIA, 2003, p. 45).

Czeresnia (2003, p. 45), argumenta ainda que os principais determinantes da saúde são exteriores ao sistema de tratamento médico, de modo que saúde como qualidade de vida é resultante de um complexo processo condicionado por diversos fatores.

Um desses fatores externos é a atividade de lazer. Diversos estudos têm demonstrado a conexão positiva entre a saúde, o bem-estar e qualidade de vida dos idosos e o lazer.

Ponde e Caroso (2003, p. 166-167,) afirmam que o lazer está positivamente associado à maior satisfação com a vida, indicando que a participação nas atividades protege a saúde mental, mesmo entre pessoas que estiveram submetidas a piores condições de vida. O estresse diário é um fator que atua sobre o estado psicológico dos idosos, o qual pode ser amenizado com o lazer. Ponde e Caroso (2003, p. 167) argumentam que a atividade de lazer possui o papel de amortecer, protegendo a pessoa contra os sintomas psicológicos. Em geral, dizem esses autores, é que nas atividades de lazer que o indivíduo idoso recebe apoio social, além de sentir maior “liberdade” de participação e expressão, haja vista, que o idoso é mais comedido em seu comportamento.

Na visão de Almeida Filho e Moura (2012, p. 834)

para os idosos, o lazer se orienta por valores que lhes são muito claros: ajuda a combater a solidão, aumenta a autoestima, melhora o senso de autonomia e escolha e há crescimento do relacionamento social. Esses autores propõe, então, educação em saúde para os idosos. Isto significa que, os estudos não se convergem para o acúmulo de informações, mas na busca de melhores condições de convivência, compartilhando saberes e a experiência (p. 836). Através da educação em saúde os idosos fortalecem sua individualidade para dar suporte ao coletivo, fortalece os bens materiais e espirituais, fomentando sentimentos como solidariedade e respeito, para uma vida mais saudável socialmente medido (ALMEIDA FILHO e MOURA, 2012, p. 836).

Mota (2001, p. 126) propõe mesclar atividade física e lazer como forma de melhorar o bem-estar dos idosos. Em sua proposta o autor argumenta que a física corresponde ao tipo de atividade, já o lazer, corresponde à sua natureza; sendo necessária, adaptação das modalidades, com novas atividades, adequação de regras e de espaços. Como resultado dessas tendências, as atividades desportivas têm se tornado mais informais e populares, possibilitando o desenvolvimento de atitudes espontâneas, prevendo para o futuro a necessidade de desburocratizar normas e regras restritivas, desenvolver mais o aspecto da alegria e do prazer em detrimento do desportivo, incentivar os idosos a participar de pequenos grupos retirando-os do isolamento. (MOTA, 2001, p.126).

É necessário considerar ainda que a promoção da saúde ou a prevenção em saúde são processos amplos,

admitindo inúmeros instrumentos de acesso ao idoso, individual ou em grupo, aos meios adequados para a manutenção de sua saúde e melhorar a qualidade de vida.

## Conclusão

O caráter dinâmico e múltiplo das atividades de lazer desencadeiam interpretações amplificadas e manifestações as mais diversificadas. As atividades de lazer são, em sua maioria, compostas de elementos lúdicos, divertidos, interessantes, agradáveis e motivacionais, tornando-se atrativo, para todas as pessoas, principalmente para os idosos.

O conceito de lazer apresenta várias expressões populares cujos significados, às vezes, podem exprimir sinonímia e outras vezes podem apresentar-se como antônimas. A multiplicidade de expressões e termos relacionados à terminologia do lazer, dificulta estabelecer um conceito que seja ao mesmo abrangente e conciso.

Dentre as funções do lazer podem ser destacadas a educativa, integrativa, recreativa, cultural e, principalmente a promoção da saúde. Os benefícios do lazer, não se limitam apenas ao aspecto ora analisado, qual seja, a saúde, mas ampliam sua atuação em outras áreas tais como a educacional, a social, a comunicação e a cultural, para citar alguns.

O lazer atua positivamente associado à satisfação com a vida. A participação em atividades de la-

zer protege a saúde dos idosos. O enfoque preventivo e promocional de atenção à saúde dos idosos revela-se potencialmente fortalecido com o desenvolvimento das atividades de lazer. As práticas de lazer são procedimentos que instrumentalizam a boa saúde dos idosos, melhorando a qualidade de vida e proporcionando bem-estar individual e coletivo.

O direito social da saúde dos idosos somente será concretizado quando efetivamente as estratégias de lazer forem desencadeadas e aplicadas como fenômeno abrangente a toda a sociedade.

## Notas

- 1 A Política de saúde do idoso, foi inicialmente prevista na Portaria 1.395/GM, de 10 de dezembro de 1999. Com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso em 2003, foi reformulada em 2006.
- 2 Dumazedier foi um sociólogo francês que publicou em 1974 a teoria do lazer sob título “Sociologia empírica do lazer”, sendo referência importante neste tema.
- 3 Ministério da Saúde, [www.portal.anvisa.gov.br](http://www.portal.anvisa.gov.br) acesso em 3.mar.2014.

## Referências

- AFONSO, Marina. *Stress, coping e resiliência em pessoas idosas*. In: **Manual de Gerontologia**. PAÚL, Constança; RIBEIRO, Oscar, p.163-176, Lisboa-Porto, Portugal: Lidel Edições Técnicas Ltda, 2013.
- ALMEIDA FILHO, João Batista de/ MOURA, Beryl Eirene Lutz. Educação em saúde: prevenção de doenças por meio de uma proposta de lazer para a terceira idade de Ouvidor-GO. **Anais...** v.1, n. 1, I Encontro Científico do PNAP/UEG, de 22 e 23 de junho de 2012, Goiânia, Goiás. Disponível em [www.prp.ueg.br](http://www.prp.ueg.br) Acesso em 1.mar.2014.

- ALVES JUNIOR, Edmundo de Drummond. Exercitando o corpo para a saúde e o bom envelhecimento. In: ALVES JUNIOR, Edmundo de Drummond (org). **Envelhecimento e vida saudável**, p.119-140, Rio de Janeiro: Apicuri, 2009.
- ALVES JUNIOR, Edmundo de Drummond; PAULA, Fátima de Lima. A prevenção de quedas sob o aspecto da promoção da saúde. In: ALVES JUNIOR, Edmundo de Drummond (org). **Envelhecimento e vida saudável**, p.205-224, Rio de Janeiro: Apicuri, 2009.
- ARANTES, Regina Pilar Galhego. Imagem e ação: idoso e lazer na mídia. **Revista Kairós**, São Paulo, Caderno Temático n. 6, p. 88-101, 2009. Disponível em [www.pucsp.br](http://www.pucsp.br) Acesso em 1.mar.2014.
- ARAUJO, Lia; MELO, Sara. Relacione-se com os outros. In **Manual do envelhecimento activo**, RIBEIRO, Oscar; PAÚL, Constança (coord), p. 141-170, Lisboa - Porto, Portugal: Lidel Edições Técnicas Ltda., 2012.
- BARBOSA, Felipe Soligo; CAMPAGNA, Jossett. A animação sociocultural e o segmento idoso: reflexões e sugestões. In: MARCELLINO, Nelson Carvalho (org). **Lazer e recreação: repertório de atividade por fases da vida**, p. 147-186. Campinas - SP: Papirus, 2006.
- COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; ALMEIDA FILHO, Naomar de. Conceitos de saúde em discursos contemporâneos de referência científica. **História, Ciências, Saúde**, v, 9, n. 2, p. 315-333, Manguinhos, Rio de Janeiro, maio-ago/2002. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br) Acesso em 4.mar.2014.
- CZERESNIA, Dina. O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção. In: CZERESNIA, Dina; FREITAS C.M. (org.). **Promoção da Saúde: conceitos, reflexões, tendências**, p. 39-53, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 4<sup>a</sup> ed., São Paulo: LTr, 2005.
- DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.
- FALCÃO, Carlos Henrique Porto. Turismo Social. In: **Empreendedorismo trabalho e qualidade de vida na terceira idade**, BARROS JUNIOR, Juarez Correia (org), p. 117-140, São Paulo: Editora Edicon, 2009.
- FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- FLORIANÓPOLIS, Prefeitura. **Protocolo de atenção à saúde do idoso - envelhecimento saudável em Florianópolis**. Secretaria da Saúde,

- Departamento de Saúde Pública, Assessoria de vigilância à Saúde. Julho, 2006. Disponível em [www.pmf.sc.gov.br](http://www.pmf.sc.gov.br) Acesso em 4.mar.2014.
- FREITAS, Marisa da Silva. **O tempo livre dos idosos do concelho de Oliveira do Bairro**. Dissertação de Mestrado em Lazer e Desenvolvimento local, da Universidade de Coimbra, Portugal, 2011. Disponível em [www.estudogeral.sub.uc.pt](http://www.estudogeral.sub.uc.pt) Acesso em 1.mar.2014.
- GARCIA, Maria Alice Amorim; RODRIGUES, Maíra Giannini; BOREGA, Renato dos Santos. O envelhecimento e a saúde. **Revista Ciência Médica**, v. 11, n. 3, p. 221-231, Campinas, set-dez/2002. Disponível em [www.puc-campinas.edu.br](http://www.puc-campinas.edu.br) Acesso em 21 nov 2013.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**, 19ª ed., atual. Por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa, Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MACHADO, Jónatas E.M.; RAPOSO, Vera Lúcia. **Direito à saúde e qualidade dos medicamentos**, Coimbra (Portugal): Almedina, 2010.
- MORI, Guilherme; SILVA, Luciene Ferreira da. Lazer na terceira idade: desenvolvimento humano e qualidade de vida. **Revista Mortiz**, v. 16, n. 4, p. 950-957, Rio Claro, out-dez/ 2010. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br) Acesso em 1.mar.2014.
- MOTA, Jorge. Actividade física e lazer – contextos actuais e ideias futuras. *Revista Portuguesa de Ciências do Desporto*, v. 1, n. 1, p. 124-129, 2001. Disponível em [www.fade.up.pt](http://www.fade.up.pt) Acesso em 1/mar/2014.
- NUNES, Rizzato. **O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**, São Paulo: Saraiva, 2009.
- PAIVA, Maria Lúcia Fabbres. **Os direitos da personalidade do idoso**. Dissertação de Mestrado em Direito Civil Comparado, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2005.
- PONDE, Milena Pereira; CAROSO, Carlos. Lazer como fator de proteção da saúde mental. *Revista ciência Médica*, v. 12, n. 2, p. 163-172, Campinas, abr-jun/2003. Disponível em [www.puc-campinas.edu.br](http://www.puc-campinas.edu.br) Acesso em 3.mar.2014.
- PORTUGAL, **Parecer de Iniciativa sobre as consequências económicas, sociais e organizacionais decorrentes do envelhecimento da população**, Conselho Económico e Social de Portugal, Lisboa, 2013.
- SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis: Revista Saúde Coletiva**, v. 17, n. 1, p. 29-41, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br) Acesso em 4.mar.2014.
- SILVA, Debora Alice Machado; et al. **Importância da recreação e do la-**

- zer.** Brasília: Gráfica e Editora Ideal, 2011. Disponível em [www.cedes.ufsc.br](http://www.cedes.ufsc.br) Acesso em 1.mar.2014.
- SOUSA, A.M.Viola. Tutela jurídica do idoso – a assistência e a convivência familiar., 2ª ed., Campinas: Editora Alínea, 2011.
- TRIGO, Luiz Gonzaga Godoi. **Entretenimento – uma crítica aberta.** São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2003.
- WHO – World Health Organization. **Envelhecimento ativo: uma política de saúde.** Tradução Suzana Gontijo, Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, Brasília: OPAS, 2005.
- WYZYKOWSKI, Adriana Brasil. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego.** Dissertação de mestrado em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. Disponível em [www.repositorio.ufb.br](http://www.repositorio.ufb.br) Acesso em 1.mar.2014.

# Informações sobre a Revista Direito & Paz e os Procedimentos para Publicação

## 1. Missão

A Revista Direito & Paz, periódico do Programa de Pesquisa e Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, está aberta à comunidade acadêmica nacional e internacional e destina-se à publicação de trabalhos que, pelo seu conteúdo, possam contribuir para a formação e o desenvolvimento científico, além da atualização do conhecimento na área específica de Direito.

Tem por finalidade o debate e a divulgação dos conhecimentos produzidos pelo seu corpo docente, discente e colaboradores de outras instituições, com vistas a abrir espaço para o intercâmbio de ideias e fomentar a produção científica.

## 2. Objetivos

- a) Divulgar trabalhos originais da área do Direito, sobretudo aqueles que tratam da Ética e Meio Ambiente e Direitos Sociais e Cidadania.
- b) Fomentar a produção e facilitar a divulgação de trabalhos acadêmico-científicos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL e de outras Instituições de Ensino Superior do Brasil e do exterior.
- c) Propiciar o intercâmbio de informações entre profissionais da área do Direito, por meio da publicação de textos que se enquadrem nas normas para publicação de trabalhos da Revista.

## 3. Linha editorial

Articulada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do UNISAL – Mestrado em Direito – em parcerias com outras Instituições de Ensino e Pesquisa brasileiras e de outros países da América Latina, a Revista Direito & Paz constituir-se-á como um estímulo à produção acadêmica dos integrantes da comunidade salesiana de ensino e dos demais Programas de Pós-Graduação em Direito nacionais e internacionais. Ela abrirá espaço prioritariamente para as produções que versem sobre Ética e Meio Ambiente e Direitos Sociais e Cidadania.

Dessa maneira, a Revista pretende possibilitar a mediação dialógica de pesquisadores, acadêmicos, operadores, juristas e filósofos das mais variadas referências teórico-metodológicas, epistemológicas e práticas, sendo considerada um veículo que permite a otimização da produção acadêmico-científica, que visa à melhor

compreensão da ciência do Direito e que contribui para resolução dos problemas jurídicos.

Com periodicidade semestral, junho e novembro, a Revista Direito & Paz tem edição em formato impresso. Porém, atualmente se projeta sua publicação também em formato digital. Ela receberá trabalhos que estejam adequados às condições de publicação, linha editorial e normas de publicação.

#### **4. Sobre o formato dos números da Revista Direito & Paz**

Todos os números da Revista deverão necessariamente publicar no mínimo 6 (seis) artigos ou ensaios que preferencialmente versem sobre as linhas de pesquisa: 1- Ética e Meio Ambiente e; 2- Direitos Sociais e Cidadania.

A Revista Direito & Paz prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos, resenhas, resumos de teses e dissertações, traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa, estudo de casos, relatórios de pesquisas, debates científicos, comentários jurídicos, estudos estatísticos, transcrição de palestras e outros temas relevantes relativos à área do Direito.

Além do formato impresso, a Revista também será disponibilizada on-line na página do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, de forma a facilitar o acesso ao seu conteúdo.

#### **5. Procedimentos para a publicação**

Os critérios de avaliação para aceitação ou rejeição dos trabalhos são os seguintes:

- 1 - Os originais serão avaliados pelos pareceristas, todos professores doutores, de forma anônima e o parecer será referendado pelo Conselho Editorial e comunicado ao(s) autor(es).
- 2 - Na avaliação dos trabalhos serão considerados os seguintes critérios:
  - a) fundamentação teórica e conceitual;
  - b) relevância, pertinência e atualidade do assunto;
  - c) consistência metodológica;
  - d) formulação em linguagem correta, clara e concisa.
- 3 - A avaliação realizada pelos pareceristas apontará se o artigo foi:
  - a) aceito sem restrições;
  - b) aceito com propostas de alteração;
  - c) rejeitados;
- 4 - A “aceitação com propostas de alteração” implicará em que o autor se responsabilize pelas reformulações, as quais serão novamente submetidas aos pareceristas.
- 5 - Havendo necessidade, serão feitas modificações de modo a obter-se a formatação homogênea dos textos, sem alteração de conteúdo, a critério dos editores, na revisão final.
- 6 - Os trabalhos recusados serão devolvidos.
- 7 - Os pareceristas deverão incluir em seus pareceres sugestões cabíveis visando à melhoria de conteúdo e forma.
- 8 - Os pareceres serão encaminhados aos autores pelo Editor Responsável, preservando o anonimato dos pareceristas, informando-os da aceitação sem restrição, da aceitação com modificações ou da rejeição do trabalho pelo Conselho Editorial.

- 9 - Antes da publicação, o autor deverá encaminhar ao Conselho Editorial as seguintes declarações:
  - a) termo de aceitação das normas da Revista, declarando não ter apresentado o trabalho, na íntegra, em nenhum outro veículo de informação nacional ou internacional;
  - b) autorização ou declaração de direitos cedidos por terceiros, caso reproduza figuras, tabelas ou textos com mais de 200 vocábulos;
- 10 - Cada autor terá direito a cinco exemplares do número da Revista em que seu trabalho for publicado.
- 11 - Para publicação, os trabalhos deverão ter a aprovação de pelo menos dois (2) pareceristas, e de um terceiro parecerista em caso de controvérsia.
- 12 - Os colaboradores só poderão publicar um trabalho: artigo, síntese, comentário etc. em um mesmo número da Revista.
- 13 - O Conselho Editorial reserva-se o direito de vetar a publicação de matérias que não estejam de acordo com os objetivos da Revista.
- 14 - Considera-se responsável pelo trabalho publicado o autor que o assinou e não a Revista e seu Conselho Editorial.
- 15 - É permitida a cópia (transcrição) desde que devidamente mencionada a fonte.

## **6. Normas para a apresentação de trabalhos à *Revista Direito & Paz***

Cada número da Revista Direito & Paz terá um ou mais organizadores que serão indicados e trabalharão em parceria com o Editor Responsável da Revista.

Os textos e documentos (no formato impresso com a respectiva cópia em formato digitalizado) necessários para a avaliação deverão ser encaminhados ao Editor Responsável pela Revista Direito & Paz, Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano, para o seguinte endereço:

REVISTA DIREITO & PAZ  
A/C: Editor responsável  
- Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano  
UNISAL - Centro Universitário Salesiano de São Paulo  
- Campus São Joaquim  
Rua Dom Bosco, 284  
Centro  
Lorena/São Paulo  
CEP: 12.600-970

Os textos encaminhados à Revista Direito & Paz devem conter entre 20000 e 60000 caracteres com espaço assim editados:

- a) A formatação das páginas deverá ser configurada em A4 com margens superior e esquerda de 3 cm, e inferior e direita de 2 cm.
- b) Título e, se for o caso, subtítulo, que devem indicar o conteúdo do texto (título: no máximo 12 palavras; subtítulos: no máximo 15 palavras); devem ser centralizados, fonte Times New Roman e negrito, corpo 12.
- c) Identificação do autor ou autores:
  - deve ser enviada em folha à parte para assegurar o anonimato, acompanhado do título do trabalho;
  - deve conter o nome completo do(s) proponen-

te(s) do texto, titulação acadêmica, função e origem (instituição e unidade), e-mail, bem como telefone e endereço para contato do Conselho Editorial;

- d) A primeira página do texto deve conter: título e, se for o caso, subtítulo, resumo (no máximo 1300 caracteres com espaço), abstract (em inglês) ou resumen (em espanhol), e entre três e seis palavras-chave e keywords ou palabras clave (em espanhol). O(s) nome(s) do(s) autor(es) e da instituição não deve(m) aparecer nesta primeira página.
- e) Os textos devem ser apresentados em formato “word” (versão 6.0 ou posterior), alinhados (justificados), e editados na fonte Times New Roman, corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5.
- f) As citações, a composição da bibliografia e as referências devem ser editadas seguindo as orientações do “Guia para Elaboração de Trabalhos Acadêmicos do UNISAL”, disponível em <http://www.am.unisal.br/institucional/pdf/normas-trabalhos-academicos-2005.pdf>.
- g) Eventuais ilustrações e tabelas com respectivas legendas deverão ser apresentadas separadamente, com indicação, no texto, do lugar onde serão inseridas.
- h) Os originais, que não serão devolvidos, deverão ser encaminhados em duas cópias impressas e outra em CD (editor Word for Windows 6.0 ou superior), com texto rigorosamente corrigido e revisado.

- i) Ao autor de artigo aprovado e publicado serão fornecidos, gratuitamente, cinco exemplares do número correspondente da Revista.
- j) A Revista Direito & Paz reserva-se o direito autoral do trabalho publicado, inclusive os de tradução, permitindo, entretanto, a sua posterior reprodução como transcrição e com a devida citação da fonte.
- l) Os artigos representam o ponto de vista de seus autores e não a posição oficial da Revista ou dos autores ou das instituições que compõem o Conselho Editorial.

Todos os textos enviados no formato impresso deverão vir acompanhados por versão digitalizada.

As dúvidas podem ser dirimidas com envio de e-mail ao Editor Responsável pela Revista Direito & Paz, Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano, e-mail: revista@lo.unisal.br ou metodologo2001@yahoo.com.br

## Edição e Coedições Recentes do UNISAL

---

- Francisca Amélia da Silveira  
A Selva e a Bagaceira: práxis artística e discurso social.  
São Paulo: Unisal, 2001.

### Com Editora Vozes

---

- Jorge Jaime  
História da Filosofia no Brasil.  
Petrópolis: Vozes, 1997. 4v.
- Nivaldo Luiz Pessinatti  
Políticas de Comunicação da Igreja Católica no Brasil.  
Petrópolis: Vozes, 1998.

## Com Editora Santuário

---

- Paulo César da Silva  
A pessoa em Karol Woytilla. (ESGOTADO)  
Aparecida: Santuário, 1997.
- Paulo César da Silva  
A Ética Personalista em Karol Woytilla.  
Aparecida: Santuário, 2001.
- José Prado Pereira Junior  
Carnaval em Guaratinguetá:  
Embaixada do Morro 60 anos  
Aparecida: Santuário, 2004.
- José Luiz Pasin  
Vale do Paraíba A Estrada Real:  
caminhos & roteiros  
Aparecida: Santuário, 2005.

## Com Editora Salesiana Dom Bosco

---

- Belmira O. Bueno  
Epistemologia da Pedagogia:  
a obra pedagógica do P. Carlos Leôncio da Silva.  
São Paulo: E.S.D.B., 1992.
- Nivaldo Luiz Pessinatti  
Livros em revistas.  
São Paulo: E.S.D.B., 1996.

- Anelise de Barros Leite Nogueira  
Criatividade e Percepção  
em Estudantes de Psicologia. (ESGOTADO)  
Lorena: Stiliano, 1998.
- Izabel Maria Nascimento da Silva Máximo  
Imagem Corporal: (ESGOTADO)  
uma leitura psicopedagógica e clínica.  
Lorena: Stiliano, 1998.
- Lino Rampazzo  
Metodologia Científica. (ESGOTADO)  
Lorena: Stiliano, 1998.
- Ana Carlota Pinto Teixeira  
Adoção: um estudo psicanalítico.  
Lorena: Stiliano, 2000.
- André Luiz Moraes Ramos  
Ciúme Romântico:  
teoria e medidas psicológicas.  
Lorena: Stiliano, 2000.
- Antonia Cristina Peluso de Azevedo  
Psicologia Escolar: o desafio do estágio.  
Lorena: Stiliano, 2000.
- Denise Procópio  
Crise e reencontro consigo mesmo.  
Lorena: Stiliano, 2000.

- Eduardo Luiz dos Santos Cabette  
Interceptações Telefônicas.  
Lorena: Stiliano, 2000.
- Margareth M. Pacchioni  
Estágio e Supervisão:  
uma reflexão sobre a aprendizagem significativa.  
Lorena: Stiliano, 2000.
- Maria José Urioste Rosso  
Cultura Organizacional: uma proposta metodológica.  
Lorena: Stiliano, 2000.

### ***Com Editora Salesiana***

---

- Francisco Sodero Toledo  
Outros caminhos: Vale do Paraíba:  
do regional ao internacional, do global ao local. (ESGOTA-  
DO)  
São Paulo: Salesiana, 2001.

### ***Com Editora Cabral***

---

- Fábio José Garcia dos Reis (Org.)  
Turismo: uma perspectiva regional. (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2002.
- Fábio José Garcia dos Reis (Org.)  
Perspectivas da Gestão Universitária. (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2003.

- Francisco Sodero Toledo  
Igreja, Estado, Sociedade e Ensino Superior:  
A Faculdade Salesiana de Lorena.  
Taubaté: Cabral, 2003.
- Flávio Martins Alves Nunes Júnior  
Princípios do Processo  
e outros temas processuais – Volume I. (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2003.
- Grasielle Augusta Ferreira Nascimento; Lino Rampazzo  
(Orgs.)  
Biodireito, Ética e Cidadania. (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2003.
- Francisco de Assis Carvalho  
Educação Integral:  
a proposta educacional numa perspectiva católica.  
Taubaté: Cabral, 2004.
- Luis Fernando Rabelo Chacon  
Direito internacional  
com ênfase em comércio exterior. (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2004.
- José Luiz Pasin  
Catálogo da Sala “Euclides da Cunha”  
Taubaté: Cabral, 2005.

### ***Com Editora Alínea***

---

- Ana Maria Viola de Sousa  
Tutela jurídica do idoso. (ESGOTADO)  
Campinas: Alínea, 2004.
- Flávio Martins Alves Nunes Júnior; Grasielle Augusta  
Ferreira Nascimento (Orgs.).  
O Direito e a Ética  
na Sociedade Contemporânea. (ESGOTADO)  
Campinas: Alínea, 2005.

### ***Com Editora Lucerna***

---

- Severino Antonio  
Educação e transdisciplinaridade:  
crise e reencantamento da aprendizagem. (ESGOTADO)  
Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.
- Severino Antonio  
A utopia da palavra:  
linguagem, poesia e educação:  
algumas travessias. (ESGOTADO)  
Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.
- Laureano Guerreiro  
A educação e o sagrado:  
a ação terapêutica do educador. (ESGOTADO)  
Rio de Janeiro: Lucerna, 2005.

### ***Com Editora Idéias e Letras***

---

- Paulo Cesar da Silva  
A antropologia personalista de Karol Wojtyła:  
pessoa e dignidade no pensamento de João Paulo II.  
Aparecida: Idéias e Letras, 2005.

### ***Com Editora Juruá***

---

- Grasielle Augusta Ferreira Nascimento  
A educação e o trabalho do adolescente.  
Curitiba: Juruá, 2004.
- Maria Aparecida Alckmin  
Assédio moral na relação de emprego. (ESGOTADO)  
Curitiba: Juruá, 2005.

EDITORAÇÃO



Rua Professor Elizeu Chagas, 549 - Jardim Paraíba  
Fone: (12) 3105-7482 - 12570-000 - Aparecida-SP.  
E-mail: [marcelosanna@hotmail.com](mailto:marcelosanna@hotmail.com)