

ISSN 1678-8729

# REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 39 | SETEMBRO / DEZEMBRO 2019



**Newton**

## ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Barros Beldi

DIRETORA DA EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA: Jucimara Roesler

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Glaucia Corrêa

GESTOR DO INSTITUTO DE HUMANAS: Maria Angela Brescia Gazire Duch

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva  
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton  
Paiva, 2003.

n.39, set. /dez. 2019

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.  
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA** **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara  
Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis  
Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



# EXPEDIENTE

## EDITOR

Michael César Silva

## CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Moraes | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade de Uberaba, Uberaba, Minas Gerais, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazzon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Ernani de Paula Contipelli | Unochapecó, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe Piazzi Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Sarsur Lucas da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oswaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton | <http://npa.newtonpaiva.br/npa>  
Projeto Gráfico: Ariane Lopes

# sumário



## **APRESENTAÇÃO**

MICHAEL CÉSAR SILVA.....10-12

## **ARTIGOS**

- A INCOMPATIBILIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE EVIDÊNCIA COM  
O PROCESSO DEMOCRÁTICO  
CARLOS MARDEN | RAPHAELLA PRADO ARAGÃO DE SOUSA.....13-26
- A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO  
MICHAEL CÉSAR SILVA | CRISTOFER PAULO MOREIRA ROCHA SILVA..... 27-46
- ENTRE O NASCER E O MORRER: O CASO DO MENINO FRANCISCO E A  
RESSIGNIFICAÇÃO DAS QUESTÕES RELACIONADAS AO FIM DA VIDA NA COLÔMBIA  
MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ | DIOGO LUNA MOUREIRA  
ANDREZA CÁSSIA DA SILVA CONCEIÇÃO.....47-62
- LIBERDADE DE EXPRESSÃO, COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REDES DE REGRAS CONCRETAS  
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO | CLARA CARDOSO MACHADO JABORANDY  
FLAVIO AUGUSTO BARRETO MEDRADO..... 63-77
- OS TRÊS ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM BALANÇO SOBRE O  
INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA  
LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA.....78-86
- LA AUDITORÍA AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE PANAMÁ:  
SU PRÁCTICA EN EL SECTOR EMPRESARIAL INDUSTRIAL  
ALCIBIADES RODRÍGUEZ BATISTA | ALCIDES ANTÚNEZ SÁNCHEZ..... 87-121

**apresentação**

A releitura crítica e construtiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da análise do posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Pátrios, apresenta-se como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir a reflexão de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) destaca-se como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O periódico encontra-se classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato B1* do Sistema *Qualis* de Periódicos Científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, encontra-se inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que apresentamos o terceiro número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2019 (n.39, set./dez. 2019).

Agradecemos aos autores pela confiança assentada em nossa revista para publicação de suas pesquisas, aos membros do Conselho do Conselho Editorial pelo apoio científico e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações.

O presente número do periódico compõe-se por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

Carlos Marden, Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Doutor em Direito Processual pela PUC Minas, Mestre pela Universidade Federal do Ceará e Raphaella Prado Aragão de Sousa, Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus discorrem sobre a *incompatibilidade das tutelas provisórias de evidência com o processo democrático*, com suporte na observância das normas constitucionais aplicáveis ao processo e a partir da compreensão democrática de contraditório e de paridade de tratamento dos sujeitos do processo, com a finalidade de se consagrar os direitos fundamentais e as garantias processuais, que informam os fundamentos do processo democrático.

No segundo artigo, Michael César Silva e Cristofer Paulo Moreira Rocha Silva, abordam a temática relacionada a *função socioambiental dos contratos*, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito e do Direito Civil Constitucional. Nesse giro, o estudo perpassa pela necessidade de preservação do meio ambiente e de adoção de políticas propositivas de implementação de consumo sustentável na sociedade, com a finalidade de se evitar danos ao meio ambiente.

*Entre o nascer e o morrer: o caso do menino Francisco e a ressignificação das questões relacionadas ao fim da vida na Colômbia*, estudo dos mineiros, Maria de Fátima Freire de Sá, Doutora em Direito pela UFMG, Mestre em Direito pela PUC Minas e Professora

do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, Diogo Luna Moureira, Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas e Andreza Cássia da Silva Conceição, Pesquisadora do CEBID PUC Minas analisam a possibilidade de um direito à morte digna, com fundamento nos recentes casos protagonizados por crianças e adolescentes em situação de terminalidade da vida. O estudo procedeu a uma análise preliminar de uma decisão emitida pela Corte Constitucional Colombiana, que entendeu que a eutanásia pode ser reivindicada por crianças e adolescentes, desde que preenchidos determinados requisitos, apresentando relevantes conclusões sobre a temática.

Do Estado do Sergipe, Carlos Augusto Alcântara Machado, Doutor em Direito PUC-SP, Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes e Professor de Direito Constitucional da UFS, Clara Cardoso Machado Jaborandy, Doutora e Mestre em Direito Público pela UFBA, Professora do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes e Flavio Augusto Barreto Medrado, Mestre em Direito pela Universidade Tiradentes examinam, sob a perspectiva da colisão de princípios de Robert Alexy, a liberdade de expressão e o chamado discurso de ódio, buscando evidenciar redes de regras concretas disponíveis a partir da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Caso Ellwanger.

Larissa Clare Pochmann da Silva, Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Professora da Universidade Candido Mendes e da Universidade Estácio de Sá, apresenta em seu articulado, um interessante balanço dos incidentes de assunção de competência (IAC) admitidos durante o período de março de 2016 e março de 2019, que correspondem aos 3 (três) primeiros anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, com peculiares apontamentos sobre a utilização do instituto processual.

Alcibiades Rodríguez Batista, Professor da Faculdade de Ciências Empresariais da Universidade do Panamá e Alcides Antúnez Sánchez, Mestre em Assessoria Jurídica, Professor Assistente de Direito Ambiental e Internacional da Faculdade de Ciências Econômicas e Sociais da Universidad Granma na República de Cuba, no artigo intitulado “*La auditoría ambiental en el ordenamiento jurídico de Panamá: su práctica en el sector empresarial industrial*” desenvolvem relevante estudo sobre os avanços na política e na gestão ambiental, em empresas do setor empresarial, que permitiram a articulação de estratégias para a conservação e uso dos recursos naturais e do meio ambiente como paradigma no Panamá. Nesse viés, propõem a análise da auditoria ambiental, como mecanismo voltado ao desenvolvimento sustentável e ao combate aos problemas ambientais na República do Panamá.

Por fim, cumpre destacar a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP), elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores, e do compromisso intelectual de qualidade editorial do periódico.

Esperamos que o diálogo e as reflexões propostas pelos autores nos articulados aqui publicados possam colaborar para futuras pesquisas, e, para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

**Professor Doutor Michael César Silva**

Editor da Revista Eletrônica de Direito do  
Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP)

# A INCOMPATIBILIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE EVIDÊNCIA COM O PROCESSO DEMOCRÁTICO

## THE INCOMPATIBILITY OF PROVISIONAL EVIDENCE GUARDIANSHIP WITH THE DEMOCRATIC PROCESS

Carlos Marden<sup>1</sup>

Raphaella Prado Aragão de Sousa<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Constituição Federal ocupa importante papel no ordenamento jurídico brasileiro em que constam as normas fundamentais que expandem os seus ideais para os demais ramos do direito, inclusive para o processo civil. Observando as normas constitucionais aplicáveis ao processo, verifica-se a necessidade de observar alguns dos princípios fundamentais, com destaque para o contraditório que deverá ser aplicado de forma substancial, permitindo que as partes se manifestem durante o processo, respeitando a paridade de tratamento. Ocorre que o Código de Processo Civil não se adaptou por completo ao modelo constitucional de processo. Uma dessas irregularidades na observância do processo democrático pode ser verificada nas tutelas provisórias de evidência, quando a decisão é concedida com base em uma das hipóteses do artigo 311 do CPC. Ao verificar os requisitos para a concessão da tutela de evidência, o magistrado está autorizado a proferir a sua decisão, podendo inclusive (em algumas hipóteses) conceder a tutela antes de analisar a manifestação da outra parte. Assim, essa disposição restringe o contraditório e a paridade de tratamento dos sujeitos do processo, valorizando a celeridade em detrimento dos direitos fundamentais, de modo a desvalorizar as garantias processuais que são as características bases do processo democrático. Utilizou-se para a produção do trabalho a análise bibliográfica e o modo de abordagem qualitativo com o objetivo de entender a utilização dos conceitos apresentados, bem como, a pesquisa de natureza exploratória e o método dedutivo, buscando compreender e analisar a legislação e os seus problemas de utilização prática.

**Palavras-chave:** processo democrático; teoria instrumentalista; tutela provisória de evidência

**ABSTRACT:** The Federal Constitution occupies an important role in the Brazilian legal system, which includes the fundamental norms that expand its ideals for the other branches of law, including civil proceedings. Observing the constitutional norms applicable to the process, it is necessary to notice some of the fundamental principles, especially the contradictory one that should be applied in a substantial way, allowing the parties to manifest themselves during the process, respecting parity of treatment. It occurs that the Code of Civil Procedure did not fully adapt to the constitutional model of the process. One of these irregularities in observance of the democratic process can be verified in the provisional evidence orders, when the decision is granted based on one of the hypotheses of article 311 of the CPC. When verifying the requirements for granting the guardianship of evidence, the magistrate is authorized to make his decision, and may even (in some cases) grant the guardianship before analyzing the manifestation of the other party. Thus, this provision restricts the contradictory and parity of treatment of the subjects of the process, valuing the speed to the detriment of fundamental rights, in order to devalue the procedural guarantees that are the basic characteristics of the democratic process. A bibliographic analysis and the qualitative approach were used for a work production with the purpose of using the presented concepts, as well as an exploratory research and the deductive method, seeking to understand and analyze a legislation and its problems of use practice.

**Keywords:** Democratic Process; Instrumentalist Theory; Provisional Evidence Guardianship.

---

1 Pós-Doutor em Estado, Constituição e Democracia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procurador Federal.

2 Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).

## 1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 é a primeira codificação processual vigente após a Constituição Federal de 1988, que representa um marco para o Estado Democrático de Direito no Brasil, com a característica de expandir os ideais das suas normas para os demais ramos do Direito, influenciando na interpretação dos institutos do Ordenamento Jurídico nacional. Portanto, o processo civil precisa ser visualizado a partir do modelo constitucional de processo com destaque para a observância do conjunto de princípios previstos na Constituição Federal.

O Código de Processo Civil de 2015 busca adequar o processo ao modelo constitucional, inclusive colocando entre as suas normas fundamentais alguns dos princípios constitucionais. Porém, ao longo da legislação, verificam-se algumas incompatibilidades dos institutos processuais com os objetivos de um Estado Democrático, prevalecendo o ideal ultrapassado da Teoria Instrumentalista do processo que observa o processo apenas como um instrumento de concretização do direito material, com o objetivo de realizar escopos sociais, políticos e jurídicos.

A tutela de evidência é uma das representações da prevalência da teoria instrumentalista, pois busca conceder provisoriamente o direito de usufruir o objeto que se encontra no litígio, no intuito de acelerar o resultado da demanda em detrimento do contraditório e dos direitos das partes de se manifestarem de forma paritária.

Assim, com a realização de uma abordagem qualitativa e por meio da análise bibliográfica de livros e periódicos, objetiva-se demonstrar a incompatibilidade do instituto das tutelas provisórias de evidência com o processo democrático e como este instituto reflete os ideais da teoria instrumentalista do processo. Ademais, a pesquisa é classificada como de natureza exploratória e pura em relação aos resultados.

## 2 AS INFLUÊNCIAS DA TEORIA INSTRUMENTALISTA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO E SUAS INCOMPATIBILIDADES COM O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A Constituição Federal de 1988 elencou uma série de direitos e garantias dentro do seu rol de direitos fundamentais, inclusive, garantias processuais que ajudam a confirmar a tendência de constitucionalização do processo civil, buscando adequar o processo às peculiaridades do Estado Democrático de Direito (NUNES, 2009, p. 243).

Nesse contexto, o debate processual não deve ser colocado em segundo plano, pois o processo não pode ser reduzido a uma relação jurídica em que predomina a superioridade do Estado-juiz (NUNES; BAHIA, 2010, p. 84).

Supostamente, as reformas na legislação processual ocorrem de acordo com os princípios processuais expostos na Constituição Federal, respeitando os ideais do processo democrático. No entanto, parte da doutrina processual brasileira adota a concepção de funcionalidade e eficácia do processo, não apresentando maiores preocupações com o segmento garantista, próprio do processo observado como parte do sistema constitucional (NUNES, 2009, p. 252).

Com base na perspectiva de funcionalidade e eficácia, o cidadão é um espectador da prestação jurisdicional e o processo é visto como um meio de produtividade. Essa compreensão exalta a eficiência quantitativa do processo, visualizando este como um mecanismo para ofertar soluções de modo rápido e efetivo (NUNES, 2009, p. 252).

Para entender por que a doutrina brasileira ainda permanece aferrolhada a essa concepção, é preciso elucidar de forma breve e superficial parte da evolução do direito

processual, evidenciando alguns dos principais pontos.

Destaca-se que o entendimento difundido de que o processo é uma relação jurídica não é uma novidade. Oskar Von Bülow já destacava que o processo civil é formado por deveres e faculdades que estabelecem vínculos entre as partes, sendo o processo uma relação de direitos e obrigações recíprocas (BÜLOW, 1964, p. 01).

O grande ganho apresentado no posicionamento de Oskar Von Bülow consiste na demonstração de que o processo possui princípios e regras próprias que não se vinculam ao direito material. Ele abandonou o entendimento replicado anteriormente de que o processo é uma consequência da relação de Direito Privado geradora de um litígio que seria debatido perante o tribunal (LEAL, 2002, p. 82).

Essa teoria ganhou força no final do século XIX, em um momento em que a doutrina processual objetivava evidenciar que o direito processual é autônomo em relação ao direito material, permanecendo esse ideal até os dias atuais (MARINONI, 2006, p. 275).

Na relação jurídica processual, a figura central e exaltada é a jurisdição, de modo que o importante é garantir o exercício do poder estatal, desconsiderando as particularidades dos sujeitos envolvidos no processo. Segundo essa perspectiva (ainda dominante), o processo é um instrumento que possui a função de garantir a paz social. Assim, por meio da jurisdição, o Estado exerce o seu poder, com o objetivo de eliminar os conflitos apresentados e realizar a concretização de seus escopos sociais, políticos e jurídicos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p.60).

A instrumentalidade do processo é caracterizada como o sentido positivo do processo, como o mecanismo de garantir a efetividade processual:

Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas, dos grupos e do Estado, com realce à necessidade de predispô-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse *sentido positivo* é portanto alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à *ordem jurídica justa* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 60).

De acordo com o entendimento apresentado, é visível a valorização da serventia processual em relação ao direito material e a perquirição constante da eficiência, no sentido de alcançar o alvo pretendido, ou seja, os escopos metajurídicos. O processo se apresenta como um sistema dependente que integra a ordem jurídica do país, uma vinculação que proporciona ao Estado os meios para exercer os seus fins (DINAMARCO, 2008, p. 95).

Entre as finalidades estatais, Cândido Rangel Dinamarco destaca o escopo social (como o poder do Estado de influenciar de modo favorável a vida dos seus membros no meio da coletividade). Ademais, o escopo social é uma manifestação da capacidade do Estado de organizar a vida em sociedade, considerando as aspirações individuais na conservação dos seus bens e valores, promovendo a paz social por meio da ligação existente entre a legislação e a função jurisdicional (DINAMARCO, 2008, p. 188).

Já o escopo político é fundamentado em três aspectos, o primeiro é afirmar a capacidade do Estado de decidir de modo imperativo, o segundo é assegurar a liberdade e o terceiro é garantir a participação dos cidadãos na esfera social (DINAMARCO, 2008, p. 198). Por último, o escopo jurídico é apresentado como a função que o processo desempenha perante o direito, é a atuação do processo como mecanismo de apontar a vontade concreta

da lei e realizar a justa composição da lide (DINAMARCO, 2008, p. 209).

Além da preocupação exclusiva com a realização dos escopos, a Teoria da Relação Jurídica apresenta implicitamente outro problema que a torna incompatível com o Estado Democrático de Direito: a ideia do autoritarismo judicial. Segundo esta visão, o magistrado possui o poder exclusivo de controlar o andamento processual, ressaltando a importância do Poder Judiciário, inclusive acreditando que a atuação judicial tem relevância superior à atividade parlamentar (COUTINHO, 2012, p.27).

O estudo do direito processual começa a ser modificado com Elio Fazzalari, que passa a estudar o processo de um modo diferenciado e distante da ideia do autoritarismo judicial e do entendimento de que o processo se resume a um instrumento da jurisdição, entendimento implantado pela Teoria da Relação Jurídica. Assim, Elio Fazzalari começa a caminhar para uma aproximação do modelo processual adequado ao Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, para apresentar o conceito de processo desenvolvido por Elio Fazzalari, é necessário demonstrar como ele desenvolve o conceito de procedimento. O procedimento, de acordo com a Teoria Estruturalista, é um conjunto de deveres, poderes, faculdades e posições subjetivas, extraídos da norma jurídica com o objetivo de alcançar o provimento final (FAZZALARI, 2006, p. 114).

A partir do conceito de procedimento, Fazzalari complementa e diferencia o conceito de processo, afirmando que o processo é um procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 118). Assim, é necessário observar a dialética desenvolvida pelos destinatários dos efeitos do ato final que atuam em posições de simétrica paridade (FAZZALARI, 2006, p.119).

Mesmo diante dos ganhos apresentados por meio da teoria estruturalista, ela não foi imune às críticas, que constataram a sua excessiva preocupação com as formalidades das questões estruturais, bem como a sua insuficiência por não atentar para os aspectos constitucionais do processo (COUTINHO, 2012, p. 29).

Os aspectos constitucionais do processo são tratados no modelo constitucional de processo desenvolvido por Italo Andolina e Giuseppe Vignera que apresentam 03 (três) características fundamentais: a expansividade, a variabilidade e a aperfeiçoabilidade (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 09).

A expansividade é aptidão de condicionar a organização de qualquer procedimento jurisdicional que foi introduzido pelo legislador ordinário, adequando o procedimento ao modelo constitucional. Já a variabilidade é caracterizada como a possibilidade de o processo assumir diversas formas, adequando o procedimento e as peculiaridades do caso concreto aos fundamentos básicos do modelo em exame. Por último, a aperfeiçoabilidade consiste na característica do processo possuir a aptidão de ser aperfeiçoado, melhorado ou engrandecido pelo legislador infraconstitucional (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 09).

No modelo constitucional, é outorgada às partes a oportunidade real de apresentar defesa e demonstrar as suas provas de modo que elas sejam consideradas na dialética desenvolvida, mantendo-as em posições de paridade em todas as fases do processo (BARACHO, 2008, p. 13). Desse modo, a lei não pode fornecer formas ilusórias que só aparentemente apresentam as concepções do processo do modo em que foi consagrado na Constituição Federal, pois o processo não pode destituir o indivíduo das oportunidades de validarem os seus direitos (BARACHO, 2008, p. 11).

Ocorre que a compreensão instrumentalista do processo ainda repercute em objeções aos ideais do processo democrático. Atualmente, diante da assimilação do processo como um instrumento de efetivação do direito material, as reformas processuais ainda ostentam



as consequências da visão instrumentalista, porém se apresentam e são defendidas com um discurso que parece ser compatível com o modelo constitucional.

Com o fim único de alcançar a celeridade, ou seja, buscar mecanismos para acelerar os resultados do processo, visualiza-se uma compreensão ilógica do que seria o acesso à justiça, ultrapassando despercebidamente os demais direitos fundamentais, com enfoque contrário ao do processo constitucional, que busca a efetivação plena dos direitos fundamentais sem restringir os direitos de defesa (BARACHO, 2008, p. 21).

Desse modo, ao ressaltar os reflexos do instrumentalismo na reforma processual civil, Flaviane Barros menciona: “o instrumentalismo foi, com certeza, a linha mestra para a reforma do processo civil, na busca por celeridade e efetividade como bases para um verdadeiro acesso à justiça, entendido como acesso à [sic] uma ordem jurídica justa.” (BARROS, 2009, p. 08).

No entanto, o instrumentalismo é uma teoria a ser superada, pois o processo precisa ser visualizado sobre o prisma constitucional e democrático do direito, valorizando primeiramente a oportunidade das partes construírem conjuntamente e em simétrica paridade o provimento final, sem desrespeitar os demais direitos fundamentais (COUTINHO, 2012, p.32).

Essa breve digressão foi realizada para demonstrar como o Código de Processo Civil de 2015 inseriu o instituto da tutela de evidência, subvertendo os fundamentos compatíveis com o processo democrático e colocando a evidência como um caminho mais rápido e célere para o magistrado fornecer o provimento (MARDEN, 2015, p. 154). Com isso, a evidência contamina o processo e prejudica os direitos fundamentais das partes ao reduzir a complexidade processual (MARDEN, 2015, p. 155).

Diante disso, com o objetivo de expandir a problemática que envolve a aplicação da Teoria Instrumentalista no Estado Democrático de Direito, o foco do próximo tópico se restringe a demonstrar a vinculação existente entre o instituto das tutelas provisórias de evidência e a celeridade processual.

### **3 A VIGENTE BUSCA DA CELERIDADE POR MEIO DAS TUTELAS DE EVIDÊNCIA**

Os reflexos dos entendimentos da Escola Instrumentalista ainda são frequentes no direito processual brasileiro, podendo ser visualizados principalmente quando se objetiva a conclusão do processo no menor tempo possível.

Em uma perspectiva instrumentalista, o tempo é visualizado como um elemento delicado do processo, pois se apresenta como uma barreira para o impasse de fazer o bem de forma rápida. Destaque-se que, nas sociedades contemporâneas, esse dilema é ainda maior, pois a velocidade em que se sucedem os acontecimentos gera uma exigência de maior celeridade no âmbito processual (ASSIS, 2016, p. 77).

Ocorre que essa preocupação de garantir a celeridade não pode ser imoderada, impossibilitando o exercício das garantias processuais das partes:

A justa preocupação em impor maior velocidade na solução jurisdicional não pode ser excessiva, caso contrário a qualidade da prestação jurisdicional e a garantia das partes sairão prejudicadas. Não se trata de fazer bem *ou* fazer logo. Precisamos fazer bem e com presteza. Nesse contexto que se inserem as chamadas técnicas aceleratórias do processo. Precisam impor agilidade, mas não podem descurar das garantias (ASSIS, 2016, p. 77).

O Código de Processo Civil de 2015 nasceu com o encargo de tornar o processo civil mais ágil do que era durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (BONICIO,

2016, p. 170). O reflexo dessa preocupação resultou na inserção de alguns institutos do direito processual, entre eles, as tutelas provisórias de evidência (BONICIO, 2016, p. 171).

Com a finalidade de inserir um processo mais rápido e célere no Brasil, a tutela de evidência<sup>3</sup> foi instituída como um instrumento, nomenclatura utilizada pela maioria da doutrina, de combate aos males da demora processual, em virtude do possível cenário de insegurança desenvolvido diante da lentidão da máquina judicial (BODART, 2015).

A conceituação dos direitos evidentes já era mencionada pela doutrina antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015. Destacava-se que são considerados evidentes os direitos em que há uma probabilidade de certeza somada a uma preocupação excessiva da demora, conforme menciona Luiz Fux<sup>4</sup>:

São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada (FUX, 2000, p. 02).

Evita-se que o detentor do direito evidente arque com o ônus do tempo processual, ocasião em que estará impossibilitado de usufruir do objeto em litígio. Verifica-se uma preocupação constante com a duração do processo e com o gozo do objeto posto em juízo:

A tutela antecipada de evidência pura é, justamente, aquela na qual se tutela o direito quase certo do provável vencedor da demanda, evitando-se que ele acabe suportando o ônus do tempo do processo, já que ficaria todo o seu trâmite privado de usufruir do objeto litigioso, enquanto a parte adversa, que possui grandes chances de sucumbir, usufrui dele. Assim, a tutela de evidência é uma forma importante de tutela sumária que visa satisfazer a efetividade da jurisdição, a economia processual e a duração razoável do processo (MACÊDO, 2015, 05).

Na prática jurídica, um dos fatores que atormentam os processualistas é a gestão do tempo de forma razoável, com o intuito de evitar abusos que possam prolongar o processo, demonstrando a preocupação dos processualistas brasileiros com a inefetividade do resultando final (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, P. 415).

No entanto, a apreensão com o tempo não se restringe aos casos em que há o perigo

---

3 Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

4 Cabe aqui lembrar que Luiz Fux (então Ministro do Superior Tribunal de Justiça) foi o Presidente da Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal para fazer a primeira versão do atual Código de Processo Civil.

de dano ou o risco ao resultado útil do processo, requisitos próprios das tutelas provisórias de urgência. No Código de Processo Civil de 2015, o legislador foi além, expondo a preocupação de evitar que o autor arque de forma indevida com o ônus do tempo, buscando tutelar de forma mais rápida, ainda que provisória, o direito que transparece evidente e, portanto, hábil para a aplicação da tutela provisória de evidência (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p.415).

Assim, por meio da tutela de evidência o legislador buscou combater o dano marginal, decorrente da tramitação normal do processo e independente do perigo de dano ou do risco ao resultado útil (RIBEIRO, 2016). Os defensores dos direitos que transparecem, acreditam que a ausência de resposta imediata acarreta em uma lesão, devendo ser garantida a inafastabilidade da jurisdição, incumbindo ao Poder Judiciário o encargo de garantir a efetividade desse direito.

O decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só representa uma “lesão”. Ademais, a fórmula constitucional da inafastabilidade da jurisdição foi ditada para “entrar em ação” tão logo descumprido o direito objetivo. Assim, desrespeitando o direito evidente, deve incidir a garantia judicial, que variará na sua efetivação conforme a lesão seja evidente ou duvidosa (FUX, 2000, p. 05).

A técnica desenvolvida por meio da tutela de evidência possui o objetivo de possibilitar a distribuição do tempo do processo, sob o seguinte entendimento: 01) o autor não pode arcar sozinho com o tempo do processo; 02) o tempo do processo é visualizado como um ônus; e 03), para proporcionar a isonomia no âmbito processual, o ônus do tempo deve ser distribuído entre os litigantes (MARINONI, 2017, p. 276).

Diante disso, a repartição do ônus do tempo deve ocorrer quando a probabilidade do direito do autor é evidente e quando a defesa do réu se apresenta frágil e carecendo de integridade (MARINONI, 2017, p. 278).

Teoricamente, nessas situações do art. 311 do CPC, a defesa do réu poderia ser considerada abusiva, desnecessária em virtude das provas já demonstrarem o direito do autor, por existir súmulas ou julgamentos repetitivos no mesmo sentido e nos casos em que a contestação do réu não produza prova suficiente para surgir dúvidas em relação ao direito da outra parte, de modo que estender o tempo do processo se torna desnecessário (MARINONI, 2017, p. 278). Diante da atual lentidão do Poder Judiciário brasileiro, a ideia parece plausível, porém a busca da celeridade não pode ocorrer sem observar uma reflexão mais profunda, em prejuízo a outros valores processuais e constitucionais que são indispensáveis para o Estado Democrático de Direito (NERY, 2016, p. 364).

Por meio da manifestação das tutelas provisórias de evidência do CPC e analisando o modo como a doutrina apresenta a sua preocupação com a celeridade e comemora a vigência do instituto em análise, observa-se que o direito processual não avançou no estudo teórico da ciência processual, perdurando no entendimento da Escola Instrumentalista que assimila o processo como uma relação jurídica (MARDEN, 2015, p. 134).

Desse modo, as reformas processuais ainda exaltam e privilegiam a celeridade e a simplificação dos procedimentos, direcionam a uma resposta jurisdicional mais rápida, porém, acabam desconsiderando a verdadeira finalidade do processo democrático (MARDEN, 2015, p. 134).

A problemática envolve a desconsideração de uma análise do tempo sob a perspectiva kairológica,<sup>5</sup> mecanismo adequado para verificar a concepção de tempestividade, considerando que o tempo devido não pode ser visualizado como algo exato (MARDEN, 2015, p.97). Assim, é necessário observar a tempestividade a partir da análise de duas espécies de intempestividade:

A tempestividade é um espaço-tempo compreendido entre duas espécies de intempestividade: a pressa (quando a ação é praticado tão rápido que não permitem que se desenvolvam os atos essenciais para a obtenção do resultado originalmente pretendido) e o atraso (quando a ação demora tanto a ser praticada que a sua realização não é mais apta a atingir a finalidade à qual se destinava). (MARDEN, 2015, p. 97)

Por meio de uma investigação do fenômeno temporal, focada nos ganhos qualitativos que ele pode proporcionar, deve-se buscar o meio termo entre a pressa e a demora, desprendendo-se da ideia de tempo cronológico e passando a valorizar e conservar a capacidade dos atos atingirem os seus objetivos principais (MARDEN, 2015, p. 97), ou seja, a concretização dos direitos fundamentais no âmbito processual.

É importante ter consciência de que um processo demasiadamente rápido pode comprometer a decisão e que, na prática, a razoável duração do processo prevista na Constituição Federal deve observar as circunstâncias do caso concreto.

Não podemos esquecer que a Constituição estabelece a garantia de “duração razoável” do processo. O que é razoável? Dependendo das circunstâncias o razoável envolve grande celeridade, mas nem sempre. Não teria duração razoável um processo que permitisse que alguém fosse privado de um bem da vida, em caráter definitivo, sem ter tempo para apresentar adequadamente suas razões de defesa. Da mesma forma que não teria duração razoável o processo que se perdesse em meandros desnecessários, fazendo com que a solução viesse tarde demais (ASSIS, 2016, p. 79).

Nos casos em que há uma possibilidade de concessão da tutela provisória de evidência, não se visualiza uma necessidade que justifique a aceleração do tempo. O legislador reproduziu na legislação vigente o discurso da contemporaneidade<sup>6</sup>, demonstrando uma preocupação com fatores externos ao processo, buscando adequar à técnica processual a pressa social e desconsiderando que a decisão é um objeto da atividade intelectual, formada por meio da participação dos sujeitos processuais, dispondo do contraditório como um elemento essencial (ASSIS, 2016, p. 80).

Em algumas hipóteses das tutelas provisórias de evidência, o contraditório é postergado, passa a ser analisado de forma mais profunda após uma decisão prévia. No entanto, isso acarreta em algumas sequelas que não são compatíveis com os fundamentos do processo

---

5 Na visão dos gregos, não havia apenas o tempo cronológico, mas também o tempo kairológico. Este não era o tempo contato de forma linear, passível de ser marcado no relógio. Tratava-se da percepção de que existe um tempo devido ou oportuno. Quando se falava em tempo kairológico, compreendia-se que a intempestividade pode vir não apenas da demora, mas também da pressa (nos casos em que algo era feito tão rápido, que não havia tempo suficiente para atingir seus objetivos). Essa mesma percepção pode ser trazida para o tempo processual, chamando-se atenção para o fato de que o tempo processual também é indevido quando não se mostrar suficiente para permitir o exercício dos direitos fundamentais processuais (MARDEN, 2015).

6 O discurso da contemporaneidade ao qual se refere é o da hipermodernidade: uma forma muito específica de perceber o mundo mediante a negação acelerada do passado. Trata-se de uma perspectiva comum no Século XXI, em que a síndrome da pressa impede que as pessoas tenham paciência para conceder tempo suficiente de amadurecimento para qualquer coisa. Assim como todos os institutos da sociedade contemporânea, o processo também acaba contaminado por esta peculiaridade cultural (MARDEN, 2015).

democrático, pois a garantia do contraditório é sacrificada para valorizar a celeridade.

No Estado Democrático de Direito, não é adequado simplificar o processo ao ponto de sacrificar outros direitos fundamentais (BARACHO, 2008, p.20). Essa máxima é adequada à problemática das tutelas de evidência, pois esta ecoa uma preocupação com a celeridade que ultrapassa desenfreadamente o contraditório e o poder de influência das partes, falseando a ideia de processo democrático.

#### **4 O PROBLEMA DA EVIDÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A sociedade vive com a ansiedade de realizar todas as suas ações da maneira mais rápida, sempre com o intuito de economizar o tempo, prevalecendo uma sensação de que o transcorrer do tempo ocasiona prejuízos para os demais campos da vida humana. Com essa pressa, comumente ultrapassa-se vários momentos sem apreciar os detalhes que a vida proporciona, naturalmente, menosprezando alguns valores e exaltando outros.

Em um trecho da música “Tudo Muito Rápido” da Banda Biquíni Cavado, há uma representação das escolhas que os seres humanos realizam em suas vidas durante o transcorrer do tempo e dos reflexos que estas escolhas podem acarretar, pois quando o homem procede com cautela é possível escolher os valores mais importantes em detrimento da passagem cronológica, menosprezando os que menos interessam, conforme é mencionado no seguinte trecho da música: “Essa vida, nesse mundo tudo acontece muito rápido. Se a mente está alerta podemos escolher o que deixar de lado” (BIQUINI CAVADÃO, 1994).

Analogicamente a música pode ser aplicada para ilustrar a situação embaraçosa da utilização da tutela de evidência no Estado Democrático de Direito, em razão da necessidade de precaução na utilização deste instituto que busca acelerar o resultado do processo, verificando que a sua aplicação favorece na desatenção das escolhas em que o julgador deverá realizar, prevalecendo à perquirição por um processo rápido em prejuízo do conjunto de valores fundamentais e garantistas típicos do processo democrático.

Assim como na música, é preciso prestar atenção nos valores mais importantes e escolher o que desprezar, portanto, objetiva-se demonstrar as barreiras existentes para os propósitos da tutela de evidência no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude de desconsiderar os princípios fundamentais do modelo constitucional de processo.

De plano, é necessário destacar que os direitos evidentes são verificados por intermédio da plausibilidade, ou seja, objetiva-se encontrar uma solução rápida que pareça ser razoável ao ponto de dispensar as provas e desprezar o contraditório, conforme Rui Cunha Martins:

Diz-se evidente o que dispensa a prova. Simulacro de autorreferencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um desamor ao contraditório. Dotada de semelhante quadro de valências, suposto seria que ela viesse blindada a sua participação em qualquer dispositivo crítico ou processual destinado a instituir-se em limite contra a arbitrariedade (MARTINS, 2013, p. 02).

O problema da evidência no Estado Democrático de Direito ocorre em virtude de a sua aptidão de contaminar os princípios fundamentais do processo e os mecanismos que asseguram a realização destes princípios. Assim, para tornar o processo mais democrático, é necessário buscar alternativas para evitar que a evidência não contamine o direito e os valores principiológicos basilares do ordenamento jurídico (MARTINS, 2013, p. 02).

A prova, a convicção e o processo são os mecanismos que o julgador precisa assegurar para constranger a contaminação da evidência, porém, estes mecanismos interferem no desempenho do processo em relação à efetividade, pois claramente a evidência proporciona a apresentação de resultados mais rápidos (MARTINS, 2010, p. 84). Provar algo significa fundamentar as afirmações sobre os fatos, deslocando para o processo os elementos que podem ser utilizados para fundamentar as discussões e buscar a verdade sobre aquilo que está sendo objeto do debate endoprocessual.

Conforme mencionam Hugo Machado Segundo e Rachel Machado:

De fato, usualmente se emprega a palavra prova para designar: (i) elemento por meio do qual se busca fundamentar uma afirmação sobre fatos; (ii) o ato ou a série de atos destinados a trazer esse elemento aos autos de um processo ou ao ambiente onde está havendo a discussão em torno da qual se põe em dúvida a veracidade de uma afirmação sobre fatos; e finalmente, (iii) a crença do julgador de que a controvertida afirmação sobre fatos é verdadeira (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2014, p. 1247).

Ao contrário da evidência, a prova busca a verdade<sup>7</sup> dentro do processo de modo a proporcionar um efeito de correção sobre a irracionalidade da evidência. Quando o julgador considera os direitos evidentes, ele procura a solução no seu entendimento prévio, chegando a uma resposta de acordo com os sentidos que lhe indicam o caminho mais correto para decidir (MARTINS, 2013, p. 03), sem observar os fatores que estão postos em juízo, antes de proporcionar para as partes o debate e o contraditório substancial, ignorando os detalhes que deveriam ser expostos no processo e que poderiam contribuir para a tomada de uma decisão mais adequada.

Quando o julgador utiliza a tutela de evidência, ele está verificando indícios que o permitem antecipar um resultado, preenchendo o que o magistrado entende como conveniente para determinada causa, ou seja, o que ele presumidamente entende como provável (MARTINS, 2013, p. 08). Com essa possibilidade, manifesta-se uma preferência por uma decisão imediata e compatível com a ideia de celeridade, fundindo o que se espera com o que se percebe de imediato, diminuindo o tempo e proporcionando o resultado que provavelmente será auferido ao final do trâmite processual (MARTINS, 2013, p. 09-10).

Naturalmente o ser humano possui uma tendência a presumir o que conhece como verdadeiro até que algo possibilite a demonstração de que mesmo com a aparência de autenticidade o que parece pode não ser exatamente o que o sujeito espera (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2014, p. 1256). Essa mesma limitação do ser humano é verificada no âmbito processual, quando a prova é restringida e o instituto da tutela de evidência permite que o julgador defira o pedido apenas com a probabilidade do direito e com o encaixe dos fatos em uma das possibilidades do rol do art. 311 do CPC.

Buscar a verdade dos fatos objetos do litígio não é o propósito do processo civil, porém, é um caminho necessário para que toda decisão seja legítima, alcançando a resolução apropriada à controvérsia (TARUFFO, 2014, p. 22). O propósito do processo civil é fornecer

---

<sup>7</sup> A verdade aqui não tem necessariamente o sentido de verdade objetiva, até porque muitas das questões são meramente jurídicas, dispensando a instrução probatória. No caso, fala-se de verdade no sentido de que um dos objetivos do processo é obter uma decisão judicial que seja coerente com os argumentos e/ou provas constantes dos autos. Trata-se, então, de uma espécie de verdade processual.

as garantias fundamentais para as partes, evitando que sofram com as decisões arbitrárias dos julgadores. Desse modo, o caminho mais adequado para tornar a decisão legítima é por meio do contraditório, possibilitando que as partes se manifestem no processo, pois o contraditório é expresso nas alegações das partes, na produção das provas e contraprovas (NERY JÚNIOR, 2016, p. 246).

Outro ponto importante a ser destacado é que as provas são dirigidas ao processo e o juiz não pode interditar a sua produção mesmo quando alegar que já se convenceu dos fatos, conforme destaca Nelson Nery Júnior:

O destinatário da prova é o processo e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob o fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa (NERY JÚNIOR, 2016, p. 246).

No Código de Processo Civil de 2015, o contraditório é observado como um esquema dialógico em que há uma interação entre o juiz e as partes, responsáveis por em conjunto construir uma decisão legítima (CUNHA, 2013, p. 9315). Para atender o contraditório substancial, o processo precisa ser estruturado de forma dialética, observando a participação das partes como uma manifestação da democracia, possibilitando este envolvimento no momento de realizar a coleta das provas e no convencimento do magistrado (CUNHA, 2013, p. 9314).

O contraditório é um ganho do processo civil proporcionado pela Constituição Federal de 1988, em razão de até a Constituição Federal de 1969 só existir a previsão da garantia do contraditório para o processo penal (NERY JÚNIOR, 2016, p. 243). Ademais, a Constituição Federal de 1988 é o marco do Estado Democrático de Direito no Brasil, capaz de irradiar a sua força normativa na aplicação e na interpretação das demais normas jurídicas, inclusive no processo civil (CUNHA, 2013, p. 9296).

A constitucionalização do direito é verificada como a expansão da aplicação das normas constitucionais em que os princípios constitucionais passaram a condicionar a validade de todo o sistema jurídico (CUNHA, 2013, p. 9296). Diante disso, o processo precisa ser visualizado com base no processo constitucional democrático que possui como pilares os princípios da ampla defesa, participação das partes, contraditório, imparcialidade e fundamentação da decisão (COUTINHO, 2012, p. 31).

Assim, visualiza-se que o processo se substancializa como um campo fértil de concretização dos direitos fundamentais, deixando de representar o simples instrumento utilizado para a realização do direito material.

Diante dessa perspectiva, a tutela de evidência é incompatível com os fundamentos do processo democrático por lesionar os princípios básicos do modelo constitucional de processo (MARTINS, 2013, p. 02) quando o instituto assente no art. 311, parágrafo único, as hipóteses de concessão da liminar, autorizando uma decisão que será concedida sem a observância da manifestação do contraditório, da ampla defesa e da participação das partes.

Além disso, possibilitar que o juiz decida com base no que ele considera provavelmente aceitável também afeta a imparcialidade do magistrado, que decide de acordo com o que entende subjetivamente como verdade. Esse fator prejudica a fundamentação das decisões, pois primeiramente o juiz decide e posteriormente elabora uma fundamentação ilusória, baseada apenas nas hipóteses do art. 311 do CPC somadas ao que o magistrado entende

como a probabilidade do direito.

## 5 CONCLUSÃO

O processo precisa ser observado como um campo de concretização dos direitos fundamentais, refletindo os ideais constitucionais que objetivam oferecer garantias fundamentais para as partes, evitando que elas sejam privadas dos seus direitos sem o devido processo legal.

As alterações realizadas com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 perpassam o discurso de que o processo civil brasileiro se adequou as normas do Estado Democrático de Direito. Contudo, algumas incoerências são verificadas, como no caso das tutelas provisórias de evidência que podem ser concedidas com base na probabilidade do direito e em alguns casos mediante a postergação do contraditório.

Com isso, observa-se a prevalência da ultrapassada teoria instrumentalista do processo que valoriza a decisão célere em prol da mitigação do contraditório e da paridade de tratamento das partes, permitindo que o magistrado decida de acordo com o que ele acha provável, realizando um preenchimento de suas expectativas.

Ocorre que quando a decisão é concedida por meio da postergação do contraditório, no momento de o magistrado ouvir a manifestação da parte contrária, ele já ouvirá com uma visão preconceituosa, sem realizar uma averiguação crítica do que a parte está manifestando.

Para evitar que a evidência proporcione decisões nocivas aos valores fundamentais, é necessário que o processo seja realizado por meio do seu transcurso normal, por meio da cognição plena, em que deve prevalecer o respeito às garantias fundamentais expostas no art. 5º da Constituição Federal, a exemplo do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, assegurando a manifestação paritária das partes no processo, inclusive proporcionando substancialmente os direitos de defesa e a produção de provas.

## REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I Fondamenti Costituzionali Della Giustizia Civile: Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ASSIS, Carlos Augusto de. Técnicas Aceleratórias e Devido Processo Legal. *RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 77 – 93, jul./set. 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BIQUINI CAVADÃO. *Tudo Muito Rápido*. Disponível em: < <https://www.letas.mus.br/biquini-cavadao/234189/> >, 1994. Acesso em: 09. Jun. 2018.

BONICIO, Marcelo Joé Magalhães. *Princípios do Processo no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de Las Excepciones Procesales y Los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1964.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- COUTINHO, Carlos Marden. Processo (Constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 24 – 40, jan./dez. 2012.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 9, p. 9293 – 9327, 2013.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Tutela Provisória de Evidência. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. (coords). *Grandes Temas do Novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.
- FUX, Luiz. *A Tutela dos Direitos Evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23 – 43, abr. 2000.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da Tutela Por Evidência e os Precedentes Obrigatórios. *Revista do Processo*. *Repro*, São Paulo, v. 242, p. 523 – 552, abr. 2015.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Prova e Verdade em Questões Tributárias. *RIDB*, Lisboa, ano 3, n. 2, p. 1245 – 1280, 2014.
- MARDEN, Carlos. *A Razoável Duração do Processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual*. Curitiba: Juruá, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. *Cadernos da Escola de Direito*, Curitiba, v. 1, n. 6, p. 275 – 306, jan./dez. 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARTINS, Rui Cunha. Estado de Direito, Evidência e Processo: incompatibilidade electivas. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 83 – 90, jan./jun. 2010.
- MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: the Brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: alguns apontamentos*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. 101, p. 61 – 96, jul./dez. 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 03, n. 4, p. 240 – 266, jul./dez. 2009.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TARUFFO, Michele. *A Prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

---

**Recebido em:** 31/10/2018

**Aprovado em:** 02/07/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

MARDEN, Carlos; SOUSA, Raphaella Prado Aragão de. A incompatibilidade das tutelas provisórias de evidência com o processo democrático. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.39, p.13-26, set./dez. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/10/DIR39-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO

## THE SOCIO-ENVIRONMENTAL FUNCTION OF CONTRACT

Michael César Silva<sup>1</sup>  
Cristofer Paulo Moreira Rocha Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** No contexto da sociedade de risco, em que o ser humano percebe a importância da preservação do meio ambiente e desenvolve o conceito de sustentabilidade, o presente estudo objetiva analisar a função socioambiental dos contratos, tendo como direcionamento o Estado Democrático de Direito, o qual, cada vez mais, clama pela aplicação do Direito Civil contemporâneo, que se adequa às diretrizes constitucionais e às normas de Direitos Humanos. Desta forma, a discussão tende a contribuir para que os negócios jurídicos não se limitem, somente, às vontades das partes, mas, também, não provoquem danos ao meio ambiente e, consecutivamente, aos seres humanos e demais seres vivos. A pesquisa adota a linha crítica metodológica, em que se faz a análise de vastos materiais bibliográficos, sejam estas fontes próprias do direito (fontes diretas) ou fontes relacionadas com a temática (fontes indiretas). Utiliza-se o padrão indutivo.

**Palavras-chave:** função socioambiental dos contratos; direito ambiental; estado democrático de direito.

**ABSTRACT:** In the context of the risk society, which human being realizes the importance of preserving the environment and develops the concept of sustainability, this present study objective to analyze the socio-environmental function of the contracts, having as a targeting the Democratic State of Law, increasingly, vociferates for the application of contemporary Civil Law, which is in accordance with the constitutional guidelines and the norms of Human Rights. Thus, the discussion tends to contribute so that the legal business is not limited to the parties' wishes, but also does not cause damage to the environment and, consequently, to humans and other living beings. The research adopts the critical methodological line, in which the analysis of vast bibliographical materials, whether these sources of the law (direct sources) or sources related to the subject matter (indirect sources) is done. The inductive pattern is used.

**Keywords:** social and environmental function of contracts; environmental law; democratic state of law.

---

1 Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas. Coordenador do Programa de Pesquisa da Escola de Direito (PPED) do Centro Universitário Newton Paiva. Líder do Grupo de Pesquisa "Perspectivas do Direito Civil-Constitucional na Contemporaneidade". Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.

2 Graduando pela Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Bolsista do 19º Programa de Pesquisa de Iniciação Científica do Centro Universitário Newton Paiva (2018/2019). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq/2019). Integrante do Grupo de Pesquisa "Perspectivas do Direito Civil-Constitucional na Contemporaneidade".

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea perpassa por inúmeras transformações que afetaram o modo de vida dos sujeitos. Nesse cenário, é significativo destacar as múltiplas influências advindas do processo de industrialização, que se perfectibilizam no acelerado processo tecnológico e científico (LOPEZ, 2013, p.3).

Assim, desde a primeira revolução industrial – século XVIII – a preocupação com a quantidade, qualidade e consumo dos produtos, fez com que, cada vez mais, as técnicas industriais fossem aprimoradas, criando-se produtos, até então, inimagináveis e incentivando a sua aquisição, tendo como resultado a massificação do consumo e das relações contratuais.

Neste giro, observa-se, portanto, o consumo em massa, o qual demanda a utilização, cada vez maior, de matérias primas da natureza e a intensificação de processos que transformem estas matérias em produtos industrializados aptos a satisfazer as demandas do mercado.

O aumento populacional, aliado ao incremento de uma industrialização consumista e da agricultura intensiva, impôs uma grande carência por recursos naturais (BARBOSA, 2011, p.20), destacando-se que uma parcela significativa dos recursos naturais não é renovável e que o modelo de exploração, pautado no paradigma da sociedade de risco ou sociedade pós-industrial, provoca, por consequência, extensas agressões ao meio ambiente.

Diante destes fatos, passa-se a discutir o surgimento de uma crise ambiental, a qual demonstra claramente sinais de que os limites de suportabilidade do planeta estão sendo ultrapassados, tendo por consequência prejuízos de ordem econômica, política, social, bem como, para a existência da vida. (GUERRA; GUERRA, 2014, p. 5).

Nessa linha de intelecção, o estudo propõe, a partir do contexto do Estado Democrático de Direito e dos valores e preceitos emanados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, examinar o Direito Contratual, em especial, a sua função social, da qual se desdobra a função socioambiental dos contratos, demonstrando a origem do instituto, sua finalidade e as consequências de sua inobservância, com o objetivo de se buscar meios de reduzir as ofensas perpetradas ao meio ambiente.

Para tanto, inicialmente será abordado a conceituação de meio ambiente, demonstrando-se a crise ambiental enfrentada globalmente, o que significa sustentabilidade e as tutelas promovidas pela Constituição Federal de 1988. Em sequência, será abordada a função social dos contratos, sob a perspectiva constitucional. Após esta construção, tratar-se-á da função socioambiental dos contratos, o seu significado, importância e aplicação.

A pesquisa situa-se na linha crítico-metodológica, em que se prioriza a análise de materiais bibliográficos com o objetivo de chegar a pontos de consenso, sem que se afaste a criticidade dos autores, aplicando-se sempre a devida argumentação, na medida em que se segue um padrão indutivo.

A opção metodológica perpassa, ainda, pelo tipo jurídico-projetivo, ou jurídico-prospectivo, em que se fará a análise crítica das tendências de aplicação da função socioambiental dos contratos, no contexto do Estado Democrático de Direito, no intuito de se compatibilizar o progresso econômico com a necessidade de proteção do meio ambiente, e contribuir para lançar luzes sobre a temática na contemporaneidade.

## 2 MEIO AMBIENTE, CRISE AMBIENTAL, SUSTENTABILIDADE E TUTELAS CONSTITUCIONAIS

A definição de meio ambiente<sup>3</sup> é um desafio de muitos pesquisadores, sejam da área jurídica ou não, sobressaindo-se o entendimento de que se trata do espaço em que o ser humano vive e compartilha com outros seres vivos.

Segundo Luís Paulo Sirvinskas (2017, p. 216), o meio ambiente consiste no local em que os seres vivos habitam. Trata-se do hábitat, o qual, na qualidade de meio físico, interagirá com os seres vivos (meio biótico), constituindo um conjunto harmonioso, composto de condições essenciais para a existência da vida como um todo.

Nesse mesmo giro, José Afonso da Silva (2013, p. 20) preleciona que o meio ambiente é “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.”<sup>4</sup>

[...] o conceito de meio ambiente não pode apresentar uma visão simplista e reduzida. Ao contrário, devem estar inseridos a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico, e o meio ambiente do trabalho.  
[...] pode-se afirmar que *todo e qualquer bem essencial à sadia qualidade da vida humana e de uso comum do povo tem característica de bem ambiental*. O solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, o patrimônio genético do País, o patrimônio cultural brasileiro, a saúde, as praças e ruas, áreas verdes e demais assentamentos com reflexos urbanísticos são exemplos de bens ambientais, todos eles essenciais à sadia qualidade da vida humana. (GUERRA; GUERRA, 2014, p. 90, grifo nosso).

Percebe-se, por isso, que a expressão meio ambiente é ampla, sendo possível estendê-la e qualificá-la nos diferentes pontos da crosta terrestre em que há vida, de modo que a vida está intimamente ligada a este hábitat, aqui denominado meio ambiente.

Contribuindo para o conceito de meio ambiente, o legislador pátrio, ao abordar a Política Nacional do Meio Ambiente, esclarece, por meio da Lei nº 6.938/1981, que:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:  
I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; (BRASIL, 1981, online).

Nesse sentido, a Lei demonstra, justamente, que o meio ambiente é onde se vive, não só os homens, mas todos os outros seres vivos. A doutrina critica este dispositivo, ao dizer

3 Toshio Mukai (2016, p. 2) anota que a expressão meio ambiente contém um pleonismo, tendo em vista que “meio” e “ambiente” são sinônimos. Nesta mesma direção, Sidney Guerra e Sérgio Guerra (2014, p. 88) indicam que: “a utilização do termo “meio ambiente” caracteriza-se um vício de linguagem, pois se trata de um pleonismo, haja vista que “meio” é aquilo que está no centro de algo e “ambiente” é o local que se encontra os seres vivos”. Na contramão deste debate, Marcelo Abelha Rodrigues (2017, p.69) se posiciona no sentido de que: “porquanto as palavras “meio” e “ambiente” signifiquem o entorno, aquilo que envolve, o espaço, o recinto, a verdade é que quando os vocábulos se unem, formando a expressão “meio ambiente”, *não vemos aí uma redundância como sói dizer a maior parte da doutrina, senão porque cuida de uma entidade nova e autônoma*, diferente dos simples conceitos de meio e de ambiente. O alcance da expressão é mais largo e mais extenso do que o de simples ambiente” (grifos nossos).

4 No mesmo sentido, Antonio F. G. Beltrão (2011, p.23): “o meio ambiente não corresponde apenas ao ambiente natural, abrangendo também outras perspectivas em que esteja inserida a vida. Assim, tradicionalmente classifica-se o meio ambiente a partir de três aspectos: o meio ambiente natural ou físico, o meio ambiente artificial e o meio ambiente cultural.”

que “o conceito legal de meio ambiente não é adequado, pois não abrange de maneira ampla todos os bens jurídicos protegidos. É um conceito restrito ao meio ambiente natural” (SIRVINSKAS, 2017, p. 127). Como já demonstrado, a expressão meio ambiente não se confina no ambiente natural, compondo-se, também, do ambiente artificial e cultural.<sup>5</sup>

Ao entender o significado de meio ambiente, torna-se imperativo refletir sobre o que ele representa<sup>6</sup>, de modo que é praticamente impossível a vida, sem que haja uma mínima preservação do *locus* em que habitam os seres vivos. É importante destacar que:

A Humanidade, por mais avanços que tenha conquistado, não foi capaz de desenvolver uma forma de sobrevivência que seja desvinculada com o meio natural. O conjunto de elementos que forma a Natureza é indispensável à vida humana e por este motivo, é uma necessidade a superação de paradigmas que denota os recursos naturais à serviço do Homem (PELLENZ; BALDISSERA, 2016, p. 109).

Infelizmente, o ser humano passou a atentar-se para os problemas ambientais tão somente após o seu surgimento.<sup>7</sup> Quando a Primeira Revolução Industrial foi desencadeada, poucos se preocupavam com as fábricas que funcionavam diuturnamente. Passou-se pela Segunda Revolução Industrial, pela Terceira, e, neste caminho, o resultado do desenvolvimento desenfreado, preocupado em produzir, incentivar o consumo e construir riquezas, chegou para a sociedade contemporânea. Neste sentido, Marcilei Gorini Pivato, Déborah de Meira Málaque e Juliana Machado Sorgi (2018, p. 84) lecionam que:

Com o impacto da revolução Industrial e a consolidação do capitalismo, viu-se uma aceleração no processo de degradação do meio ambiente. Não bastasse, a necessidade do estabelecimento de uma liderança política e econômica em nível mundial levou os países a entrarem em confronto em duas grandes guerras, trazendo além de outras consequências, grandes traços de destruição do meio ambiente. Destacam-se ainda as grandes inovações tecnológicas e progressos científicos que demonstraram a possibilidade de danos ambientais em nível global.

Nesse sentido, os impactos na natureza passaram a ser vistos e sentidos de forma global, deixando mais evidente a finitude dos recursos ambientais.

Não há dúvidas, portanto, que o meio ambiente já não é mais o mesmo, como, também,

---

5 “Muitos estudiosos incluem neste conceito também o meio ambiente carcerário, meio ambiente hospitalar, meio ambiente esportivo, meio ambiente digital, meio ambiente educacional, meio ambiente atinente ao ecoturismo, meio ambiente relacionado ao agronegócio (agricultura e pecuária)” (SIRVINSKAS, 2017, p. 127).

6 Sobre a importância do direito ao meio ambiente, afirma-se “(...) que a doutrina já se desenvolve, no sentido de *reconhecer aos direitos ambientais uma fundamentalidade* (e centralidade), que visa a trabalhar a concepção da dimensão ecológica como “direito ao mínimo existencial ambiental”. Nesses termos, da compreensão de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, coloca-se a reflexão acerca da *exigência de um patamar mínimo de qualidade ambiental, sem o qual a dignidade da pessoa humana (e, para além dessa, a qualidade da vida em termos gerais) estaria violada no seu núcleo essencial*. O âmbito de proteção do direito à vida, diante do quadro de riscos ambientais contemporâneos, para atender ao padrão de dignidade (e também de salubridade) assegurado constitucionalmente, deve ser ampliado no sentido de abarcar a dimensão ambiental no seu quadro normativo” (FERNANDES, 2016, p. 692, grifos nossos).

7 São válidas as palavras de José Henrique Pierangelli (1988, p. 9) ao demonstrar que “o homem primitivo, sem que tivesse noção da importância da conservação da natureza, agrediu bem pouco, até porque suas necessidades básicas eram também poucas. Não destruiu as florestas e nem dizimava a fauna. Da natureza tirava apenas aquilo que dela necessitava para a conservação da vida. Assim, pelo menos da maneira como concebemos o fenômeno agressão à natureza, o homem primitivo não chegou a se constituir, pela sua atividade, em um ser algoz”. Deste modo, nota-se que a degradação do meio ambiente foi impulsionada quando se modificou as necessidades básicas do ser humano, que, além de um aumento populacional, ficou cada vez mais dependente de recursos naturais e, posteriormente, do seu processo de industrialização, gerando danos ao meio ambiente.

se verifica pela ampla divulgação de “notícias de aquecimento global, catástrofes ambientais, furacões no hemisfério sul, salinização do solo, chuvas ácidas, doenças provocadas pela poluição, extinção das espécies, desflorestação” (ALBERGARIA, 2010, p.73).

Como exemplos recentes de agressões ao meio ambiente, aponta-se o rompimento de barragem de rejeito de minério no ano de 2015, em um distrito da cidade de Mariana em Minas Gerais, tendo como efeitos vastos danos na bacia do Rio Doce. Repetindo o acontecimento catastrófico, no início de 2019, outra barragem se rompe, na cidade de Brumadinho em Minas Gerais, reproduzindo-se, mais uma vez, danos de difícil reparação para o meio ambiente e os seres vivos.

Ao comentar o momento que a humanidade vive e a degradação do meio ambiente, Juarez Freitas (2011, p. 26-27) descreve que [...] provavelmente, trata-se da primeira vez na história, salvo risco de guerra nuclear, que a humanidade pode simplesmente inviabilizar a sua permanência na Terra, por obra e desgraça, em larga escala, do seu estilo devorante. O alerta está acionado.

[...]

Tais males resultam de anos e anos, séculos e séculos do império da vista curta, às voltas com o poder subjugador, como se a natureza fosse – ou devesse ser – reles objeto a ser docilmente ofendido e violentado. Ou seja, os males de hoje são o subproduto dessa cultura de insaciabilidade patrimonialista, que salta de desejo em desejo, no enalço do nada.

Nessa medida, o diagnóstico não deixa maiores dúvidas: muitos muros mentais terão de cair, dado que a cultura da insaciabilidade é autofágica e se destrói, como atesta o perecimento de várias civilizações.

Fica nítido, portanto, que a forma como a humanidade está gerindo o meio ambiente é insuportável, devendo-se repensar a relação meio ambiente e ser humano, tendo como ideia que a existência da vida impescinde de um meio ambiente adequadamente preservado.<sup>8</sup>

Diante deste quadro, no qual a preocupação com o meio ambiente vem aumentando na medida em que as suas transformações passaram a se tornar mais visíveis e constantes (SILVA, 2011, p.116), além da percepção dos riscos que a humanidade vem enfrentando, tenta-se reinventar o modo de vida humano, passando-se a cogitar que “é preciso compatibilizar os instrumentos utilizados para satisfazer as necessidades sentidas hoje, com a pretensão da manutenção de um *status* de vida sustentável no futuro” (CUNHA, 2004, p. 111), vindo à tona a expressão sustentabilidade,

[...] tendo seu nascedouro em discussões onde se digladiavam ambientalistas e desenvolvimentistas, ela promoveu a superação da ideia da economia como um fim em si mesmo, substituindo-a pelo reconhecimento de ser o ser humano um fim em si mesmo; e, portanto, ser por ele (e para ele) que existe o desenvolvimento (COELHO; MELLO, 2011, p. 11).

8 O direito ao meio ambiente adequado para garantia da vida humana e de outros seres vivos, tem tamanha importância que é tratado como direito humano, uma forma de garantir a vida e a dignidade da população mundial, nesta trilha, Edson Ferreira de Carvalho (2011, p. 152) indica que “o gozo dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente depende umbilicalmente do meio ambiente. Do ponto de vista biológico, a dependência do homem em relação ao ambiente é total: o ser humano não pode sobreviver mais do que quatro minutos sem respirar, mais de uma semana sem beber água e mais de um mês sem se alimentar. O único local conhecido no universo no qual o homem pode respirar, tomar água e alimentar-se é a Terra. Nessa ótica o ambiente estaria intrinsecamente relacionado com os direitos à vida e à saúde”

A sustentabilidade se exterioriza como forma de garantir o desenvolvimento humano, mas com um olhar adequado para as questões ambientais.<sup>9</sup> Não em vão, Patryck de Araújo Ayala (2013, p. 253) aponta que:

a existência humana depende de que se assegure proteção simultânea, de níveis de desenvolvimento econômico, mas também de níveis de qualidade dos recursos naturais, não sendo possível conceber-se a proteção autônoma de qualquer uma destas duas realidades, *sob pena de se ter uma proteção apenas parcial do imperativo de dignidade da pessoa humana, o qual se constitui em um dos objetivos da República brasileira, conforme ressaltado (art. 1º, III, CRFB) (grifos nossos).*

Logo, um paradigma sustentável clama por uma compatibilização entre desenvolvimento e meio ambiente, como forma de proteção integral do princípio da dignidade da pessoa humana,

[...] princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos (...)  
Numa frase: a sustentabilidade, bem assimilada, consiste em assegurar, hoje, o bem-estar físico, psíquico e espiritual, sem inviabilizar o multidimensional bem-estar futuro (FREITAS, 2011, p. 40-41).

Extrai-se desta conceituação a importância da sustentabilidade e a necessidade de atuação conjunta de Estado e sociedade para, com fulcro na fraternidade<sup>10</sup>, garantir às atuais e futuras gerações um meio ambiente equilibrado, que possibilite a vida humana em sua plenitude, sem que haja a necessidade de interrupção do desenvolvimento. Não obstante, faz-se indispensável constantes releituras do modo de vida humano, com o objetivo de verificar o que é necessário, quais as suas consequências e como podem - devem - ser reparadas. Neste giro, Fausto Santos de Moraes e Felipe de Ivanoff (2016, p. 56) lecionam que

Na verdade, o que se almeja com o desenvolvimento sustentável, é que se reflita cada vez mais positivamente na vida das pessoas, que os avanços tecnológicos e econômicos sejam determinantes apenas para uma vida mais fácil e não para a satisfação de caprichos humanos. Além disso, a relação entre ser humano e planeta Terra não pode ser de dominação. Aquele deve obrigatoriamente respeitar os ciclos regenerativos desta, ao invés de tratá-la como um mero objeto que produz recursos para seu bel prazer, bem como deve ser reconhecido que ambos possuem uma ligação de afinidade e, por que não, dependência mútua.

Assim sendo, a sociedade clama por um meio ambiente saudável, em que possa viver

---

9 No mesmo sentido, Alex Trevisan Braz (2013, p. 233) preconiza que “fala-se em desenvolvimento sustentável, que nada mais é que o desenvolvimento com respeito ao meio ambiente. Busca-se o equilíbrio entre desenvolvimento econômico e a conservação de recursos naturais. Significa atender as necessidades do presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras”.

10 Marcela Vitoriano e Silva (2011, p. 123) indica que “essa ideia de fraternidade traz a necessidade de proteção ao meio ambiente não somente para a nossa garantia e nosso benefício, mas para as gerações que estão por vir. O reconhecimento constitucional do direito das futuras gerações acarreta limitações no agir humano, fazendo com que nem todos os atos sejam cobertos de legitimidade”. No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato (2017, p.441-442) demonstra que “é evidente que a geração presente tem o dever fundamental de garantir às futuras gerações uma qualidade de vida pelo menos igual à que ela desfruta atualmente. Mas não é menos evidente que esse dever para com as gerações pósteras seria despido de sentido se não se cuidasse de superar, desde agora, as atuais condições de degradação ambiental em todo o planeta, as quais representam um sério risco para a biosfera como um todo e para o gênero humano em especial”.



e se realizar, possibilitando, ainda, que as futuras gerações tenham a mesma oportunidade, mesma qualidade de vida. Em paralelo, busca-se o desenvolvimento econômico e humano, encontrando materiais, instrumentos, objetos que facilitem o dia a dia. Portanto, é necessário haver uma compatibilização constante entre desenvolvimento e qualidade de vida (meio ambiente), filtrando aquilo que realmente é necessário e deixando de lado tudo que venha causar mais prejuízos que benefícios.

Em um convite para as pessoas atuarem em defesa do meio ambiente, Sue Roaf, David Crichton e Fergus Nicol (2009, p. 44) mencionam:

O que está claro agora é que esta é a grande guerra da nossa era, e talvez de todos os tempos. Devemos atuar de forma firme e efetiva para lutar contra as evidências inegáveis com as quais nos deparamos. Não podemos confiar somente nos governos nacionais, nas corporações ou nos governos municipais para fazer o que é necessário. Não existem técnicas mágicas ou soluções cirúrgicas nesta guerra à moda antiga. Cada homem, mulher e criança deste planeta têm um papel crucial na linha de frente desta batalha.

Diante de tal afirmação, fica claro que a manutenção de um meio ambiente saudável não é tarefa que se pode abster, mas, muito pelo contrário, é um dever e compromisso de todos, inclusive do Estado. Nesta esteira, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não restou silente<sup>11</sup>, reconhecendo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a importância do meio ambiente, buscando assim tutelá-lo adequadamente.

À propósito, nos moldes da Constituição de 1988, "(...) a proteção ambiental afasta-se do caráter de faculdade estatal para assumir o tom de forte dever. É a própria Constituição que, de modo explícito, veicula o dever do Poder Público de defender e preservar o meio ambiente" (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 864).

Tratando da matéria, em seu artigo 225, a Constituição Federal afirma que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988, online).

Logo, fora consagrado o entendimento de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito dos brasileiros – das presentes e futuras gerações<sup>12</sup> -, de modo que a preservação dele vincula não só o Estado, mas, também, toda a coletividade.

Nesta linha de raciocínio,

[...] quando se fala da tutela constitucional do meio ambiente, também tem que ser visto como um dever para o Estado, juntamente com os cidadãos.

11 "[...] a Constituição Federal de 1988 apresentou enorme avanço na esfera do Direito Ambiental, com a previsão de amplos direitos e instrumentos voltados para a tutela do meio ambiente, mostrando-se, ainda hoje, como texto constitucional de referência internacional, embora a nível infraconstitucional já existisse em vigor a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), norma basilar no estudo e entendimento desse ramo jurídico" (SILVA, 2011, p. 117). Nesse mesmo giro, versando sobre a proteção constitucional da temática, Serli Genz Bölter e Cristiane Derani (2018, p. 213) mencionam que o "texto constitucional é expressamente um texto garantidor de direitos, em uma perspectiva de proteção e preservação ambiental. Dois elementos indicam esses avanços: primeiro, a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado para as presentes e as futuras gerações (art.225 CF/88); e, segundo, o princípio de que o desenvolvimento deve ser entendido sob a ótica do desenvolvimento sustentável e da proteção ao meio ambiente (art. 170 da CF/88)".

12 Bernardo Gonçalves Fernandes (2016, p. 691) demonstra que "o meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição fundamental para a manutenção da vida humana em nosso planeta, e, não obstante seja definido constitucionalmente como direito da ordem social, é também um direito difuso por excelência – já que ainda um direito pertence não apenas às gerações do presente, como ainda das gerações futuras" (grifos nossos).

Entre os direitos de cada cidadão e os poderes públicos do Estado há que encontrar um ponto de equilíbrio para melhor realização da justiça e do desenvolvimento humano, é isso que os textos constitucionais pretendem fazer: regular relações entre direitos e garantias do povo e poderes do governo. De facto, temos que admitir que todos os poderes do governo são atribuídos com base nos direitos de cada cidadão, isto é, os poderes públicos existem para proteger os direitos de cada um, sendo estes razão de ser daqueles (WA, 2017, p.19).

Em outra oportunidade, já com uma visão sustentável, a Constituição Federal preconiza que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (BRASIL, 1988, online).

Nesta perspectiva constitucional, é nítida a necessidade de aliar desenvolvimento e meio ambiente, entendendo que aquele não existe sem este. Deste modo, fala-se que nesse dispositivo constitucional foi abordado verdadeiro princípio do desenvolvimento sustentável, tentando-se compatibilizar meio ambiente com desenvolvimento econômico (BRAZ, 2013, p.227).

O constituinte de 88 não desconsiderou a importância dos recursos naturais para a economia, ao contrário, houve um aprofundamento na ligação entre ambas as esferas. Compreende-se que o meio ambiente tem um valor preponderante, acima de qualquer consideração sobre desenvolvimento, como as de respeito à propriedade e de iniciativa privada (RAMINELLI; THOMAS, 2012, p.50).

Ter o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, quer dizer que o desenvolvimento econômico deve considerar o meio ambiente, mas isso não basta, se não houver instrumentos para a sua efetivação.

a transindividualidade deste direito de terceira geração suscita problemas no uso dos instrumentos tradicionais de acesso ao judiciário, pois estes são formulados para atender exclusivamente a direitos e demandas individuais. Contudo, foram criados instrumentos e meios processuais adequados para a efetivação do direito ao meio ambiente, destacando-se, na Constituição Federal, a ação popular (art. 5º, LXXIII), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), e, no âmbito infraconstitucional, a ação civil pública (Lei nº 7347/85). (BRITO; ZUBERI; BRITO, 2018, p.72).

Fica nítido, portando, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado recebe o apoio de diversos mecanismos e instrumentos constitucionais para que seja efetivado. Contudo, na hipótese de ocorrência de violações, o Poder Judiciário poderá ser acionado, contribuindo para adequada resolução de conflitos ambientais. Neste seguimento, Bernardo Gonçalves Fernandes (2016, p. 692) esclarece que “(...) o Poder Público deve se voltar para sua proteção, podendo em casos de omissão – ou mesmo quando é o próprio Estado o ente poluidor – qualquer do povo constrangê-lo a respeitar tal direito em juízo”

(FERNANDES, 2016, p.692).

Diante do reconhecimento da importância do meio ambiente para a vida – digna – humana e de todos os outros seres vivos, é necessário abordar o dano ambiental, de modo que, conforme José Rubens Morato Leite e Matheus Almeida Caetano (2013, p.282)

o dano ambiental pode ser conceituado como toda lesão intolerável, causada por uma ação humana, seja ela culposa ou não culposa, diretamente ao meio ambiente, classificado tanto como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante e, indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no microbem.

Portanto, o dano ambiental ocorre quando determinada ação humana provoca lesão ao meio ambiente, de modo que, de uma forma ou de outra, toda a coletividade é lesada. Ainda sobre a temática, Felipe Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p.885) lecionam que

o legislador brasileiro não definiu, explicitamente, o dano ambiental. O dano ambiental pode assumir a forma de lesões ao microbem ambiental (lesões a interesses individuais ou individuais homogêneos) ou lesões ao macrobem ambiental (lesões a interesses difusos ou coletivos). Nesse último caso, a tutela é voltada à coletividade, ao meio ambiente como bem difuso de uso comum, essencialmente indivisível e transindividual. Cabe anotar que o dano ambiental, no Brasil, raramente é alegado perante o Judiciário como prejuízo próprio, meramente individual, de determinado cidadão, ressarcível somente com os meios do processo civil clássico. A tutela dos interesses transindividuais vem em primeiro lugar, ocupa maior destaque.

O dano ambiental, desta forma, nada mais é que uma lesão ao meio ambiente, cuja vítima é todo o corpo social, que, por vezes, tem suas florestas diminuídas ou destruídas, rios contaminados, qualidade do ar reduzida, dentre tantos outros danos que, já a algum tempo, vem enfrentando.

De tudo isso, fica clara a ideia do que representa o meio ambiente e a sua importância para os seres vivos, bem como, a incidência de vastas agressões. Nessa linha de raciocínio, impõe-se, por conseguinte, buscar formas de preservar o meio ambiente e permitir a manutenção da vida na Terra. Surge, destas incansáveis discussões, o conceito de sustentabilidade, como instrumento de compatibilização do desenvolvimento econômico com a necessidade de preservação do meio ambiente. Observa-se, ainda, que a Constituição da República Federativa do Brasil não foi omissa, indicando o dever de manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### **3 A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

Antes de se adentrar na temática da função social do contrato, é importante ter em mente, com clareza, o que representa o contrato.

Para Renata Guimarães Pompeu (2010, p. 407):

A concepção jurídica de contrato ilustra o reconhecimento pela norma (com consequente designação de efeitos) de situações, vínculos e interesses interpessoais, cuja natureza é essencialmente patrimonial, mas igualmente (e por que não?) existencial. O contrato, a partir do enlace de condutas que reconhece como comportamento jurídico, traz ao universo do Direito um complexo contexto de expectativas existenciais e, por certo, econômicas.

Por conseguinte, na contemporaneidade, impõe-se, ainda, a imprescindível observância do princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, no âmbito das relações jurídicas contratuais, com a finalidade de se compatibilizar os interesses individuais dos contratantes com o interesse coletivo e a proteção do bem comum. Neste sentido, “a teoria da função social, fundada em uma concepção de fraternidade e solidariedade, diz que todo contrato deve ser conveniente ao interesse coletivo, sob pena de invalidade” (BORGES; ROSI, 2018, p. 87).

Neste giro, não se pode deixar de destacar que o contrato contemporâneo sofre grande influência do fenômeno de Constitucionalização do Direito Civil<sup>13</sup>, de modo que, dentre outros efeitos, a pessoa passa a ter mais valor do que o patrimônio.

No âmbito nacional, o contrato contemporâneo é o presente na esfera civil posteriormente à publicação da Constituição da República Federativa de 1988, que promoveu o fenômeno da repersonalização, do que decorreu a despatrimonialização do direito civil, colocando o indivíduo no centro das preocupações do Direito, instruindo a dignidade da pessoa humana e o solidarismo como pilares axiológicos básicos do sistema (SANTOS, 2013, p. 72).

Logo, a Constituição Federal confere novos contornos ao Direito Contratual, de modo que tal ramo do Direito deverá ser relido pelos valores e preceitos constitucionais, devendo-se preservar a dignidade humana, a solidariedade social, os direitos humanos, buscando-se evitar lesões, tanto com relação aos contratantes, como com relação a terceiros.

O processo ocorrido no Brasil na década de 80, do século XX, traz o ápice do pensamento do Estado Democrático e Social de Direito, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, na medida em que tem por escolha política, fundamentos da república, dentre os quais destacamos a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CRFB) e a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, da CRFB), e como objetivos da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que possa garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, da CRFB) (MERGULHÃO; MERGULHÃO JÚNIOR, 2019, p.99-100).

Destaca-se, do texto da Constituição Federal de 1988, a livre iniciativa, elencada como fundamento da República Federativa do Brasil. Ocorre que tal liberdade não deve ter leitura absoluta<sup>14</sup>, tendo em vista que a mesma Constituição que possibilita a livre iniciativa, possui um rol extenso de direitos fundamentais e sociais, que *não podem ser lesados*.

Logo, ao tratar sobre o exercício da liberdade contratual, impõe-se a percepção de que a mesma tem-se relativizada, pelos preceitos e valores oriundos do texto constitucional, bem como, pelos princípios norteadores do Direito Privado, tendo em vista que o contrato, “na contemporaneidade, com o afluxo dos preceitos de ordem social inerentes ao Estado Social e, posteriormente, ao Estado Democrático de Direito, passou a sofrer influências advindas do aspecto social que relativizaram seus efeitos entre as partes e perante a sociedade.” (SILVA, 2018, p. 101).

---

13 Segundo César Fiuza, “Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm de ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Esse é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito” (FIUZA, 2008, p. 66).

14 Nesse sentido ver: Fonseca (2007, p.35-36)

Nesta mesma pegada, Alexandre Henrique Tavares Saldanha (2011, p.102) expõe que:

[...] a incorporação de valores privados nas normas constitucionais faz com que as relações contratuais devam obedecer à cartilha de princípios e ideias previstos na constituição, para auxiliar no alcance dos objetivos do Estado Democrático. Com isso, rompe-se uma barreira criada pelo dogma da intangibilidade da autonomia privada, permitindo que haja, nas relações entre particulares, exigências que vão além dos interesses em questão naquele negócio jurídico.

Ainda sobre os contornos contemporâneos dos contratos, em um contexto em que os interesses privados podem ser relativizados, impõem-se a necessidade de observância aos preceitos norteadores dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

[...] reflexo de transformações vivenciadas pela ordem jurídica – especialmente na segunda metade do séc. XX – e do redirecionamento do ordenamento em prol dos valores mais sociais e humanos. Subsidiada nas noções de justiça social, igualdade substancial e boa-fé, a nova visão de sistema jurídico portou-se de forma a verdadeiramente transformar as realidades sociais. Especificamente no âmbito dos contratos, as relações negociais passaram a se assentar sobre o princípio da solidariedade e, como consequência, tal realidade permitiu, na prática, a mitigação da força vinculante dos contratos e a flexibilização das disposições constantes nas avenças, com intuito, pelo menos em tese, de buscar o equilíbrio contratual (DAHINTEN; DAHINTEN, 2016, p. 146).<sup>15</sup>

Neste giro, há o reconhecimento de que o princípio da função social do contrato, positivado no Código Civil, em seu artigo 421, apresenta-se como elemento relativizador da liberdade contratual<sup>16</sup>, com a finalidade de garantir contratações que observem a promoção do bem comum e o interesse social.

Sobre a temática, Fernando Augusto de Vita Borges de Sales (2019, p. 694) indica que:

Ao estabelecer que o contrato deve atender a uma função social, o Código rompe definitivamente com a ideia ultrapassada de que o contrato é inflexível; de que faz lei entre as partes, na medida em que se deve olhar o contrato sob o aspecto social. Os interesses pessoais, individuais e privados dos contratantes não podem se sobrepor aos interesses da sociedade.

De fato, o artigo supracitado contribui para esta nova guinada do Direito Civil, não obstante, é necessário compreender o seu conteúdo. Leonardo de Faria Beraldo (2011, p. 1) indica que:

Trata-se de artigo de lei bastante vago, cujo conteúdo deverá ser preenchido pelo juiz apenas diante do caso concreto e atentando-se, claro, às suas particularidades, mediante decisões devidamente fundamentadas. O dispositivo decorre, portanto, de técnica legislativa – não tão nova quanto alguns sustentam – em que a lei dá uma margem interpretativa e integrativa

---

15 Nesse mesmo sentido, Rodolfo Pamplona Filho (2019, p. 47) “o contrato é considerado como um instrumento de circulação de riquezas, mas também de desenvolvimento social. Isso mesmo: desenvolvimento social. Sem o contrato, a economia e a sociedade se estagnariam por completo, fazendo com que retornássemos a estágios menos evoluídos da civilização humana. Ocorre que *todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e equilibrado* (grifo nosso).

16 Em outros termos, “o princípio da função social, consagrado pelo artigo 421 do Código Civil (2002), estabelece limite à liberdade contratual em razão das exigências principiológicas advindas e concretizadas pela nova ordem que impõe um Direito Civil constitucionalizado” (SILVA; TEIXEIRA, 2017, p. 202).

maior ao juiz. São as intituladas cláusulas gerais. Entretanto, muito importante lembrar que, quanto maior o poder, maior é a responsabilidade. Por outro lado, no entanto, não se quer dizer que o juiz possa valer-se de suas convicções pessoais para dizer se a liberdade de contratar de uma pessoa poderá ou não ser limitada em face da função social do contrato, devendo sempre buscar, a melhor resposta, nas normas do ordenamento jurídico, por meio da chamada ponderação.

Ou seja, a princípio não há uma definição de quais os limites serão impostos a liberdade contratual, pela função social do contrato<sup>17</sup>. Cabe, portanto, a doutrina e a jurisprudência<sup>18</sup> analisarem criticamente o referido dispositivo e aproximá-lo da vida prática<sup>19</sup>.

A 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, aprovou o Enunciado nº 23 que dispõe:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

É dizer, portanto, que os interesses humanos e sociais devem ser considerados ao firmar um negócio jurídico, garantindo a efetivação dos preceitos do Estado Democrático de Direito. Nesta linha, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2019, p. 234) discorrem:

Aqui surge em potência a função social do contrato. Não para coibir a liberdade de contratar, como induz a literalidade do art. 421, mas para legitimar a liberdade contratual. A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de se relacionar com o outro. Todavia, o ordenamento jurídico deve submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem Constitucional.

Não restam dúvidas, portanto, que a função social do contrato relativizará, e, funcionalizará os contratos, de modo que este princípio “sobrepõe a estrutura do contrato, espraian-do-se por todas as etapas, desde a elaboração até o cumprimento” (BENETI, 2018, p.279). Cabe entender o seu significado, o qual se encontra no sentido de “a função social é a causa do contrato, instrumento de controle do conteúdo e da adequação valorativa das declarações de vontade” (BRANCO, 2009, p.309).

A função social traduz-se assim na necessidade de as partes atuarem de forma cooperativa e com lealdade entre si e perante a sociedade, para que o contrato seja bom para as partes e bom para a sociedade. Deste modo, a função social dos contratos visa a valorizar autonomia privada, sendo a liberdade contratual exercida nos limites da referida função, no intuito de servir de instrumento de promoção do interesse coletivo (SILVA; TEIXEIRA, 2017, p. 203).

---

17 Neste sentido, Rodrigo Garcia da Fonseca (2007, p. 11) discorre que “o artigo 421 do Código Civil é uma típica cláusula geral, um tipo normativo aberto que permite ao intérprete e aplicador do direito um certo grau de latitude na sua concretização diante dos fatos” (grifo nosso).

18 Mais uma vez, sobre a atuação do Poder Judiciário com relação a aplicação da função social do contrato, cita-se que: “(...) o Estado outorgou ao juiz um ‘mandato’ (limitado) para que identifique e faça valer a ‘função social’ do contrato. Obedecidos os limites sistemáticos, legais e aqueles forjados pela tradição, é facultada a aplicação direta do princípio da socialidade” (BRANCO, 2009, p. 201).

19 Neste sentido, Rodrigo Saraiva Porto Garcia (2018, p. 100) preceitua que: “o princípio da função social do contrato foi uma novidade introduzida pelo Código Civil de 2002 no ordenamento jurídico brasileiro, um conceito indeterminado e que deveria ser interpretado pela doutrina e jurisprudência, a fim de lhe conferir uma concretude e materialidade”

A função social apresenta um aspecto endógeno, que diz respeito as partes envolvidas no contrato, e um aspecto exógeno, em que a função social do contrato representa a relação entre as partes e terceiros, ou seja:

Diz-se que a função social aparece num aspecto externo ao contrato, ou aos contratantes, quando a visão é relativa aos impactos que um contrato específico possa ter com relação a terceiros não contratantes.

A função social, aqui, no aspecto externo, tem dupla face. Revela-se, de um lado, nos benefícios ou prejuízos que um contrato possa acarretar para terceiros não contratantes. De outra parte, se faz presente com relação aos benefícios ou prejuízos que os terceiros possam carrear aos contratantes (FONSECA, 2007, p. 39).

Fica evidente, portanto, que a função social do contrato vem justamente se manifestar nos negócios jurídicos, compatibilizando a autonomia privada das partes e obrigando que a convenção respeite as partes envolvidas no contrato e não gere danos no corpo social, estando de acordo com os interesses e necessidades da sociedade.

#### **4 A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DOS CONTRATO**

Diante do atual panorama ambiental, em que ficou perceptível que o ser humano necessita de readequar as suas condutas para alcançar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a função social do contrato se desdobra em uma *função socioambiental*, demandando a compatibilização entre os interesses dos contratantes e o meio ambiente.

Nessa linha de intelecção, o lucro não pode estar acima de tudo, é necessário que se visualize um panorama ambiental, em que a sustentabilidade ganhe grande valor, de modo que “há sempre um delicado equilíbrio a ser buscado entre o desenvolvimento tecnológico e a proteção dos direitos fundamentais – permanentemente ameaçados nas sociedades de risco contemporâneas” (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 890).

A preocupação com o tema permeia os atuais acontecimentos ambientais vivenciados pela sociedade de risco, *restando obsoleta a visão de que o lucro deve ser alcançado de forma desvinculada aos valores ambientais.*

(...) Em congruência a referida “cultura ecológica” pode-se dizer que o *princípio da função social do contrato guarda estreita relação com o desenvolvimento sustentável uma vez que a função social possui caráter externo e interage com as questões relativas à dignidade da pessoa humana. A dignidade é atributo da pessoa humana e como tal, está elencada no rol dos Direitos Humanos* (SILVA; TEIXEIRA; TEIXEIRA, 2018, p. 119-120, grifos nossos).

Como exposto, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado não é só um direito elencado na Constituição brasileira, mas, também, se integra ao catálogo de Direitos Humanos, afinal, não é possível ter a preservação do ser humano sem que haja um meio adequado e digno para a sua sobrevivência. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2007, p. 93) demonstram que:

A ampliação da noção de dignidade da pessoa humana (a partir do reconhecimento da sua necessária dimensão ecológica) e o reconhecimento de uma dignidade da vida não-humana apontam para uma releitura do clássico contrato social em direção a uma espécie de contrato socioambiental (ou ecológico), com o objetivo de contemplar um espaço para tais entes naturais no âmbito da comunidade estatal.

Deste modo, a função social do contrato encontra mais um campo de aplicação, especialmente, quando observado o seu caráter exógeno, em que um contrato não poderá ofender terceiros - alheios ao negócio jurídico -, diminuindo a sua dignidade e qualidade de vida.

Desenvolve-se, portanto, a *função socioambiental dos contratos*, a qual “impõe a defesa e proteção do meio ambiente quando da celebração de pactos, o que demonstra não apenas uma evolução jurídica, mas também um progresso social no que tange à busca da melhoria da qualidade de vida dos seres vivos no planeta” (ARAUJO JUNIOR; TEIXEIRA, 2014, p.51).

Karina Alves Teixeira Santos (2013, p. 128-129) esclarece que:

Em analogia à clássica função social do contrato, a função socioambiental do contrato igualmente detém eficácia intra e ultra partes; desta forma, embora o pacto detenha o escopo de satisfazer o interesse das partes com base num mecanismo de troca, *a convenção idênticamente não pode promover prejuízos ambientais de qualquer proporção a terceiros.*

(...) o contrato também deve se ater à sua eficácia externa, onde se vincula aos efeitos produzidos junto a sociedade. *A eficácia da função socioambiental dos contratos ultra partes veda que um pacto, mesmo que celebrado dentro de suas condições de validade (por agente capaz, contendo objeto lícito e forma prescrita outra ou não defesa em lei), venha projetar reflexos ambientais negativos no seio da sociedade (grifos nossos).*

Assim, os contratantes têm liberdade contratual para exercer sua autonomia privada, porém, essa liberdade encontra óbice quando a convenção ofende ao meio ambiente, ou, ainda, ofende todo o corpo social, sendo necessário que se entenda que “a autonomia, sem nenhuma consideração ética, seria arbítrio. A pessoa busca a sua própria realização, que pressupõe a autonomia e a autodeterminação, que, por sua vez, pressupõe a liberdade e enseja a responsabilidade: simultaneamente, liberdade e responsabilidade” (MILAGRES, 2018, p. 160).

A doutrina exemplifica a possibilidade de aplicação da função socioambiental dos contratos na hipótese de:

[...] um contrato de construção por empreitada, onde o empreiteiro se comprometa com a contratante a construção de uma casa com estrutura em madeira. Não sendo a madeira utilizada na construção devidamente certificada, embora o contrato esteja sendo adimplido, sua eficácia ultra partes o compromete, vez que o desmatamento ilegal provoca impactos negativos em toda a coletividade (SANTOS, 2013, p. 130).

Outro exemplo é explorado por Marilisa Verzola Meleti (2012, p. 269):

Podemos citar, um contrato de comercialização de produtos inflamáveis ou combustíveis, se não armazenado corretamente e tomado as específicas medidas para o seu armazenamento e transporte, pode ocasionar em caso de vazamento danos ambientais que poderão ser irreversíveis ao meio ambiente.

O que se percebe nestes exemplos é que, em razão de um contrato, observa-se danos ambientais que afetam toda a sociedade, demonstrações claras do desrespeito ao princípio da função social dos contratos, logo, por conseguinte, de sua função socioambiental.

Em tempos em que a preocupação com o meio ambiente se encontra na ordem do dia da agenda mundial, a função socioambiental do contrato, assume um papel fundamental no entabulamento de negócios jurídicos.

No contexto em que se preza pelo desenvolvimento sustentável, não somente a norma jurídica ambiental propriamente dita deve servir como instrumento no alcance de objetivos que estejam relacionados a este valor, devendo



haver um uso comum de ferramentas jurídicas, novas ou velhas, voltado para o alcance da sustentabilidade. *E é nesse contexto no qual não se deve falar apenas em função social das relações contratuais, e sim enfatizar seus fins socioambientais* (SALDANHA, 2011, p.106, grifos nossos).

Para além da constatação da existência da função socioambiental dos contratos e de sua observância obrigatória em todas as etapas das avenças, é necessário expor que o Poder Judiciário tem o poder-dever de atuar nestas situações, tendo em vista que o objeto de tutela jurídica deixa de ser meramente o interesse das partes do contrato e passa a ser toda a coletividade, dependente de um meio ambiente minimamente equilibrado, que forneça condições suficientes para que haja vida com dignidade.

Miguel Etinger de Araujo Junior e Karina Alves Teixeira (2014, p. 53) preconizam que

Muitos são os interesses a conciliar, principalmente quando a degradação/poluição ambiental está se consolidando por intermédio de uma relação obrigacional, envolvendo propriedade, livre iniciativa, o meio ambiente e a qualidade de vida da coletividade, incumbindo assim ao Poder Judiciário justamente a conciliação da qualidade ambiental com a boa gestão dos recursos naturais, no que consiste o imperativo do desenvolvimento sustentável, o que evidentemente só pode ser solucionado por uma visão multidisciplinar e abrangente do magistrado, operacionalizando a função socioambiental do contrato.

Numa seara tão delicada quanto a ambiental, o Poder Judiciário por intermédio do magistrado deve proferir decisão mais acertada e justa possível, revestindo-se sempre de caráter pedagógico, promovendo verdadeira conscientização a respeito da necessidade de preservação ambiental.

Em consonância com o exposto, o Código Civil, em seu Artigo 2.035, parágrafo único, indica que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos” (BRASIL, 2002, *online*). Portanto, a função socioambiental dos contratos aplica-se diretamente naquelas avenças que, de alguma forma, contribuirão para lesões ao meio ambiente. Nesse sentido, os contratos, que gerem dano ambiental, não prevalecerão.

No que diz respeito a responsabilidade civil, não se pode olvidar do Artigo 927 do Código Civil, estabelece que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002, *online*). Nesse sentido, toda vez que o contratante (ou os contratantes) desrespeitam a função social dos contratos, em sua matiz ambiental, cometem ato ilícito, depreciando o meio ambiente – interesse da coletividade.

Logo, busca-se promover a recomposição do meio ambiente lesado (quando possível) e contribuir para que outros indivíduos não reiterem atos lesivos ao meio ambiente, garantindo-se a promoção de um meio ambiente sustentável.

Nessa linha de intelecção, impõem-se a imprescindível observância da função socioambiental do contrato com a finalidade de preservação do meio ambiente.

## 5 CONCLUSÃO

No cenário contemporâneo da sociedade de risco, o meio ambiente é um dos maiores alvos de uma sociedade do consumo, que cada vez mais clama pela retirada de recursos naturais do ambiente para satisfazer as suas necessidades e, até mesmo, seus luxos.

Com o trespassar dos séculos, ficou claro que a Terra passava (e passa) por uma crise ambiental, desencadeada pela própria postura do ser humano. Diante da situação, a socieda-

de tenta utilizar de seus conhecimentos para solucionar os problemas causados, criando-se o conceito de sustentabilidade, que reúne tanto o desenvolvimento, quanto um meio ambiente equilibrado, tentando modelar suas ações para preservar a geração presente e as futuras.

Nessa linha de intelecção, surge, no Brasil, em 1981 uma lei que aborda a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), sendo que, sete anos depois, em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil tratou da temática do meio ambiente, conferindo a responsabilidade de sua preservação tanto ao Estado, quanto a coletividade.

Esta mesma Constituição que consagra a tutela do Direito Ambiental, aborda, ainda, a livre iniciativa, sendo ponto importante para a formação de contratos e o desenvolvimento econômico e social. Nesse mesmo sentido, estabelece, igualmente, direitos fundamentais que devem ser protegidos, e preconiza a observância a princípios, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, o direito à vida e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto como um direito fundamental de terceira dimensão.

Logo, por conseguinte, em consonância com os preceitos constitucionais delineados pela Constituição Federal de 1988, que influenciaram o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, a autonomia privada dos contratantes deve ser conformada pelo princípio da função social do contrato, demonstrando que as partes podem muito, mas não podem tudo, devendo respeitar-se mutuamente (caráter endógeno) e em relação a terceiros e a própria sociedade (caráter exógeno).

No que tange o caráter exógeno da função social do contrato, têm-se o desdobramento da função socioambiental do contrato, a qual tem por finalidade proteger os interesses da sociedade na medida em que tutela o meio ambiente em que a coletividade habita, realiza as suas atividades e divide com outros seres vivos, como forma de garantir a Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Humanos, bem como, todas as demais tutelas trazidas pela Constituição Federal de 1988, seja para a proteção do ser humano e sua qualidade de vida, seja para a proteção do meio ambiente.

Mas não basta apenas entender ou discutir uma função socioambiental do contrato, é urgente que além de assumir uma função obrigatória em todas as fases do contrato, seja cobrada pelo corpo social e pelo Estado, na medida em que impede que contratos, que a violem, continuem em vigor e que, com base em um modelo de proteção ambiental, imponha-se a efetiva imputação de responsabilidade civil aos causadores de danos ao meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. O conceito (sustentável) de direito ambiental. In: SANTOS JÚNIOR, Walter (coord.). *Temas de Direito Sustentável*. Belo Horizonte: Editora Legal, 2010, p.69-95.

ARAUJO JUNIO, Miguel Etinger de; TEIXEIRA, Karina Alves. Função socioambiental do contrato: mecanismo de compatibilidade entre o crescimento econômico e o meio ambiente. *Revista do Direito Público*, v. 9, n. 2, p. 41-62, Londrina: mai./ago. 2014. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/19515>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental da sustentabilidade e os princípios de um direito ambiental de segunda geração na PNMA. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 243-272.

BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Direito ambiental e dos recursos naturais: biodiversidade, petróleo e água*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

- BELTRÃO, Antonio F. G. *Curso de direito ambiental*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- BENETI, Sidnei. Função social do contrato. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 269-292.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato: contribuindo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BÖLTER, Serli Genz; DERANI, Cristiane. Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: uma análise da judicialização das relações sociais. *Revista Veredas do Direito*, v. 15, n. 33, p.209-242, Belo Horizonte, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1242>>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- BORGES, Felipe Garcia Lisboa; ROSI, Giselle Maria Sousa. Análise econômica dos contratos: considerações sobre o princípio da função social. *Revista de Direito Privado*, v. 94, ano 19, p.85-97, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro 2018.
- BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Código Civil. *Lei no 10.406*, de 10 de jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 23. Coordenador Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>>. Acesso em: 10 de junho de 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de out. de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 2 fev. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 6.938*, de 31 de ago. de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em 16 jan. 2019.
- BRAZ, Alex Trevisan. Consumo sustentável: são abusivas as cláusulas que infringem as leis ambientais? In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 223-242.
- BRITO, Franclim Jorge Sobral de; ZUBERI, Tukufu; BRITO, Vanileia Santos Sobral de. A constitucionalização do meio ambiente no brasil, espanha e áfrica do sul: avanços e desafios. *Revista Veredas do Direito*, v. 15, n. 32, p.67-85, Belo Horizonte, Maio/Ago. 2018. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1319>>. Acesso em: 23 fev. 2019.
- CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio ambiente & direitos humanos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antonio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. *Revista Veredas do Direito*, v. 8, n. 15, p. 9-24, Belo Horizonte, Jan./Jun. 2011. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/208>>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In: FERREIRA, Heline Sivini; LÊITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 109-150.

DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. O princípio da função social e o contrato de seguro: algumas implicações práticas à luz da jurisprudência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 09, ano 3, p. 141-158, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out.-dez. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. vol. 4. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FIUZA, César. Perigos de uma hermenêutica civil-constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 11, n. 22, p. 65-67, Belo Horizonte, 2º sem. 2008.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. Um estudo de caso de aplicação autônoma do princípio da função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, v. 85, ano 19, p. 85-102, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro 2018.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de Direito Ambiental*. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. A reponsabilidade civil por danos ambientais na sociedade de risco: um direito reflexivo frente às gerações de problemas ambientais. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 274-295.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-13.

MELETI, Marilisa Verzola. As perspectivas contemporâneas jurídico-ambientais no âmbito da tradicional liberdade contratual. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, vol. 5, n. 1, p. 250-277, Franca, jul. 2012. Disponível em: < <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/170> >. Acesso em 28 ago. 2019.

MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva; MERGULHÃO JÚNIOR, José Cláudio Oliveira. Os fundamentos constitucionais da função social dos contratos. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 97-113.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14, ano 5, p. 159-178, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2018.

MORAIS, Fausto Santos de; IVANOFF, Felipe de. A sustentabilidade como princípio jurídico no direito brasileiro. *Revista Jurídica Direito & Paz*, n. 35, ano XVIII, p. 50-66, São Paulo, 2º Semestre, 2016. Disponível em: < <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/264> > Acesso em: 03 fev. 2019.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Breves reflexões sobre o princípio da função social. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 37-61.

PELLENZ, Mayara; BALDISSERA, Rafaela. Cidadania ambiental: fundamentos éticos para uma sociedade sustentável e transnacional. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.29, p.107-119, maio/ago. 2016. Disponível em: < <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2016/12/DIR29-08.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

PIERANGELLI, José Henrique. Agressões à natureza e proteção dos interesses difusos. *Justitia*, n. 144, p. 9-22, São Paulo, out./dez. 1988. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/5xy311.pdf>>. Acesso em 05 fev. 2019.

PIVATO, Marcilei Gorini; MÁLAQUE, Déborah de Meira; SORGI, Juliana Machado. Desafios da proteção ambiental nas relações comerciais internacionais: o papel da Organização Mundial do Comércio. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.36, p.83-93, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/02/DIR36-06.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

POMPEU, Renata Guimarães. Considerações sobre o princípio da função social do contrato: estudo de casos à luz da análise econômica do direito. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades IV: teoria e prática no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 401-433.

RAMINELLI, Francieli Puntel; THOMAS, Sara Daniela. O meio ambiente como direito humano fundamental na contemporaneidade. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 7, n. 1, p. 47-59, 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7173>>. Acesso em 23 fev. 2019.

ROAF, Sue; CRICHTON, David; NICOL, Fergus. *A adaptação de edificações e cidades às mudanças climáticas: um guia de sobrevivência para o século XXI*. Tradução de Alexandre Salvaterra. Porto Alegre: Bookman, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares. Função socioambiental dos contratos e instrumentalidade pró-sustentabilidade: limites ao exercício de autonomias públicas e privadas. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 99-114, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/212>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. O Código Civil de 2002 e a função social do direito privado: o fenecimento do Estado liberal e a assunção definitiva do Estado social como preconizado na Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, v. 1000, ano 108, p. 671-697, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fevereiro 2019.

SANTOS, Karina Alves Teixeira. *Função social do contrato & direito ambiental: aspectos contratuais civis, ambientais e hermenêuticos*. Curitiba: Juruá, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista brasileira de direito animal*, v. 2, n. 3, p. 69-94, Salvador, jul./dez., 2007. Disponível em: < <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10358/7420>>. Acesso em 27 ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, Marcela Vitoriano e. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do direito para o futuro. *Revista Veredas do Direito*, v. 8, n. 16, p.115-146, Belo Horizonte, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/179>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

SILVA, Michael César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (orgs.) *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 99-142.

SILVA, Michael César; TEIXEIRA, Camila Cristina Castro. A função social do contrato e o direito ambiental. In: TEIXEIRA, Karen Myrna Mendes; SILVA, Michael César (orgs.) *Direito e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2017, p. 189-208.

SILVA, Michael César; TEIXEIRA, Karen Myrna Mendes; TEIXEIRA, Camila Cristina Castro. A função socioambiental do contrato e a obsolescência programada. In: SILVA, Michael César (org.) *Estado democrático de direito e solução de conflitos: diálogos e repercussões na sociedade contemporânea*. Vol. 2. Belo Horizonte: Editora Newton Paiva, 2018, p. 113-131.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WA, Jiang Yi. Tutela jurídica do ambiente na Constituição da República Popular da China e na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.13-28, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-01.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

---

**Recebido em:** 28/02/2019

**Aprovado em:** 07/10/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

SILVA, Michael César; SILVA, Cristofer Paulo Moreira Rocha. A função socioambiental do contrato. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.39, p.27-46, set./dez. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/11/DIR39-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# ENTRE O NASCER E O MORRER: O CASO DO MENINO FRANCISCO E A RESSIGNIFICAÇÃO DAS QUESTÕES RELACIONADAS AO FIM DA VIDA NA COLÔMBIA

## BETWEEN BIRTH AND DEATH: THE CASE OF THE BOY FRANCISCO AND A RESIGNIFICATION OF MATTERS RELATED TO LIFE IN COLOMBIA

Maria de Fátima Freire de Sá<sup>1</sup>  
Diogo Luna Moureira<sup>2</sup>  
Andreza Cássia da Silva Conceição<sup>3</sup>

**RESUMO:** Casos recentes protagonizados por crianças e adolescentes em situação de terminalidade da vida demonstram a necessidade de análise da possibilidade de um direito à morte digna, a partir de precedentes judiciais. O presente artigo apresenta uma análise preliminar de uma decisão emitida pela Corte Constitucional Colombiana que entendeu que a eutanásia pode ser reivindicada por crianças e adolescentes, desde que preenchidos determinados requisitos. O tema foi trabalhado a partir do estudo de caso e teve como procedimento metodológico a investigação jurídica, chamada de método jurídico-exploratório, uma vez que examinou questões como natureza e limites da autoridade parental e melhor interesse da criança e do adolescente, a partir do entendimento da Corte Constitucional Colombiana. Nesse sentido, trata-se de pesquisa teórica, de modo que toda investigação foi realizada com base em pesquisa bibliográfica, análise de conteúdo de normas, resoluções e decisões judiciais.

**Palavras-chave:** terminalidade; melhor interesse da criança e do adolescente; autoridade parental.

**ABSTRACT:** Recent cases involving children and adolescents in situations of termination of life demonstrate the need for analysis regarding the possibility of giving them a right to a dignified death, based on legal precedents. This article presents a preliminary investigation of a decision issued by the Colombian Constitutional Court, which understood that euthanasia can be claimed by children and adolescents, provided certain requirements are met. The subject was elaborated from a case study, through the juridical-exploratory method, once it examines matters such as the nature and boundaries of parental authority, and the best interest of the child and the adolescent, from the understanding of the Colombian Constitutional Court which will be essential to understanding the decisions adopted in these cases. In this sense, it is a theoretical investigation conduct based on bibliographic research, content analysis of rules, resolutions and court decisions.

**Keywords:** terminality; best interests of children and adolescents; parental authority.

---

1 Doutora em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora do Curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito (mestrado e doutorado) da PUC Minas. Pesquisadora do CEBID.

2 Doutor e mestre em Direito pela PUC Minas. Professor do Curso de graduação na UEMG e na FUNCESI. Professor do Curso de especialização em Direito Público da PUC Minas. Pesquisador do CEBID.

3 Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora do CEBID PUC Minas. Advogada.

## 1 O DIREITO DE MORRER NA COLÔMBIA E O CASO FRANCISCO

Discussões sobre o direito de morrer dignamente vêm sendo travadas em várias partes do mundo, muitas vezes motivadas por casos que são levados ao Judiciário e que acabam recebendo atenção da mídia, fazendo com que essa temática se torne recorrente e produza movimentos em prol das liberdades existenciais, contemplando a autonomia para morrer. Tal discussão tem despertado uma atuação mais proativa do Judiciário e em alguns casos impactam outras instâncias, como o Legislativo e até mesmo o Executivo, em um movimento de criação de diretrizes que organizam e efetivam o direito de morrer dignamente.

Nesse sentido a Colômbia se destaca como o único país da América Latina que possui regulamentação que permite a efetivação do direito de morrer dignamente. Tal direito vem sendo ratificado pela atuação da Corte Constitucional Colombiana em casos paradigmáticos, desde 1997, quando foi proposta Ação de Inconstitucionalidade contra o art. 326 do Código Penal. O pedido versava sobre a possibilidade de classificação do homicídio piedoso como homicídio simples, uma vez que o art.11 da Constituição colombiana prevê a inviolabilidade do direito à vida, tendo em vista que ninguém pode dispor da vida de outrem.

O pedido foi julgado improcedente e, na sentença C-239/97, a Corte Constitucional adotou o entendimento de que o direito de viver dignamente implica em um direito de morrer dignamente, razão pela qual estabeleceu critérios para a realização da eutanásia.

Tendo em vista a decisão acima, no ano de 2013, uma senhora, de nome fictício Júlia, pleiteou judicialmente o direito de morrer dignamente por padecer de câncer já em fase avançada. Esse pedido chegou à Corte Constitucional e, naquela oportunidade, fora proferida a sentença T-970/14, que determinou a criação, pelo Executivo, de regulamentação específica a fim de efetivar o direito a morte digna, já reconhecido em 1997. Nesse sentido o Ministério da Saúde e Proteção Social editou, em 2015, a Resolução n. 1216, que estabeleceu os critérios para que esse direito pudesse ser efetivado.

Diante desse panorama, em julho de 2015, José Ovídio González Correa, um senhor de setenta e nove anos de idade, acometido por um câncer na boca, pleiteou administrativamente o direito de morrer, ao fundamento de que a Resolução n. 1216/2015 traz os parâmetros para sua efetivação.

Os dois casos acima mencionados têm em comum o fato de que os solicitantes eram pessoas maiores e plenamente capazes de manifestar sua vontade, e foram aqui lembrados no intuito de elucidar o desenvolvimento do direito de morrer na Colômbia. No entanto, o objetivo do presente artigo é tratar da possibilidade de reconhecimento do direito à morte digna de pessoas menores e, portanto, civilmente incapazes, bem como discutir sobre os limites do exercício de tal direito. Para isso, trazemos ao debate o caso do menino colombiano, de treze anos, chamado Francisco (nome fictício).

Francisco, filho de Irene e Alfredo, apresentava diagnóstico de paralisia cerebral severa desde o nascimento. A doença não permitiu que ele desenvolvesse a fala e nem mesmo a capacidade de locomoção. Em razão da doença, o adolescente também apresentou condições secundárias igualmente graves, como hipóxia neonatal, epilepsia de difícil controle, displasia bilateral do quadril, refluxo gastroesofágico e uma escoliose severa, situação que lhe causava muitas dores e constantes crises respiratórias.

Tal condição demandava a necessidade de acompanhamento médico regular e do fornecimento de materiais de suporte domiciliar como oxigênio, fraldas e outros insumos indispensáveis ao tratamento da sua enfermidade.

Diante da situação crítica do filho, os pais solicitavam, regularmente, do plano de saúde



EPS (Entidade Privada de Saúde), uma maior atenção em relação às suas necessidades, reivindicando o fornecimento dos insumos necessários ao seu tratamento, bem como vinham pedindo que o adolescente fosse avaliado por especialista em ortopedia em razão da escoliose grave que desenvolvera.

O plano de saúde, por sua vez, apresentava histórico de demora no fornecimento de insumos, assim como era negligente quanto ao encaminhamento do jovem aos especialistas necessários.

Em função do desenvolvimento da enfermidade de Francisco, que no entendimento de seus pais, tornava sua existência cada dia mais difícil provocando-lhe grande sofrimento, Irene e Alfredo, decidiram requerer uma avaliação do EPS, para que o menino pudesse ser submetido ao procedimento previsto na Resolução n.1216/2015, que regulamenta a eutanásia em adultos e prevê a adoção de procedimentos que efetivem um direito de morrer dignamente às pessoas que se encontrem em condição de terminalidade da vida, sem perspectiva de melhora.

No dia 6 de outubro de 2016 os pais protocolaram pedido administrativo ao EPS e, diante da ausência de resposta do Órgão até 18 de novembro do mesmo ano, propuseram uma ação judicial sob a alegação de violação ao direito de petição a partir da ausência de resposta ao requerimento. Também solicitaram a avaliação do Judiciário acerca de violação de outros direitos não mencionados na petição inicial.

O juiz de primeira instância admitiu a ação, e somente após o ajuizamento, o EPS emitiu uma resposta, isso em 22 de novembro de 2016:

“[...] analisando o caso não se evidencia que os médicos tenham estabelecido os critérios do protocolo e nem ordenado a realização desse processo. Sugerimos, que confirmem junto ao médico responsável pelo tratamento, se a norma atual da Colômbia, estabelece se é candidato ou não.” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SENTENÇA T-544/17) (TRADUÇÃO NOSSA).<sup>4</sup>

Em 28 de novembro de 2016, o juiz de primeira instância entendeu que a resposta fornecida pelo EPS não era clara nem coerente e, também, não atendia aos critérios estabelecidos na jurisprudência constitucional. No entendimento do magistrado, o EPS deveria se manifestar especificamente sobre o caso Francisco. Em decisão interlocutória o juiz determinou que a resposta fosse emitida de forma:

“[...] clara e suficiente, deverá existir coerência entre o pedido e a resposta, de tal maneira que a solução do pedido verse sobre o que foi perguntado, e não sobre um tema semelhante ou relacionado ao assunto principal da petição, sem que se exclua a possibilidade de fornecer informações adicionais, analisando minuciosamente a situação do menor Francisco e indicando o passo a passo do procedimento a ser seguido, considerando os critérios estabelecidos na Resolução 1.216/2015”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SENTENÇA T-544/17) (TRADUÇÃO NOSSA).<sup>5</sup>

Mesmo diante da notificação judicial, o plano de saúde não emitiu resposta ao pedido

---

4 No original: “[...] analizando el caso no se evidencia que los médicos han establecido los criterios del protocolo ni han ordenado dicho proceso. Sugerimos validar con su médico tratante junto con la normal (sic) actual en Colombia establecida como protocolo si es candidato o no.”

5 No original: “[...] la cual debe ser clara y suficiente, deberá existir coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución a lo pedido verse sobre lo preguntado y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional, analizando, minuciosamente la situación del menor Francisco e indicándoles paso a paso el procedimiento a seguir, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la resolución (sic) 1216 de 2015.”

dos pais de Francisco. No decurso do tempo, em 9 de março de 2017, o menino foi novamente internado em razão de forte crise respiratória, o que levou os médicos a emitirem diagnóstico de agravamento e irreversibilidade do quadro de saúde, constatando que Francisco se encontrava em processo de terminalidade de vida, restando apenas a adoção de cuidados paliativos, como sedação e administração de remédios que lhe proporcionassem um maior conforto respiratório e ausência de dor.

## **2 A EXTENSÃO DO DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES**

A partida de Francisco se deu seis dias após sua internação, em 15 de março de 2017. Mesmo diante da perda do objeto, a Corte Constitucional resolveu julgar o caso para evitar que situações futuras ficassem sem fundamentação e a sentença T-544/17 foi proferida em 25 de agosto de 2017. O entendimento da Corte foi no sentido de que o direito de morrer dignamente pode ser estendido às crianças e aos adolescentes colombianos.

Na sentença T-544/17 a Corte fixou o entendimento de que a jurisprudência colombiana reconhece o direito fundamental à morte digna e que os sujeitos que recebem especial proteção constitucional, como as crianças e os adolescentes, são igualmente destinatários desse direito, estabelecendo que no caso concreto haveria possibilidade de submeter Francisco ao procedimento adotado na Resolução n.1216/15. A Corte valeu-se de analogia, aplicando os princípios da igualdade e da não discriminação e a primazia do melhor interesse de crianças e adolescentes para a efetivação do direito fundamental à morte digna.

- “[...] (vi) esta Corporação não fez distinções ou impôs condições relacionadas com a idade dos destinatários deste direito fundamental.
- (vii) sob os princípios de igualdade e não-discriminação, defendendo os interesses das crianças e adolescentes, a efetividade e a prioridade dos direitos das crianças e adolescentes, e a ausência de motivos razoáveis para fazer uma diferenciação, impõe-se aplicar um tratamento análogo, ou seja, crianças e adolescentes são titulares desse direito fundamental.
- (viii) um raciocínio contrário endossaria ou ignoraria o superior interesse das crianças e adolescentes e levaria a admitir que o Estado impede que adultos sofram intensamente por causa de uma doença terminal, mas não faz o mesmo com crianças e adolescentes, porque a eles seria permitido padecer no sofrimento o que importaria em tratamento cruel e desumano, com a conseqüente diminuição da sua dignidade.
- (ix) o fato de que os pronunciamentos em sede de revisão da Corte Constitucional sobre o direito fundamental à uma morte digna tenham sido emitidos no marco de casos em que estavam envolvidas pessoas com mais de 18 anos é meramente contingente, não envolve qualquer limitação quanto à propriedade do direito fundamental à morte digna com base na idade.
- (x) não há nenhuma regulamentação do direito a uma morte digna de crianças e adolescentes.
- (xi) a ausência de regulamentação nega de fato a exigibilidade do direito e com isso, permite um tratamento cruel e desumano, humilhante, contra a dignidade das crianças e adolescentes.
- (xii) a ausência de regulamentação gera uma situação inconstitucional que deve ser tratada imediatamente, eis que aplicáveis a maioria dos critérios previamente estabelecidos por esta Corte, para ordenar a regulação do direito à morte digna dos maiores de idade. No entanto, devem ser considerados elementos específicos que orientam a interpretação dos direitos das crianças e adolescentes, a manifestação de seu consentimento de acordo com o nível de desenvolvimento cognitivo e psicossocial e as particularidades do consentimento substitutivo. Em qualquer caso, os pais

ou representantes legais ocupam um lugar central no processo”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SENTENÇA T-544/17) (TRADUÇÃO NOSSA).<sup>6</sup>

Apesar de a Corte colombiana construir uma estrutura hermenêutico-argumentativa para ampliar o alcance do direito de morrer dignamente às crianças e aos adolescentes, não foi ignorada a ideia de que, quando se trata de menores, muitas reflexões, polêmicas e questionamentos vêm à tona. Isso porque se está diante de pessoas vulneráveis e em desenvolvimento.

Dessa forma, a sentença T-544/17 determinou que o Ministério da Saúde emitisse regulamentação específica, baseada na consulta a especialistas e na utilização de conceitos científicos e técnicos, que assegurassem o exercício do direito à morte digna às crianças e aos adolescentes, considerando os seguintes aspectos: (i) a condição de enfermo terminal, (ii) a avaliação do sofrimento, (iii) a determinação de capacidade para decidir e, (iv) consentir de acordo com a idade e o grau de desenvolvimento físico, psicológico e social.

### **3 A RESOLUÇÃO N. 825/2018 E OS PARÂMETROS ESTABELECIDOS PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO A MORTE DIGNA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Em atendimento a determinação da Corte Constitucional colombiana pela sentença T-544/17, no dia 9 de março de 2018, foi emitida a Resolução n. 825, que regulamenta o procedimento para tornar efetivo o direito de morrer com dignidade das crianças e dos adolescentes.

A Resolução n. 825/2018 conta com trinta e um artigos, distribuídos em cinco capítulos, aqui apresentados em seus aspectos mais relevantes. De início a Resolução assegura aos menores o acesso a cuidados paliativos de alta qualidade, independente da origem étnica, da idade, da religião e do gênero. Trata a viabilidade de cuidados paliativos como condição necessária e imprescindível para proporcionar o acesso a outras alternativas de morte digna, para além da eutanásia, compreendendo, também, a possibilidade de antecipação da morte pela interrupção de tratamentos já iniciados.

A Resolução traz a possibilidade de interrupção e cessação dos cuidados paliativos, abrangendo também a desistência de intervenções que sejam fúteis ou desproporcionais que possam resultar em distanásia e obstinação terapêutica:

Art.6: “[...] Desistimiento de la atención en cuidado paliativo pediátrico. Los niños, niñas y adolescentes podrán desistir de las intervenciones, o parte de la atención integral de su enfermedad y/o condición. De igual manera,

6 No original: “[...] (vi) esta Corporación no ha efectuado distinciones o condicionamientos relacionados con la edad de los destinatarios de este derecho fundamental. (vii) en virtud de los principios de igualdad y no discriminación, defensa del interés superior de los NNA, la efectividad y prioridad absoluta de los derechos de los NNA, y de la ausencia de argumentos razonables para hacer una diferencia, se impone aplicar un tratamiento análogo, es decir, los NNA son titulares de este derecho fundamental. (viii) un razonamiento en contrario avalaría el desconocimiento del interés superior de los NNA y llevaría a admitir que el Estado impide que los adultos sufran intensamente como consecuencia de una enfermedad en fase terminal, pero no lo hace con los NNA, pues con ellos si es permisible el padecimiento de sufrimientos que comportarían tratos crueles e inhumanos, con la consecuente afectación de su dignidad. (ix) el hecho de que los pronunciamientos en sede de revisión de la Corte Constitucional sobre el derecho fundamental a la muerte digna se hayan emitido en el marco de casos en los que estaban involucradas personas mayores de 18 años es meramente contingente, no comporta una limitación con respecto a la titularidad del derecho fundamental a la muerte digna fundada en la edad. (x) no existe una reglamentación del derecho a la muerte digna de los NNA. (xi) la inexistencia de la reglamentación niega de facto la exigibilidad del derecho y con ella, permite tratos crueles e inhumanos, vejatorios de la dignidad de los NNA. (xii) la ausencia de regulación genera una situación inconstitucional que debe ser atendida inmediatamente, para ello resultan aplicables la mayoría de criterios enunciados previamente por esta Corte para ordenar la reglamentación del derecho a la muerte digna de mayores de edad, sin embargo, deberán considerarse elementos específicos que orientan la interpretación de los derechos de los NNA, la manifestación de su consentimiento de acuerdo con el nivel de desarrollo cognitivo y psicosocial y las particularidades del consentimiento sustituto. En cualquier caso, los padres o representantes legales ocupan un lugar central en el proceso.”

el niño, niña o adolescente podrá solicitar que se cumplan los principios de proporcionalidad terapéutica y racionalidad así como negarse a tratamientos e intervenciones clínicas que sean fútiles o desproporcionadas en su condición y que puedan resultar en distansia u obstinación terapéutica. En ese mismo orden, podrá también desistir la atención de cuidado paliativo pediátrico” (RESOLUÇÃO n. 825/2018).

A Resolução estabelece critérios etários para identificar a veracidade e a validade de uma manifestação de vontade. Vejamos: o art. 3 impossibilita o procedimento eutanásico em crianças de zero a seis anos. O ato também não poderá ser praticado em crianças e adolescentes que tenham quadro alterado de consciência e incapacidade intelectual. A criança ou o adolescente com transtorno psiquiátrico que altere a competência para entender, raciocinar e emitir um juízo reflexivo também não poderá se submeter à eutanásia.

Nesta seção também estão incluídos aqueles que possuem idade entre seis e doze anos. Em princípio crianças nessa faixa etária não poderão pleitear o direito de morrer. No entanto, sendo possível a aferição de desenvolvimento neurocognitivo e psicológico excepcional que permita a tomada de decisão livre, informada e inequívoca no âmbito médico, com nível de compreensão sobre a morte equivalente ao esperado em uma criança de doze anos, a medida poderá ser proposta.

O art.7 da Resolução destaca a prevalência da autonomia do paciente, confirmada no art.8, que informa que a solicitação deve partir diretamente da criança ou do adolescente que se encontre em fase terminal e que apresente sofrimento constante e insuportável.

Nesse aspecto, reside uma questão importante em relação à possibilidade de efetivação do direito à morte digna, qual seja, só poderá ser avaliada, e por consequência considerada, a solicitação que parte de um paciente que esteja em fase terminal, aqui entendida como aquela:

Art. 2.4: “[...] em que há uma previsão de vida inferior a seis meses, na presença de uma enfermidade e/ou condição ameaçando, limitando ou encurtando o curso da vida, e a ausência de uma possibilidade razoável de cura, a falha dos tratamentos curativos ou a ausência de resultados com tratamentos específicos, além da presença de inúmeros problemas ou sintomas intensos e múltiplos.” (RESOLUÇÃO n. 825/2018) (Tradução nossa).<sup>7</sup>

A terminalidade da vida, portanto, não está ligada, única e exclusivamente, ao fator tempo, a uma data próxima a morte (SÁ; MOUREIRA, 2016).

Outro aspecto relevante refere-se ao exercício da autoridade parental - vista aqui como autoridade funcionalizada - no pedido do direito a morte digna. A Resolução determina a obrigatoriedade da concordância dos responsáveis pela criança ou adolescente que tiver idade entre seis e catorze anos. A manifestação dos responsáveis legais fica submetida a avaliações relacionadas às condições psicológicas, emocionais e de competência, no intuito de afastar o diagnóstico de síndrome do cuidador cansado e presença de possíveis conflitos de interesses ou ganhos secundários daqueles que exercem a autoridade parental (SILVA, 2017).

De catorze aos dezessete anos não é obrigatória a concordância dos pais ou responsáveis. Perceptível então, que há uma relativização da autoridade parental em pedidos

---

7 No original: Art. 2.4: “[...] en la que concurren un pronóstico de vida inferior a 6 meses en presencia de una enfermedad y/o condición amenazante para la vida, limitante para la vida o que acorta el curso de la vida, y la ausencia de una posibilidad razonable de cura, la falla de los tratamientos curativos o la ausencia de resultados con tratamientos específicos, además de la presencia de problemas numerosos o síntomas intensos y múltiples.”

formulados por adolescentes nessa faixa etária.

Importante ressaltar que a autoridade parental, se manifestada em conflito com o melhor interesse da criança e do adolescente ou se apresentar vícios capazes de afastar a sua validade, como os descritos no art.10. (ausência de condição psicológica, emocional, falta de competência para decidir e síndrome do cuidador cansado) não poderá ser exercida.

A Resolução n. 825/2018 prevê, no art.11, a possibilidade do consentimento substituto. Dessa forma, a criança ou o adolescente que já tenha manifestado vontade de morrer e, posteriormente, por fato superveniente tenha ficado impossibilitado de reiterar o pedido, pode ter seu direito garantido por meio de quem exerça a autoridade parental.

A validação do consentimento substituto está condicionada ao fato de a criança ter idade acima de doze anos (requisito presente no art.8). Se tiver entre seis e doze anos, a substituição da vontade se dará excepcionalmente, se e somente se, a criança já tiver alcançado um desenvolvimento neurocognitivo e psicológico excepcional que lhe permita tomar uma decisão livre, voluntária, informada e inequívoca no campo da Medicina e tenha atingido a compreensão do conceito de morte de acordo com o nível esperado para uma criança com mais de doze anos.

Em última análise, a criança de seis a doze anos deve manifestar vontade inequívoca de morrer (manifestação em igual maturidade àquelas proferidas por crianças entre doze e catorze anos); e, posteriormente, se por fato superveniente, tenha ficado impossibilitada de reiterar sua vontade, a manifestação substituta pode ocorrer.

A criança ou o adolescente que fizer o pedido de morrer dignamente pode também desistir do mesmo. Aliás, o art.15 dispõe que é dever do médico informar ao paciente o seu direito de desistência, em qualquer fase do procedimento.

Um ponto controverso é a disposição final do art. 15, que informa que a possibilidade de desistência do pedido de morrer dignamente é exclusiva da criança e do adolescente, criando um vácuo no que diz respeito a situação na qual o pedido tenha sido formulado por vontade substituta.

No que tange ao procedimento propriamente dito, os artigos 12 ao 18, trazem as diretrizes a serem observadas. O primeiro passo consiste na formulação da solicitação que deve ser apresentada ao médico que acompanha o paciente. Recebida a solicitação, há que encaminhá-la, juntamente com outros documentos que se fizerem necessários, ao Comitê Interdisciplinar formado por um médico pediatra, um psicólogo e um advogado (art.18), que avaliarão o pedido.

O Comitê Interdisciplinar deverá emitir resposta sobre o preenchimento dos requisitos e elaborar parecer sobre o caso dentro de dez dias contados da data da solicitação. Autorizado o procedimento, o médico tem o dever de prestar as informações ao paciente ou a quem exerça a autoridade parental, explicando como se dará o procedimento eutanásico.

A objeção de consciência pode ser exercida individualmente, sendo vedada a objeção institucional. Os integrantes dos Comitês Interdisciplinares não podem ser objetores de consciência do procedimento eutanásico e isso deve ser previamente declarado no momento de formação desses comitês. Eventuais conflitos de interesse devem ser verificados em cada caso concreto.

#### **4 O DELICADO LIMITE DA AUTORIDADE PARENTAL NAS QUESTÕES SOBRE O FIM DA VIDA**

Casos como o de Francisco, protagonizados por crianças e adolescentes em fase de terminalidade da vida, parecem ganhar certa notoriedade midiática. Isso porque envolvem pessoas em extrema vulnerabilidade e as vontades envolvidas - paciente, pais, médicos e

hospitais - frequentemente são divergentes.

Diante dessas situações, a mediação, como método de solução de conflitos, poderia fazer a diferença. No entanto, ante a impossibilidade de solução pela via extrajudicial, o Judiciário vem sendo provocado a tomar decisões. Vale citar dois casos emblemáticos no Reino Unido, protagonizados por dois bebês: Charlie Gard e Alfie Evans, que suscitaram debates públicos de alcance mundial, com questionamentos éticos e jurídicos (SÁ; OLIVEIRA, 2018, p. 235-256).

Charlie, um bebê nascido em 4 de agosto de 2016, foi internado no *Great Ormond Street Hospital* (GOSH), quando tinha dois meses de idade e “foi diagnosticado com uma rara e grave condição genética, denominada de síndrome de depleção do DNA mitocondrial” (SÁ; OLIVEIRA, 2018, p.237).

Devido a raridade da síndrome não havia prognóstico de cura, mas o pai de Charlie, Connie Yates, descobriu, nos Estados Unidos, um tratamento experimental e, por isso, iniciou campanha para arrecadar fundos com intuito de custear a viagem e o tratamento do filho.

No entanto o hospital negou a remoção do bebê, sob a alegação de que não estaria nos melhores interesses de Charlie ser submetido a um tratamento experimental nos Estados Unidos. Em razão dessa divergência os pais da criança propuseram ação judicial para fazer valer sua vontade, eis que detentores da autoridade parental.

Alfie Evans, bebê nascido em 9 de maio de 2016, esteve internado no *Hospital Alder Hey Children’s NHS Foundation Trust*, desde os sete meses de idade, quando foi diagnosticado com uma doença neurodegenerativa progressiva, considerada pelos médicos intratável e incurável. Provavelmente, um distúrbio mitocondrial.

A doença evoluiu rapidamente e o menino passou a depender de suporte ventilatório contínuo. Em conversa com os pais, os médicos sugeriram a suspensão da ventilação e o tratamento em cuidados paliativos. Os pais não concordaram. Ato contínuo, o *Hospital Alder Hey* ajuizou ação solicitando autorização judicial para retirar o suporte ventilatório e permitir que o bebê recebesse cuidados paliativos até o fim da vida. No curso do processo, os pais pleitearam a remoção do filho para a Itália, país que se prontificou a recebê-lo e a mantê-lo em suporte ventilatório, mas o pedido foi negado.

Charlie e Alfie foram citados, mas, como eles, outras crianças passaram por situações extremas e o embate entre os pais, detentores da autoridade parental, e os médicos e o hospital se fizeram presentes. Os meninos ingleses têm em comum com Francisco a incapacidade de expressar vontade. Inobstante a idade de Francisco, sua enfermidade não o impediu de desenvolver uma personalidade, embora em tais situações seja mais complexo o processo de reconstrução de suas liberdades: viver em estado vegetativo ou morrer.

É certo que são os pais, em princípio, os detentores do poder de tomar decisões em favor dos filhos menores de idade. Afinal, possuem os poderes decorrentes da autoridade parental, sendo esta entendida como “a autoridade jurídica dos pais sobre os filhos menores no propósito de preservação e promoção dos interesses destes” (ALMEIDA; JUNIOR, 2012, p.447). No entanto, não se trata de um direito absoluto dos pais, mas do exercício de um múnus, o que importa dizer que este visa a realizar os interesses da criança, ainda quando isso contrarie os interesses dos pais (LIMA; SÁ, 2016, p.40).

João Baptista Villela traz importante distinção entre a qualidade da autonomia nos atos jurídicos *stricto sensu* e nos negócios jurídicos. Logo, “nos negócios jurídicos a autonomia será autofundada, pois não exigirá razões exteriores para sua legitimação. O mesmo não ocorre com o ato jurídico *stricto sensu* no qual a autonomia será heterofundada, isto é, existirá apenas como prerrogativa para o preenchimento de um dever”, aqui conformado no dever de buscar o melhor interesse da criança e do adolescente em

situação de terminalidade (VILLELA, 1982, p. 263-266).

Nos casos Charlie e Alfie, os pais buscavam o reconhecimento da autoridade parental com o propósito de poder determinar a continuidade de um tratamento que visasse à manutenção da vida. Já os pais de Francisco, buscavam o reconhecimento da autoridade parental a fim de legitimar o direito a uma morte digna do filho. Nenhuma dessas decisões se encontrava no campo da autonomia privada, isso porque não se trata de uma ação livre, orientada pela vontade dos pais.

Nesse contexto, a autonomia conferida aos pais tem natureza de ato jurídico *stricto sensu*, porquanto sua função se restringe à viabilização de um pedido que não é juridicamente exigível em favor da vontade exclusiva dos pais, mas estará condicionado ao atendimento dos melhores interesses dos filhos.

No entanto, sempre que houver a possibilidade de uma escolha violar o melhor interesse da criança, o poder público tem o dever de intervir para buscar uma melhor solução. Vale lembrar que a análise em abstrato não é suficiente. Mas a análise do caso concreto também não é tarefa fácil porquanto situações existenciais envolvendo crianças são difíceis e complexas, e o Direito acaba por se tornar insuficiente na busca pela decisão adequada, principalmente, em razão da textura aberta das normas jurídicas (SÁ; OLIVEIRA, 2018, p. 252). Tampouco é tarefa fácil perquirir qual é o melhor interesse da criança, mormente quando não se tem a possibilidade de vislumbrar sinais de construção biográfica.

## **5 O EXERCÍCIO DOS DIREITOS E A TUTELA NORMATIVA DA VONTADE E DOS INTERESSES DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES**

A partir de uma análise cuidadosa da sentença T-544/17 e da Resolução n. 858/2018, verifica-se que o problema que revolve o presente artigo incide sobre o reconhecimento da titularidade e o exercício do direito fundamental à morte digna por crianças e adolescentes.

No que tange à titularidade, uma vez reconhecida a existência de tal direito fundamental, não é possível fracioná-lo para determinadas pessoas, excluindo as demais. Por isso, alternativa não teve a Corte Constitucional colombiana senão reconhecer que crianças e adolescentes são titulares do direito a morrer dignamente, eis que em se tratando de um direito fundamental, não há que se falar em limitação por um critério meramente etário. A própria Corte asseverou que limitar a titularidade de tal direito fundamental aos maiores de idade implicaria: a) no desconhecimento da jurisprudência da Corte que não fez uma distinção fundada nesta circunstância; b) na violação do princípio do interesse superior das crianças e adolescentes previsto no art. 44 da Constituição da Colômbia<sup>8</sup>; c) na admissão de tratamentos cruéis e desumanos aos menores de idade; e d) na afetação da dignidade dos menores<sup>9</sup>.

Nesse sentido:

[...] a dignidade humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico colombiano e, portanto, do Estado, reconhecida como princípio constitucional geral e direito fundamental autônomo obriga a reconhecer a titularidade do

---

8 Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (COLOMBIA, 1996)

direito a morte digna das crianças e adolescentes [...] o reconhecimento do caráter fundamental do direito à morte digna obedece à dignidade humana, a qual impede ao Estado e a terceiros impor às pessoas o prolongamento de sua vida por um limitado espaço de tempo, na medida em que se trata de enfermos em fase terminal, e obrigá-los a suportar graves sofrimentos e dores intensas<sup>9</sup> (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SENTENÇA -544/2017).

O problema, porém, diz respeito ao exercício de tal direito<sup>11</sup>. Ora, para tal exercício, leva-se em conta: a) a manifestação da vontade do seu titular? ou b) a defesa, por terceiros, dos seus interesses quando inexistir vontade ou esta não for justificável?

Não é atual a discussão ora proposta. Remonta ao movimento da Escola Histórica o processo de sistematização do Direito moderno, sendo Friedrich Carl von Savigny um dos seus maiores expoentes. Savigny compreendia o direito subjetivo como expressão de um poder da vontade que possibilitava que ao seu titular fosse reconhecida uma esfera de liberdade, independentemente de qualquer vontade estranha. Tal concepção encontrava inspiração no racionalismo e no jusnaturalismo modernos, pelo fato de exprimir a juridicização de poderes naturais de cada indivíduo, que repousava sobre o valor inerente à liberdade de arbítrio de cada ser racional, capaz de pensar, querer e agir (CORDEIRO, 2005, p. 313).

A partir da perspectiva moderna proposta por Savigny, todos os autores que o sucederam, pelo menos os mais expoentes, como Bernard Windscheid, defenderam a relação jurídica como sendo o espaço de legitimação jurídica do vínculo social que confere segurança à autonomia individual (WINDSCHEID, 1902).

Rudolf von Ihering destacou-se como principal opositor à tese defendida por Savigny e Windscheid. O fundamento de tais críticas assentou-se no fato de existir determinados direitos que dispensavam o exercício de qualquer vontade do seu titular.

Para os defensores do direito subjetivo com base no poder da vontade, a capacidade jurídica e a capacidade de querer seriam equivalentes. Todavia, para Ihering tal equivalência não se sustentava, na medida em que o Direito não podia ser considerado objeto da vontade, mas sua condição (IHERING, 2007, p. 358). Se a vontade fosse objeto do Direito, como seria possível que as pessoas sem vontade tivessem direitos? Neste sentido, questionava Ihering:

Se a personalidade e a capacidade jurídica são coisas idênticas à capacidade de querer, por que todas as legislações do mundo (e eu não sei de nenhuma que ofereça exceção), não somente reconhecem e protegem nas crianças e

---

9 “En efecto, considerar que solo son titulares del derecho los mayores de edad implicaría el desconocimiento de la jurisprudencia de esta Corporación en la que no se ha efectuado una distinción fundada en esa circunstancia, la violación del principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes previsto en el artículo 44 Superior, y llevaría a admitir tratos crueles e inhumanos de los menores de edad, y la afectación de su dignidad.” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SENTENÇA -544/2017)

10 No original: “[...] la dignidad humana como principio fundante del ordenamiento jurídico colombiano y por tanto del Estado, reconocida como principio constitucional general y derecho fundamental autónomo obliga a reconocer la titularidad del derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes [...] el reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la muerte digna obedece a la dignidad humana, la cual le impide al Estado y a terceros imponerles a las personas la prolongación de su vida por un limitado espacio de tiempo, en la medida en que se trata de enfermos en fase terminal, y obligarlos a soportar graves sufrimientos e intensos dolores.”

11 A própria Corte Constitucional Colombiana se ateu a isso ao destacar que “Ahora bien, establecido que el derecho fundamental se predica de todos los asociados y deriva de la dignidad de la que son titulares por su condición de seres humanos, la Sala reconoce que la materialización del derecho presenta algunas diferencias y particularidades en relación con los NNA, principalmente en los aspectos relacionados con el consentimiento y la manifestación de la voluntad, las cuales no pueden llevar a desconocer que son titulares del derecho. Por el contrario, esas particularidades deben ser reconocidas, consideradas y afrontadas en aras de lograr una oportuna regulación de esos aspectos específicos que permita garantizar el derecho a la muerte digna de los menores de edad y así evitar que sean sometidos a tratos crueles e inhumanos y obligados a soportar graves sufrimientos.”



nos loucos a parte puramente humana da personalidade, o corpo e a vida, mas ademais lhes assinalam, salvo ligeiras modificações, a mesma capacidade patrimonial das pessoas dotadas de vontade? (IHERING, 2007, p. 358).

Nessa esteira de entendimento, Ihering propunha que toda pessoa possuía direitos, independentemente de sua vontade. Assim, o sujeito de direito, para Ihering, era aquele a quem a lei destinava a utilidade do Direito, não sendo outra a missão deste senão garantir esta utilidade: “os direitos não existem de nenhum modo para realizar a ideia da vontade jurídica abstrata; servem, ao contrário, para garantir os interesses da vida, ajudar as suas necessidades e realizar seus fins.” (IHERING, 2007, p. 363).

Com respaldo nessas formulações teóricas modernas é que se justificou, segundo a proposta de Ihering, a defesa de direitos para aqueles sujeitos incapazes de manifestar vontade, ou com vontade mitigada por uma opção legislativa. Portanto, independente de vontade, as crianças teriam direitos e estes seriam exercidos na medida em que os interesses do seu titular fossem protegidos.

Atualmente, todas as discussões normativas que dizem respeito ao exercício de direitos por crianças e adolescentes, revolvem este embate moderno (vontade x interesse), como é o caso do exercício do direito de morrer dignamente.

A título de exemplo, no Brasil, dispõe o Código Civil que os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes para a prática de atos da vida civil (art. 3º, *caput*), ao passo que os maiores de dezesseis e menores de dezoito são relativamente incapazes a certos atos, ou a maneira de exercê-los (art. 4º, inciso I). Por outro lado, a Lei n. 8.069/90 (ECA) assegura à criança e ao adolescente o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, resguardando-lhes todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (art. 3º, ECA).

Ora, como uma criança ou um adolescente pode ter garantida alguma autonomia sendo incapaz?

Ainda que por questões de política legislativa seja preciso determinar quando se inicia a capacidade plena do indivíduo, isso não implica que “seu discernimento deva ser sempre atrelado à capacidade ditada pela norma, de forma a impossibilitar o exame de questões polêmicas pelo Judiciário” (SÁ; NAVES, 2009, p. 106).

Crianças e adolescentes são pessoas em formação, em processo de construção de autonomia, o que implica no desenvolvimento gradual de uma pessoa dotada de discernimento, apta, autônoma e responsável para assumir as consequências advindas de seus próprios atos no contexto intersubjetivo de convivência. Portanto, estabelecer critérios vinculados estritamente à faixa etária, desconsiderando o contínuo processo de desenvolvimento da criança e do adolescente, considerando-os incapazes, pode significar um óbice ao livre desenvolvimento da personalidade.

Nesse sentido, há que se reconhecer o exercício de uma autonomia discursiva da criança ou do adolescente quando titulares de direitos nas situações jurídicas subjetivas.

Tanto no caso Francisco, quanto nas situações que envolveram Charlie e Alfie, estamos diante de decisões que revolvem o exercício de liberdades das crianças e adolescentes afetados. Assim, em se tratando de crianças e adolescentes, cujo exercício do direito evidencia uma liberdade para morrer, como saber qual é o seu melhor interesse? Quem deve decidir sobre o melhor interesse? Tal construção cabe unicamente aos pais, detentores da autoridade parental, ou o poder público e/ou os médicos têm o dever de intervir?

## 6 PROPOSTA HERMENÊUTICA PARA COMPREENSÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem como grande marco a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989, tendo sido ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 pelo Decreto n. 99.710/90. A Convenção teve como objetivo efetivar a proteção especial à criança e ao adolescente, ficando estabelecido, em seu art. 3º que: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o *interesse maior da criança*”.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente já encontrava previsão na Constituição da República de 1988, quando o art. 227 determina:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso). (BRASIL, 2009).

A expressão *absoluta prioridade* indica a primazia conferida pelo Constituinte aos interesses das crianças e adolescentes. Outra norma que ratificou o princípio do melhor interesse foi o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao adotar a mesma redação do Texto Constitucional em seu art. 4º.

Como é de se perceber, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é cláusula geral, utilizada tanto no Brasil quanto em âmbito internacional, como paradigma para a criação de normas internas dos países signatários da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, e também parâmetro hermenêutico nas decisões judiciais que envolvam crianças e adolescentes. “Atualmente, a aplicação do princípio do melhor interesse, permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto” (PEREIRA, 2000, p. 218).

Buscando critérios mais objetivos para a aplicação do princípio do melhor interesse, um Conselho de Ética do Reino Unido (*Nuffield Council on Bioethics*), recomendou a observância de alguns parâmetros na tomada de decisões relativas a crianças e adolescentes que se encontrem em situações de terminalidade:

- (1) Que grau de dor e sofrimento físico e mental um possível tratamento infligirá à criança?
- (2) Que benefícios futuros a criança ou o adolescente obterá do tratamento, por exemplo, a criança será capaz de sobreviver independentemente do suporte de vida, será capaz de estabelecer relacionamentos com outras pessoas e será capaz de sentir prazer de qualquer tipo?
- (3) Que tipo de apoio é provável que esteja disponível para fornecer o cuidado ideal para a criança?
- (4) Quais são os pontos de vista e sentimentos dos pais quanto aos interesses da criança?

(5) Por quanto tempo a mais é provável que a criança sobreviva se o tratamento de manutenção da vida continuar? (NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, 2018)<sup>12</sup>

Mesmo sem explorar as especificidades dos casos Charlie e Alfie, não resta dúvida de que os laudos médicos foram fundamentais para a tomada de decisão. E, em se tratando de enfermidades graves e de difícil prognóstico, o saber médico pode ser determinante.

Mas, e Francisco? O que dizer do pedido de seus pais?

A nosso sentir, é de extrema complexidade categorizar a tomada de decisões tão sensíveis, como o exercício do direito de morrer, por critério meramente etário. Aferir o desenvolvimento neurocognitivo e psicológico da criança e do adolescente é fundamental para saber o seu grau de participação no processo de construção da decisão que lhe diz respeito. Agora, pontuar que após determinada idade (quatorze anos, por exemplo, como o fez a Resolução colombiana n. 825/18) sua vontade passa a ser determinante, dispensando, inclusive, a participação dos titulares do poder familiar, é temerário.

Fato é que o desenvolvimento da Medicina tem tornado cada vez mais complexo o fenômeno morte. Como consequência, os pacientes são continuamente chamados a tomarem decisões que, independentemente da idade, coloca a grande maioria em situação de vulnerabilidade. Dizer “sim” ou “não” para a morte não é algo que evidencia uma mera possibilidade da vontade. É decidir pela terminalidade da vida. E isso deve ser considerado com a responsabilidade que o assunto requer.

Possibilitar o exercício de uma liberdade para morrer com dignidade a partir de categorizações etárias, tal como estabelecida pela lógica clássica da Teoria das Incapacidades, é ultrapassado e merece ser repensado no Direito. Isso porque, tal lógica pressupõe a exclusão de qualquer terceira hipótese (*tertium non datur*), ou seja, se a pessoa é capaz (A - verdadeiro), então ela não é incapaz (1A - falso), ou vice-versa. Nossa proposta sempre foi a de evitar categorizações acolhidas por este formato (SÁ, MOUREIRA, 2011, p.138).

A defesa do melhor interesse da criança e do adolescente em situações médicas que indicam a terminalidade da vida pressupõe aferir, diante das particularidades de cada caso concreto, uma decisão compartilhada que pressupõe: a) o grau de participação da criança e do adolescente na tomada de decisão, levando-se em conta o seu desenvolvimento neurocognitivo e psicológico, independente da idade; b) a coparticipação dos titulares do poder familiar na tomada de decisão, e c) a orientação técnica multiprofissional com o intuito de se construir uma decisão tecnicamente orientada, com médicos, psicólogos e outros profissionais.

Em princípio, a mera vontade do titular do direito subjetivo não é, por si só, suficiente. Igualmente, não compete a ninguém impor ao titular do direito a defesa dos seus interesses negando a sua real situação volitiva e médica. Estamos diante de decisões médico-jurídicas

---

12 No original: “(1) What degree of pain, suffering and mental distress will the treatment inflict on the child? (2) What benefits will the future child get from the treatment, for example, will the child be able to survive independently of life support, be capable of establishing relationships with other people, and be able to experience pleasure of any kind? (3) What kind of support is likely to be available to provide the optimum care for the child? (4) What are the views and feelings of the parents as to the interests of the child? (5) For how much longer is it likely that the child will survive if life-sustaining treatment is continued?”. ENGLAND. Nuffield Council on Bioethics. *Critical care decisions in fetal and neonatal medicine: ethical issues*. Disponível em: <<http://nuffieldbioethics.org/report/neonatal-medicine-2/interests>>. Acesso em: 17 ago. 2018

que envolvem riscos, muitos deles, com resultados irreversíveis.

Voltando ao caso Francisco: a ausência de vontade, não impede a construção da personalidade pela alteridade e, portanto, é possível reconhecer sua liberdade para morrer. Afirmamos isso porque a personalidade pressupõe a ação do indivíduo na determinação daquilo que é individual e que expressa a efetivação de uma possibilidade, pela liberdade na convivência com os outros (alteridade), independente da sua manifestação de vontade. É o que ocorre, por exemplo, com crianças de pouca idade, consideradas pessoas em desenvolvimento, mas que não manifestam vontade.

No contexto atual da sociedade, percebemos que a vida se torna cada dia mais medicalizada, e as decisões que tomamos a respeito dela demandam orientações médicas e jurídicas. Em meio a tudo isso, encontram-se os riscos que são normativamente individualizados e medicamente legitimados (SÁ, NAVES, 2018, p.2).<sup>13</sup>

Devido a crescente complexidade técnica dos problemas que envolvem a medicalização da vida, os riscos que compartilhamos, nesses casos, permeiam reflexões entre possibilidade e probabilidade. Entre perda ou ganho que, invariavelmente, deve ser pensado a partir do paciente afetado e não pelas pretensões, muitas delas egoístas, daqueles que devem decidir (pais, por exemplo).

Os riscos decorrem de decisões sobre um determinado caso concreto, normativamente individualizado, cujas consequências serão aferíveis em um porvir não tão distante. É impossível em uma sociedade como a nossa pensar que estamos isentos de riscos, sobretudo quando se trata de uma decisão que ratifica a liberdade para morrer.

Como consequência dessa mensuração dos riscos, a sociedade moderna convive com um novo modelo de tomada de decisão, agora compartilhada, em que a análise dos riscos se inclina a uma maior carga de avaliação técnica (análise das probabilidades, a exemplo dos casos Charlie e Alfie), em detrimento de discricionariedades que, até pouco tempo, eram suficientes para a tomada de decisões em casos complexos.

Dessa forma, decisões adequadas não estão, necessariamente, respaldadas na discricionariedade dos pais, ou dos médicos, ou dos hospitais, mas em uma tomada de decisão adequada para o próprio paciente, criança ou adolescente. A efetivação da saúde da criança e do adolescente está condicionada ao gerenciamento de riscos diversos, que, invariavelmente, podem se contrapor a valores consagrados pela sociedade, como por exemplo, os riscos de cuidar e manter a vida a qualquer custo *versus* os riscos de se efetivar uma liberdade para morrer.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A Colômbia foi o primeiro país latino-americano a reconhecer, judicialmente, o exercício do direito de morrer com dignidade às pessoas capazes. Posteriormente, tal liberdade foi estendida às crianças e aos adolescentes.

2. Ao estender o direito de morrer a crianças e adolescentes, está-se diante do delicado limite entre a autonomia do titular do direito e o poder-dever dos titulares da autoridade parental. O poder-dever atribuído aos pais importa no exercício de um múnus, no sentido de que este

---

13 "Nesse compasso, assevera-se que não há sujeito que não seja socializado. Via de consequência, não há sujeito que não seja *juridicizado e medicalizado*, porquanto é difícil imaginar no mundo alguma pessoa que nunca precisou de um médico ou nunca se deparou com dúvidas jurídicas. Quanto ao aspecto médico, deixemos claro que, para nós, a fisiologia humana está integrada ao processo de socialização, ainda que pensemos sua constituição também como um acontecimento espiritual." (SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 2).

visa atender aos interesses da criança e do adolescente, ainda que haja contrariedade aos interesses dos pais.

3. A resolução colombiana n. 858/2018 traça critérios etários para o exercício do direito de morrer com dignidade. No entanto, estabelecer critérios vinculados estritamente à faixa etária, desconsiderando o contínuo processo de desenvolvimento da criança e do adolescente, considerando-os incapazes, pode significar um óbice ao livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, há que se reconhecer o exercício de uma autonomia discursiva da criança ou do adolescente quando titulares de direitos nas situações jurídicas subjetivas, seja ela pela construção efetiva da personalidade, seja a construção da personalidade pela alteridade.

4. Em situações de terminalidade da vida envolvendo crianças e adolescentes, o princípio do melhor interesse deve ser construído de maneira compartilhada, levando-se em consideração, em cada caso concreto, os seguintes critérios, sugeridos no presente artigo como um esquema hermenêutico: a) o grau de participação da criança e do adolescente na tomada de decisão, levando-se em conta o seu desenvolvimento neurocognitivo e psicológico, independente da idade; b) a coparticipação dos titulares do poder familiar na tomada de decisão, e c) a orientação técnica multiprofissional com o intuito de se construir uma decisão tecnicamente orientada, com médicos, psicólogos e outros profissionais.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 447.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: de 5 de outubro de 1988. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2009. (Manuais de legislação Atlas).

COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución n. 1216 de 2015*. Disponível em: <[https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%201216%20de%202015.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%201216%20de%202015.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2018.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

IHERING, Rudolf Von. *El espíritu del Derecho Romano*. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. Madrid: Bailly-Baillieri, [19-], p. 358.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Extensão e limites da autoridade parental em face da autonomia da criança e do adolescente em questões médicas. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a infância e adolescência*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da Teoria do Direito Privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2, 1999, Belo Horizonte. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *O direito subjetivo à morte digna: uma releitura do direito brasileiro a partir do caso José Ovídio González*. Civilística.com. Rio de Janeiro, a.5, n.2, 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. O caso Charlie Gard: em busca da solução adequada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. (Coord.). *Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar*. São Paulo: Foco, 2018.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio jurídico: em busca de uma precisão conceitual. In: *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle Pandette*. vol. I. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902.

---

**Recebido em:** 28/08/2019

**Aprovado em:** 31/10/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna; CONCEIÇÃO, Andreza Cássia da Silva. Entre o nascer e o morrer: o caso do menino Francisco e a resignificação das questões relacionadas ao fim da vida na Colômbia. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.39, p.47-62, set./dez. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/11/DIR39-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO, COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REDES DE REGRAS CONCRETAS

## FREEDOM OF SPEECH, COLLISION BETWEEN PRINCIPLES AND NETWORKS OF SPECIFIC RULES

Carlos Augusto Alcântara Machado<sup>1</sup>

Clara Cardoso Machado Jaborandy<sup>2</sup>

Flavio Augusto Barreto Medrado<sup>3</sup>

**RESUMO:** O artigo propõe uma abordagem, sob a perspectiva da colisão de princípios de Robert Alexy, quando, de um lado está a liberdade de expressão e, de outro, a vedação ao discurso de ódio, buscando evidenciar redes de regras concretas disponíveis a partir do estudo do caso Ellwanger e da doutrina de Daniel Sarmento com aptidão para servir de orientação em processos decisórios relativos a casos futuros. Objetiva-se com isso demonstrar a operacionalidade da teoria dos princípios e o modelo fundamentado de sopesamento de Robert Alexy, ferramentas de definição de relações de precedência condicionada que, aliando a lei de colisão à teoria da argumentação racional, revelam-se potencialmente adequadas a reduzir o decisionismo e o subjetivismo dos juízes, conferindo racionalidade e segurança jurídica para a solução de casos difíceis. Para o desenvolvimento do estudo, foi realizada pesquisa do tipo pura, qualitativa e exploratória, sendo a coleta de dados de natureza bibliográfica e documental, analisando-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no Caso Ellwanger.

**Palavras-chave:** colisão de princípios; sopesamento; redes de regras concretas; liberdade de expressão; discurso de ódio.

**ABSTRACT:** The article proposes an approach, under the perspective of Robert Alexy's collision of principles, when, on the one hand, there is freedom of expression and, on the other, the fence to hate speech, seeking to highlight concrete rules available networks from the Ellwanger's case study and the Daniel Sarmento doctrine with fitness for serving as a guidance in decision-making processes relating to future cases. The purpose of this paper is to demonstrate that the operability of Robert Alexy's principles theory and Robert Alexy's well-founded model of tools for the definition of conditioned precedence relations that, combining the law of collision with the theory of rational argumentation, are potentially adequate to reduce the decisionism and the subjectivism of the judges, conferring rationality and legal security for the solution of difficult cases. For the development of the study, a pure, qualitative and exploratory research was carried out, with the collection of bibliographical and documentary data, analyzing the decision of the Federal Supreme Court in the Ellwanger Case.

**Keywords:** collision of principles; weighting; networks of concrete rules; freedom of expression; hate speech

---

1 Doutor em Direito (Efetividade do Direito) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

2 Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social". Advogada.

3 Mestre em Direito pela Universidade Tiradentes. Procurador do Estado de Sergipe.

## 1 INTRODUÇÃO

Notícias jornalísticas dão conta da intenção de alguns segmentos do mercado editorial brasileiro de publicar antiga autobiografia de Adolf Hitler, a obra *Mein Kampf* - “Minha Luta”, em português - escrita em 1923 pelo chanceler do terceiro *reich*, num período em que esteve preso após a frustrada tentativa de golpe que ficou conhecida como *putsh*. (GORZINI, 2015).

Em 2015, ao ensejo dos 70 anos do suicídio de Hitler, a obra *Mein Kampf* entrou no domínio público, expirado o prazo legal do *copyright*, provocando intenso debate e preocupação em terras germânicas pelo potencial de renovação de ideias antissemitas e pelo marcado darwinismo social caracterizadores do manifesto hitleriano.

O Governo da Baviera, ao qual os direitos autorais foram atribuídos pelos aliados no pós-segunda guerra, e que havia banido o livro desde então, propôs o lançamento de uma edição escolar, de fins pedagógicos, antecipando-se às possíveis publicações encomendadas por fatias extremistas da sociedade alemã.

A possível qualificação da conduta de diretores de editoras que se dispunham a publicar aquela que é tida como “a bíblia do nazismo”, disseminando as ideias do livro no mercado consumidor brasileiro, como prática incursa no crime de preconceito tipificado pelo artigo 20, *caput*, da lei 7.716/89, impõe a reflexão acerca dos parâmetros decisórios disponíveis, à luz da ciência jurídica e da jurisprudência, para a solução de casos difíceis envolvendo, de um lado, a liberdade de expressão, e, de outro, a vedação ao discurso de ódio.

O juiz da 33ª vara criminal do estado do Rio de Janeiro acatou, por exemplo, pedido do Ministério Público para proibir a venda do livro. Para o magistrado a obra incita práticas de intolerância contra grupos sociais, étnicos e religiosos, justificando sua proibição. Nesta decisão o juiz utilizou como precedente o caso *Ellwanger* (BRASIL, 2016).

Sucedem que os sopesamentos levados a efeitos pelos Juízes e Tribunais, bem como as propostas de sopesamentos construídas no ambiente científico, no âmbito doutrinário, compõem o que Robert Alexy denomina de redes de regras concretas atribuídas às normas de direitos fundamentais, capazes de dar densidade de autênticas regras, ainda que permeadas de conceitos indeterminados, aos princípios constitucionais envolvidos nos casos concretos objeto das decisões judiciais ou nas hipóteses de trabalho dos cientistas (ALEXY, 2008). Tratar-se-iam de autênticos princípios constitucionais aplicados.

Vale dizer que, na perspectiva alexyana, de todo sopesamento, na medida em que estabelece, segundo a lei de colisão em que desagua, condições concretas nas quais determinados princípios prevalecerão sobre outros, definindo, assim, relações de precedência condicionadas, é possível extrair uma regra segundo a qual, presentes tais condições no suporte fático deve ser a consequência jurídica cominada pelo princípio prevalente. A regra de colisão assim formulada, por sua vez, pode servir de precedente para casos difíceis posteriores nos quais concorram condições idênticas ou aproximadas. (SILVA, 2003).

Nessa perspectiva metodológica, forte na relativa proximidade de um possível *hard case* envolvendo o lançamento de *Mein Kampf* pelo mercado editorial brasileiro, com aquele que ficou conhecido como o *leading case* em matéria de discurso de ódio, o caso *Siegfried Ellwanger*, afigura-se importante analisar o teor dos votos que resultaram no indeferimento, por maioria, do Habeas Corpus nº. 82424-2, como forma de extrair as principais condições de precedência construídas pelos Ministros no esforço argumentativo de fazer prevalecer, pelo sopesamento, um a outro dos princípios em colisão. (BRASIL, 2002).

Noutro passo, cobrindo o campo das propostas de sopesamento em âmbito doutrinário, tendo em conta as limitações do presente artigo e a relevância do referencial teórico adotado,



revela-se de grande proveito perflustrar as contribuições de Daniel Sarmento (2009), sobre o tema do *hate speech*, que se propôs expressamente, no nível teórico, a sugerir algumas condições de precedência, brindando a rede de regras concretas disponível no sistema jurídico nacional com balizas para a construção de futuras soluções aos casos difíceis emergentes.

O esforço de identificação das mencionadas redes de regras concretas atribuídas às normas de direitos fundamentais, por outro lado, tenta responder à objeção metodológica comumente suscitada em face da teoria dos princípios e do modelo de sopesamento enquanto técnicas de fundamentação de decisões judiciais, tidos como insuficientes para obviar inconvenientes de subjetivismo e decisionismo. (ALEXY, 2008)

Conforme Alexy, a colisão entre princípios encontrará no sopesamento um modelo racional de justificação de decisões judiciais desde que, sob o prisma inafastável (i) da lei de sopesamento, segundo a qual a medida permitida de não-satisfação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro, trabalhem associadas, de um lado, (ii) a lei de colisão e, de outro, (iii) a teoria da argumentação racional.

Dentro de tais quadrantes lógicos, ainda que os resultados possam discrepar relativamente ao juízo de “quando” a satisfação de determinado princípio passa a ser importante e, assim, a justificar a afetação de outro, elemento cujo sentido oscilará com a natural variação das curvas de indiferença de cada pessoa, eventual disparidade não conduzirá, respeitados os demais contornos, à irracionalidade da ferramenta decisória do sopesamento.

A identificação de parâmetros objetivos de decisão de casos difíceis a partir de sopesamentos anteriores ou propostas de sopesamentos doutrinários revela-se, assim, tanto possível como indispensável, desde que a base de pesquisa leve em consideração esforços argumentativos efetivamente cingidos aos limites lógicos da lei de sopesamento, como baliza primordial para a formulação, (i) mediante argumentação racional, (ii) da lei de colisão adequada ao caso concreto. (ALEXY, 2008).

Nesse cenário, no propósito de fomentar a reflexão do que oferecer um roteiro de certezas, pretende-se, nos estreitos limites deste artigo, investigar as possíveis redes de regras concretas disponíveis no mercado de precedentes pátrio, resultantes, sobretudo, das condições de precedência consideradas no esforço argumentativo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no caso *Ellwanger*, bem como das propostas de sopesamento sugeridas pela doutrina de Daniel Sarmento, apontando parâmetros iniciais de decisão capazes de dar previsibilidade e racionalidade à solução de casos futuros, como sói ser a hipótese aventada, na esteira da notícia jornalista, da possível publicação da autobiografia de Adolf Hitler no mercado nacional.

Para o desenvolvimento do estudo, foi realizada pesquisa do tipo pura, qualitativa e exploratória, sendo a coleta de dados de natureza bibliográfica e documental, analisando-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no Caso *Ellwanger*.

## **2 BREVE HISTÓRICO DO CASO ELLWANGER**

O *Habeas Corpus* nº. 82424-2, julgado em 2003 pelo Supremo Tribunal Federal, foi então qualificado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello como um principal julgamento, no âmbito daquela corte, em matéria de direitos humanos (BRASIL, 2002).

*Siegfried Ellwanger*, cidadão gaúcho, proprietário de uma editora de livros, foi acusado pelo Ministério Público sul-rio-grandense pela prática de crime de racismo, incurso no artigo 20, *caput*, da lei 7.716/89, depois de ter publicado, por meio de sua editora, livros de sua autoria e de terceiros com conteúdos tidos por antissemitas, que

negavam o holocausto e afirmavam características depreciativas como inatas ao povo judeu, sustentado a superstição da causa única, que atribui ao judeus a responsabilidade pelas desgraças da humanidade. (BRASIL, 2002)

Absolvido em primeira instância, o réu veio a ser condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul a 2 anos de reclusão, além da obrigação de destruição e retirada dos exemplares remanescentes do mercado.

Impetrou-se, então, um *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, defendendo a tese segundo a qual o delito praticado pelo paciente, em que pese a base legal da imputação, não poderia ser qualificado como crime de racismo, não se lhe aplicando a nota da imprescritibilidade constitucionalmente afirmada, restritivamente, para o delitos daquela natureza, nos termos do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal.

Pretendia-se, com a desqualificação do crime da condição de crime de racismo, o reconhecimento da prescrição retroativa, na medida em que, entre o recebimento da denúncia (14.11.1991) e a prolação do acórdão condenatório (31.10.1996), mediou tempo superior ao fixado no Código Penal, que é de 4 anos, para a prescrição da pena concretamente fixada na *decisum*, limitada a 2 anos de reclusão. (BRASIL, 2002).

Na base de sua fundamentação, invocava a antropologia para afirmar que a expressão judeu não é designativa de uma raça, mas de um povo ligado por vínculos culturais, históricos e religiosos, de tal sorte que o crime de preconceito perpetrado em detrimento do povo judeu não se podia caracterizar como crime de racismo. Raças, sustentou o impetrante, seriam apenas a negra, a amarela e a caucasiana (BRASIL, 2002).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, foi denegado o *Habeas Corpus*, mantida a averbação de imprescritibilidade do crime em que condenado *Ellwanger*, conforme o acórdão proferido pelo Tribunal gaúcho.

Assim é que, como sucedâneo de recurso ordinário, foi impetrado, perante o Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus nº. 82424-2, dando início, naquele Excelso Pretório, a uma série de sessões entre os anos de 2002 e 2003, nas quais se fracionou um julgamento efetivamente histórico, autêntico *leading case* em matéria de colisão entre princípios, nomeadamente quanto à contraposição entre a liberdade de expressão e a vedação ao discurso de ódio, entremeado, como todo grande julgamento, por questões de ordem, debates inflamados e incidentes diversos. (BRASIL, 2002).

As decisões proferidas pelos Ministros no julgamento do caso *Ellwanger* podem ser divididas em dois grandes grupos. O primeiro, capitaneado pelo relator, Ministro Moreira Alves, reúne as decisões que se inclinaram pela concessão da ordem de Habeas Corpus, fileira à qual se somaram os Ministros Marco Aurélio de Mello e Carlos Ayres Britto; o segundo, aberta a divergência pelo Ministro Maurício Correia, agrupa os votos daqueles que houveram por bem negar a ordem, entendimento vencedor compartilhado pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Cezar Peluso, Celso de Mello e Ellen Gracie Northfleet.

Dentre os votos que perfilharam a tese do indeferimento do *writ*, prestigiando, assim, princípios contrapostos à liberdade de expressão, é possível identificar um trabalho de sopesamento em especial nas decisões dos Ministros Celso de Mello, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Velloso. Por sua vez, ainda que não lançando mão de um juízo de ponderação explícito, os votos dos Ministros Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence pareceram sugerir algumas condições concretas de preferência cuja menção se revela importante.

Quanto ao conjunto de votos concessivos da ordem, importante traçar uma

diferenciação preliminar. Sucede que o Ministro Relator, Moreira Alves, diferentemente dos outros Ministros que o ladearam, não se ocupou do tema da colisão de princípios.

Cingido aos contornos da impetração, limitou-se o Relator a acolher a tese autoral de acordo com a qual, não constituindo os judeus uma raça propriamente dita, o delito de preconceito perpetrado pelo paciente não poderia ser caracterizado como crime de racismo, resultando, por consequência, prescrita a pretensão punitiva. (BRASIL, 2002).

O Ministro Ayres Britto, de sua vez, após minucioso trabalho de sopesamento, concluiu pela atipicidade da conduta, tida como manifestação legítima da liberdade de expressão e de convicção político-ideológica, razão pela qual concedeu a ordem de *Habeas Corpus* de ofício para o efeito de absolver o réu. (BRASIL, 2002).

Já o Ministro Marco Aurélio de Mello, em que pese tenha traçado, à semelhança do Ministro Ayres Britto, substancial argumentação a favor da prevalência do princípio da liberdade de expressão, manteve-se processualmente adstrito aos limites objetivos do *writ*, para declarar que não havia crime de racismo e, assim, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva. A estratégia processual adotada, sem ofuscar o brilho do voto, custou a sua coerência interna, prejudicada pelo reconhecimento da prescrição de um crime que entendeu não ter ocorrido.

Os votos proferidos no julgamento do caso *Ellwanger*, assim os que prestigiaram a liberdade de expressão, bem como os que fizeram preceder princípios como a pluralidade, a dignidade humana ou a tolerância, enriqueceram definitivamente o debate acerca da colisão entre princípios, colacionando rico e diversificado cipoal de argumentos empíricos, históricos, semânticos e jurídicos, alguns dois quais serão registrados a seguir.

### **3 AS CONDIÇÕES DE PRECEDÊNCIA NO CASO *ELLWANGER***

Afirmou-se que as regras de colisão, também chamadas de enunciados de preferência, compõem as redes de regras concretas que resultam dos sopesamentos levados a efeitos por Juízes e Tribunais em cada julgamento, bem como das propostas de sopesamento formuladas pela doutrina. Correspondem ao enunciado de uma relação de precedência condicionada nos termos da qual um princípio precederá a outro em face de determinadas condições. Dita relação de precedência, segundo Robert Alexy, pode ser visualizada pela fórmula " $(P_1, PP_2)C$ ". (ALEXY, 2008, p. 99)

Sucede que toda relação de precedência condicionada pode ser reescrita na forma de uma regra de colisão ou enunciado de preferência segundo o qual "sob as condições C deve ser a consequência jurídica (R) do princípio prevalente ( $P_1$ )", traduzida, segundo Alexy, na expressão " $C \rightarrow R$ ". (ALEXY, 2008, p. 99).

O que se reivindica é que, uma vez formulado o enunciado de preferência, à conta, sobretudo, do sopesamento judicialmente levado a efeito, tem-se a afirmação de um potencial precedente<sup>4</sup> por meio do qual poder-se-ia afirmar que, presentes as condições C no suporte fático de uma incidência futura, deverá ser a consequência jurídica (R) do princípio prevalente  $P_1$ , a menos, naturalmente, que se demonstre um *distinguishing*<sup>5</sup>

---

4 Nesse aspecto, válida a advertência de Daniel Amorim Assumpção Neves, de acordo com o qual "enquanto os precedentes vinculantes são julgamentos que já nascem precedentes, os precedentes persuasivos se tornam precedentes a partir do momento em que são utilizados para fundamentar outros julgamentos". (NEVES, 2016, p.2352).

5 Invoca-se novamente o processualista para salientar que "a distinção das circunstâncias fáticas deveria ser analisada com cuidado, porque a vinculação dos precedentes não exigia identidade de fatos, bastando a identidade da situação fática". (NEVES, 2016, p.2359).

apto a afastá-lo.

Presente tal premissa de trabalho, impõe-se verificar os enunciados de preferência extraíveis dos principais votos proferidos no julgamento do caso *ELLWANGER*.

Antes, porém, importante pontuar que, em matéria de restrição à realização ou à satisfação de princípios por meio de regras, como sói ser a tensão entre o princípio da liberdade de expressão e a norma penal incriminadora do preconceito, Robert Alexy apresenta duas abordagens possíveis:

É necessário distinguir dois casos de restrição à realização ou à satisfação de princípios por meio de regras: (1) a regra *R*, que restringe o princípio *P*, vale estritamente. Isso significa que vale uma regra de validade *R'*, que diz que *R* tem precedência em relação a *P*, independentemente de se saber o quão importante é a realização de *P* e o quão desimportante é a realização de *R*; (2) *R* não vale estritamente. Isso significa que vale um princípio de validade *P'*, que permite, em determinadas situações, que *P* supere ou restrinja *R*. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o cumprimento de *P* é, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio *PR*, que materialmente sustenta *R*, pois isso faria com que *P'* não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma questão de relação entre *P* e *PR*. *P'* desempenha um papel se para a determinação da precedência de *P* não somente se exija que *P* preceda o princípio *PR*, que materialmente sustenta *R*, mas também que *P* seja mais forte que *PR* em conjunto como princípio *P'*, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente *R*. (ALEXY, 2008, p. 90-91)

A partir da primeira perspectiva, segundo a qual a regra vale estritamente, não importando saber o quão importante é a realização do princípio e o quão desimportante é a realização da regra, eventual decisão que se limitasse a afirmar, forte na singela afirmação do caráter criminoso do fato, que a liberdade de expressão, como princípio não absoluto, haveria de ceder.

Dando ao caso *Ellwanger*, em certa perspectiva, tratamento de restrição de princípio por meio de regra que vale estritamente, o Ministro Celso de Mello:

O fato é que a liberdade de expressão não pode amparar comportamentos delituoso que tenham, na manifestação do pensamento, um dos seus meios de exteriorização, notadamente naqueles casos em a conduta desenvolvida pelo agente encontra repulsa no próprio texto da Constituição, que não admitem gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, valores fundamentais, como a dignidade da pessoa humana (...). (BRASIL, STF, 2003, p. 932).

Sucedo que tratar a regra que incrimina o preconceito como regra que vale estritamente corresponde a tornar o caráter criminoso do fato um antecedente, ao invés de um consequente, do sopesamento, esvaziando-o por completo. O extravasamento da liberdade de expressão é a causa, não é consequência do caráter criminoso da publicação. Em outros dizeres, a norma penal incriminadora do preconceito não vale estritamente. Antes, a tipificação da conduta criminosa pressupõe sopesamento, no esquema alexyano das regras que não valem estritamente.

Nesse sentido, Gilmar Mendes pavimenta o seu voto, ao afiançar:

É verdade, ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parece ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como o racismo, há que se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto – diria inevitavelmente aberto – da definição do tipo, na espécie, e a

tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade. (BRASIL, STF, 2003, p. 655).

Os demais Ministros, ao menos aqueles que avançaram para um juízo de ponderação, adotaram a segunda perspectiva, em face da qual a regra  $R$ , apta a restringir o princípio  $P$ , não vale estritamente, admitindo-se que  $P$  prevaleça sobre  $R$  desde que seja mais forte do que  $PR$  e  $P'$ , que sustentam  $R$ , respectivamente, nos planos material e formal. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016)

Seguindo nessa trajetória, a prevalência da liberdade de expressão sobre a regra restritiva que incrimina o preconceito dependeria da superação (i) das razões substanciais que punem o preconceito somadas (ii) às razões que recomendam o cumprimento das regras postas. (ÁVILA, 2003).

O ônus argumentativo, portanto, das decisões que fizeram prevalecer a liberdade de expressão no julgamento do caso *Ellwanger*, notadamente na sede processual do *Habeas Corpus* e tendo como pano de fundo uma decisão condenatória de segunda instância, pelo que se observa, era altíssimo.

Ultrapassada essa observação preliminar, possível parâmetro para os casos vindouros, passa-se ao levantamento das condições de precedência constantes dos votos dos Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio de Mello, cujos sopesamentos resultaram na prevalência da liberdade de expressão.

A análise do voto do Ministro Ayres Britto deixa entrever, dentre as generalizáveis, três condições aptas a justificar, no julgamento do caso *Ellwanger*, a prevalência da liberdade de expressão sobre eventuais princípios funcionalizados à proteção do povo judeu, a saber: a) o livro publicado tem cunho científico, propondo uma revisão histórica da Segunda Guerra Mundial com metodologia, objetividade e referenciais teóricos e documentais; b) trata-se de obra que não sustenta nem o arianismo nem, tampouco, a inferioridade inata do povo judeu; c) ausência de apologia à guerra, ao extermínio ou ao boicote de produtos judaicos. (BRASIL, 2002, p. 781-851).

Concluiu, à luz de tais condições, pela prevalência da liberdade de expressão, reforçada pela manifestação de convicção político-ideológica, em face de eventuais princípios justificadores da punição ao preconceito.

O enunciado de preferência contido neste primeiro voto, com três atributos em seu suporte fático, poderia ser formulado por meio dos seguintes dizeres: a proibição de “publicação de livro revisionista com caráter científico, metodologia e objetividade” ( $T_1$ ), “que não sustente a superioridade da raça ariana ou a inferioridade do povo judeu” ( $T_2$ ), “nem faça apologia à guerra, ao extermínio ou ao boicote de produtos judaicos” ( $T_3$ ), viola o direito fundamental à liberdade de expressão. O enunciado pode ser expresso, segundo a Alexy, pela fórmula  $T_1$  e  $T_2$  e  $T_3 \rightarrow R$ . (ALEXY, 2008, p. 102).

Sem prejuízo do enunciado de preferência, um aspecto questionável na argumentação do Ministro reside no ponto em que afirma não haver na obra sustentação da inferioridade do povo judeu, na medida em que “faz exatamente o contrário”, “acusa o judaísmo de se irrogar um complexo de superioridade”, “de se considerar o povo-eleito de Deus”, “com pretensões à conquista de todo o mundo”. (BRASIL, 2002, p. 846)

Sucedo que atribuir aos judeus características de uma moral arrogante, ensimesmada e autoritária, tendo-os por conspiradores de alta sofisticação, também pode ser, e muitas vezes foi, uma ferramenta ainda mais convincente para mobilizar o ódio das massas na projeção de um bode expiatório justificador de seus problemas e sofrimentos. Uma retórica

de preconceito ainda mais insidiosa, porque invertida e disfarçada.

Prosseguindo na investigação, adentra-se no voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, que, conforme anunciado, posicionou-se pela prevalência da liberdade de expressão. De seu extenso voto despontam, em síntese, outras três condições de precedência: a) ausência de risco de dano real, pelas condições históricas do antissemitismo no Brasil, nas manifestações de ódio contra os judeus; b) baixo índice de disseminação no preconceito veiculado por meio de livro, dado o reduzido hábito de leitura do brasileiro médio e a necessidade iniciativa do leitor para ter acesso ao seu conteúdo; c) ausência de manifestação panfletária violenta, com verbalizações contundentes ou agressivas. (BRASIL, 2002, p.857-924).

No seio do voto do Ministro Marco Aurélio desponta, assim, o seguinte enunciado de preferência, com o correspondente suporte fático: a proibição de “manifestações de preconceito contra judeus num país de baixo índice de antissemitismo como o Brasil” (T<sub>1</sub>), “por meio de um veículo de publicação como o livro, cujo conteúdo não se dissemina sem a iniciativa do público” (T<sub>2</sub>), “sem que se verifique comportamento panfletário violento ou agressivo” (T<sub>3</sub>), viola o direito fundamental à liberdade de expressão.

Sobre essa passagem, Daniel Sarmento tece importante crítica relativamente ao argumento empírico suscitado no voto, que merece o registro:

A história do Brasil, desde a discriminação contra os ‘cristão-novos’ na época colonial, até as suásticas dos skinheads em São Paulo, passando pelo aberto flerte com o Nacional-Socialismo na Era Vargas, sugerem conclusão muito diversa. (SARMENTO, 2009, p. 84)

Adentrando nos votos majoritários, por via dos quais restaram prestigiados princípios como a dignidade humana, a tolerância e a pluralidade, impondo-se correspondente restrição à liberdade de expressão, cumpre iniciar pelo voto do Ministro Gilmar Mendes.

Tratou o julgador de eleger ao menos três condições sob o filtro das quais entende deva prevalecer a pluralidade e a tolerância em detrimento da liberdade de expressão, a saber: a) obra que não tem cunho historiográfico, científico, atribuindo aos judeus a falsificação de documentos históricos e imagens; b) responsabilização dos judeus pelas desgraças da humanidade, segundo a superstição da causa única; c) marcado caráter ideológico da obra.

O enunciado de preferência correspondente, de sua vez, pode ser vazado nos seguintes termos: o ato de “publicar livro de caráter não historiográfico, científico” (T<sub>1</sub>), “que nega o holocausto atribuindo aos judeus a responsabilidade pela montagem e falsificação de documentos” (T<sub>2</sub>), “tendo-os como os responsáveis pelas desgraças da humanidade” (T<sub>3</sub>), viola o direito fundamental à dignidade do povo judeu. (BRASIL, 2002, p. 637-671).

O Ministro Gilmar Mendes, citando votos da lavra dos Desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, encampou as condições de precedência esmiuçadas no julgamento da causa em segunda instância, tendo-as por resistentes ao teste da proporcionalidade.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, em que pese tenha mencionado a degradação da das publicações, dos limites da indagação científica e da pesquisa histórica, ao nível primário do insulto e da ofensa, não declinou, argumentativamente, as condições concretas sob o crivo das quais a publicação teria sofrido essa *capitis diminutio*, a justificar, pela precedência do princípio da dignidade humana, a restrição à liberdade de expressão. (BRASIL, 2002, p.612-635)

De modo semelhante, o Ministro Carlos Velloso reporta o caráter panfletário, extravasador do campo científico, como características das publicações de *Ellwanger*, mas deixa de esmiuçar as condições que as tornaram merecedoras de tais atributos, impedindo a

construção de um enunciado de preferência a partir de seu voto. (BRASIL, 2002, p. 676-690).

Por outro lado, o Ministro Cezar Peluso, ressaltando a necessária liberdade teórica que deve acudir a todo editor e autor, alçou o fato de o editor ter se tornado um especialista em publicações de conteúdo antissemita como condição de precedência de princípios contrapostos à liberdade de expressão, permitindo extrair de suas razões enunciado de preferência com o seguinte suporte fático: o ato de “publicar em série de livros de conteúdo antissemita ( $T_1$ ), sem que o autor se apresente como editor causal ou editor de excentricidades ( $T_2$ ), viola o direito fundamental à dignidade do povo judeu”. (BRASIL, 2002, p. 757-761)

Por fim, o Ministro Sepúlveda Pertence, demonstrando preocupação com a censura estatal, constrói interessante condição de precedência ao afirmar que apenas a publicação de livros próprios pode ser cogitada como prática de racismo, não havendo que se falar desbordamento no exercício da liberdade de expressão na conduta correspondente à reedição de livros absolutamente conhecidos. Pela expressa referência à *Mein Kampf* e à sua história editorial, afigura-se importante a transcrição de excerto do voto, a fim de se verificar se o enunciado de preferência construído pelo Ministro (a proibição de “reedições de livros absolutamente conhecidos” ( $T_1$ ), “a exemplo de ‘*Mein Kampf*’” ( $T_2$ ), viola o direito fundamental à liberdade de expressão) merece prosperar:

No entanto, não seria essa prática materializada, substantivada, na publicação de um livro (– e faço inteira abstração à incriminação de reedição de livros absolutamente conhecido; não cometeria à cultura gaúcha o despautério de mandar indagar se está vivo o Presidente da velha Editora Globo de Porto Alegre, para um livro que parece um pouquinho mais grave do que este, o ‘*Mein Kampf*’, o qual todos nós temos, e os que não sabemos alemão, lemos na tradução desta editora) – mas seria, a incriminação dela, compatível com a liberdade de expressão do pensamento. (BRASIL, 2002, p.1006).

A propósito da história editorial brasileira de *Mein Kampf*, vale registrar, à guisa de complementação às considerações do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que, apesar dos divergentes relatos históricos, o seu lançamento teria ocorrido em 1934, por meio da Editora Globo, após uma viagem de Henrique Bertaso, diretor editorial do grupo, para a Feira de Livro de Leipzig, na qual teria se consolidado a negociação do *copyright*. (PAZ, 2016).

Lançado em 1934, o livro sai de circulação em 1942, com a entrada do Brasil da Segunda Guerra Mundial, nos termos do Decreto 10.358/42, incumbindo-se ao Departamento de Imprensa e Propaganda, conhecido sob a sigla DIP, o recolhimento e incineração dos exemplares em circulação. (PAZ, 2016)

Ocorre que em 31 de dezembro de 2015, setenta anos após a morte de Hitler, sua obra panfletária passou a ser de domínio público. Diante disto é necessário verificar se o interesse do mercado editorial em disseminar e patrocinar a divulgação da obra *Mein Kampf* por meio físico ou mesmo virtual configuraria um discurso de ódio, na medida em que se já está disponibilizado para os que queiram ter acesso à obra razão pela qual a comercialização da obra com fins lucrativos poderia configurar abuso à liberdade de expressão e crime nos termos do art.20, § 1º da lei 7.716 de 1989.<sup>6</sup>

Com a figuração da obra em domínio público parece cair por terra a condição de precedência criada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, já que à época de seu voto não era esta a realidade subjacente, sendo necessário permitir o acesso para respeitar os fins

---

6 Art. 20, § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

históricos dos fatos ocorridos.

Tem-se, portanto, o panorama de enunciados de preferência resultante do caso *Ellwanger*, aos quais devem se somar, para formação de uma rede de regras concretas, às propostas de sopesamento advindas da doutrina, pesquisa a que se destinam o tópico a seguir.

#### 4 AS CONDIÇÕES DE PRECEDÊNCIA NA DOUTRINA

Além da análise do caso *Ellwanger* decidido pelo Supremo Tribunal Federal é necessário frisar que o campo doutrinário oferece, no nível teórico, propostas de sopesamentos igualmente aptas a compor a rede de regras concretas atribuíveis às normas de direitos fundamentais, as quais, por sua vez, podem servir de orientação para processos decisórios futuros.

Seguindo a proposta metodológica previamente anunciada, a pesquisa de propostas de sopesamento relativas à temática do presente estudo far-se-á com esteio na doutrina de Daniel Sarmiento (2009).

Num primeiro momento, o autor esclarece os objetivos principais comumente associados à liberdade de expressão, para, num passo adiante, demonstrar que o discurso de ódio não contribui para o atingimento de tais objetivos ou o faz de modo tímido e desproporcionalmente gravoso.

Afirma que a liberdade de expressão, nas dimensões individual e social, se presta à (i) busca da verdade, à (ii) garantia da democracia, à (iii) autonomia e autorrealização individual e (iv) à promoção da tolerância. Propõe um *caminho do meio*, negando a ideia de que se tenha de fazer uma “escolha de Sofia”, geral e prévia, entre a liberdade de expressão e a igualdade. (SARMENTO, 2009).

Nos Estados Unidos da América, conforme Dworkin (2002, p. 44), a liberdade de expressão foi por muito tempo tida como “um absoluto”, atribuindo-se à primeira emenda à Constituição o *status* de verdadeira regra constitucional, satisfeita no esquema “tudo ou nada”.

O abrandamento do primado absoluto da liberdade de expressão se deu no julgamento do caso *Schenck v. U.S.*, com a construção da doutrina do *clear and present danger*, fundamento utilizado pela Suprema Corte para restringir a liberdade de expressão de agrupamento que fazia propaganda contra o recrutamento de guerra, circunstância que poderia criar perigo evidente e atual de dano que se impunha ao Governo evitar. (DWORKIN, 2002, p. 44).

Com salienta Daniel Sarmiento, o esforço de ponderação de interesse não pode prescindir da inspiração das redes de regras concretas previamente disponibilizadas pela doutrina e jurisprudência, razão pela qual assinala que é “preciso ir além, indicando alguns parâmetros materiais para esta ponderação, conferindo ao processo mais segurança e previsibilidade, e reduzindo as margens de arbítrio do julgador”. (SARMENTO, 2009, p. 92).

Na esteira desse compromisso é que o jurista trata de sugerir, não sem antes concitar a comunidade acadêmica ao debate, o que chama de “pautas” ou “*standards*” de orientação para futuros sopesamentos na solução de casos difíceis vindouros. Constrói, então, em nível teórico, um rol de critérios decisórios, autênticas propostas de sopesamento, em conformidade com a perspectiva alexyana, cuja análise se faz oportuna.

O primeiro *standard* defende que “deve haver maior tolerância em relação aos excessos comunicativos dos integrantes de minorias oprimidas do que dos membros dos grupos hegemônicos quando ataquem essas minorias”. (SARMENTO, 2009, p. 93)



Por meio desse *standard* o autor oferece um critério para a solução de casos difíceis nos quais se lança mão de argumentos de inversão ou de expedientes de culpabilização das vítimas, a exemplo da lógica da heterofobia e das famosas charges envolvendo caricaturas de profetas ligados a religiões minoritárias. (TIBURI, 2015).

O segundo *standard* destaca que “as contribuições racionais para o debate de ideias não devem ser censuradas nem reprimidas, ainda que sejam absolutamente desfavoráveis às minorias”. (SARMENTO, 2009, p. 93)

A proposta de sopesamento do doutrinador, neste ponto, converge com alguns enunciados de preferência extraídos dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no caso *Ellwanger*, nos quais se identificou como condição de precedência, ao menos nas decisões das lavras dos Ministros Ayres Britto, Marco Aurélio de Mello e Gilmar Mendes, quando da alusão ao caráter científico ou historiográfico da obra tida por antissemita.

Dialogando com o *standard* sarmentiano, Ferraz Júnior (1997) ensina que a situação comunicativa que não obedeça a critérios de racionalidade, a exemplo do pressuposto de respeito ao interlocutor, instala relação dialógica carregada de alta complexidade interna, que tende a descambar, no limite, para a violência.

O terceiro *standard* preceitua que “a categoria do *hate speech*, por ensejar restrições à liberdade de expressão, não deve ser banalizada”. (SARMENTO, 2009, p. 93)

Não é outra a posição do Ministro Carlos Ayres Britto, entusiasta da liberdade de expressão, de cuja pena sensível nasceram versos de um poema que anuncia a liberdade de expressão como “a maior expressão da liberdade”. (BRASIL, 2002, p. 674)

O quarto *standard* preconiza que “quando a liberdade de expressão estiver associada à liberdade religiosa, ela deve assumir um peso maior na ponderação de interesses”. (SARMENTO, 2009, p. 93).

Ao lado da convicção filosófica e política, a convicção religiosa, consagrada pelo artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, consubstancia, segundo classificação trazida, mais uma vez, pelo Ministro Carlos Ayres Britto no contexto de seu voto, uma causa excludente de abusividade no exercício da liberdade de expressão. (BRASIL, 2002, p. 674).

O presente *standard* contém um parâmetro decisório muito sensível e importante para a solução de *hard cases* envolvendo, por exemplo, o controle de poluição sonora comumente exercido sobre cultos de religiões de matriz africana que envolvam uso de instrumentos de percussão.

Ademais, referido *standard* pode ser aplicável também, em última análise, em face de controles estatais ainda mais graves que culminam na criação de obstáculos à formalização jurídica de entidades religiosas como os Terreiros de Candomblé, costumeiramente impedidos de gozar da imunidade constitucional relativa a impostos.

O quinto *standard* refere-se “a decisão sobre a proporcionalidade de uma restrição à liberdade de expressão relacionada à obra que contenha *hate speech* não tem como ignorar o valor artístico, teórico ou científico da obra como um todo”. (SARMENTO, 2009, p. 93).

O argumento de Sarmento visa salvaguardar obras importantes cujo conteúdo, esparsamente, contenha passagens de *hate speech*, a exemplo das obras de Nietzsche, antissemita em alguns pontos, bem como as de Platão ou Aristóteles, que apresentam excertos de cunho machista. (SARMENTO, 2009).

Acrescente-se ao rol a obra de Euclides de Cunha, importante historiador e escritor, autor de *Os Sertões*, originalmente escrita em 1902, clássico da literatura nacional que contém,

um discurso depreciativo proferido em detrimento do povo nordestino:

É desgraçado, desengonçado, torto. Hércules-Quasímodo, reflete no aspecto a fealdade típica dos fracos. O andar sem firmeza, sem aprumo, quase gingante e sinuoso, aparenta a translação de membros desarticulados. Agrava-o a postura normalmente abatida, num manifestar de displicência que lhe dá um caráter de humildade deprimente. A pé, quando parado, recosta-se invariavelmente ao primeiro umbral ou parede que encontra [...] Caminhando, mesmo a passo rápido, não traça trajetória retilínea e firme [...] com uma simplicidade a um tempo ridícula e adorável. É o homem permanentemente fatigado. Reflete a preguiça invencível, a atonia muscular perene, em tudo: na palavra remorada, no gesto contrafeito, no andar desaprumado, na cadência langorosa das modinhas, na tendência constante à imobilidade e à quietude. (CUNHA, 2002, p. 115).

O sexto *standard* ressalta “o grau de dor psíquica, angústia, medo ou vergonha que as manifestações de ódio, intolerância e desprezo motivadas por preconceito possam provocar nos seus alvos”. (SARMENTO, 2009, p. 94). Trata-se de importantíssimo critério a ser considerado no sopesamento dos casos difíceis que se apresentem, a recomendar um olhar, muitas vezes olvidado, para a salutar perspectiva dos danos causados às vítimas do *hate speech*, potencialmente desprovidas de visibilidade pelas demonstrações de preconceito, atingidas, como reflexo da falta de reconhecimento social, em sua autoestima pessoal e em sua noção de auto respeito. (HONNETH, 2003).

O sétimo *standard* revela que “a composição do auditório das mensagens do *hate speech* constitui outro critério importante: Quando ele é integrado também por crianças e adolescentes, há um argumento adicional para a restrição e repressão dos atos comunicativos abusivos”; (SARMENTO, 2009, p. 94).

O ódio, assim como o amor, é um sentimento que se aprende. Conforme Tiburi (2015, p.33), “os afetos são aprendidos, são compartilhados entre pessoas”, “amar se aprende amando”, “odiar se aprende odiando”.

Um grave problema, observado com Karnal (2017), é que o amor se propaga lentamente, enquanto o contágio do ódio é *viral*. Como adverte o autor “para quebrar a cadeia de ódio, a primeira tarefa é parar de ensinar ódio às crianças”, “ter cuidado extremo com aquilo que se fala, porque as crianças incorporam esse discurso, por causa da autoridade e do afeto”. Assim, “interromper esse fluxo de ódio exige interromper a educação do ódio”. (KARNAL, 2017, p.136).

Sarmento destaca ainda o meio empregado para a divulgação do *hate speech*, podendo indicar o oitavo *standard* para justificar, por exemplo “um controle maior sobre a abusividade dos atos expressivos praticados através dos meios de comunicação de massa, do que, por exemplo, daqueles veiculados através de livros”. (SARMENTO, 2009, p. 94).

O Ministro Marco Aurélio de Mello pontuou enfaticamente em seu voto, como condição de precedência do princípio da liberdade de expressão, o fato de o livro ter sido utilizado no caso *Ellwanger* como veículo de disseminação das ideias tidas por antisemitas. Valendo-se de argumentos empíricos, chegou a afirmar que não haveria risco real de dano à comunidade judaica por conta do baixo índice de leitura do brasileiro médio. Demais disso, qualificou o livro como instrumento eminentemente democrático, cujo acesso pressupõe a iniciativa do próprio leitor. (BRASIL, STF, 2003, p.857-924).

Ainda que não se leve ao extremo de afirmar que o livro é um veículo imune ao controle do preconceito no exercício da liberdade de expressão, parece não haver dúvidas, até à conta

da propagação viral do ódio, de que as manifestações entoadas na instantaneidade das redes sociais se releva potencialmente mais contagiosa que a do livro físico.

Finalizado o levantamento proposto, tem-se por pincelado um panorama, naturalmente incompleto, das redes de regras concretas disponível no cenário jurídico nacional, capazes de servir de orientação para decisões de *hard cases* futuros envolvendo o *hate speech*, considerados os sopesamentos judiciais realizados no caso *Ellwanger*, bem como as propostas de sopesamento construídas no âmbito doutrinário, este representado, dadas as limitações físicas e temporais do artigo, pelas sugestões de Daniel Sarmiento.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O horizonte de pesquisa a que se propôs o presente artigo, em que pese a aridez do terreno, revelou-se bastante profícuo. A pesquisa buscou identificar a partir da análise do caso *Ellwanger* bem como da doutrina de Daniel Sarmiento a existência de redes de regras concretas que podem servir de parâmetro para a solução de futuros *hard cases*. Diversos, como visto, são os *standards* que devem ser levados em consideração quando se analisa as restrições a liberdade de expressão.

A construção de um modelo de justificação de decisões judiciais, sobretudo daquelas que se prestam a equacionar os chamados *casos difíceis*, aqueles para os quais não se encontra resposta pronta, desponta como um desafio permanente para a ciência jurídica, a impor pesquisa constante e esforço perene de reflexão.

O modelo de sopesamento proposto por Robert Alexy é um desses esforços de construção de balizas objetivas capazes de reduzir a margem de subjetividade e de decisionismo, incrementando a racionalidade e a previsibilidade do sistema jurídico.

O caso *Ellwanger*, a absoluta variação de métodos, argumentos e formas de decisão entre os votos dos ministros, consubstancia exemplo eloquente das dificuldades de confinar o engenho argumentativo humano a esquemas e fórmulas lógico-matemáticas.

Ciente das vicissitudes da experiência jurídica, Alexy não parece pretender meta tão ambiciosa, admitido que o técnica do sopesamento possa conduzir a resultados distintos, preservada a sua validade científica desde que respeitos os postulados mínimos de sua liturgia.

Apesquisa dos enunciados de preferência implícitos nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no caso *Ellwanger* trouxe alguns resultados, permitindo a identificação de condições concretas de precedência aptas a servir de critério para a solução de casos futuros de contornos fáticos aproximados.

Do quanto restou identificado neste esforço inicial de pesquisa, desde os sopesamentos do caso *Ellwanger*, às propostas contraditórias na doutrina de Daniel Sarmiento, possível afiançar, por exemplo, que o lançamento de *Main Kampf* pelo mercado editorial brasileiro não encontra mais proteção no enunciado de preferência posto pelo Ministro Sepúlveda Pertence, uma vez que não foi levado em consideração o domínio público da obra que já garante o acesso para fins históricos.

O que pareceria por demais temerário, por hipótese, é que o mesmo *Siegfried Ellwanger*, por meio da sua editora, relançasse a autobiografia de Hitler como um novo produto de um antigo e insistente portfólio antissemita. Recairia, possivelmente, na condição de precedência invocada pelo Ministro Cezar Peluso, para o efeito de restringir a liberdade de expressão, tendo o autor como um verdadeiro especialista em matéria publicações preconceituosas.

Sem dúvida, eventual lançamento de *Mein Kampf* no mercado brasileiro com fins econômicos, em nada contribui para a concretização da liberdade de expressão, para

a ampliação de mercado de ideais, para a busca da verdade ou para o incremento da democracia, trazendo um novo e desnecessário aporte de ódio a uma realidade social tão saturada de intolerância bem como carente de bons sentimentos e boas leituras.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003

BRASIL. Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82424-2. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Ministro Moreira Alves. Instaurado em 12.09.2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Medida cautelar: 0030603-92.2016.8.19.0001. Juiz de Direito: Alberto Salomão Júnior. Julgada em 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/livro-hitler-rj.pdf>>. Acesso em: 09 jul 2018.

CUNHA, Euclides da. *Os Sertões*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. São Paulo: Forense, 1997.

GORZINI, Priscila. *O Holocausto*. In: Caminhos da História: holocausto. São Paulo: Nova Sampa Diretriz Editora, 2015, p. 4-11.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

KARNAL, Leandro. *Todos contra todos: o ódio nosso de cada dia*. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PAZ, Eliane Hatherly. *Minha Luta no Brasil: editora globo, 1934-1942*. In: Revista Observatório 2 (2016), 5, pp. 408-427. Disponível em: <<https://doi.org/10.20873/uft.2447-4266.2016v2n5p408>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

ROSENVALD, Nelson. *Direito civil em movimento*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do "Hate Speech". In: CHAVES, Cristiano (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil: O direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.39-95.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607-630.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TIBURI, Marcia. *Como conversar com um fascista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

---

**Recebido em:** 16/06/2019

**Aprovado em:** 20/12/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MEDRADO, Flavio Augusto Barreto. Liberdade de expressão, colisão entre princípios e redes de regras concretas. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.39, p.XXX-XXX, set./dez. 2019. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>>. Acesso em: dia mês. ano.

# OS TRÊS ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM BALANÇO SOBRE O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

## THE THREE YEARS OF EFFECTIVENESS OF THE CIVIL PROCESS CODE: A BALANCE ON THE INCIDENT OF ASSUMPTION OF COMPETENCE

Larissa Clare Pochmann da Silva<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo pretende fazer um balanço do incidente de assunção de competência (IAC) admitidos durante o período de março de 2016 e março de 2019, os 3 (três) primeiros anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015. Para isso, através da pesquisa bibliográfica e de dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, ressalta os objetivos do novel diploma e as origens do instituto, para demonstrar que, mesmo diante da sua relevância de prevenir entendimentos divergentes, sua utilização na prática forense ainda é tímida, tendo os tribunais muitas vezes adotado a prática repressiva, de apenas uniformizar o entendimento quando a divergência já se instaurou, ao invés de preveni-la.

**Palavras-Chave:** Código de Processo Civil de 2015; balanço; incidente de assunção de competência.

**ABSTRACT:** The present article intends to make a balance of the incident of assumption of competence admitted during the period of march, 2016 to march, 2019, the three (3) years of validity of the Code of Civil Procedure of 2015. For this, through bibliographic research and data provided by the National Council of Justice, it emphasizes the objectives of the novel diploma and the origins of institute, to demonstrate that, even in view of its relevance to preventing divergent understandings, its use in forensic practice has still been timid, and courts have often adopted the repressive practice, of merely unifying the understanding when the divergence has already been established, rather than preventing it.

**Keywords:** Civil Procedure Code of 2015; balance; incident of assumption of competence.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora da Universidade Candido Mendes (UCAM) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Bolsista de pesquisa do CEJA – Centro de Estudos de Justiça das Américas. Advogada. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC).

## 1 INTRODUÇÃO

O incidente de assunção de competência, previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil de 2015, fixa entendimento vinculante sobre questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Este instrumento, além de poder compor a divergência, tem como finalidade preveni-la, de forma que não cheguem a se proliferar entendimentos divergentes sobre uma mesma questão de direito no âmbito de um Tribunal.

Trata-se de instituto relevante que pode, portanto, aprimorar a prestação jurisdicional, evitando a insegurança jurídica proporcionada pela denominada “jurisprudência lotérica” ao jurisdicionado, em que pessoas tratando de questões idênticas podem receber respostas jurisdicionais distintas.

Considerando que o novo diploma completou, no dia 18 de março de 2019, 3 (três) anos de vigência, o presente artigo, através de uma abordagem dos dados obtidos, tem como objetivo a análise do instituto, especificamente sua previsão de forma comparativa ao diploma anterior, o Código de 1973, e sua utilização. Para isso, inicialmente se expõem os objetivos do Código de Processo Civil de 2015. Em seguida, serão abordados a previsão do Código de Processo anterior e o delineamento atual do instituto e, após, analisados os dados de sua instauração desde a entrada em vigor do novel diploma.

## 2 OS OBJETIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) teve sua origem em setembro de 2009, quando se iniciaram os trabalhos da Comissão de Juristas, instituída no Senado Federal, responsável pela elaboração do anteprojeto.

Na sua exposição de motivos, já se salientavam os cinco objetivos que orientaram precipuamente os trabalhos da Comissão: 1) estabelecimento de sintonia fina com a Constituição; 2) criação de condições para que o juiz possa proferir decisão mais rente à realidade fática da causa; 3) simplificação procedimental; 4) efetivação do rendimento de cada processo; e 5) maior grau de organicidade ao sistema.

O Código foi elaborado para estar em harmonia com a Constituição, com o intuito de dar efetividade às garantias constitucionais. Foi incluída na legislação a expressa referência aos princípios constitucionais, sendo o processo um instrumento de garantias para a tutela do direito material.

O processo foi também tratado em um contexto de produção de resultados, de buscar a satisfação das partes. Destaca José Carlos Barbosa Moreira (2002, p. 181) que:

[...] não se promove uma sociedade mais justa, ao menos primariamente, por obra do aparelho judicial. É todo o edifício, desde as fundações, que para tanto precisa ser revisto e reformado. Pelo prisma jurídico, a tarefa básica inscreve-se no plano do direito material.

A simplificação do sistema permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa, de modo a se obter o maior rendimento possível de cada processo, individualmente considerado.

O outro objetivo foi o de imprimir organicidade às regras do processo civil brasileiro, dando maior coesão ao sistema, organizando e harmonizando as regras processuais civis no texto do novel diploma.

Cumprindo o seu desiderato, apresentou-se, em junho de 2010, o texto que seria submetido ao Senado, como Projeto de Lei n. 166/2010.

No mesmo ano de 2010, o PLS n. 166 foi aprovado no Senado e seguiu para a Câmara dos Deputados, recebendo, nesta Casa, a identificação de PL n. 8.046/2010, em tramitação conjunta com o PL n. 6.025/2005. Na Câmara dos Deputados, foi aprovado definitivamente 26 de março de 2014. Sensivelmente modificado, após a tramitação nas duas Casas do Congresso Nacional, retorna o texto ao Senado, na forma de Substitutivo da Câmara, para a apreciação final no Senado Federal. No Senado, o texto-base foi aprovado no dia 16 de dezembro de 2014 e, no dia 17 de dezembro de 2014, foram votados 16 destaques, sendo apenas dois rejeitados, ambos relacionados ao cabimento do recurso de agravo de instrumento: uma hipótese contra decisão que redistribui o ônus da prova e o outro contra decisão que indefere o requerimento de produção de prova pericial.

Remetido o texto para sanção no dia 24 de fevereiro de 2015, no dia 16 de março de 2015, ocorreu a sanção presidencial, com vetos em sete dispositivos. Publicado no dia seguinte, 17 de março de 2015, o novo diploma teve o lapso de 1(um) ano de *vacatio legis*. Ainda durante a sua *vacatio*, foi sancionada a Lei nº 13.256/2016, para que alguns dispositivos já pudessem entrar em vigor com a redação modificada em relação à versão original, tendo a entrada em vigor ocorrido em 18 de março de 2016.

O novo diploma manteve alguns institutos do código anterior, criou outros e aperfeiçoou o sistema. Neste trabalho, após mais de 3 (três) anos da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o foco será o instituto do incidente de assunção de competência, que tinha como instituto mais próximo a uniformização de jurisprudência prevista no Código de Processo Civil de 1973, mas com algumas distinções.

### **3 O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC)**

#### **3.1 A assunção de competência no Código de Processo Civil de 1973**

A assunção de competência no CPC/73 era considerada como uma ferramenta para possibilitar ao relator da apelação ou do agravo provocar a manifestação de órgão colegiado (cuja competência o regimento interno do tribunal indicar), a fim de prevenir ou eliminar divergências sobre questão relevante de direito. Não obstante a previsão ser do relator, o revisor ou o vogal também poderiam propor o incidente de assunção de competência. As partes, porém, não tinham legitimidade para suscitar a assunção de competência.

Como observam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2011, p. 598-599):

Em julgamento de relevante questão de direito, poderá o relator do recurso propor a assunção da competência para julgá-lo por órgão colegiado de maior pluralidade dentro do tribunal (cuja competência para tanto deve constar no regimento interno do tribunal), a fim de que se previna ou dirima controvérsia a respeito da matéria.

Caso fosse acolhida a proposta no órgão originário no colegiado do órgão originário, remetia-se o recurso ao órgão destinatário do feito e, lá reconhecido o interesse público, caberia o julgamento do recurso.

Sintetizando o tema, destacou José Carlos Barbosa Moreira (2003, p.653) que:

Trata-se de mais um expediente ordenado à uniformização da jurisprudência, que naturalmente se espera seja mais eficiente do que o regulado nos arts. 476 e ss. do CPC. Pode-se até supor que ele venha a ser preferido na prática judicial, subtraindo ao outro instituto parcela de sua importância já diminuta. Uma vantagem prática decerto se manifesta aqui. O órgão a que se remete a matéria não se limita a enunciar a solução da *quaestio juris*, mas procede



ao julgamento que competia ao outro. Com a ressalva que oportunamente se fará, não há a devolução ao órgão de origem: tudo se resolve naquele que recebe o recurso. Evita-se assim o vaivém, causa de maior demora.

Por outro lado, o CPC/73 previa, ainda, nos artigos 476 a 479, outro instituto: a uniformização de jurisprudência. Esse mecanismo, com natureza de incidente processual, não implicava a cisão da competência (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO, 2016, p.1345) e tinha a função de diminuir as divergências jurisprudenciais no mesmo tribunal, não se prestando a uniformizações em tribunais distintos.

O instituto da uniformização de jurisprudência era cabível nos julgamentos proferidos por turmas, câmaras ou grupos de câmaras, estendendo-se também para seções dos tribunais, não se admitindo nos casos de competência do tribunal pleno ou do órgão especial. No curso do julgamento, a fim de se obter o pronunciamento prévio do tribunal acerca da correta interpretação da norma jurídica aplicável aos autos, qualquer magistrado que participasse do julgamento poderia suscitá-lo, de ofício. Poderia ser suscitado, ainda, por qualquer das partes ou pelo Ministério Público, através de petição ou por ocasião da sustentação oral.

Nos termos do artigo 476 do CPC/73 seria cabível quando houvesse divergência acerca da matéria objeto de apreciação pelo órgão fracionário (inciso I), ou quando, no julgamento recorrido, a interpretação da norma tiver sido diversa da que lhe haja dado outro órgão fracionário (inciso II).

### **3.2 A assunção de competência no Código de Processo Civil de 2015**

O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou, no Capítulo III, Título I do Livro III, “*Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais*”, mais precisamente no artigo 947, o incidente de assunção de competência. O instituto era tratado, no diploma anterior, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), no 555, § 1º.

O novel diploma melhor estruturou o tema da assunção de competência. O incidente é admissível no caso de recurso, remessa necessária ou causa de competência originária dos tribunais, quando houver questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Ao aludir a questão de direito com grande repercussão social, isso não significa que a questão de direito com grande repercussão social não possa se repetir em algum processo; quer apenas esclarecer que *a sua caracterização não depende de repetição em múltiplos processos*.

Neste ponto, está um relevante diferencial do instituto para o denominado incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). O incidente de resolução de demandas repetitivas (MENDES, 2014, p. 297-305) pressupõe a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente (*rectius* predominantemente) de direito, material ou processual, e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. A exigência é, portanto, que já haja efetiva repetição de processos, e não mera potencialidade de que os processos se multipliquem (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO, 2016, p.1397). Não se cogita na lei brasileira de um número mínimo de processos repetitivos para se autorizar o uso do incidente, mas isto não significa que um número irrisório de casos permita a sua instauração, enquanto o incidente de assunção de competência pressupõe que não haja a multiplicação.

Descrever o que se trata como relevância social é tarefa árdua, haja vista se tratar de conceito jurídico vago. Destaca Luiz Guilherme Marinoni (2016, p.236) que seria uma “*questão jurídica que tem relevante impacto sobre uma ou mais das várias facetas da vida em sociedade. Porém, não basta que a questão de direito apenas diga respeito à política, à religião, à cultura ou à economia de uma região.*”

Revistando o recurso extraordinário, onde o tema já era aludido, este requisito

deve indicar a demonstração que restam ultrapassados os interesses subjetivos na causa (WAMBIER;WAMBIER;MEDINA, 2007, p.242), uma dimensão de interesse público, como já alude o parágrafo segundo do próprio dispositivo.

O objetivo do instituto continua a ser, portanto, prevenir ou eliminar divergências sobre questão relevante de direito entre câmaras ou turmas do mesmo tribunal, o que acabou explicitado no parágrafo quarto.

Nesse sentido, sintetiza Humberto Theodoro Junior (2017, p.814) que:

O incidente previsto no art. 947 do NCPC tem como objetivo incitar órgão colegiado maior a assumir o julgamento, em determinadas circunstâncias, de causa que normalmente seria de competência do órgão fracionário menor do mesmo tribunal. Presta-se o expediente à prevenção contra o risco de divergência entre os órgãos internos do tribunal em torno de questões de repercussão social que ultrapassam o interesse individual das partes e, por isso, exigem um tratamento jurisdicional uniforme.

Na prática, essa identificação, porém, tem sido bem falha. No primeiro Incidente de Assunção de Competência, admitido pelo Superior Tribunal de Justiça desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o IAC no REsp (Incidente de Assunção de Competência no Recurso Especial) nº 1.604.412/SC, admitido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 13 de fevereiro de 2017, a matéria de direito com relevante interesse social estaria na aplicação de norma cogente, o que, com a devida vênia, representa motivo que se prestaria a justificar qualquer outra decisão.

De acordo com o parágrafo primeiro do novel dispositivo, a legitimidade para suscitar o incidente foi ampliada, não se restringindo mais à literalidade do dispositivo ao relator, como ocorria no CPC/73. O incidente pode ser suscitado pela iniciativa do relator, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Em consonância com o teor do artigo 977, inciso III, do Código de Processo Civil, o Ministério Público será legitimado tanto quando atua como parte como se atuar enquanto fiscal da ordem jurídica e a Defensoria Pública será legitimada tanto se atuar como parte como se atuar enquanto *custos vulnerabilis*.

Sendo reconhecido o interesse público na questão, o órgão colegiado indicado pelo regimento interno de cada tribunal realizará o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, como dispõe o parágrafo segundo. Sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno destaca que “*deve haver julgamento do caso concreto, e não, apenas, de fixação ou enunciação de tese relativa à relevante questão de direito*” (BUENO, 2018, p.718).

No mesmo sentido, menciona, ainda, Luiz Guilherme Marinoni (2016, p.237) que:

A assunção de competência requer não só a discussão individualizada da questão de direito que a justifica, mas a sua decisão, que só pode ser particularizada. Ou seja, todos os membros do colegiado devem votar não apenas para dar ou negar provimento ao recurso, mas também para decidir a questão de direito envolvida no recurso

Nesse diapasão, cumpre, ainda, esclarecer que seria possível a instauração do incidente de assunção de competência nos Juizados Especiais caso, no julgamento do recurso por uma turma composta por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado, identifique a presença dos requisitos para a instauração do incidente (ABBOUD; FERNANDES, 2018, p.341).

O parágrafo terceiro dispõe sobre a vinculação de todos os juízes que atuam no tribunal

em relação ao julgamento do incidente de assunção de competência, que só deixará de ser observado caso a tese seja superada.

O parágrafo quarto explicita a finalidade do instituto que ganhou relevo no novel diploma, a prevenção ou a composição de divergência, tanto entre tribunais como no mesmo tribunal e o instituto da assunção de competência que foi aqui abordado visa a assegurar a prevenção ou a composição da divergência entre câmaras ou turmas do mesmo tribunal. Casos já julgados podem evidenciar a divergência, mas a existência de outros que devem ser julgados é que demonstra a necessidade de composição da divergência.

Os requisitos para a utilização do instituto são, portanto, os seguintes: a) a existência de recurso, de remessa necessária ou de ação de competência originária do Tribunal pendente no Tribunal; b) a existência de questão de direito, relevante e revestida de repercussão social; c) divergência interna no Tribunal ou a possibilidade de esta divergência existir, não sendo admitida a divergência entre juízes ou tribunais diversos; d) que não se trate de causa repetitiva. O incidente não se enquadra, portanto, nas técnicas de julgamentos dos casos repetitivos que preceitua o artigo 928 do Código de Processo Civil. Ainda que haja pelo menos a possibilidade de decisões conflitantes, o incidente de assunção de competência (IAC) possui nítida função preventiva da dispersão jurisdicional.

O procedimento se desdobra em duas fases. Na primeira fase, cabe ao relator, deliberar, de ofício ou a requerimento, sobre o cabimento e a conveniência da submissão da causa ao julgamento do órgão que tenha previsão regimental para a uniformização da jurisprudência do tribunal (art. 947, §1º).

Na segunda fase, os autos são remetidos ao órgão a que caberá a decisão sobre a ocorrência ou não do interesse público na assunção de competência proposta (art. 947, §2º). Não sendo reconhecido, o processo retornará ao órgão fracionário originário. Reconhecida, o colegiado *ad quem* julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária, que foi a base do incidente.

O Código de Processo Civil de 2015, no artigo 942, §4º, inciso I, prevê que, ainda que o julgamento da assunção de competência seja por maioria, o resultado será proclamado sem a ampliação do colegiado.

Em virtude do julgamento do incidente de assunção de competência (IAC), tal como disposto no artigo e 927, inciso III, e no artigo 947, §3º, ambos do Código de Processo Civil, haverá consequência em diversos institutos.

Uma das previsões que representam um reflexo do instituto é que, caso seja firmado um entendimento no âmbito da assunção de competência e este entendimento seja de improcedência do pedido, ao ser ajuizada uma demanda sobre o tema, o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido, nos termos do artigo 332, inciso III, do Código de Processo Civil, dispensando-se a citação do réu.

Caso a sentença condenatória contrária aos interesses da Fazenda Pública esteja fundada em entendimento firmado em assunção de competência, o artigo 496, §4º, inciso III, prevê que haverá a dispensa da remessa necessária.

O artigo 932, III, c e IV, c, prevê que o julgador poderá decidir monocraticamente o recurso, não pedindo dia para julgamento colegiado, caso já haja entendimento firmado em assunção de competência. Caso o entendimento verse sobre competência, o julgador poderá, ainda, decidir monocraticamente o conflito de competência, conforme disposto no artigo 955, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil.

Se o entendimento firmado em assunção de competência vier a ser inobservado, caberá reclamação para o Tribunal que fixou o entendimento, conforme preceitua o artigo 988, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015. Por sua vez, caso não haja pronunciamento

sobre a existência do julgamento proferido no IAC, a decisão será considerada omissa, sendo cabível a oposição de embargos de declaração, nos termos do artigo 1.022, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil.

#### **4 UM BALANÇO SOBRE O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC) NOS 3 (TRÊS) ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

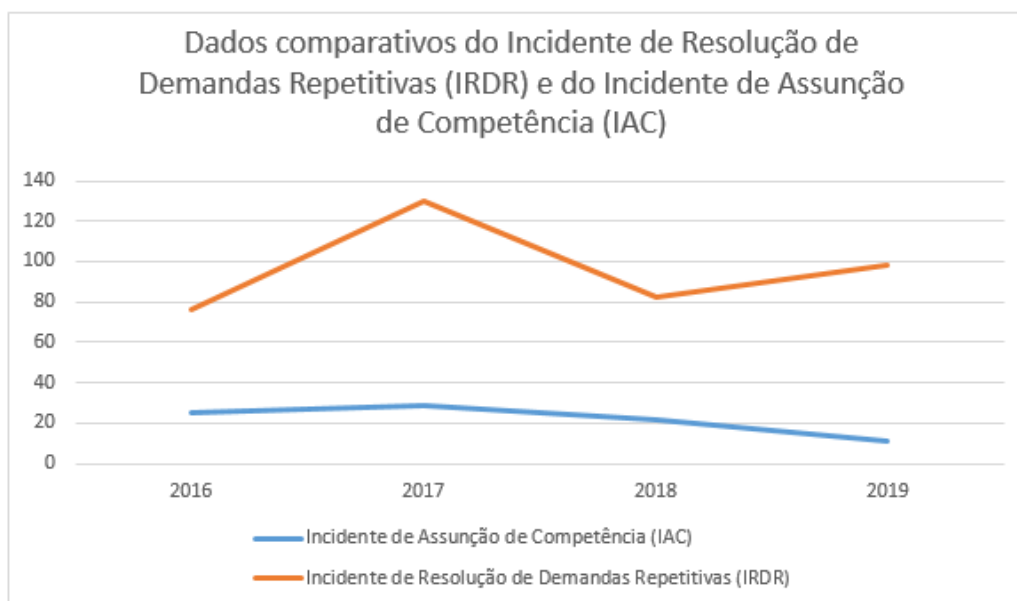
Neste momento, serão analisados os dados referentes à utilização do incidente de assunção de competência (IAC), através das informações disponíveis através da consulta ao Banco de Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), durante os 3 (três) anos de vigência do Código de Processo Civil, referentes aos incidentes admitidos.

Da análise do Banco de Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é possível constatar que, em 2015, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil, o instituto havia sido admitido uma única vez. Antes dessa data, sequer há informações oficiais sobre a utilização da assunção de competência.

Por sua vez, a partir do novo diploma, foram admitidos 25 (vinte e cinco) incidentes no ano de 2016, 29 (vinte e nove) em 2017, 27 (vinte e sete) em 2018 e 11 (onze) ao total no ano de 2019, sendo que somente 2 (dois) até 18 de março de 2019, quando o diploma processual completou 3 (três) anos de vigência. Nota-se que, em comparação com o panorama do período anterior à vigência do Código de Processo Civil de 2015, de fato, o instituto de assunção de competência somente começou a ser efetivamente utilizado a partir da vigência do novel diploma.

Todavia, cumpre ressaltar que a utilização do instituto é insuficiente (BENETI, 2009, p. 16). Para isso, basta ressaltar que, se comparado ao instituto já utilizado quando se instaurou o entendimento divergente, é possível perceber que foram 76 (setenta e seis) incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDRs) admitidos em 2016, 130 (cento e trinta) em 2017, 82 (oitenta e dois) em 2018 e 98 (noventa e oito) em 2019, sendo 11 (onze) até o dia 18 de março de 2019.

Os dados podem ser assim sintetizados:



*Fonte:* Número de procedimentos admitidos segundo o Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Os anos analisados já alertam para dois dados relevantes: i) a discrepância dos dados caso comparada a utilização do instituto do incidente de assunção de competência (IAC) com o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) durante a vigência do novel diploma; ii) a acentuada queda do número de incidentes de assunção de competência (IAC) ao longo da vigência do Código de Processo Civil, enquanto apenas aumenta o quantitativo referente ao incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil completou, no dia 18 de março de 2019, 3 (três) anos de vigência. Em relação ao diploma anterior, o novo diploma manteve alguns institutos, criou outros e aperfeiçoou o sistema.

Um dos institutos que teve nítido aprimoramento foi o tema da assunção de competência. Tratado em um capítulo próprio, o instituto pressupõe: a) a existência de recurso, de remessa necessária ou de ação de competência originária do Tribunal pendente no Tribunal; b) a existência de questão de direito, relevante e revestida de repercussão social; c) divergência interna no Tribunal ou a possibilidade de esta divergência existir, não sendo admitida a divergência entre juízes ou tribunais diversos; d) que não se trate de causa repetitiva.

O incidente de assunção é uma técnica para a definição de questões de direito que tem clara relação com a “jurisprudência uniforme”. Isso porque o incidente de assunção objetiva alcançar uma única solução para questões de direito.

Não obstante o instituto possa contribuir para o aprimoramento da prestação jurisdicional, evitando decisões conflitantes, dados do Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostram que apenas foram admitidos 25 (vinte e cinco) incidentes no ano de 2016, 29 (vinte e nove) em 2017, 27 (vinte e sete) em 2018 e 11 (onze) ao total no ano de 2019, sendo que somente 2 (dois) até 18 de março de 2019. Esse número, além de ser muito baixo, ainda vem observando um declínio ao longo dos anos de vigência do Código de Processo Civil.

O cenário se torna ainda mais alarmante mais se forem considerados os dados referentes a outro instituto, o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando já há a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, material ou processual, e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. No mesmo período, foram 76 (setenta e seis) incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDRs) admitidos em 2016, 130 (cento e trinta) em 2017, 82 (oitenta e dois) em 2018 e 98 (noventa e oito) em 2019, sendo 11 (onze) até o dia 18 de março de 2019.

Nota-se, portanto, que não obstante o legislador tenha aprimorado um instituto que em muito pode contribuir para a uniformidade e coerência da prestação jurisdicional, o Judiciário ainda precisa empregá-lo de forma mais frequente na prática, de forma a potencializar sua finalidade de prevenir que a divergência ocorra, o que proporcionará uma maior segurança jurídica, ao invés de tentar uniformizar o entendimento quando a questão se tornar repetitiva.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yamin. Requisitos legais para a instauração do incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 279, mai. 2018, p. 339-356.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 5, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 27, n. 105, jan.-mar. 2002, p. 181-190.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 171, mai. 2009, p. 9-23.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 4.ed., 2018.

LEMONS, Vinícius Silva. *O Incidente de Assunção de Competência*. Da Conceituação à Procedimentalidade. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o Incidente de Assunção de Competência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 260, 2016, p. 233-256.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, J. R. M. *Incidente de Assunção de Competência*. Rio de Janeiro: GZ, 2020.

NUNES, Dierle. *O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed., Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3: leis n.º 11382/2006, n.º 11417/2006, n.º 11418/2006, n.º 11341/2006, n.º 11419/2006, n.º 11441/2007 e n.º 11448/2007*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. 2.ed., São Paulo: RT, 2016.

---

**Recebido em:** 09/06/2019

**Aprovado em:** 30/12/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Os três anos de vigência do Código de Processo Civil: um balanço sobre o incidente de assunção de competência. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.39, p.78-86, set./dez. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2020/01/DIR39-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# LA AUDITORÍA AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE PANAMÁ: SU PRÁCTICA EN EL SECTOR EMPRESARIAL INDUSTRIAL

## THE ENVIRONMENTAL AUDITING IN IN THE JURIDICAL ORGANIZING OF PANAMA: HIS PRACTICE IN THE BUSINESS SECTOR INDUSTRIAL

Alcibiades Rodríguez Batista<sup>1</sup>  
Alcides Antúnez Sánchez<sup>2</sup>

**RESUMEN:** Los avances en la política ambiental y en la gestión ambiental en las empresas del sector empresarial ha permitido articular estrategias de conservación y aprovechamiento de los recursos naturales y del ambiente como paradigma en Panamá. Estos avances han sido inclusivos al desarrollo normativo desde el texto constitucional hasta las materias administrativa ambiental para su protección, donde se establecen derechos ambientales y la participación ciudadana para alcanzar el desarrollo sostenible a partir de su reconocimiento en los conclave internacionales. Se ejecuta el análisis de la auditoría ambiental entre los instrumentos de mercado y comercio dentro de la formula estimulación/recompensa, vinculados al control público ambiental ejecutado por la Entidad Fiscalizadora Superior y la Autoridad Nacional Ambiental, el que permite caracterizarla a partir de su génesis, definición, desarrollo y evolución desde el siglo XX al XXI en el ordenamiento jurídico panameño dentro cuerpo del artículo en relación con los problemas ambientales reconocidos en esta nación centroamericana.

**Palabras llaves:** actividad de control; legalidad; responsabilidad; competencia

**ABSTRACT:** It has enabled the advances in the environmental policy in the environmental step at the companies of the business sector and articulating strategies of conservation and use of the natural resources of the environment like paradigm and in Panama. These advances have been inclusive to the normative development from the constitutional text to the administrative environmental matters for their protection, where environmental rights and the civic participation to attain the sustainable development as from their recognition in the international conclave become established . You execute the analysis of the environmental auditing between the instruments of market and I sell within the formula stimulation reward, linked to the public environmental control executed by the Supervising Superior Entities and the National Environmental Authority, the one that you allow to characterize her as from his genesis, definition, development and evolution from the century XX to the XXI in the juridical organizing from Panama inside body of the article relating to the environmental problems recognized at this Central American nation.

**Keywords:** activity of control; legality; responsibility competition

**Material y método:** En el artículo se realiza una caracterización de la auditoría ambiental a partir de su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico de Panamá, los problemas ambientales declarados por la Autoridad Ambiental Nacional el sector empresarial industrial en pos del desarrollo sostenible. Este estudio es parte de la tesis doctoral en ciencias empresariales sobre la auditoría ambiental ejecutada en las empresas del sector empresarial industrial por la Autoridad Ambiental Nacional y la Contraloría General en la Universidad de Panamá para su mitigación dentro de las políticas públicas. Para ello se han utilizado como métodos el de análisis-síntesis, histórico-lógico, inducción-deducción, revisión bibliográfica, y el de comparación jurídica.

1 Profesor Facultad de Ciencias Empresariales. Universidad de Panamá. República de Panamá. Email: arbatista1974@hotmail.com

2 Magíster en Asesoría Jurídica mención Derecho Ambiental. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu; antunez63@nauta.cu, antunez1963@gmail.com

## 1 GLOSA INTRODUCTORIA

El medio ambiente, ha sido asumido a lo largo de la evolución del “pensamiento filosófico y gnoseológico” del hombre como ser social de diferentes maneras y diversas acepciones. El hombre en su relación con la naturaleza y a fin de lograr la conservación de las condiciones ambientales que requiere para su hábitat sin perjuicio del desarrollo de las actividades económicas que lo impactan, necesita establecer los mecanismos, medidas y procedimientos que permitan una convivencia armónica de lo natural, de lo social y de lo económico.

Surge para ello la gestión ambiental, con la aplicación de los instrumentos de tutela ambiental para su adecuada protección y dentro de la mismas, son ellos los instrumentos o herramientas de gestión. Por ello, el desarrollo tecnológico y las nuevas tecnologías no pueden ser depredadoras del medio ambiente. El Derecho, se instituye como el medio para favorecer su desenvolvimiento ambiental responsable, con el uso de los instrumentos de comando y control como también se le conoce.

Sin embargo, paralelamente al extraordinario progreso científico y tecnológico, el que ha permitido un alto nivel de vida en las sociedades desarrolladas hoy más que nunca se advierten los innumerables riesgos originados por el propio desarrollo tecnológico y sobre los que, pese a dicho progreso sigue presente la incertidumbre científica sobre los efectos al medio ambiente y a la salud humana, de aquí la necesidad de la pertinencia de los principios del Derecho Ambiental que informan. (JAQUENOD DE ZSÖGÖN, 1991, p.34; SERRANO MORENO, 2007).

La aparición de la auditoría ambiental dentro de los mecanismos de control significó un escalón superior en el orden de integralidad, apuntó no solo a la eficiencia económica sino a la conformación de la empresa responsable con el ambiente. Ello representó impulsar y verificar el debido engranaje optimización, legitimidad, racionalidad y competitividad a las formas de gestión que la ponderan. Se inserta este tipo de auditoría entre los factores de estimulación de las fórmulas empresariales correspondiente a la resolución de la contradicción eje de los modelos económicos: ilimitadas necesidades individuales y colectivas y limitados recursos materiales disponibles para satisfacerlas, a partir de un desarrollo sostenible (fórmula/recompensa).

## 2 LA AUDITORÍA, ORÍGENES, DEFINICIÓN, DESARROLLO Y EVOLUCIÓN COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN

Los orígenes de la auditoría se remontan a épocas tan lejanas como el Egipto antiguo, donde los soberanos, para evitar desfalcos en las cuentas de sus residencias o en la construcción de obras públicas, aplicaban distintas medidas de control. Esta práctica de una u otra forma estuvo presente en el resto de las civilizaciones antiguas y desapareció, junto con el mercado y el sistema monetario, al finalizar esta etapa histórica y comenzar la Alta Edad Media, caracterizada por el predominio de la economía natural. (VILLARDEFrancos ÁLVAREZ, 2006).

En Inglaterra y Escocia a partir de 1130, se comenzó con el uso de los llamados Registros de los Erarios, como una especie de registro contable. En el resto de los países europeos, se introdujeron estos medios de control más tarde en la época de Renacimiento. A partir del siglo XII, en el período de Baja Edad Media, trajo consigo el resurgimiento de las ciudades, el florecimiento de los oficios y el desarrollo del comercio, exigían determinados tipos de evidencia documental en las actividades mercantiles. (VILLARDEFrancos ÁLVAREZ, 2006)

Los documentos señalan como a finales del siglo XIII y principios del XIV ya se auditaban las operaciones de los funcionarios públicos que tenían a su cargo los fondos del Estado para su control. En Italia, en el siglo XV, surgieron las técnicas de teneduría de libros como medio de mantener los ingresos y los gastos bajo el control público. El referente con la obra de Paccioli



de 1494, tratado sobre el método conocido de la “partida doble”, evidencia que desde el año 254 se inspeccionaban y comprobaban las cuentas, factor que permitió la evolución paralela de la actividad de la auditoría como resultado de la práctica de la contabilidad como ciencia y a la vez como herramienta de trabajo de los especialistas dedicados a la contabilidad con el desarrollo del comercio.<sup>3</sup>

Otros datos señalan que en los finales del siglo XIII y principios del XIV ya se auditaban las operaciones de los funcionarios públicos que tenían a su cargo los fondos del Estado. Para 1799, existían firmas acreditadas de contadores públicos en Escocia, Estados Unidos de América e Inglaterra, fueron las primeras naciones en las que toma relevancia la contaduría pública ligada a la práctica de la auditoría pública.<sup>4</sup>

Los estudios realizados desde las ciencias contables, refieren que la práctica de la auditoría nace en Gran Bretaña durante la primera mitad del siglo XIX, se extendió a otros países de la cultura empresarial anglosajona, como la forma de hacer fiable la información contable, la transparencia en el mercado de valores ante el desarrollo económico y la expansión de las relaciones económicas al exigirse información precisa y real de sus estados de cuentas, de forma tal que diera confianza y fuera competitiva, vinculada a la actividad del comercio de los sujetos de gestión.<sup>5</sup>

En consecuencia, se considera que la razón de ser Gran Bretaña la cuna de la auditoría, se explica por ser este el país pionero en la Revolución Industrial, país precursor y máximo exponente de las técnicas de auditoría en su desarrollo, se debe a dos causas de suma importancia: por un lado, al alto nivel del desarrollo industrial y financiero del país, y por el otro, al haber contado con la experiencia de siglos de los llamados Consejos Londinenses fundados en 1310, como organismos precursores de las actuales asociaciones profesionales de auditores.<sup>6</sup>

Demuestran estos elementos analizados que, hasta la Revolución Industrial la economía se desarrollaba en base a una estructura de empresa familiar donde la propiedad y la dirección de sus negocios confluían en las mismas personas, que, por tanto, no sentían ninguna necesidad de la auditoría independiente ni tampoco se les imponía por normativa legal. Por su incidencia como acontecimiento económico social del siglo XIX, fue un suceso que demandó la participación de hombres especializados en analizar los problemas económicos, financieros y contables para su evaluación, se necesitó entonces de la contaduría pública como la herramienta técnica para estos fines.<sup>7</sup>

La literatura científica recoge que en el siglo XIX la auditoría se practicaba para que diera confianza y fuera competitiva el sujeto auditado, estando vinculada a la actividad del comercio interno y al foráneo en materia mercantil. Esta actividad de control para el desarrollo económico financiero de cualquier institución, surge en el momento mismo en que la propiedad de unos recursos financieros y la responsabilidad de asignar estos a su gestión productiva, ya no están en manos de una misma y única persona en los sujetos de gestión.

Luego en el siglo XX le fueron incluidas normativas jurídicas a la auditoría como voluntad de la Administración Pública, permitió se fortaleciera el trinomio Contabilidad, Auditoría y Derecho, al cobrar nuevas dimensiones como normativa administrativa ambiental para proteger

---

3 Para profundizar, véase Tua Pereda (2008, pp.4-19); Tua Pereda (2012, pp.1-23).

4 Confróntese para profundizar, Vives (2011); Fernández De Gatta Sánchez (2011, pp.27-44).

5 Cfr. Villardefrancos Álvarez (2006).

6 Cfr. Villardefrancos Álvarez (2006).

7 Para profundizar, véase, Kuhn (2001, p.13); Méndez Gutiérrez Del Valle (2009, pp.7-29).

los activos contra las posibles transgresiones, tipificándose con la protección del bien jurídico ambiental y otras infracciones, ubicados bajo el término genérico de los delitos ambientales con reflejo en la contabilidad directa o indirecta a los sujetos de gestión, potenciada con el uso de las herramientas de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones en la contabilidad como nexo vinculante en la Sociedad de la Información y el Conocimiento (SANTANA PACHECO, 2017).

Como colofón, con la Industria 4.0 en el siglo XXI basada en el desarrollo de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones (Tic), aceleran las innovaciones basadas en la robotización, la inteligencia artificial, la interconexión digital, la industria conectada, donde las barreras entre el mundo físico y el digital son difusas, da lugar a un nuevo modelo económico que tiene efectos en todas las actividades, y en especial con la economía digital. Esta forma de gestión económica al conformar una relación jurídica telemática pondera una actitud respetuosa con el ambiente dentro de la ciudad digital. Su nexo con el tema se aplica en la contabilidad con las herramientas digitales que se implementan en la evaluación, análisis y el control.

La tendencia con el uso de las herramientas de las Tic, debido a la creciente evolución y desarrollo del manejo de la información en el mundo actual, necesita recurrir a las más diversas opciones, con el fin de mantener un control eficaz sobre estas, siendo indispensable el uso de las tecnologías de la información para dar solución a este problema. Aprovechando las buenas prácticas de la industria del software, las tecnologías basadas en estándares y la diversidad de plataformas y opciones informáticas, se encuentran en los mercados software enfocados a contribuir a la gestión de auditorías y manejo de los sistemas de gestión ambiental. Entre estas herramientas informáticas están la autoaudit para el sistema windows, otro es se audit, el ecogestor, el kmkey quality, el isotoools, y el gestic, entre otros.

## **2.1 La auditoría ambiental, origen, definición, desarrollo y evolución en el sector empresarial en la gestión ambiental**

La aparición de la auditoría ambiental dentro de los mecanismos de control significó un escalón superior en el orden de integralidad, porque apuntó no solo a la eficiencia económica sino a la conformación de la empresa responsable con el ambiente. Representó impulsar y verificar el debido engranaje optimización, legitimidad, racionalidad y competitividad. Elementos que han permitido que haya evolucionado con el transcurso del tiempo en relación con el país que la aplique y el desarrollo tecnológico industrial que posea. Se conexión está relacionada a los orígenes del *ius* ambientalismo como parte de la Agenda Pública Internacional. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) señalan al año 1969, como su inicio. (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES, 2016, pp.18-36).

Se valora cómo se inserta este tipo de auditoría entre los factores de estimulación de fórmulas empresariales correspondiente a la resolución de la contradicción eje de los modelos económicos: ilimitadas necesidades individuales y colectivas y limitados recursos materiales disponibles para satisfacerlas a partir del desarrollo sostenible como principio jurídico.<sup>8</sup>

La auditoría ambiental fue instrumentada por los países de mayor desarrollo industrial a través de metodologías y técnicas en su ejecución dentro de sus ordenamientos jurídicos.

---

<sup>8</sup> Para profundizar, véase, Loperena Rota (2003, pp.3-16); Piñar Mañas (2003, pp.185-204); Santamaría Arinas (2006, pp.631-638); Aranguren, (2006, pp.139-211).

Su conformación se vincula a elementos históricos, teóricos, doctrinales, legislativos y culturales con la práctica de la actividad de la auditoría y la contabilidad social, ligados a la responsabilidad social empresarial a partir de 1953 en los Estados Unidos de América con la aparición de la norma técnica ISO 26 000 (BOWEN, 1953).

La década de los 70' del siglo XX, señalan al empresariado norteamericano como los primeros en aplicarla de manera voluntaria para evaluar la empresa con la finalidad de servir como herramienta de dirección para la gestión ambiental ante el aumento y la complejidad de la normativa jurídica Estadual y Federal, ante toda una serie de problemas ambientales que acontecían en esta nación generados por la contaminación ambiental por vertido y la atmosférica en la industria química.<sup>9</sup>

Las EFS creadoras de este tipo de auditoría, le concedieron la función de dar a conocer los índices de contaminación generados como resultado de la producción industrial de bienes y servicios y estimular con ello la implementación de tecnologías limpias, los sistemas de gestión ambiental y otros instrumentos en materia contable ambiental, para obtener la certificación ambiental a partir de los 90' del siglo pasado. Constituyó una respuesta estratégica a la modificación de los hábitos de consumo y estilos de vida contrarios al desarrollo sostenible como efecto negativo del desarrollo tecnológico y las transformaciones económico-sociales de la época. Se reveló con ello el reto de la creación de instrumentos y herramientas que viabilizaran su aplicación y permitieran el equilibrio entre los avances de la tecnología y el medio ambiente. (KENNER THOMPSON, 2010, pp.1-22).

Está claro que, desde el Derecho Ambiental Internacional, la auditoría ambiental es reconocida como una herramienta de gestión para minimizar los impactos ambientales negativos generados por la actividad humana y como una estrategia de la Administración Pública para proteger el bien jurídico público a los sujetos de gestión que la tienen en cuenta, en su ejecución tiene vínculo con otras herramientas de gestión como la Evaluación de Impacto Ambiental, la Inspección Ambiental y la Licencia Ambiental, entre la de mayor pertinencia en la gestión ambiental.<sup>10</sup>

En la década de los 90', se le adicionan nuevos elementos tecnológicos vinculados al Comercio Internacional, con ello la hacen mucho más compleja, completa y dinámica la gestión ambiental por parte de los sujetos económicos que la implementan; así las cosas, las técnicas, métodos y objetivos de la auditoría como actividad de control de forma simétrica evolucionó para poder atender y dar respuestas a las nuevas exigencias de los clientes a partir del siglo XX hasta la actualidad en el mercado de bienes y servicios (MORA RUIZ, 2005).

Al respecto, las EFS en el año 1995, la reconocen como herramienta de gestión ambiental, aunque otros estudios contables se considere su génesis vinculada a la contabilidad y a la auditoría social para dar respuesta a problemas generados al medio ambiente con la contaminación atmosférica, por vertido, la lumínica, la sonora; a la protección a la biodiversidad, el cambio climático, a los recursos hídricos, al incremento de los niveles de radiación, la lluvia ácida, el incremento de las concentraciones de ozono generado por la industria, la calidad del aire en las ciudades, el uso y manejo de la tierra, la desertificación, el comercio y el medio ambiente. (ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2010, p.18.)

Las EFS la definen como la herramienta técnica de gestión para realizar la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la efectividad de la organización auditada;

---

9 Para profundizar, véase, Harrison (1998, pp.7-29); Gordillo (2006, pp.9-14).

10 Confróntese para ello, Juste Ruiz (1984, p. 53); Juste Ruiz (1999, p.39)

la gerencia y los equipos ambientales para proteger el medio ambiente con un mejor control de las prácticas ambientales y la evaluación. Para cumplir las políticas ambientales de la empresa y la industria en relación a las normativas legales a partir de la institucionalización de la tutela ambiental.<sup>11</sup>

Las normas técnicas ambientales ISO 14 001 y 19 011, la definen como ... *“proceso sistemático, autónomo y documentado para obtener evidencias de la auditoría, evalúa de manera objetiva con el fin de determinar la extensión en que se cumplen los criterios de auditoría...”*<sup>12</sup>

La Cámara Internacional de Comercio dentro de las Naciones Unidas por la pertinencia de la cuestión ambiental, la reconocen como la *“...herramienta de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del funcionamiento de la organización ambiental. Prevé la implantación de gestión, así como los equipos de control necesarios con objeto de facilitar el control de gestión de las prácticas medio ambientales y declarar la observancia de la política de la Compañía de acuerdo con la normativa ambiental. Es el examen metódico que implica análisis y comprobaciones de las prácticas y procedimientos ambientales de una empresa o parte de ella. Este término de auditoría es sinónimo de revisión y verificación de diversos aspectos de una empresa...”* (BELMONTE MARTIN, 2009, p.48; KENNER THOMPSON, 2010, pp.1-22).

La Asociación Americana de Contabilidad la define *“...proceso sistemático para obtener y evaluar de manera objetiva las evidencias relacionadas con informes sobre actividades económicas y otros hechos relacionados. Su finalidad consiste en determinar el grado de correspondencia del contenido informativo con las evidencias que le dieron origen para determinar si en dichos informes se han elaborado con la observancia de los principios establecidos para el caso...”* (ALVARADO RIQUELME, 2014, p.497).

## 2.2 La auditoría ambiental y las ciencias contables

Los aportes desde la teoría en Iberoamérica, son valorados a partir de los estudios desde las ciencias contables, ejecutados por autores como Páez Sandubete, Wolisky, González Malaxechevarría, Terán Contreras, Fronti De García, y Bifaretti, muestran que esta actividad de control ha ido en evolución con el aumento de su espectro de actuación, para su ejecución precisa de la contabilidad ambiental para registrar el hecho económico en materia ambiental de forma indirecta o directa; el seguimiento y el control de los elementos que afectan la sostenibilidad ambiental en una forma de gestión con nuevo pensamiento contable desde lo teórico, epistemológico y metodológico para aplicar la auditoría ambiental en pos de alcanzar el desarrollo sostenible con una empresa respetuosa con el ambiente.<sup>15</sup>

Si bien es cierto que el aporte de la contabilidad ambiental, proporciona la técnica para el manejo de los costos e información de los estados financieros ambientales con base a la

11 Confróntese para profundizar, Elstein (2012, p.15); López Hernández (2013, pp.6-19). (La Organización Internacional de Auditoría. Es una organización autónoma, independiente, y apolítica)

12 Normas ISO 14001. Procedimiento de la Auditoría Ambiental. SGMA: Especificaciones y guías de uso. ISO 19011. Fundamentos de la Auditoría Ambiental. Norma ISO 19011. Norma en la organización empresarial, se cumple de forma obligatoria por los actores involucrados. NC ISO 19011:2003. Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión de la calidad y/o ambiental. NC ISO 14 031:2005. Gestión ambiental. Evaluación del desempeño ambiental. Norma ISO 26000:2010. Guía sobre responsabilidad social. Disponible en: <<http://www.iso.org>>.

15 Confróntese para profundizar, Páez Sandubete (1999); González Malaxechevarría (1997, pp.5-39); Wolisky (2012); Bifaretti (2008, pp.3-42); Fronti De García (2003).

normatividad internacionalmente aceptada; y en otro, la aplicación de la auditoría ambiental como instrumento auxiliar, provee de la técnica para la revisión sistemática, toma de decisiones y seguimiento a todas las acciones en el tema de medio ambiente. Es una herramienta útil que contribuye a la necesidad de cuantificar, registrar, informar respecto recursos naturales, financieros, humanos, técnicos, de servicios, de comunicación, así como, de costos y pasivos. (HERRERAS ARISTI, 2014)

Constituye por la transdisciplinariedad de la auditoría ambiental como actividad de control, considerada como un reto en la responsabilidad de los diferentes actores económicos en la protección al bien jurídico ambiente acorde al principio de legalidad; como hecho jurídico ratificado desde el Derecho Internacional en la Cumbre de Río en 1992, y en Johannesburgo en 2002, donde el control público al medio ambiente es un tema pertinente, de aquí que su principal reconocimiento sea en cada país a través del texto constitucional y en leyes especiales de desarrollo para su ejercicio por los servidores públicos. (JUSTE RUIZ; BOU FRANCH, 2017).

En este estudio de la evolución y desarrollo sobre la auditoría ambiental, se aprecia como a partir de 1990, empiezan a publicarse estudios desde las ciencias jurídicas, estos reflejan el análisis de la política pública ambiental con la aplicación de las herramientas de gestión como una actividad de control público para determinar los niveles de contaminación, la exigencia de la responsabilidad ambiental, la aplicación de la evaluación ambiental estratégica, la cuantificación del daño ambiental generado, los servicios públicos ambientales, la auditoría ambiental, el uso de las tecnologías limpias, los sistemas de gestión ambiental y la obtención de la certificación ambiental para lograr beneficios en el comercio a los sujetos de gestión.

### **2.3 La auditoría ambiental y las ciencias jurídicas**

Como institución jurídica, ha sido estudiada desde las ciencias jurídicas por autores como Martín Mateo<sup>16</sup>, Nogueira López<sup>17</sup>, Esteve Pardo (2005), Sanz Larruga (2016), Betancor Rodríguez<sup>18</sup>, Antúnez Sánchez<sup>19</sup>, coinciden en sus estudios que es una evaluación al sujeto de gestión de manera voluntaria u obligatoria para mejorar su gestión ambiental, es una fórmula de autorregulación ambiental con efecto público externo, no está concebida como un servicio público típico, son aplicadas normas técnicas ISO 14 000 y las EMAS, es una actividad de control de naturaleza jurídica pública y de fomento ambiental, es admitida dentro de la fórmula estimulación-recompensa, tiene efecto directo y vinculante al auditado, puede ser onerosa o gratuita, y su resultado final es certificatorio.

Martín-Retortillo Báquer señala que la regulación en el texto constitucional a partir de los fundamentos políticos, sociales y económicos sobre la responsabilidad que tienen los Estados en la protección al medio ambiente. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, nada se dice acerca del medio ambiente, eran otros los problemas y eran otras las preocupaciones. Lo medio ambiental tardaría en llegar. Sabemos que hay derechos fundamentales, como el del medio ambiente, que implican un coste elevado. La sociedad que se compromete con el medio ambiente asume que tiene que dedicar cuantiosas sumas y muy importantes partidas dinerarias para funcionar de una forma adecuada y correcta, lo cual hace que los Estados

16 Para profundizar, véase, Martín Mateo (1991, pp.450-451); Martín Mateo (1993); Martín Mateo (1994, p.108); Martín Mateo (2000, p.49).

17 Confróntese para profundizar, Nogueira López (1997); Nogueira López (1998, p.93); Nogueira López (2000).

18 Para profundizar, véase, Betancor Rodríguez (2014); Betancor Rodríguez (2004, p.77)

19 Para profundizar, confróntese, Antúnez Sánchez (2005); Antúnez Sánchez (2017)

se lo piensen, no tengan todos las mismas disponibilidades ni la misma voluntad. (MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, 2006)

Sanz Larruga, considera ...*“Paralelamente al extraordinario progreso científico y tecnológico que ha permitido un alto nivel de vida en las sociedades desarrolladas hoy, más que nunca, se advierten los innumerables riesgos originados por el propio desarrollo tecnológico y sobre los que, pese a dicho progreso, sigue existiendo una considerable incertidumbre científica sobre sus efectos sobre el medio ambiente y la salud humana”*... (SANZ LARRUGA, 2016).

Martin Mateo, pone de relieve en sus estudios como referente en el Derecho Ambiental que ... *“la significación de las auditorías como instrumento de autorreflexión de la situación de la organización en cuanto al cumplimiento de las disposiciones normativas; como instrumento de comunicación y tranquilización de los accionistas, y como herramienta al servicio de la política empresarial, en conexión con la búsqueda de calidad en las empresas. También, señala que las ecoauditorías participan del complejo de análisis evaluadores a los que las empresas en general se vienen sometiendo voluntariamente para clarificar y ponderar sus actividades al objeto de conocer mejor la situación de la empresa, y mejorar los resultados de su gestión”* ...<sup>20</sup>

Para Nogueira López, la auditoría ambiental es ... *“un instrumento de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica e objetiva de la eficacia de la organización, o sistema de gestión y procedimientos destinados a la protección del medio ambiente e que tiene por objeto: i) facilitar el control, por parte de la dirección, de las prácticas que podan tener efectos sobre o medio ambiente; ii) evaluar la adecuación de las políticas medio ambientales de la empresa”* ... Esta autora considera que este instrumento de gestión intenta dar cumplimiento a una serie de premisas de la política ambiental, y la asunción por las empresas de sus responsabilidades en relación con la gestión y la repercusión ambiental de sus actividades. Es un sistema de tipo voluntario. Tiene su implementación un efecto publicitario al concederles ventajas competitivas. Luego de su implementación por las empresas e industrias se convierten en obligatorio su cumplimiento, para optar por ciertas ayudas que ofrece la Administración.<sup>21</sup>

Betancor Rodríguez, expresa ... *“la auditoría ambiental será una actividad de control o de fomento en función a sí esta es o no obligatoria, si está o no impuesta por una norma jurídica. Puede darse el caso que sea meramente voluntaria pero el Derecho le asigna ciertos beneficios a aquel que la lleve a cabo, por lo que sería una medida de fomento ambiental”* ...<sup>22</sup>

Antúnez Sánchez y Ramírez Sánchez, sobre el tema estudiado destacan que el logro empresarial se alcanzará con el reconocimiento dentro de las formas de gestión su condición ambiental y no solo por el respeto y el cumplimiento de los planes. El éxito empresarial no deberá tener en cuenta solo por cifras de los productos finales y la satisfacción de las necesidades, sino en la calidad del proceso productivo en el que la dimensión ambiental esté presente. Al no existir la cultura adecuada sobre la auditoría ambiental, no le han permitido convertirse en un tema relevante para los empresarios, que les permita adquirir cultura organizacional y liderazgo con las herramientas y técnicas que les aporta la Ciencia de la Administración por la

20 Consúltense para profundizar Cfr. Martín Mateo (1993, pp. 494-495); Fernández de Gatta Sánchez; Nevado Moreno, (1997, p.181 y ss.); Rodríguez-Campos González (2003, p.385); Quintana López (2000, p.3514 y ss).

21 Cfr. Nogueira López (2000).

22 Confróntese Betancor Rodríguez (2014); Betancor Rodríguez; Larrinaga González (2004, p.77).

transversalidad y multidisciplinariedad de la cuestión ambiental para transitar hacia la calidad ambiental, haciéndola más competitiva en el mercado.<sup>23</sup>

Antúnez Sánchez, en su estudio considera que la auditoría ambiental como actividad de control, es un instrumento de gestión ambiental de naturaleza jurídica pública, su campo de acción son la empresa, la industria y el medio ambiente (personas jurídicas y naturales) dentro de la fórmula estimulación-recompensa. Su ejecución es realizada por funcionarios públicos requeridos de título profesional y título habilitante, asentados en el Registro de Auditores y Contralores; su función es evaluadora y certificadora de las metas ambientales en relación con la política ambiental trazada por la organización empresarial, es una técnica de comprobación de la legalidad con potestad reglada de la Administración Pública. Es un proceso, que en su práctica se utilizan procedimientos y metodologías, en ella se evalúa la ejecución gasto contable del patrimonio destinado a la protección ambiental (activos ambientales), puede ser ejecutada de forma interna o externa, se evalúa la eficiencia del sistema de gestión ambiental en relación con el vertido, la introducción de tecnologías limpias en la organización empresarial, se aplican normas técnicas, se exige la responsabilidad administrativa contravencional, laboral-funcionarial, social-empresarial, civil y penal a los sujetos auditados. Tiene efecto directo y vinculante al auditado, puede ser onerosa o gratuita. Su resultado final certificador le aporta valores añadidos que inciden de forma positiva en el comercio y el mercado a la persona jurídica o natural objeto de la auditoría. (ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2017).

## 2.4 La auditoría ambiental y las ciencias empresariales

También, desde las ciencias empresariales, se aprecian los aportes realizados por Gómez Orea<sup>24</sup>, Conesa Fernández-Vitora<sup>25</sup>, Viña Vizcaíno (2003), Ríos Gual (2006), Méndez Ortiz (2009), y Rodríguez Córdova (2007; 2016a; 2016b), coinciden en que la auditoría ambiental verifica el comportamiento ambiental de una empresa o industria, se implementa a través de un sistema de gestión ambiental de acuerdo con las normas ISO 14 000 y en Europa con el EMAS. Es voluntaria u obligatoria para mejorar su comportamiento ambiental. Se inserta en el principio, según el criterio en que “lo verde, vende” a través de una etiqueta ambiental, se vincula al Derecho Ambiental con el principio de prevención, de quien contamina paga, de responsabilidad, de cooperación; es un instrumento de carácter corrector, para la mejora del comportamiento ambiental, es interdisciplinaria, y puede tener carácter punitivo.

Gómez Orea et al., valoran en sus análisis ... *“la auditoría ambiental verifica el comportamiento ambiental de una empresa o industria, se ha implantado a través de un sistema de gestión ambiental en un centro productivo de acuerdo con las normas de la serie ISO 14 000 y en Europa por el EMAS. Ambas son de carácter voluntario para las entidades productivas que la implementan, el papel de los privados que las implanten como una forma de mejorar su comportamiento ambiental. Considera que se inserta en el principio, según su criterio en que “lo verde, vende” de tal manera que puede entenderse como una forma de hacer operativo este principio a través de una etiqueta ambiental, la que asegura al consumidor potencial que los centros certificados, efectivamente se hacen esfuerzos continuos en un espiral de mejoras, para mejorar el comportamiento o desempeño ambiental de sus procesos productivos, tanto para las empresas o para*

23 Confróntese para profundizar Antúnez Sánchez (2015); Antúnez Sánchez (2016); Antúnez Sánchez (2017); Antúnez Sánchez (2018)

24 Para profundizar, véase, Gómez Orea (1994); Gómez Orea (2000); Gómez Orea (2011, p.24 y ss).

25 Confróntese para profundizar, Conesa Fernández-Vitora (1997); Conesa Fernández-Vitora (2003)

*las industrias. Respecto a los principios la relaciona más con el que señala, “lo verde, vende”, pero también se vincula en torno a los que regula el Derecho Ambiental como son el de prevención, de quien contamina paga, de responsabilidad, de cooperación; es un instrumento de carácter “corrector”, toda vez que tiende a corregir los comportamientos de los dos estamentos implicados en la “producción y en el consumo sostenible”: donde están implicados los productores y los consumidores, a través de la norma jurídica que lo establezca. Es cierto de que hay dos diferencias básicas entre el EMAS y la ISO 14000, el EMAS es algo más exigente y la auditoría del sistema implantado con el EMAS se hace por el propio centro y luego hay una verificación externa de dicha auditoría por parte de un verificador externo acreditado por la entidad nacional de acreditación (auditor ambiental). En la ISO 14 000, la auditoría es externa y realizada por una entidad acreditada” ... (GÓMEZ OREA, 2011, p.24 y ss.).*

## **2.5 La auditoría ambiental y las ciencias ambientales**

Las ciencias ambientales en su definición estratégica, son las ciencias que contribuyen al desarrollo económico y social sobre una base ambientalmente sustentable. Contribuyen a la meta del desarrollo sostenible reconocido por la UNESCO y el PNUMA. Es considerada como la nueva área del conocimiento que comienza a desarrollarse a nivel mundial desde finales de los 70' del siglo XX.

Las ciencias ambientales han desarrollado nuevas formas de investigación basadas en un enfoque interdisciplinario y transdisciplinario que reconoce la validez e importancia de otras formas de conocimiento con las cuales mantiene en permanente diálogo. En su fase de desarrollo, las ciencias ambientales se nutren de los incesantes intercambios, no sólo entre las más variadas disciplinas científicas sino, también, entre distintos modos de producción del conocimiento. En ello radica la fuerza y especificidad de sus nuevos métodos de trabajo.

En el núcleo de la “gestión ambiental”, se agrupan una serie de programas con los nombres de “administración”, “gerencia”, “manejo” y “auditoría ambiental”, donde el ingeniero ambiental participa como gestor ambiental. Asociado a la calidad, medio ambiente y prevención de riesgos laborales de las empresas y organizaciones, agrupados en el siglo XXI en el sistema de gestión integrado.

En relación al control público, el ingeniero ambiental como salida de los estudios en Ciencias Ambientales, forma parte del equipo auditor, se encarga de realizar un estudio sistemático, documentado y objetivo del cumplimiento de las políticas ambientales y normativas de una empresa, dentro de la plantilla de la misma o como personal exterior a ella, revisa, examina y evalúa sus equipos y procesos, así como la posible contaminación y riesgo que la misma puede generar. El objetivo es determinar las medidas y acciones preventivas y correctivas adecuadas para la protección del ambiente y el cumplimiento de la normativa vigente. Es el gestor ambiental por excelencia en su labor de asesoría de la Administración Pública en la protección ambiental.

## **2.6 La ecocompetencia en la gestión empresarial**

Presentado este panorama científico de la institución jurídica, luego de analizadas las posturas interdisciplinarias desde las Ciencias Sociales, la Contabilidad, el Derecho, las Ciencias Empresariales y las Ciencias Ambientales, las que evidencian el tratamiento jurídico, contable, ecológico y empresarial que ha tenido esta actividad de control público desde su reconocimiento legislativo, ejecutada en una evaluación contable ambiental de los estados



financieros de la industria y la empresa que la implementa, su naturaleza jurídica es evaluadora de la gestión ambiental al sujeto de gestión la pondera. (LLENA MARACULLA, 1999)

Se identifica que es el equipo auditor quien realiza en su ejecución las normas técnicas ISO 14000, 19011, 26000 y el Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS). Podrá ser exigible la responsabilidad ambiental a los auditados ante la inobservancia de las políticas ambientales al dar a conocer sus conclusiones. Se demuestra con ello que la auditoría ambiental responde a las necesidades sociales. Es la herramienta susceptible de integrarse en la realización de las revisiones clásicas establecidas por otras ramas de la economía industrial, se integra a otros tipos de auditorías como la de legalidad, la financiera, la de cumplimiento y la de gestión, las que revisan en sus programas aspectos vinculados con la protección ambiental, brinda a los empresarios una mejor información en materia ambiental como meta hacia la sostenibilidad para desarrollar la empresa responsable con el ambiente. Se tutela por la Administración Pública con un fin: preservar el bien jurídico ambiental. Es interdisciplinaria, transdisciplinaria, multidisciplinaria y multidimensional como parte de un nuevo saber ambiental en el nuevo pensamiento ambiental de América Latina, al ser reconocida la naturaleza como sujeto en el pluralismo jurídico.<sup>26</sup>

Permite justipreciar desde el plano jurídico analizado que la auditoría ambiental, ni las normas ni el referente doctrinal son homogéneos en lo concerniente a los indicadores a medir, la significación de los mismos, ni cómo hacerlo atendiendo a las diferencias de desarrollo tecnológico y formas de gestión económica. Los ordenamientos jurídicos no han tenido en cuenta los diferentes momentos de control “no solo a la tecnología existente sino a la que se va adquirir” como mecanismo de prevención. Las ventajas de su aplicación parten de la observancia de los principios de precaución y prevención con un adecuado autocontrol en la organización auditada, permite a los empresarios promocionar la adecuada gestión ambiental y direccionar estratégicamente la actividad productiva hacia formas eficientes y competitivas.

El sustrato al ejecutarse la auditoría ambiental desde las ciencias empresariales para ser ecocompetente, converge en el control y la protección ambiental de forma permanente, pero no pueden estar divorciadas de la dinámica económica y de la Investigación + Desarrollo + Comercio en función del desarrollo sostenible que hoy se contextualiza en el mercado internacional de bienes y servicios, donde las EFS a nivel global y regional, a través del control ambiental, juegan un rol significativo en lograr el equilibrio entre el progreso y la protección ambiental para las futuras generaciones.

Basta efectuar un recorrido, para corroborar como desde la Declaración del Milenio aprobada en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas celebrada en 2000, en lo relativo a la auditoría ambiental, y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), promueven la gobernanza ambiental que hace hincapié en garantizarla a nivel nacional, regional y mundial para atender las prioridades ambientales que han sido acordadas a nivel mundial.

Por el grado de desinterés y desconocimiento existente del tema del control ambiental desde el plano internacional, dado que existe la noción (no adecuada) de que el medio ambiente es reservado para los ecologistas. Aun y cuando existen instituciones interesadas en debatir y proteger el tema objeto de investigación, existen sujetos de gestión que cuando se interrelacionan con el medio ambiente no le asignan la importancia que este reviste, de aquí la necesidad de la formación ambiental a partir de la integración de contenidos para su

---

26 Confróntese para profundizar, Leff Zimmerman (1998); Leff Zimmerman (2009); Leff Zimmerman (2013); Acosta (2010)

protección para alcanzar el desarrollo sostenible agravada con el cambio climático, analizados en la Cumbre de la Tierra+20 en 2012, Río de Janeiro y en la XXI Conferencia Internacional sobre Cambio Climático, 2015 en París, lo que incidirá en la toma de una conciencia ambiental adecuada. (ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2018)

Es cierto que, desde el plano jurídico la Conferencia de Estocolmo sentó las bases para un cambio en la producción y uso de recursos naturales desde el Derecho Internacional. Planteó principios tendientes a mejorar las condiciones de vida del hombre, el despertar de la conciencia ecológica para prevenir y conservar el medio ambiente. Ello sigue siendo un paradigma para la Administración Pública en lograr alcanzar un desarrollo sostenible con un sector industrial con ecocompetencias. (SANTAMARÍA ARINAS, 2006, pp.631-638).

De estos enfoques interdisciplinarios, se evidencia que a pesar de la vasta teorización sobre la auditoría ambiental, aún su construcción conceptual, su regulación y práctica adolece del enfoque sistémico que amerita para el logro de la empresa responsable con el ambiente la interrelación entre las diferentes ciencias y saberes necesarios para este propósito aún está en ciernes, hoy ponderada con la aparición dentro de la 4ta Revolución Industrial con la Industria 4.0 a partir del 2013, pertinente con la Agenda para el desarrollo sostenible 2030 de las Naciones Unidas en sus objetivos.<sup>27</sup> De aquí la necesidad consideran los autores del artículo de su construcción desde la integración de contenidos desde las ciencias que por su transdisciplinariedad se vinculan a esta actividad de control de la Administración Pública.

Se destaca, en este estudio su tracto evolutivo y doctrinal que las normas de auditoría generalmente aceptadas pueden considerarse como los requisitos de calidad para el desempeño del trabajo de los que ejercitan la auditoría profesional. Han constituido y constituyen en la mayoría de países el soporte obligado de las actividades que conducen los Contadores Públicos, Juristas, Ingenieros Ambientales en su actuación como servidores públicos. De aquí se justiprecia, que en el siglo XXI se empezó a hablar sobre la ecocompetencia en la gestión empresarial en el 2017 para alcanzar el desarrollo integral y sus indicadores, que incluye los ámbitos: económico, social, ambiental y el humano en pos del desarrollo sostenible en el sector empresarial. (VECINO, 2012; ABAD ARÉVALO, 2017).

De lo expuesto en el estudio en el epígrafe, son los elementos que permitirán realizar un análisis de como dentro del ordenamiento jurídico de Panamá ha sido reconocida la auditoría ambiental en sus políticas públicas para proteger el medio ambiente, al hacer énfasis en la empresa del sector industrial desde la perspectiva de las ciencias empresariales.

### **3 LA AUDITORÍA AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE PANAMÁ: PRAXIS AL SECTOR EMPRESARIAL INDUSTRIAL**

La región de Centroamérica y el Caribe a partir de las iniciativas internacionales que han dado lugar al reconocimiento del medio ambiente, a partir del año 1972, con la primera conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo, Suecia. Ésta conferencia se señala que fue la primera iniciativa hacia el control ambiental global y en ella se establecieron una serie de principios guía, para inspirar y guiar a los pueblos del mundo en la conservación y fortalecimiento del entorno humano, algo no logrado aún de manera adecuada.

Desde la perspectiva jurídica, en 1987 la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y del Desarrollo, destaca la importancia de la protección del medio ambiente para el logro del

---

<sup>27</sup> Para profundizar, véase, Fernández (2017); Liliana Coria (2017); Antúnez Sánchez (2019);

“desarrollo sostenible”. Finalmente, la conferencia con mayor número de países participantes de Las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, es la realizada en 1992, en Río de Janeiro, Brasil “Cumbre para la Tierra”. El concepto central de la conferencia fue el “Desarrollo Sustentable”, definiendo al mismo como “Un desarrollo que responda a las necesidades del presente al ritmo de la renovación de los recursos (naturales), es decir, que no comprometa al de las generaciones futuras”; asimismo se fue desarrollando el concepto de Responsabilidad Social Empresarial (VARGAS, 2006).

### **3.1 El Derecho Ambiental en Centroamérica y el Caribe**

Los estudios sobre el Derecho Ambiental en Centroamérica y el Caribe, se aprecian a partir de la obra de autores como Fernández-Rubio Legrá (2000), Brañes Ballesteros (2001), Aguilar Gretel & Iza (2004), López Sela & Ferro Negrete (2006), Caraballo Maqueira (2014), Rey Santos (2016), Peña Chacón (2016), Carmona Lara (2006) et al, los que han hecho aportes desde la teoría, reflejan que el Derecho Ambiental en la región, rica en diversidad biológica, se ve afectada por factores sociales, económicos y ambientales. Pervive la vulnerabilidad ambiental y las asimetrías de los países. Su reversión a través de un desarrollo sostenible se convierte en el principal reto para la Administración Pública en Centroamérica. En el territorio se necesita que se establezca uniformidad legislativa e institucional, para poder establecer un sistema regional que regule el área ambiental.

La evolución del Derecho Ambiental en Centroamérica, de los siete países que la integran nace desde el Derecho Internacional Ambiental con la adhesión a los convenios internacionales en materia ambiental a través del Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención Marco sobre Cambio Climático, la Convención Ramsar y la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.

En este análisis, como ya ha sido reseñado up supra, los pueblos indígenas se regían por leyes consuetudinarias que regulaban el uso de los recursos naturales. En el período de la conquista, en 1502, los españoles impusieron nuevos métodos para regular las aguas y los suelos. Lo característico en la región ha sido que en el pensamiento del legislador ha primado el tratamiento fragmentado de los recursos naturales.

Las poblaciones indígenas como pueblos originarios, las que registran una larga historia de luchas por el reconocimiento de sus derechos sobre sus territorios ancestrales y su identidad cultural, que se remontan a la época hispánica. En los años 80' del siglo pasado, se hace evidente la crisis ambiental, diversas organizaciones indígenas de la región, con el apoyo de otras organizaciones de la sociedad civil, señalan en forma contundente que, en sus saberes tradicionales sobre el uso y conservación de los ecosistemas en donde habitan, se encuentran valiosas claves para enfrentar la crisis. Reclaman el respeto, el rescate, y la creación de condiciones para mantener esos saberes por constituir la base para el manejo de los territorios cuyos derechos reclaman.

Con la reivindicación de la visión de las culturas tradicionales está teniendo profundas consecuencias para la gestión ambiental como se evidencia en la concepción y puesta en marcha de la Convención de biodiversidad, procesos en los cuales han influido las organizaciones indígenas de las diferentes regiones y sus adherentes, entre las cuales las de América Latina y el Caribe han jugado un papel central las relaciones entre economía, medio ambiente, sociedad y desarrollo sostenible en los 90' desde el siglo pasado. Después de la Conferencia de Río + 20 se ha dado un fortalecimiento de la gestión ambiental en América Latina y el Caribe, por el deterioro del medio ambiente ocurrido en el mismo período.

En la región de Centroamérica y el Caribe se ha legislado sobre asuntos relacionados con la protección de la fauna, de la flora de los bosques y del agua. Se ha tratado de regular las actividades contaminantes desde diferentes frentes: el de la salud del ser humano, el de la protección al ambiente, el de la agricultura. Se olvida, la necesidad de un Derecho Ambiental en donde los elementos estén interconectados de manera integral y respondan a ecosistemas. a pesar de los esfuerzos notorios que se realizan por el desarrollo de un Derecho Ambiental, la legislación sigue siendo variada, dispersa y algunas veces confusa. De los países que integran la región, solo Bélize no señala la protección ambiental desde el texto constitucional. De las 7 naciones, solo 6 tienen una norma marco ambiental, Bélize tiene esta regulación en leyes sectoriales, toda vez que su sistema jurídico es procedente del Common Law.<sup>28</sup>

Se coincide con el estudio realizado por Brañes Ballesteros, quien señaló que en el Derecho Ambiental es posible distinguir tres tipos de normas jurídicas, cuyas diferencias se explican por el proceso de su formación histórica. La “legislación común de relevancia ambiental” o “legislación de relevancia ambiental casual”, integrada por las normas jurídicas expedidas sin ningún propósito ambiental, pero que regulan conductas que inciden significativamente en la protección del medio ambiente. Sus orígenes datan del siglo XIX. La “legislación sectorial de relevancia ambiental”, integrada por las normas jurídicas expedidas para la protección de ciertos elementos ambientales o para proteger el medio ambiente de los efectos de algunas actividades, que es propia de las primeras décadas del siglo XX. La “legislación propiamente ambiental”, integrada por las normas jurídicas expedidas con arreglo a la moderna concepción que visualiza al medio ambiente como un todo organizado a la manera de un sistema. (BRAÑES BALLESTEROS, 2001, pp.9-114).

De este modo, la multidisciplinariedad del Derecho Ambiental en relación con la gestión ambiental, se aprecia que es un concepto -como en muchas de las temáticas ambientales- polisémico, cuyo contenido en parte dependerá del enfoque disciplinario que se le confiera dentro de las políticas públicas en cada nación. Sin embargo, cada vez más hay un consenso al tomar como referencia el vocabulario de la Norma ISO 14050, que no lo define como tal sino -mejor aún- como Sistema de Gestión Ambiental, incorporado a los cuerpos jurídicos en la materia ambiental administrativa (ORTEGA ÁLVAREZ, 2002, p.47; MARTÍN MATEO, 2003).

Se justiprecia como la norma ISO 14050, entiende como organización a la “Compañía, corporación, firma, empresa, autoridad o institución, o parte o combinación de ellas, organizada en forma societaria o no, pública o privada, la cual tiene sus propias funciones y administración”. Al respecto, hay que tener en cuenta que la familia de las normas ISO 14000 comprende estándares internacionales en la gestión ambiental, además desproporciona a las organizaciones elementos necesarios para integrar a su gestión empresarial o institucional, para conseguir sus objetivos ambientales y económicos.<sup>29</sup>

Al respecto, estos elementos analizados expresan que la gestión ambiental que hoy se conoce, se ha construido mediante la interacción de un complejo conjunto de factores económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales que se remontan al momento mismo de poblar el territorio. La necesidad de luchar contra la contaminación producto del desarrollo económico y la necesidad de impulsar las políticas de conservación de los recursos naturales renovables pernearon muy rápidamente en los países de Latinoamérica, Centroamérica y el Caribe. (BRAÑES BALLESTEROS, 2001, pp.9-114).

---

<sup>28</sup> Cfr. Aguilar Gretel (2004).

<sup>29</sup> Profundícese en este sentido, Cascio (1996); Méndez Ortiz (2009); Herrerías Arísti (2009).

En el plano jurídico, a partir de 1972, se pusieron en marcha en América Latina y el Caribe legislaciones e instituciones ambientales, y se expedieron las primeras políticas nacionales sobre medio ambiente. En este contexto analizado, se considera que se ha expedido diversa y profusa normativa ambiental en relación con la gestión ambiental. El factor ambiental condiciona la competitividad de las organizaciones, porque, hoy es el comprador quien determina la adquisición o no de un producto o servicio en función del impacto que éste pueda tener en el medio ambiente.<sup>30</sup>

Se destaca, asimismo como asociaciones organizadas para la defensa del medio ambiente, presionan a las organizaciones de la Administración Pública para la adopción de medidas de protección medio ambiental, la cuales necesitan ser analizadas y evaluadas por órganos de supervisión (auditores) a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos con una seguridad razonable. De aquí que reiteremos la pertinencia de los principios del Derecho Ambiental.<sup>31</sup>

Por consiguiente, en el mundo empresarial del sector industrial es frecuente encontrar el hecho que las compañías tienen conocimientos limitados o no adecuados acerca de los efectos de sus actividades y productos sobre el medio ambiente, y de este sobre sí mismas, al punto que es normal ante reclamaciones externas o pérdidas de insumos o productos perecederos en las instancias de los propios fabricantes, que los responsables se presenten asombrados o aleguen desconocimiento acerca de los problemas presentados, causándose en consecuencia, pérdidas importantes, tanto de imagen como económicas, las cuales de no abordarse objetivamente, pueden llegar a redundar seriamente en el futuro de la industria afectada y en la permanencia y aceptabilidad de su nombre o productos en el mercado. (APODACA ESPINOSA, 2013, pp.387-419). Ello sigue siendo un reto en la formación jurídica ambiental, al no integrar contenidos en la enseñanza del Derecho Ambiental para ser ecocompetentes.

Como se observa, la Organización Mundial del Comercio tiene aún un largo camino por recorrer en el debate sobre comercio y desarrollo sostenible: el fracaso de moverse hacia adelante tendría serias consecuencias económicas y políticas. En el lado económico, significaría que los mercados abiertos no produjeron los beneficios para el desarrollo esperados. En el lado político afectaría la credibilidad y la fe en el sistema de comercio internacional entre participantes que son vitales para su éxito. Estos elementos siguen siendo un reto para su consecución dentro de las políticas de los Estados (DELGADO PIQUERAS, 1998).

Relacionado con las aseveraciones anteriores, los problemas ambientales han estado enfocados en la pérdida de la biodiversidad, deforestación, pérdida de suelos y desertificación, deterioro de las costas y el medio marino, contaminación del agua por fuentes industriales, agrícolas y domésticas, manejo de residuos sólidos, especialmente domiciliarios, deterioro ambiental de las grandes ciudades, cambio climático, y desastres provocados por causas naturales y la intervención humana en los estudios ejecutados desde el siglo XX.<sup>32</sup>

---

30 Cfr. Aguilar Gretel (2004)

31 Cfr. Jaquenod De Zsögön (1991, p.34)

32 GEO 2000, *consulta sobre gestión ambiental en América Latina y el Caribe*, Estados Unidos de América

### **3.2 La gestión ambiental en América Latina y el Caribe**

Becerra-Rodríguez y Espinosa, desde sus posturas en un estudio multidisciplinario realizado sobre la gestión ambiental, refieren que se ha avanzado notablemente en América Latina y el Caribe en la última década del siglo XX, después de haberse celebrado la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Hay mayor conciencia pública sobre los problemas ambientales y se cuenta con una mejor comprensión de las complejas relaciones existentes entre medio ambiente y desarrollo, hecho que se refleja en la ampliación de la agenda ambiental que paulatinamente ha ido permeando hacia los diversos sectores de la actividad económica, social y política de los países.

Continúan que, la región enfrenta el gran desafío de fortalecer la gestión ambiental mediante la mejor utilización y calificación de las capacidades público/privadas, la creación de condiciones más favorables para el cumplimiento de los mandatos legales existentes, la asignación de los recursos adecuados y el incremento de la conciencia pública y la participación ciudadana, siendo estos últimos dos de los pilares fundamentales para la formación de una mayor voluntad política.

Consideran los autores consultados que la gestión ambiental es catalogada como un proceso permanente y de aproximaciones sucesivas en el cual diversos actores públicos y privados y de la sociedad civil desarrollan un conjunto de esfuerzos específicos con el propósito de preservar, restaurar, conservar y utilizar de manera sustentable el medio ambiente. La gestión ambiental parte de la necesidad de la sociedad de conservar y mejorar la “oferta y calidad ambiental”, es decir, de los recursos que sirven para satisfacer las necesidades de los seres humanos, y que son fundamentales como soporte de la vida en la tierra. Refieren que las contradicciones están en que las políticas económicas y sociales de los países no logran integrar aspectos de sustentabilidad ambiental ni tampoco se ha insertado de manera amplia la dimensión ambiental dentro de las políticas sectoriales específicas (industrial, agrícola, energética, etc.). Donde, los instrumentos de política ofrecen un conjunto de opciones para responder a la solución de los problemas ambientales. (BECERRA RODRÍGUEZ; ESPINOZA, 2002).

En este documento los instrumentos han sido agrupados en cuatro grandes categorías, con la finalidad de analizar su contribución práctica; ellos son: instrumentos de regulación directa (normas de calidad ambiental, contaminación y proceso); instrumentos administrativos y de planificación (permisos, licencias, estudios de impacto ambiental); instrumentos económicos; y la información, la investigación y la educación. Los instrumentos de comando y control, objeto de diversas innovaciones en la década pasada del siglo XX, siguen dominando el escenario de la gestión ambiental, tanto en los países desarrollados como en desarrollo. Los instrumentos económicos, basados en la creación de mercados, han comenzado a complementar y, en unos pocos casos, a sustituir a las acciones de comando y control en el siglo XXI.

### **3.3 La auditoría ambiental en el Derecho Público Ambiental en Centroamérica y el Caribe**

En Centroamérica y el Caribe, se analizan los estudios sobre la auditoría ambiental en la obra científica de Bracamontes Aldana (1994), Brañes Ballesteros (2001, pp.9-114), Carmona Lara (2005), Bojorquez Tapia (1998), Murad Robles (2009), Armisen Causarano

(2008), Egusquiza Pereda (2006), Herreras Aristi (2009), Leff (2009), Gómez García (2011), Rey Santos (2007), Fernández Rubio Legra (2000), Ayes Amellier (2003), Antúnez Sánchez (2017), coinciden en que la institución jurídica analizada es un instrumento de gestión, es una actividad de control, ejecutada por Autoridades Ambientales o por la Contraloría, en algunos ordenamientos jurídicos se concibe su praxis de forma voluntaria u obligatoria, en su realización son utilizadas normas técnicas contables, de auditoría, complementadas por las normas técnicas ambientales. Tiene como naturaleza proteger el medio ambiente, ya que su finalidad es preventiva. Para los empresarios que la ponderan tiene un fin certificadorio de la condición ambiental de su empresa, lo que la hace competitiva en el mercado.

En este sentido, se pondera que la Constitución de México de 1917, tiene el mérito de ser la precursora de promover constitucionalmente el tema ambiental, dirigida a la protección de la propiedad privada en esta nación. Los estudios sobre la auditoría ambiental dentro de los instrumentos de comando y control del Derecho Ambiental en esta área geográfica, nos llevan a mirar la obra legada del académico Brañes Ballesteros (2001) quien señala ...*“la legislación común de relevancia ambiental está constituida por los códigos y leyes del orden civil, penal, procesal y administrativo, que se aplican a los asuntos ambientales, a falta de disposiciones especiales sobre la materia, en temas tales como la propiedad y el uso de los elementos ambientales, la responsabilidad por el daño ambiental y la manera de hacerla efectiva, el deterioro grave del patrimonio ambiental, las contravenciones administrativas, entre otros”*...<sup>33</sup>

Reseña este autor, que la auditoría ambiental es ... *“el producto final de toda auditoría es “el informe”, teniendo que constituirse en una comunicación que efectivamente transmita los hechos esenciales. Toda actividad de investigación, análisis y evaluación quedaría nula sin ese vital elemento. Básicamente, debe contener ¿qué hizo?, ¿cómo se hizo?, ¿qué se informa? En la auditoría de medio ambiente, se espera revelaciones sobre deterioros al medio ambiente que, en ciertos casos, pueden tener un relativo grado de alta confidencialidad. Por otra parte, las recomendaciones que normalmente constituyen un subproducto de la auditoría tendrán que ver con la factibilidad de su aplicación en la empresa involucrada y que puede extenderse a la sociedad. En forma complementaria, se podría establecer el grado de cumplimiento de normas ambientales, utilizando como referencia una escala tecnológica aceptada a nivel universal. En la actualidad, en el ámbito internacional se está considerando la “certificación” ISO 14000, vinculada a los procesos ambientales adecuados. Establecidos como norma, los empresarios deberán preocuparse por obtener las internacionales, a obtener ventajas de comercialización y mejorar su imagen ante el consumidor y la comunidad”* ...<sup>34</sup>

La variable ambiental en la contabilidad, responde a los criterios de riesgo: a los daños causados al medio ambiente por la empresa, sus connotaciones sociales y a la conducta ecológica como factor de competitividad, a corto y largo plazo. La Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (1996) señala la preferencia del consumo de los productos amistosos con la naturaleza, manifiesta que el mercado, cada día, prefiere más los eco productos, convirtiéndose este aspecto, en un agente clave de competitividad, y esto se debe a que en los sectores productores como los agropecuarios, servicios y materiales, entre otros, los consumidores promueven la implementación de modelos de producción limpios que aseguren su calidad. Condición que permite una mayor rentabilidad, debido a la preferencia

33 Cfr. Brañes Ballesteros (2001, pp.9-114).

34 Brañes Ballesteros (2000, p.33)

35 Confróntese, Delgado Piqueras (1998); Lozano Cutanda (2001); Moguel Liévano (2012); López Álvarez (2014, p.654).

del consumo de los productos amistosos con la naturaleza (ecoetiqueta “Flor de Europea”).<sup>35</sup>

Es necesario destacar que, la Federación Internacional de Contadores (International Federation of Accountants, 2005) publica el documento de Orientación Internacional de Contabilidad de Gestión Ambiental, el cual tiene el propósito de llenar el vacío de la contabilidad tradicional, respecto al medio ambiente. Se publica en el mismo año la norma española UNE 150011, con el título de Gestión Ambiental: Guía para la evaluación de los costos ambientales, costos ambientales internos. Con el propósito de facilitar y controlar la adopción de acciones, relacionadas con las variables ambientales de la organización. El desarrollo gradual de la contabilidad en la historia económica corporativa pasó de ser, inicialmente, un régimen de registro de los acontecimientos financieros referentes a operaciones del ciclo de capital invertido, a convertirse en un sistema de información de rendición y control de la actividad empresarial, ante los grupos de interés primarios, para, finalmente, situarse destacadamente como un sistema de información para la toma de decisiones que de igual forma, anuncia a la sociedad el costo social de los sujetos productivos.<sup>36</sup>

El reconocimiento de la responsabilidad ambiental por las empresas industriales, mercantiles o de prestación de servicios, naturales o jurídicas, lleva por analogía, a la contabilidad a reconocer cuáles son los sucesos que afectan el entorno del ente contable, en el cumplimiento de su objetivo, de ser comunicador de información probatoria, para satisfacer los requerimientos de las decisiones, sobre la protección del medio ambiente.

Por ende, llevar a cabo una auditoría ambiental requiere un mínimo de conocimientos sobre temas ambientales y sus impactos sobre la salud y el medio ambiente. La gestión del medio ambiente compromete nuestro planeta y tiene un impacto directo sobre toda la biósfera, seres humanos, fauna, flora, agua, aire, suelos y subsuelo. La auditoría ambiental puede ser vista como la fotografía instantánea de la situación ambiental de un sitio dado objeto de evaluación. Surge así, la necesidad de diseñar una metodología para ejecutar la auditoría ambiental, que permita evaluar sistemática, documentada, periódica y objetivamente las políticas ambientales, de manera que se ejecuten apegadas a las normas legales vigentes y a los criterios internos de cada organización objeto de control, como la manera de prevenir los riesgos y sus consecuencias. Haciéndose éste tipo de auditoría ambiental, cada vez más importante, con mayor vigilancia y control por parte de la Administración Pública, quien dentro de sus políticas públicas ha priorizado éste tema, promoviéndose de ésta forma el interés por preservar el medio ambiente. Situación ésta que, aunada a la creciente sensibilidad de la población y la globalización mundial que se observa en los últimos años, es materializada en la existencia de una normativa cada vez más amplia, compleja, precisa y evolutivamente exigible.<sup>37</sup>

Desde la perspectiva jurídica, se colige que la auditoría ambiental, nace a imagen y semejanza de las auditorías financieras desde las ciencias contables. Empero, la idea de convertirla en ambiental, surge en la década de los 70', en la Cumbre de Estocolmo y por los Informes del Club de Roma, para ser una herramienta de gestión dentro de los instrumentos de comando y control en el Derecho Administrativo Ambiental moderno desde el pasado siglo XX, en evolución en el siglo XXI con las Tic, al implementarse herramientas digitales en este sentido. En correspondencia, la auditoría ambiental, es útil compararla con la auditoría

---

36 Confróntese, Fernández Cuesta (1994, pp. 397-408); Páez Sandubete (1999); Casal (2000); Pahlen;Fronti de García (2004); Fernández (2004, pp.29-38); Phalen;Fronti de García (2008); Bifaretti (2008, pp.3-42)

37 Confróntese para profundizar, Bojórquez-Tapia; García (1995); Harrison (1996); D'Avignon (2000); Mesanza López (2003); Villa Vizcaíno (2003); Wolisky (2012)



financiera, como su antecedente próximo inmediato dentro de las ciencias contables al estar vinculadas con el análisis contable-financiero a los actores económicos. Ambas auditorías, la ambiental y la financiera, deben ser conducidas por auditores calificados según los niveles de acreditación, basados mayormente en la experiencia profesional, y en cierto grado, en el entrenamiento y calificación profesional de acuerdo a procedimientos sistemáticos, abarcan un examen o revisión de la actividad para verificar que los aspectos bajo su consideración se ajustan al ordenamiento especificado o planificado dentro del control a ejecutar.

Ligado a este instrumento de mercado, dentro de la fórmula estimulación-recompensa, Bas & Herson (1993) desde las ciencias empresariales ... “en la gestión ambiental que hoy conocemos, se ha construido mediante la interacción de un complejo conjunto de factores económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales. En muchos países, sobre todo en los de mayor desarrollo industrial, se habían tomado en cuenta los aspectos ambientales en la planificación institucional, aunque de manera fragmentada, principalmente en las leyes relativas a las aguas y las obras públicas, pero es a partir de la publicación “The National Environmental Policy Act” (NEPA) aprobada en 1970 (BAS; HERSON, 1993).

### **3.4 El Derecho Ambiental en Panamá**

En Panamá, el estudio epistemológico sobre el Derecho Ambiental panameño, se corrobora como desde la carta política hay una protección al medio ambiente, en las leyes de desarrollo aparece desde la Ley General del Ambiente, donde se regula la administración del ambiente como una obligación del Estado y establece los principios y normas básicas para la protección, conservación y recuperación del mismo, promoviendo el uso sostenible de los recursos naturales. Se ordena la gestión ambiental y la integra a los objetivos sociales y económicos, a efecto de lograr el desarrollo humano sostenible.

Se estableció los principios para la política nacional del ambiente y creó la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), entidad autónoma rectora del Estado en materia de recursos naturales y del ambiente, para asegurar el cumplimiento y aplicación de las leyes, los reglamentos y la política nacional del ambiente. La ANAM coordina con las autoridades tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, todo lo relativo al ambiente y a los recursos naturales existentes en sus áreas.

Determinó, como instrumentos de gestión ambiental, el ordenamiento ambiental del territorio, la evaluación de impacto ambiental y estableció normas de calidad ambiental. Determinó un sistema de control, supervisión y fiscalización ambiental y promovió la investigación, educación y derecho a la información en materia ambiental. Dentro de los temas de gestión ambiental abordó los temas de desechos peligrosos, sustancias potencialmente peligrosas, protección a la salud. Declaró los recursos naturales como bienes de dominio público y de interés social y creó el sistema de áreas protegidas. Reguló temas como uso de suelos, calidad del aire, patrimonio forestal del Estado, recursos hídricos, hidrobiológicos, energéticos, minerales, marino-costeros y humedales.

Se aprecia cómo se reconoce a esta actividad de control a partir del documento público elaborado por la ANAM en la última década del siglo pasado, señala que en las últimas cuatro décadas ha existido una gran preocupación por el entorno ambiental. Se han creado nuevas instituciones y se han adquirido compromisos internacionales y regionales para ofrecerle a los panameños un mejor entorno ambiental. Para ello fue realizado la “Estrategia Nacional del Ambiente”, la cual señala los problemas ambientales enfocados en la deforestación, la pérdida de la biodiversidad, la contaminación ambiental por vertido, problemas en la calidad

del agua potable, el impacto negativo de la minería, la industria, la pesca y la agricultura. El frágil ordenamiento territorial, la degradación de los suelos, entre otros. Ponderando retos que van en el orden de una mayor y mejor equidad social, modernizar la economía, perfeccionar el sistema social, integración del patrimonio nacional, para una visión hasta el 2020 como estrategia para alcanzar el desarrollo sostenible con calidad ambiental.<sup>38</sup>

Desde el punto de vista social, se considera como es necesario integrar a los grupos vulnerables, haciendo énfasis en el papel de la mujer y el medio ambiente, y en la incorporación de los pueblos indígenas como guardianes de importantes espacios territoriales ricos en diversidad biológica y otros recursos naturales como parte de las políticas públicas, algo ya logrado en algunas naciones de América Latina, con el reconocimiento del pluralismo jurídico. De este modo, Panamá ingresa al siglo XXI con graves problemas ambientales que incluyen la destrucción de los recursos forestales y la reducción de la diversidad biológica; la erosión de sus tierras agrícolas, ganaderas y forestales; la contaminación de sus aguas interiores y litorales; la disminución del caudal de los ríos de la vertiente pacífica del istmo, y el crecimiento urbano desordenado que impera sobre todo en la región metropolitana. Estos problemas ambientales interactúan con una circunstancia de deterioro social, que es expresada sobre todo en la pobreza que aqueja a cerca de la mitad de la población del país, el crecimiento económico tiende a concentrarse más en los sectores productivos y suelen estar mejor vinculados a la economía mundial, que emplean tecnologías más sofisticadas y generan relativamente poco empleo, como es el caso de la Industria 4.0.<sup>39</sup>

Los estudios realizados en el siglo XXI demuestran que Panamá es uno de los países que muestra desequilibrios en la concentración de la riqueza, del ingreso, de los niveles de educación y salud y de las capacidades que tienen los diferentes grupos de la sociedad para mejorar sus niveles de vida, de aquí que las políticas públicas deberán revertir esta situación adversa. Para solicitar la reparación de daños ambientales desde el plano jurídico, este trámite se ejecuta en la Sala Tercera de lo Contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá en atención al cumplimiento de la Ley General de Ambiente, con referencia al actuar de las Fiscalías especializadas y juzgados que se dedican a la investigación y aplicación de la norma jurídico por la comisión de los delitos ecológicos establecidos en la norma penal.

### **3.4 La gestión ambiental en Panamá dentro de las políticas públicas**

El Código Ambiental de 2017, establece que el desarrollo territorial de la provincia conlleva la aplicación coherente y eficaz de políticas e instrumentos de gestión económica, social, poblacional, cultural y ambiental, mediante el diseño, desarrollo y ejecución de planes, programas y proyectos orientados a generar condiciones que permitan su desarrollo, acorde con su dinámica demográfica y espacial, con el Plan Estratégico de Gobierno y los Planes Estratégicos Distritales ejecutados por la ANAM.

Para ello, los instrumentos para la gestión ambiental son reglamentados y administrados por la ANAM, y podrán aplicarse simultáneamente. Los instrumentos que regula la norma son: el ordenamiento ambiental del territorio nacional, evaluaciones ambientales estratégicas, Estudio de Impacto Ambiental. Las inspecciones y auditorías ambientales podrán ser aleatorias o conforme a programas aprobados por la ANAM, y solo podrán ser realizadas por personas

<sup>38</sup> Informe ambiental 1999, Autoridad Nacional del Ambiente- Medio Ambiente. Política Ambiental. Panamá.

<sup>39</sup> Estado del ambiente, 2004, Informe del Estado del Ambiente. Geo-Panamá.

naturales o jurídicas debidamente certificadas por la ANAM.

La Contraloría General de la República también podrá realizar las auditorías ambientales en aquellas actividades, obras o proyectos que se ejecuten con fondos públicos y bienes del Estado. La ANAM ejercerá supervisión, control y fiscalización de los proyectos, obras o actividades que estén sometidos a los instrumentos de gestión ambiental, según la reglamentación que corresponda y coordinará con la autoridad competente, según sea el caso.

En materia de protección de las aguas -recurso hídrico-, se señala que como bien de dominio público en todos sus estados y que los usuarios están obligados a realizar las obras necesarias para la conservación de acuerdo con el plan de manejo de la Administración Pública. La protección de las cuencas hidrográficas, como es la cuenca del canal de Panamá, se hace en coordinación con la Autoridad de la Región Interoceánica y la Autoridad del Canal de Panamá en la gestión ambiental. En materia de protección de los océanos y las áreas costeras, se sujeta a las normas del convenio MARPOL y a la Convención de Montego Bay de 1982, sobre el Derecho del Mar, ya se trate de hidrocarburos o de otras sustancias contaminadoras en esta área geográfica.<sup>40</sup>

La ANAM a través de la función inspectiva observa el cumplimiento del principio de legalidad. Estos cuerpos jurídicos ponderan la participación ciudadana, ejercida en las Comisiones Consultivas y en los casos en que sea necesaria la opinión de los ciudadanos en la materia ambiental, a partir del principio de información. También, vinculado a la institución jurídica, se analizan la herramienta de gestión evaluación de impacto ambiental (EIA) en relación con el conjunto de alteraciones negativas o positivas del medio natural que obran sobre la capacidad productiva y el uso sostenible de los recursos naturales por parte de la inspección ambiental. En este proceso de EIA la participación de la comunidad para internalizar los impactos ambientales, socioeconómicos y culturales de una determinada acción, coadyuvan a evitar los efectos de carácter negativo y los conflictos posteriores, a partir del cumplimiento de los principios precautorio, prevención y legalidad. (JAQUENOD DE ZSÖGÖN, 1991, p.34).

Lo estudiado demuestra que la gestión ambiental empresarial exige una continua evolución, así como la empresa misma en el entendido como un sistema abierto en perpetuo cambio y adaptación, que puede ser más significativo en lo que al aspecto ambiental se refiere, es el hecho que permite concebir la empresa responsable en la nación al preservar el medio ambiente y los ecosistemas con una adecuada relación ecológica, ello sigue siendo un reto desde las ciencias empresariales en Panamá.

El objeto de análisis dentro de la política pública panameña de la gestión ambiental empresarial, entre los instrumentos de gestión en la aplicación de la política ambiental se reconocen la planeación y el ordenamiento ecológico del territorio, la EIA, los instrumentos económicos, los instrumentos de control ambiental, el cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia, los resultados de la producción y los procesos de inversión. Los que guardan relación con la auditoría ambiental por su impronta en pos del cumplimiento del principio de prevención y el precautorio, cuestión que aún requiere de formación jurídica ambiental.<sup>41</sup>

Con esta interpretación del equipo de auditor en su evaluación comprobarán los índices de contaminación, el uso de tecnologías limpias, el ahorro de energía y materias primas, la incorporación de la gestión ambiental en los procesos, los riesgos ambientales, la salud

---

40 *Atlas Ambiental de la República de Panamá* (2010) ANAM, Panamá.

41 *Cfr. Mora Ruiz* (2005).

humana, y la integridad de los ecosistemas. Es aquí donde se ejecuta la EIA. Por consiguiente, se justiprecia que los estudios realizados antes de esta investigación le preceden desde un enfoque interdisciplinario, lo demuestra el análisis de los valores ambientales realizado en el 2003 en la gestión ambiental. En síntesis, se fija el problema del desempleo como el primero problema en la nación por los encuestados, le continuaron la pobreza, la violencia, la corrupción y el deterioro ambiental fue el penúltimo aspecto. Se deduce entonces que, para la población ante estos problemas, la problemática ambiental todavía puede esperar.

Este estudio demostró que el problema ambiental más importante en términos generales es la contaminación del aire, seguido muy de cerca por la contaminación de los ríos, y la contaminación de la Bahía de Panamá en la gestión ambiental. Conlleva a una reflexión: qué tan responsable se siente el ciudadano de la situación ambiental actual y qué instituciones o empresas están contribuyendo a mejorar el ambiente en Panamá. Los responsables identificados es la empresa privada en mayor medida en la ciudad capital y en los demás territorios los gobiernos y el medio ambiente cada vez más se está deteriorando.

Consecuentemente, se considera como los panameños conocen los principales problemas ambientales mundiales. El más conocido por la población es la extinción de las especies animales y vegetales, seguido por la contaminación del aire ocasionado por la industria y el uso de pesticidas y químicos en la agricultura. La ANAM señala que Panamá ha ingresado al siglo XXI con graves problemas ambientales, que incluyen la destrucción de los recursos forestales y la reducción de la diversidad biológica, la erosión de sus tierras agrícolas, ganaderas y forestales; la contaminación de sus aguas interiores y litorales; la disminución del caudal de los ríos de la vertiente pacífica del istmo, y el crecimiento urbano desordenado en la región metropolitana.

Para ello, se valora cómo se establece la enseñanza obligatoria de la Educación Ambiental y la Gestión Integral de Riesgo de Desastres en el sistema educativo en el primer, segundo y tercer nivel de enseñanza, oficiales y particulares, como eje transversal y una estrategia para la conservación, el desarrollo sostenible de los recursos naturales, la protección del ambiente y la prevención ante eventos adversos, mediante métodos alternativos de comunicación, educación, capacitación e investigación.

Otra cuestión a revertir, es que las empresas del sector industrial deben desarrollar políticas, procedimientos y formas de trabajo donde se involucren responsablemente todos sus integrantes y utilizar materias primas y procedimientos de producción responsables hacia el medio ambiente, ofrecer productos de calidad y exigir a los proveedores el uso racional de la energía, reducción de residuos, racionalización del consumo de materiales, protección de especies en peligro de extinción, reducción de emisiones, aplicación de tecnologías limpias, y el uso de la etiqueta ambiental. (ÁLVAREZ GARCÍA, 2010, pp.708 y ss.; PERNAS GARCÍA, 2013, pp. 363-364).

Muchas empresas del sector industrial de Panamá, afectadas por la presión de la sociedad, el análisis a nivel global y las distintas normas y legislaciones, no visualizan el tratamiento de los impactos ambientales negativos como una opción, sino como una exigencia indispensable para la sostenibilidad y la ubicación ventajosa en los mercados actuales. La integración de la variable ambiental a los sistemas de gestión global ha fluido como un componente decisivo y ha dado lugar a los sistemas de gestión ambiental, hoy en el siglo XXI realizada por empresas privadas. (PERNAS GARCÍA, 2004, p.91; FORTES MARTÍN, 2004, p.102).

La contratación pública para las empresas del sector industrial, aparece como

el instrumento eficaz para la consecución de objetivos ambientales dentro de la gestión ambiental. No se trata sólo de que los propios objetivos que motivan la formulación de un contrato tengan que servir para algo más que la mera producción de bienes o servicios, sino que constituye un instrumento básico para el cambio en el modelo productivo que contribuya a mejorar el medio ambiente, ello es una realidad con el reconocimiento de los permisos negociables -contratación pública verde-<sup>42</sup> en pos de mitigar la contaminación ambiental. Este tema aún no se pondera de manera adecuada en la nación panameña.

En el 2007, la Organización de Estados Americanos realiza una evaluación ambiental y de capacidad institucional de Panamá frente al libre comercio, analiza cuáles son los sectores y cadenas productivas que tienen un impacto significativo sobre el medio ambiente y que, producto de la conclusión de un acuerdo comercial entre Panamá y los Estados Unidos de América, podrían verse modificadas sus volúmenes y condiciones de producción y, por tanto, del impacto sobre el medio ambiente. El que tiene su regulación en la materia penal, para exigir el cumplimiento de la ley al ponderar el principio de legalidad.<sup>43</sup>

En el 2017, se realizó otro nuevo estudio sobre el Análisis Ambiental y Social y Plan de Gestión Ambiental y Social para el Programa de Seguridad Hídrica, concluye en significar la necesidad de una mejor calidad del agua, como de tener una actitud proactiva de su uso. Cerramos con el Plan Estratégico Nacional con Visión de Estado "Panamá 2030", PNUD 2017, el que tiene como objeto hacer realidad los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, aprobados en las Naciones Unidas y adoptados en la nación de Panamá.<sup>44</sup>

Estos estudios dispusieron que, para garantizar la incorporación constante y permanente de su sostenibilidad económica, social y ambiental, se debe realizar a través de mecanismos de consulta provincial, comarcal y municipal, que tenga un alcance de legitimidad de todas las formas democráticas de interacción sociopolítica en la elaboración y diseño, recolección, ordenamiento, sistematización y análisis de información cuantitativos y cualitativos de los problemas ambientales a través de una gestión ambiental eficiente y eficaz, en ello se pondera el principio de información.

### **3.5 La auditoría ambiental en el ordenamiento jurídico de Panamá**

Los referentes jurídicos sobre la auditoría ambiental aparecen desde el texto constitucional de 1992, modificada mediante los actos reformativos de 1978 y por el acto constitucional de 1983. Es la fuente principal en la acción normativa. Las normas se ordenan en tal forma que las de menor jerarquía tienen que adecuarse a las de categoría superior y aquella de rango inferior no pueden derogar a las superiores. Es la carta fundamental del Estado y sobre ella no puede existir ninguna otra norma. Surgen con fundamento legal en los artículos 114, 115, 116, y 117 constitucionales.

La carta política de Panamá establece que el marco institucional para la protección ambiental, está regulado en La Ley No. 41 de julio de 1998, crea la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), y dispone que este organismo es una entidad autónoma rectora del Estado en materia de recursos naturales y del ambiente, para asegurar el cumplimiento y aplicación de las leyes, los reglamentos y la política nacional del ambiente.

42 Véase para profundizar, Montague (2010); Otero García-Castrillón (2010, p. 498); Pernas García (2011, p.70).

43 *Texto Único del Código Penal de la República de Panamá actualizado* (2018) Procuraduría General de la Nación. Ministerio Público de la República de Panamá; Benavides (2009)

44 Agenda 2030 (2018) *Los objetivos de desarrollo sostenible*. Una oportunidad para América Latina y el Caribe, CEPAL, Chile.

La ANAM es la autoridad nacional y ente coordinador para la gestión ambiental. Establece, disposiciones constitucionales en materia ambiental como: derecho a un ambiente sano, prevención de la contaminación del ambiente, uso de los recursos naturales, reglamentación de los recursos naturales, derecho a la información, derecho a la salud, derecho a la educación. Lo hace con el control público a través de la inspección y la auditoría ambiental (obligatoria y voluntaria).

Estos elementos desde la perspectiva jurídica, permiten considerar que la existencia de una normativa en constante evolución y exigencia en el ordenamiento jurídico panameño, controlada cada vez más con mayor rigor por la Administración Pública y con el rechazo social hacia actividades no respetuosas con el entorno; son razones que apoyan ineludiblemente el hecho de contar con la pertinencia de la cuestión ambiental en la gestión global de la empresa, como tema pertinente para las ciencias empresariales, regulado en el Código de Comercio de 1916, el que fija la obligación de registrar los hechos contables por lo empresarios del sector público y el privado.

En el estudio de las leyes de desarrollo en Panamá en su ordenamiento jurídico, demuestra cómo se aplican de forma complementaria en la materia ambiental para la protección forestal, en materia de aguas, sanitaria, en las actividades relacionadas con los hidrocarburos, en la protección fitosanitaria, en la actividad de la minería, en la protección de las cuencas hidrográficas, para la protección de la vida silvestre, en el control del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, en la educación ambiental como estrategia nacional para conservar y desarrollar los recursos naturales y preservar el medio ambiente.

En el artículo, de la Ley No. 41 de 1998, Ley General del Ambiente de Panamá, se regula en el artículo 2: auditoría ambiental: Metodología sistemática de evaluación de una actividad, obra o proyecto, para determinar sus impactos en el ambiente; comparar el grado de cumplimiento de las normas ambientales y determinar criterios de ampliación de la legislación ambiental. Puede ser obligatoria o voluntaria, según lo establezca la ley y su reglamentación.

Como se valora, existió en el pasado siglo XX una labor prolifera del legislador panameño, se demuestra por su multiplicidad de normas que han desarrollado la protección ambiental desde diversas aristas. Por ello y para aglutinar estos cuerpos jurídicos en el siglo XXI, aparece el Código del Ambiente de 2017. Cuerpo legal que hace un recopilatorio de estas disposiciones jurídicas emitidas en el siglo XX antes referidas.

En la función de control público, también participa la Contraloría General de la República de Panamá, la que al amparo del Decreto No 57 del 2000, la que, en su artículo segundo, establece la auditoría de gestión ambiental: planear, dirigir, controlar y coordinar los procesos y las actividades de auditoría ambiental. A fin de que se compruebe que las entidades vinculadas con la gestión ambiental cumplieron con corrección sus actos de manejo de los fondos y del patrimonio, así como la administración de los recursos naturales; según lo establecido en las normas jurídicas respectivas, incluyendo las normas de calidad ambiental, de acuerdo con lo establecido en las normas de auditoría gubernamental para Panamá.

En la auditoría de gestión ambiental, de acuerdo con la perspectiva de las normas técnicas ambientales ISO, se mantienen los principios básicos de la auditoría y los de la contabilidad, pero requiere de un auditor que maneje los aspectos específicos de la gestión ambiental en el sujeto económico a auditar, de aquí que en su ejecución perviva la transdisciplinariedad en la conformación del grupo de auditores. Por ello es superior a la

---

45 *Cfr.* Vega (2001).

auditoría ambiental tradicional.<sup>45</sup>

La auditoría de gestión ambiental responde a los objetivos económicos, de utilidad, factibilidad, eficacia, reducción de costos, ganancias; los sociales, crecimiento cualitativo y cuantitativo, competitividad, pleno empleo, reducción de riesgos para la vida; y los ecológicos, se dirigen a la utilización económica de los recursos y al mantenimiento del equilibrio y protección del entorno.<sup>46</sup>

En Panamá, se reconoce en su ordenamiento jurídico con la auditoría de gestión ambiental, la distinguen de lo ocurrido en América del Norte como su génesis desde la auditoría social, y su desarrollo evolutivo en la Unión Europea con el EMAS. La auditoría de gestión ambiental, se ha convertido en un instrumento de gestión para el desarrollo sostenible de la empresa del siglo XXI, resulta esencial la revisión de la norma técnica ISO 19 011, y la revisión de los aspectos que ilustran el conocimiento y habilidades esenciales del auditor en la evaluación de la gestión ambiental para su implementación y ejecución.

Se colige en este estudio realizado lo señalado por Leff Zimmerman, aquí es donde entra a jugar su rol la economía, la contabilidad y la auditoría ambiental, para poder valorar el daño acontecido al medio ambiente, ello sigue una respuesta pendiente por los Estados en pos de lograr alcanzar la meta del desarrollo sostenible, la que es analizada a través del control público, en especial a través de la auditoría ambiental (LEFF ZIMERMAN, 2013).

En resumen, se considera que, en el entorno público de América Central y el Caribe, prevalece un sistema “sui generis” en la praxis de la auditoría ambiental en su ejecución por las EFS, hay multiplicidad de cuerpos jurídicos que le reconocen desde la carta magna, requeridos de reglas de auditoría claras, toda vez que prevalecen normativas sobre lo estatal, lo que es público y lo que es privado, sin clarificarse de manera adecuada. No hay un adecuado autocontrol empresarial en el sector industrial en relación con los sistemas de gestión (Informe Coso), hay ambigüedad de instituciones jurídicas vinculadas a los instrumentos de tutela ambiental en las clásicas normas jurídicas de comando y control en el Derecho Ambiental. Su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos aparece en leyes ambientales, de auditoría, de contraloría, de responsabilidad ambiental, de gestión ambiental, y de cambio climático (REY SANTOS, 2016).

Los autores del artículo consideran que aún no hay una adecuada formación ambiental en Panamá por las formas de gestión del sector empresarial industrial, toda vez que la mayoría de la población desconoce que la empresa del sector industrial tiene la obligación de proteger al medio ambiente y de su responsabilidad como ciudadanos en respetar y proteger el ambiente con una actitud proambiental en cumplimiento del principio de legalidad. Siendo el gobierno quien lidera los esfuerzos en la conservación del ambiente en sus políticas públicas observadas por la ANAM, establecidas en el Código Ambiental de 2017, en torno a las actividades de educación ambiental, aun con fragmentación al no integrar contenidos.

#### **4 A MANERA DE CONCLUSIONES**

La auditoría ambiental como actividad de control, es un instrumento de gestión ambiental de naturaleza jurídica pública, su campo de acción son la empresa, la industria y el medio ambiente (personas jurídicas y naturales) dentro de la formula estimulación-recompensa; su ejecución es realizada por funcionarios públicos requeridos de título profesional y título habilitante, registrados en el Registro de Auditores y Contralores con diversas denominaciones.

---

<sup>46</sup> Cfr. Vega (2001).

Su función es evaluadora y certificadora de las metas ambientales en relación con la política ambiental trazada por la organización empresarial, es una técnica de comprobación de la legalidad con una potestad reglada de la Administración Pública.

Es un proceso, que en su práctica por el equipo auditor se utilizan procedimientos y metodologías, en ella se evalúa la ejecución gasto contable del patrimonio destinado a la protección ambiental, puede ser ejecutada de forma interna o externa, se evalúa la eficiencia del sistema de gestión ambiental en relación con el vertido, la introducción de tecnologías limpias en la organización empresarial, se aplican normas técnicas, se exige la responsabilidad administrativa contravencional, laboral-funcionarial, social-empresarial, civil y penal a los sujetos auditados. Tiene efecto directo y vinculante al auditado, puede ser onerosa o gratuita. Su resultado final certificador le aporta valores añadidos que inciden de forma positiva en el comercio y el mercado a la persona jurídica o natural objeto de la auditoría.

En la nación de Panamá, dentro de su ordenamiento jurídico se caracteriza por su reconocimiento desde el texto constitucional, desarrollado en cuerpos jurídicos especiales a través de la Ley del Ambiente, en el Código del Ambiente y en la de la Contraloría General de la República de Panamá. Ha sido concebida como una auditoría de gestión ambiental ejecutada al sector empresarial público y privado. Se ejecuta de forma obligatoria y voluntaria. La ejecutan Autoridad Nacional del Ambiente y la Contraloría General de la República conforme a la ley.

A través de la formación jurídica ambiental se deben asumir los retos de la problemática del deterioro ambiental en Panamá, proponiendo principios de acción para que contribuyan de la manera más efectiva la realización de los postulados hacia el desarrollo sostenible con respeto a la armonía del ambiente natural y de la vida en cada una de las áreas de investigación, tanto en la tecnológica, como en las de las ciencias naturales, humanas y sociales, donde las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones pueden incidir en su irradiación al sector empresarial con mayor incidencia en la región metropolitana.

## REFERENCIAS

AA. W. (2007) *Derecho Ambiental cubano*, 2ª edición, Editorial Félix Varela, La Habana.

AA. W. (2001) *El desarrollo del Derecho Ambiental latinoamericano y su aplicación. Informe sobre los cambios jurídicos después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río 1992)*, PNUMA, México.

AA. W. (2002) *Gestión ambiental en América Latina y el Caribe, evolución, tendencias y principales prácticas*, Banco Interamericano de Desarrollo, Nueva York.

AA. VV. (2010) *El Derecho Ambiental en Latinoamérica y la actuación del Ministerio Público*, Editorial Suliani. Brasil.

Abad Arévalo, C. (2017) *Ecocompetencias en gestión empresarial propuestas a partir de una revisión bibliográfica*, Revista Chaquiñan, UNACH, N° 3, México.

Acosta, A. (2010) *Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza. Reflexiones para la acción*, Ecuador.

AECA (1996) *Contabilidad de Gestión Medioambiental*. Principios de la contabilidad de gestión. Documento N° 13. Serie Contabilidad de Gestión. Madrid.

Aguilar G. & Aguilar, I. et al. (2004) *Manual de Derecho Ambiental de Centroamérica*, 2 Tomos, Editorial UICN, Costa Rica.



Aguilar, G. (2001) *El nacimiento del Derecho Ambiental en Centroamérica*, Unión Mundial para la Naturaleza, Costa Rica. p.3.

Agenda 2030 (2018) *Los objetivos de desarrollo sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe*, CEPAL, Chile.

Armisen Causarano, J. (2008) *Concepto, alcances y resultados actuales de la auditoría ambiental*, Editorial UNAM, México.

Antúnez Sánchez, A. Tesis de maestría: *La auditoría ambiental en Cuba*. Universidad de Oriente (2005)

Antúnez Sánchez, A. (2010) *La auditoría ecológica, un instrumento en la gestión ambiental*. Revista Derecho y Medio Ambiente. N°.21. España, p.18.

Antúnez Sánchez, A. (2016) *La gestión ambiental. Incidencia en el comercio*, Revista Veredas do Direito Ambiental e desenvolvimento sustentavel, Brasil.

Antúnez Sánchez, A. (2016) *La Administración Estratégica y la protección al bien jurídico ambiente*, Revista Monfragüe Derecho Ambiental, N°. 2, Universidad de Extremadura, España.

Antúnez Sánchez, A. (2016) *La potestad inspectiva v/s la auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental cubano*. Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y los recursos naturales. Doctrina, legislación y jurisprudencia ambiental. N° 8. Argentina.

Antúnez Sánchez, A. & Díaz Ocampo, E. (2017) *La responsabilidad social y medio ambiental de la empresa: una perspectiva desde Cuba*, Revista Responsabilidad Social Empresarial, España.

Antúnez Sánchez, A. Tesis doctoral: *La auditoría ambiental, ordenación jurídica en el Derecho Ambiental para el sector estatal cubano*, Universidad de Oriente (2017)

Antúnez Sánchez, A. (2018) *La fórmula estimulación/recompensa en el Derecho Administrativo Ambiental. Visión desde la administración estratégica por los sujetos de gestión*, N°. 91, Revista de investigación y análisis De Jure, México.

Antúnez Sánchez, A. (2018) *La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI con el nuevo saber ambiental*. Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica. N°. 55, Argentina.

Antúnez Sánchez, A. (2018) *La ecoauditoría en el modelo de la Comunidad Europea y de América Latina*, Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, N°. 55, Argentina.

Antúnez Sánchez, A. (2019) *La industria 4.0. Análisis y estudio desde el Derecho en la 4ta Revolución Industrial (s/p)*

Alvarado Riquelme, M. (2014) *Teoría y práctica de la auditoría*, Editorial Pirámide, España, p. 497.

Allí Aranguren, J. (2003) *El medio ambiente como nuevo paradigma*, Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Editorial INAP-BOE, Madrid.

Allí Aranguren, J. (2006) *Del desarrollo sostenible a la sostenibilidad. Pensar globalmente y actuar localmente*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, N°. 226, España, pp.139-211;

Asociación Española de Normalización y Certificación. (2001) *Sistemas de gestión medioambiental. Guía para la implementación de un sistema de gestión medioambiental*. Madrid.

Ayes Ametller, G. (2003) *Medio Ambiente: impacto y desarrollo*, Editorial Científico Técnica, La Habana.

Ayes Ametller, G. (2006) *Desarrollo sostenible y sus retos*, Editorial Científico Técnica, La Habana.

- Aparicio, R. (2005) *Ecología y medio ambiente: Una responsabilidad compartida*. Editorial SEMARNAT, México.
- Apodaca Espinosa, A. (2013) *Transparencia empresarial e información ambiental. Libre mercado y protección ambiental intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, INAP, España, pp. 387-419.
- Azqueta Oyarzun, D. (1994) *Valoración económica de la calidad ambiental*, Editorial Mc Graw- Hill, Madrid.
- Barilá, G. (2002) *Auditoría ambiental: El camino hacia el logro de una ventaja competitiva*, Universidad de Belgrano, Argentina.
- BASS, Ronald E.; HERSON, Albert I. (1993). *Mastering NEPA: a step-by-step approach*. Point Arena, California, Solano Press Books.
- Brañes Ballesteros, R. (2001) *Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica, análisis histórico-doctrinal y jurídico desde el Derecho Ambiental*, 1ª edición, PNUMA, México, pp.9-114.
- Brañes Ballesteros, R. (2000) *Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo*, PNUMA, México, p.33.
- Brañes Ballesteros, R. (1997) *La fundación del Derecho Ambiental Latinoamericano*, PNUMA, México.
- Brañes Ballesteros, R. (2001) *Derecho Ambiental mexicano*, UNAM, México.
- Bracamontes Aldana, J. (1994) *Marco legal de las auditorías ambientales en el mundo. La protección ambiental con la combinación de legislación, regulación y políticas voluntarias a la industria*, UNAM, México.
- Bifani, P. (1999) *Medio ambiente y desarrollo sostenible*, Editorial IEPALA, Guadalajara.
- Benavides, V. (2009) *Jurisprudencia panameña en materia ambiental*, Jornada de Derecho Ambiental y Justicia. Órgano Judicial y la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del PNUMA. Panamá.
- Bojórquez-Tapia, L. & García, O. (1995) *Aspectos metodológicos de la auditoría ambiental, Pemex-Ambiente y Energía: retos del futuro*, 1ª edición, Editorial Fuentes, México.
- Bowen, H. (1953) *La responsabilidad social de los empresarios. La auditoría, vínculos con otras ciencias y saberes*, Estados Unidos de América.
- Bifaretti, M. (2008) *La importancia de los costos ambientales en el sistema de información contable*, Revista de Contabilidad y Auditoría, Argentina, pp.3-42
- Betancor Rodríguez, A. (2014) *Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Las Rosas, Madrid.
- Betancor Rodríguez, A. & Larrinaga González, C. (2004) *EMAS: análisis, experiencias e implantación*, Editorial ECOIURIS, Madrid, p.77
- Becerra Rodríguez, M. & Espinoza, G. (2002) *Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: evolución, tendencias y principales prácticas*, División de Medio Ambiente, Washington.
- Cafferatta, N. (2004) *Constitucionalismo e institucionalidad ambiental en Latinoamérica, democracia participativa en las decisiones ambientales*, Editorial SEMARNAT, México, p.23.
- Cafferatta, N. (2004) *Los principios y reglas del derecho ambiental*. PNUMA. El Salvador.
- Carmona Lara, M. (1998) *La auditoría ambiental en PEMEX*, Editorial PEMELEX, México.
- Carmona Lara, M. (2005) *Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México*, UNAM, México.

- Carmona Lara, M. *et al.* (2006) *Temas selectos de Derecho Ambiental*, UNAM, México.
- Cámara de Comercio Internacional (1991) *Un proceso de auditoría ambiental*. París. p. 103.
- Caraballo Maqueira, L. (2012) *Derecho y Medio Ambiente, Consideraciones generales, respuesta de las ciencias jurídicas a los problemas ambientales*, Editorial Pablo de la Torriente Brau, La Habana.
- Caraballo Maqueira, L. (2014) *El Derecho Ambiental. Realidades y esperanzas*, Editorial Acuario, La Habana.
- Cascio, J. *et al.* (1996) *Guía ISO 14.000. Las nuevas normas para la Administración Ambiental*. Editorial Mc Graw Hill, México.
- Castro, G. (2004) *Para una historia ambiental latinoamericana*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- Casal, A. *et al.* (2000) *Contabilidad y Auditoría Ambiental*. Editorial Macchi. Buenos Aires.
- Calderón Bertheneuf, J. (2011) *La auditoría ambiental en México*, PROFEPA, México.
- Cook & Winkle (1997) *Los nuevos conceptos del control interno (Informe COSO)*, Editorial Díaz de Santos, España.
- Conesa Fernández-Vitora, V. (2003) *Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa*, 4ª edición, Editorial Mundi-Prensa, España.
- Conesa Fernández-Vitora, V. (1997) *Auditorías medio ambientales: guía metodológica*, Editorial Mundi-Prensa, España.
- Conde, J. (2003) *Empresa y medio ambiente. Hacia la gestión sostenible*, Editorial Nivola Libros, Madrid.
- Cossio, J. (2009) *Elementos del Coso I y Coso II*. 1ª edición, Estados Unidos de América.
- Díaz Proll, G. (2011) *La Responsabilidad Civil por daños ambientales*, Revista Debate de la Asamblea Nacional de Panamá, N°18, Panamá.
- D'Avignon, A. *et al.* (2000) *Manual de Auditoría Ambiental*, Editorial Qualitymark, Rio de Janeiro.
- Egusquiza Pereda, C. (2006) *Auditoría ambiental*, UNAM, México.
- Esteve Pardo, J. (2005) *Derecho del medio ambiente*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- Elstein, S. (2012) *El alcance global como órgano público de las EFS*, Revista Auditoría Gubernamental, INTOSAI, p.15
- Esperón Jiménez, C. Tesis doctoral: *Desarrollo del Derecho Ambiental en Centroamérica*, Universidad de Alicante, España (2010).
- Egusquiza Pereda, C. (2006) *Auditoría Ambiental*, UNAM, México.
- Fix-Zamudio, H. (2010) *Los derechos humanos y su protección jurídica en Latinoamérica*. Revista de Ciencias Jurídicas. México.
- Fernández, C. (2004) *El marco conceptual de la contabilidad ambiental una propuesta para el debate*. Revista Contabilidad y Auditoría, España. pp.29-38.
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (2008) *Las auditorías ambientales*, Editorial Tirant lo Blanch, España.
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (2010) *La integración de aspectos medioambientales en la contratación pública*, Derecho Ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones

públicas, Editorial Atelier, España. p. 141

Fernández Cuesta, C. (1994) *La contabilidad y el medio ambiente*, Revista Técnica Contable, N° 522, Madrid, pp. 397-408.

Fernández, C. (2004) *El marco conceptual de la contabilidad ambiental. Una propuesta para el debate*. Revista Contabilidad y Auditoría, N°. 19, Argentina pp. 29-38.

Fernández, C. (2006) *La responsabilidad social y medio ambiental: nuevos rumbos para la contabilidad*. Revista Contabilidad y Auditoría, N°. 24, Argentina pp. 15-28.

Fernández Rubio-Legrá, A. (1991) *Instrumentos Jurídicos Internacionales*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.

Fernández-Rubio Legrá, Á. (2000) *La legislación ambiental contemporánea: logros y fracasos, algunas reflexiones críticas*, Editorial Academia, La Habana.

Fernández, C. & Fronti, L. (2005) *Del protocolo de Kyoto a los presupuestos empresariales*. Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión, N°. 5, p. 193.

Fernández De Gatta Sánchez, D. (2011) *La responsabilidad social corporativa en materia ambiental, estado de la cuestión*, Boletín económico de información comercial, N° 2824, España, pp.27-44.

Font Aranda, M. et. al (2011) *La auditoría ambiental, una perspectiva global y nacional*, Universidad de Matanzas, Cuba.

Fronti de García, L. et al. (2003) *Auditoría ambiental, un nuevo enfoque profesional*, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Fernández, D. (2017) *La industria 4.0: Una revisión de la literatura*. Actas de Ingeniería, España.

Harrison, L. (1996) *Manual de auditoría medioambiental*. Higiene y seguridad. Editorial McGrawHill. Madrid.

Herrerías Aristi, E. (2009) *Relación de la auditoría ambiental y las normas ISO 14000. La protección y seguridad del medio ambiente laboral*, Editorial Porrúa, México.

Herrerías Aristi, E. et al. (2014) *Medioambiente: contabilidad y auditoría, herramientas para el control de la gestión ambiental*, XIX Congreso Internacional de Contaduría y Administración e Informática, UNAM, México.

Holmes, H. (1970) *Auditoría. Principios y Procedimientos*, Editorial Porrúa, México.

García, J. (2002) *Prácticas de gestión empresarial*, 1ª edición, Editorial Cengage Learning, México.

García Fernández, J. & Rey Santos, O. (2005) *Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible*, Editorial Acuario, La Habana.

Gray, R., Bebbington, J. & Walter, D. (2007) *Contabilidad y auditoría ambiental*, 1ª edición, Editorial ECOE, Colombia.

Gómez Orea, D. (1994) *Auditoría ambiental: un instrumento de gestión en la empresa*, Editorial Agrícola Española, Madrid.

Gómez Orea, D. et al. (2011) *La gestión y tecnología ambiental como instrumentos para la protección del medio ambiente, El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*. Editorial Dykinson, España, p.24 y ss.

Gómez Orea, D. (2000) *Gestión ambiental en la empresa*, Universidad Politécnica de Madrid. España.

- González Malaxechevarría, Á. (1997) *Auditoría Ambiental. Su evolución histórica y entorno político institucional*. Hacia una nueva perspectiva: La auditoría financiero–ambiental, Editorial Ortega, Madrid.
- Gonzales, A. (2010) *Auditoría ambiental*. Facultad de estudios a Distancia. Universidad de Pamplona, España.
- Gómez García, L. (2011) *Auditoría Ambiental, voluntaria u obligatoria. Importancia de implementar la auditoría ambiental en la industria*, Revista de Orden Público, Estado y Derecho, N° 11, México.
- Gordillo, A. (2006) *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial lustel, Argentina, pp.9-14.
- Rodríguez Córdova, R. (2016a) *La auditoría ambiental en la gestión empresarial*, Editorial Colciencias, Holguín.
- Rodríguez Córdova, R. (2016b) *Fundamentos básicos para la ejecución de la auditoría ambiental*, Revista Ciencias Holguín, N° 1, Cuba.
- Rodríguez Córdova, R. (2007) *Gestión Ambiental de Empresas*. Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua.
- Rodríguez, F. (2013) *Lecciones de Derecho y ética para ingenieros, estudiantes de ingeniería y profesiones afines*. Derecho Ambiental. Editorial Universitas. Argentina.
- Rey Santos, O. (2007) *Sobre los Instrumentos de la gestión ambiental*, Derecho Ambiental Cubano, 2ª edición, Editorial Félix Varela, La Habana.
- Rey Santos, O. (2016) *Derecho y cambio climático, legislando en un mundo cambiante*, Editorial Academia, La Habana.
- Rey Santos O. y Cruz Sardiñas, T. (2017) *La Ley del Medio Ambiente: 20 años después*, Editorial UNIJURIS, La Habana.
- Real Ferrer, G. (2000) *Integración Económica y Medio Ambiente*, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, p. 86.
- Ríos Gual, J. (2006) *Auditorías del medio ambiente en el mundo empresarial*, Revista Magnagement & Empresa, España.
- Juste Ruiz, J. (1984) *Derecho Internacional Público y Medio Ambiente*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Problemas Internacionales del Medio Ambiente. VIII Jornadas, Barcelona, p. 53
- Juste Ruiz, J. (1999) *Derecho internacional del Medio Ambiente*, Editorial McGraw Hill, Madrid, p. 39
- Juste Ruiz, J. & Bou Franch, V. (2017) *El desarrollo sostenible tras la cumbre de Río + 20: desafíos globales y regionales*. Editorial Tirant lo Blanch. España.
- Phalen, R. & Fronti de García, J. (2008) *Contabilidad Ambiental de Gestión y Financiera*. UBA-FCE. Buenos Aires.
- Pahlen, R. & Fronti de García, L. (2004) *Contabilidad Social y ambiental*. Editorial Macchi, Buenos Aires.
- Padin, M. (2011) *La auditoría ambiental y las normas ISO 14000*, Revista Foro de Contabilidad Ambiental y Social, N° 5, Argentina.
- Páez Sandubete, J. (1999) *Contabilidad, auditoría y medio ambiente*, II Reunión sobre contabilidad, auditoría social y medio ambiente, Valencia.
- Páez Sandubete, J. (2001) *Una exploración empírica de los factores que condicionan la actitud frente a la contabilidad ambiental*. Revista de Contabilidad, N° 7, España, pp. 177-206.

- Peña Chacón, M. (2003) *La exigibilidad judicial directa del Derecho Internacional Ambiental*, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, N° 94, México, p. 38.
- Peña Chacón, M. (2007) *Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica.
- Peña Chacón, M. (2008) *Tesis de Derecho Ambiental*, Editorial jurídica continental, San José.
- Peña Chacón, M. (2016) *Derecho Ambiental efectivo*, 1ª edición, Serie Derecho Ambiental, Costa Rica.
- Peña Chacón, M. (2018) *La Revolución de los Derechos Humanos Ambientales y de los Derechos de la Naturaleza*, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, N°. 28, Argentina.
- Pernas García, J. (2011) *Contratación Pública Verde*, Editorial La Ley. Madrid, p. 61
- Porter, M. & Van Der Linde, C. (2003) *Verdes y competitivos, en ser competitivo*. Nuevas aportaciones y conclusiones, Editorial Deusto, Barcelona.
- Pierri, N. (2005) *Historia del concepto desarrollo sustentable. ¿Sustentabilidad?* Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable. Cámara de Diputados México, pp. 27-81.
- Piñar Mañas, J. (2003) *El desarrollo sostenible como principio jurídico*, Estudios de Derecho Público Económico, Madrid, pp.185-204
- PNUMA (2005) *Auditoría ambiental: evolución histórica y su entorno político institucional*. ONU.
- Pleite Guadamillas, F. (2006) *Criterios ambientales en la contratación pública*, Contratación Administrativa Práctica, N° 57, España, p. 6.
- Maldonado, M. (2001) *Auditoría de gestión*, 2ª Edición, Editorial Luz de América, Quito.
- Márquez Gómez, D. (2005) *Función jurídica del control de la Administración Pública*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
- Martín Mateo, R. (1985) *Derecho Público de la Economía*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid.
- Martin Mateo, R. (1991) *Tratado de Derecho Ambiental*, volumen I, Editorial Trivium, Madrid, pp.450-451
- Martín Mateo, R. (1993) *La ecoauditoría*, Boletín de Estudios Económicos, N° 150, España.
- Martin Mateo, R. (1994) *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Editorial Trivium, España, p.108
- Martin Mateo, R. (2000) *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, 2ª edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, p.49
- Martín Mateo, R. & Sosa Wagner, F. (1977) *Derecho Administrativo Económico*, Editorial Pirámide, España.
- Martín Retortillo, S. (1988) *Derecho Administrativo Económico*, Editorial La Ley, Madrid.
- Martín Mateo, R. (1993) *La ecoauditoría*. Boletín de Estudios Económicos, N° 150. España, pp.494-495
- Martínez Pallarés, P. (2003) *Reflexiones sobre la inclusión de aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación de los contratos públicos*, Contratación Administrativa Práctica, N° 18, España, p.34
- Marín González, L. (2002) Tesis doctoral: *Variables medioambientales: un análisis integral desde la perspectiva económico-contable, financiera y de gestión*. Universidad de Murcia. España.

Moreno Plata, M. (2010) *Génesis, evolución y tendencias del paradigma del desarrollo sostenible*. Editorial Porrúa, México.

Moguel Liévano, M. (2012) *Los sistemas de gestión de calidad y ambiental: premisas para el desarrollo sustentable en las organizaciones*, Revista Thomson Reuters, México.

Mora Ruiz, M. (2005) Tesis doctoral: *Responsabilidad compartida en la gestión ambiental*, Universidad de Huelva, España.

Murad Robles, P. (2003) Tesis de maestría: *Fundamentación y evolución jurídica de la auditoría ambiental en México*, UNAM, México.

Murad Robles, P. (2009) *La auditoría ambiental voluntaria, concepto, antecedentes, fundamentación jurídica y evaluación*, Editorial Porrúa, México.

Méndez Gutiérrez Del Valle, R. (2009) *Teoría de las revoluciones industriales*, Revista del Ministerio de Fomento, España, pp.7-29.

Méndez Ortiz, L. (2009) Tesis de maestría: *Normas ISO 14000 como instrumento de gestión ambiental empresarial*, Universidad de Veracruz. México.

Mesanza López, J. (2003) *Teoría práctica de la auditoría ambiental*, 1ª edición, Editorial Limusa, México.

Melero Alonso, E. (2010) *La promoción del medio ambiente a través de la contratación pública. Análisis de las cláusulas ambientales*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, N° 260, p. 169.

Mitre Guerra, E. (2015) *La introducción del principio de no regresión ambiental en la doctrina de la corte suprema de justicia panameña*, Universidad Latina de Panamá. Panamá.

Nogueira López, A. (1997) Tesis doctoral: *Régimen jurídico de la auditoría ambiental*. Universidad Santiago de Compostela. España.

Nogueira López, A. (1998) *Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea*, RArAP N° 12, España, p.93

Nogueira López, A. (2000) *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Editorial Marcial Pons, España.

Orozco, E. (2003) *La Auditoría Ambiental*. Instituto Nacional de Ecología SEMARNAT, México.

OLACEFS (2014) *Pasivos ambientales como efecto de la destrucción de la Biodiversidad*.

Ulate Chacón, E. Tesis doctoral: *Integración Regional y Derecho Comunitario Europeo y Centroamericano*, Universidad Sant'Anna, Pisa (2003).

Jaria I Manzano, J. (2011) *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.

Jaquenod De Zsögön, S. (1991) *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*. 3ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, p. 34

Lorenzo, T. (2009) *Auditoría Ambiental voluntaria. Marco jurídico ambiental de la empresa*, Revista Novedades y perspectivas, México.

López Sela, P. & Ferro Negrete, A. (2006) *Derecho Ambiental*, Editorial IURE, México.

López Álvarez, L. (2014) *La normalización, la certificación y las marcas de conformidad para la gestión ecológica de las empresas*. Tratado de Derecho Ambiental, Editorial CEF, España, p.654

- López Hernández, A. (2013) *Normas profesionales de la INTOSAI: directrices de la auditoría*, Revista Auditoría Pública, N° 61, Granada, pp.6-19
- López Toledo, P. Tesis doctoral: *La consideración de aspectos ambientales en la contratación pública*, Universidad Castilla de La Mancha, España (2014)
- Loperena Rota, D. (2003) *Desarrollo sostenible y globalización*, Editorial Thomson-Aranzadi, Argentina, pp.3-16
- Lozano, J. (2009) *La empresa ciudadana como empresa responsable y sostenible*. Editorial Trotta, Madrid.
- Leff Zimmerman, E. (1998) *El saber ambiental*, Editorial Siglo XXI, México.
- Leff Zimmerman, E. et al. (1994) *Ciencias Sociales y formación ambiental*. Editorial Gedisa, España.
- Leff Zimmerman, E. (2009) *Pensamiento ambiental latinoamericano: Patrimonio de un saber para la sustentabilidad*. Buenos Aires.
- Leff Zimmerman, E. (2013) *Saber ambiental: Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*. Editorial Siglo XXI, México.
- Leff Zimmerman, E. (2009) *Auditorías Ambientales*. II Curso Internacional de Aspectos Geológicos de Protección Ambiental. Universidad de Sao Paulo. Brasil.
- Lee, H. (1998) *Manual de Auditoría Ambiental. Higiene y Seguridad Ambiental*. 2ª edición, España.
- Lorenzo, T. (2009) *Auditoría Ambiental voluntaria. Marco jurídico ambiental de la empresa*. Revista Novedades y perspectivas. México.
- Llena Maraculla, F. (1999) Tesis doctoral: *La contabilidad en la interacción empresa-medio ambiente. Su contribución a la gestión medio ambiente*. Universidad de Zaragoza, España.
- Liliana Coria, S. (2017) *¿Nuevo paradigma? 4ta Revolución industrial*, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, N°. 23, Argentina.
- Lindegaard, E. (2010) *Historia de Auditoría*. México.
- Thompson, J. (1996) *Environmental Auditing*. Applied Internal Auditing. Florida International University, USA.
- Sánchez, L. (2002) *Auditorías ambientales, Notas de clase del II Curso Internacional de aspectos geológicos de protección ambiental*. UNESCO para América Latina y el Caribe.
- Sabrina, O. Tesis de maestría: *Contabilidad y Auditoría Ambiental*, Universidad del Salvador (2010).
- Sales, R. (1999) *Auditoría Ambiental, aspectos jurídicos*, Editorial Malheiros, Brasil.
- Sales de Freitas, J. (2013) *Auditoría externa ambiental como instrumento de defensa del medio ambiente*, Revista De Jure, N° 20, Brasil.
- Santamaría Arinas, R. (2006) *Implicaciones del Desarrollo Sostenible para la Ciencia del Derecho Administrativo*, Revista Donostia, España, pp.631-638
- Santana Pacheco, Y. Tesis de maestría: *Herramienta informática para la gestión de auditorías de Sistemas de Gestión Ambiental basados en ISO 14001*, Universidad Martha Abreu, Cuba.
- Sanz Larruga, F. (2016) *Derecho Ambiental para una economía verde*, Editorial Aranzadi, España.
- Serrano Moreno, J. (2007) *Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*. Editorial Trotta. Madrid.



Seoáñez Calvo, M. & Angulo Aguado, I. (1999) *Manual de gestión medioambiental de la empresa*. Editorial Mundi-prensa, Madrid.

Kelsen, H. (1980) *Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica*, Revista de Derecho. UNAM. México.

Kenner Thompson, J. (2010) *Conducta empresarial responsable como estrategia*, Revista de Ética Empresarial, Estados Unidos de América, pp.1-22.

Kuhn, T. (2001) *La estructura de las revoluciones científicas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Madrid, p.13

Whittington, R. & Pany, K. (2005) *Principios de Auditoría*, 14<sup>º</sup> edición, Editorial McGraw Hill, México.

Wolisky, J. (2012) *Manual de auditoría integral y ambiental*, Editorial Buyatti, Argentina.

Vásquez, J. (2009) *El derecho ambiental en la región: su implementación en la justicia, el rol del juez y la jurisprudencia*. México. PNUMA.

Vargas, N. (2006) *Responsabilidad Social Empresarial (RSE) desde la perspectiva de los consumidores*. CEPAL.

Varela Silva, M. (2008) *Auditoria Ambiental: nuevos caminos en el control externo*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

Vives, A. (2011) *La Responsabilidad Social de la empresa en América Latina*, Editorial Fondo Multilateral de Inversiones, Washington.

Villardefrancos Álvarez, M. et al. (2006) *La auditoría como proceso de control: concepto y tipología*. Revista Ciencias de la Información, N<sup>º</sup>. 2, Universidad de La Habana, Cuba.

Villa Vizcaíno, G. (2003) *Bases conceptuales de auditoría ambiental como instrumento de prevención de la contaminación: manual introductorio*, Revista de Contabilidad, Colombia.

Vega, L. (2001) *Gestión ambiental sistémica. Un nuevo enfoque funcional y organizacional para el fortalecimiento de la gestión ambiental pública empresarial y ciudadana en el ámbito estatal*, SIGMA, Bogotá.

Vecino, J. (2012) Tesis de maestría: *Competencias ambientales empresariales: definición, caracterización y aplicación*, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Zeledón Zeledón, R. (1998) *Código Ambiental*, Revista de Derecho, N<sup>º</sup> 1, Costa Rica.

---

**Recibido em:** 22/04/2019

**Aprovado em:** 13/09/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

BATISTA, Alcibiades Rodríguez; SÁNCHEZ, Alcides Antúnez. La auditoría ambiental en el ordenamiento jurídico de panamá: su práctica en el sector empresarial industrial. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.39, p.87-121, set./dez. 2019. Disponível em: <<http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/04/DIR39-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.