

REVISTA ELETRÔNICA DE  
**DIREITO**  
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.31 | Janeiro / Abril 2017

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO



ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE  
**DIREITO**  
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.31 | Janeiro / Abril 2017

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO

 **Newton**

## ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Beldi

DIRETOR ACADÊMICO: Celso Braga

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Jacqueline Guimarães Ribeiro

COORDENADOR GERAL DA ESCOLA DE DIREITO: Emerson Luiz de Castro

COORDENAÇÃO ADJUNTA: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

R449

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

n.31, jan. / abr. 2017

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



Quem se prepara, não para.

# EXPEDIENTE

## EDITOR

Michael César Silva

## CONSELHO EDITORIAL

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina  
Carlos Augusto Teixeira Magalhães | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, 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  
David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha  
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  
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 Costa Nassif | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil  
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  
Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 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  
Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Universidade do Oeste de Santa Catarina | Escola Superior Associada de Goiânia, Chapecó, Santa Catarina, 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  
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 València, València, Espanha  
Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil  
Salette Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil  
Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Leonardo Alves Corrêa | Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 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

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

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

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

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

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

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

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

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, 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 DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA | <http://npa.newtonpaiva.br/npa>

Editora de Arte | Projeto Gráfico | DIAGRAMAÇÃO: Helô Costa - Registro Profissional: 127/MG

# sumário





## APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA .....8-11

## AUTORES CONVIDADOS

ABOLIÇÃO DA CULPA E RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES  
JORGE DUARTE PINHEIRO .....12-22

## ARTIGOS

A TECNOLOGIA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO SUBSÍDIO  
DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES  
FLÁVIA SANTOS MENDONÇA | LUCIVÂNIA GUIMARÃES SALLES |  
MARCO AURÉLIO RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ .....23-33

LA AUDITORÍA AMBIENTAL EN EL DERECHO PÚBLICO  
ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ | AMED RAMÍREZ SÁNCHEZ |  
EDISON NAPOLEÓN FUENTES YÁNEZ .....34-55

CAMINHOS ALTERNATIVOS PARA A SUSTENTABILIDADE:  
A Contribuição da Teoria do Decrescimento  
ANDY PORTELLA BATTEZINI | KARLA CRISTINE REGINATO .....56-65

DELIMITAÇÃO DO SENTIDO NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS DOUTRINÁRIOS  
DO DIREITO À SAÚDE COMO PARÂMETRO MITIGADOR DA JUDICIALIZAÇÃO  
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE  
ANA CARLA BLIACHERIENE | JOSÉ SEBASTIÃO DOS SANTOS | THIAGO FREITAS RUBIM ..66-82

A INFORMAÇÃO E A COMUNICAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:  
Um Olhar Sobre as Nuances e Perspectivas da Sociedade em Rede  
BRUNO MELLO CORREA DE BARROS | RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA .....83-94

O TRABALHO ESCRAVO NO ESTADO DA PARAIBA E AS PERSPECTIVAS  
ATUAIS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA  
MELANIE CLAIRE FONSECA MENDOZA | RAPHAELLA VIANA SILVA ASFORA .....95-107

SUPOSTOS HISTÓRICOS DO PROCESSO CAUTELAR  
THIAGO RIBEIRO DE CARVALHO | JUDITH APARECIDA DE SOUZA BEDÊ .....108-124

OS JUÍZES E OS TRIBUNAIS COMO AGENTES DA GLOBALIZAÇÃO:  
A Utilização de Leis e Jurisprudências Estrangeiras pelo Supremo  
Tribunal Federal no Ano de 2015  
GUSTAVO WENTZ .....125-137

AS OBRIGAÇÕES ASSOCIATIVAS DO IMPÉRIO DO DIREITO À JUSTIÇA PARA OURIÇOS  
JOÃO VÍCTOR MARTINS ..... 138-148

# apresentação



Na contemporaneidade, 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, 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 destaca-se como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da análise 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*.

Com muita satisfação, cumpre-nos informar à comunidade acadêmica que a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva fora classificada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), em sua última avaliação, no *Estrato B4* do Sistema *Qualis* de Periódicos, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual.

A revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de Periódicos, obteve, ainda, sua inserção 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) e a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal).

É com enorme alegria que apresentamos o primeiro número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva do ano de 2017.

O presente número do periódico compõe-se por dez trabalhos científicos inéditos, de autores internacionais e nacionais, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes análises sobre questões do contexto contemporâneo do Direito, sob a imprescindível perspectiva do Estado Democrático do Direito.

No primeiro artigo, convidamos o Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal, para publicar artigo de sua autoria intitulado *Abolição da Culpa e Responsabilidade Civil nas Relações Familiares*, no qual o autor discorre com brilhantismo sobre o impacto da temática no âmbito do Direito Civil Português, a partir de estudo analítico sobre o Direito da Família dos Adultos e o Direito da Família das Crianças, apresentando, ainda, em seu articulado contrapontos com o Direito de Família no Brasil.

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla/Espanha e Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Lucivânia Guimarães Salles, Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT-SE) e Defensora Pública do Estado de Sergipe, e Flávia Santos Mendonça, Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT-SE), escrevem sobre instigante questão relacionada a utilização da tecnologia da reprodução humana assistida e suas repercussões nas relações familiares, sob o viés da afetividade e da realização pessoal dos sujeitos.

No terceiro artigo, apresentamos outra relevante contribuição estrangeira, no texto *“La Auditoría Ambiental en el Derecho Público”*, de autoria dos Professores Alcides Francisco Antúnez Sánchez, Máster en Asesoría Jurídica por la Universidad de Oriente e Docente na Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Granma/Cuba, Amed Ramírez Sánchez, Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de Oriente e Profesor Asistente na Universidad de Granma/Cuba, e Edison Napoleón Fuentes Yáñez, Máster e Profesor Titular na Universidad Técnica Estatal de Quevedo/Equador. Os autores escrevem sobre os avanços na política e gestão ambiental em organizações empresariais voltados à conservação dos recursos naturais e do meio ambiente, a partir da análise dos elementos da instituição jurídica da auditoria ambiental.

*Caminhos Alternativos para a Sustentabilidade: a contribuição da teoria do decrescimento*, texto de autoria de Andy Portella Battezzini e Karla Cristine Reginato, Mestrandas do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED/RS), propõe examinar a aplicação da Teoria do Decrescimento de Latouche ao modelo de consumismo exacerbado praticado como possível solução à insustentabilidade econômica no cenário contemporâneo de crescimento ilimitado.

Do Estado de São Paulo, Ana Carla Bliacheriene, Mestre e Doutora em Direito Social pela PUC-SP, Livre Docente em Direito Financeiro e Professora da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, José Sebastião dos Santos, Livre Docente em Cirurgia do Aparelho Digestivo da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FMRP-USP) e Thiago Freitas Rubim, Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP, apresentam interessante estudo sobre a controvérsia envolvendo o direito à saúde e a judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil, com relevantes conclusões sobre a temática.

No sexto artigo, Rafael Santos de Oliveira, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS) e Bruno Mello Correa de Barros, Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS), examinam em seu articulado os impactos advindos das tecnologias da informação e comunicação no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, a partir da perspectiva desenvolvida na sociedade em rede.

Melanie Claire Fonseca Mendoza, Doutoranda em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha e Mestre em Direito Público pela Universidade de Sevilha/Espanha, e, Raphaella Viana Silva Asfora, Doutoranda em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Córdoba/Argentina, discorrem em seu artigo sobre a incidência do trabalho escravo no Estado da Paraíba, seus efeitos deletérios à condição humana e saúde dos trabalhadores, ponderando a questão sob a perspectiva do princípio da dignidade humana, com importantes considerações sobre a temática, notadamente, no tocante a necessidade de constante revisão e efetividade das políticas públicas no combate ao trabalho escravo, especialmente, no referido Estado.

Os professores Thiago Ribeiro de Carvalho e Judith Aparecida de Souza Bedê, ambos Doutorandos pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), abordam em seu texto os aspectos históricos do processo cautelar e as influências no Direito Processual Brasileiro, no intuito de contribuir para o aprofundamento do estudo do tema, Gustavo Wentz, Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED/RS), Coordenador e Professor dos Cursos de Direito da Faculdade IDEAU- Getúlio Vargas/RS, propõe em seu texto analisar a atuação do Poder Judiciário e de seus agentes como atores da globalização, com ênfase na aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, em seus julgamentos, de legislações internacionais e jurisprudências estrangeiras.

Fechando o presente número da revista, João Víctor Martins, Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, e Professor Adjunto de Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira (FUNCESI/MG), realiza análise evolutiva sobre as chamadas “obrigações associativas” no contexto da Teoria do Direito contemporânea, com suporte nos estudos desenvolvidos por Ronald Dworkin.

Cumpre destacarmos a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores, nacionais e estrangeiros, 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

# ABOLIÇÃO DA CULPA E RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES <sup>1</sup>

## ABOLITION OF FAULT AND CIVIL LIABILITY IN FAMILY RELATIONSHIPS

JORGE DUARTE PINHEIRO <sup>2</sup>

**RESUMO:** Em regra, a responsabilidade civil pressupõe culpa. No entanto, as novas regras sobre o divórcio negam relevância à culpa. Perante tal evolução, importa perguntar: como pode haver responsabilidade civil entre membros da família se o Direito que regula as suas relações parece afastar a relevância da culpa? A resposta pode não ser a mesma para todo o Direito da Família. No Direito da Família dos Adultos, predomina a lógica do acordo e da liberdade. No Direito da Família das Crianças, predomina a lógica da proteção da criança e da proibição de certos atos (tidos como prejudiciais para as crianças). Dada a centralidade contemporânea da posição da criança, pressente-se maior abertura à responsabilidade civil (do adulto) no Direito da Família das Crianças do que no Direito da Família dos Adultos. Mas um princípio de justiça impõe que a responsabilidade civil opere também entre cônjuges.

**Palavras-chave:** Casamento; Criança; Culpa; Responsabilidade Civil.

**ABSTRACT:** As a rule, civil liability depends upon fault. However, new rules on divorce deny relevance to fault. Taking into account this evolution, we have to ask: if Family Law seems to exclude fault's relevance, can civil liability occur between family members? The answer may not be the same for all areas of Family Law. In Adult's Family Law prevails the logic of agreement and freedom. In Children's Family Law prevails the logic of child's protection and prohibition of certain acts (pointed out as prejudicial to children). Due to the contemporaneous centrality of child's position, it's predictable more openness to civil liability (of adult) in Children's Family Law than in Adult's Family Law. But a principle of justice demands applicability of civil liability even between spouses.

**Keywords:** Civil Liability; Child; Fault; Marriage.

---

<sup>1</sup> Texto concluído em dezembro de 2016, elaborado com base em palestra sob o mesmo título, proferida no âmbito do "I Simpósio Luso-brasileiro sobre Responsabilidade Civil, Ambiental e Empresarial", que decorreu em 17 de agosto de 2016 na Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil).

<sup>2</sup> Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal.

## I. A DÚVIDA

1. Em regra, a responsabilidade civil pressupõe culpa (cf. artigos 927 e 186 do Código Civil brasileiro; artigo 483.º do Código Civil português<sup>3</sup>).

No entanto, as novas regras sobre o divórcio negam relevância à culpa.

Por exemplo, em Portugal, onde o divórcio foi introduzido em 1910, vigorou até 2008 um sistema de divórcio litigioso marcado pelo princípio da culpa. Neste sistema, na falta de acordo das partes quanto à dissolução do casamento, a lei fazia depender a obtenção de divórcio por parte de um cônjuge da violação culposa dos deveres conjugais pelo outro ou/e sujeitava a consequências patrimoniais negativas o cônjuge a quem fosse imputável o fim da vida em comum.

Ora, tal sistema foi abolido pela Lei portuguesa n.º 61/2008, de 31 de outubro, que passou a regular os pressupostos e os efeitos do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, abstraindo da questão do contributo das partes para a rutura. Um cônjuge pode agora requerer o divórcio sem invocar, nem provar, a culpa do outro na cessação da vida em comum<sup>4</sup>; o juiz que decreta o divórcio não pode hoje identificar um dos cônjuges como tendo sido o único ou o principal culpado na dissolução do casamento (e, portanto, nenhum dos cônjuges está sujeito a sanções, no âmbito do processo de divórcio, por comportamentos assumidos na constância do matrimónio)<sup>5</sup>.

Perante tal evolução, importa perguntar: como pode haver responsabilidade civil entre membros da família se o Direito que regula as suas relações parece afastar a relevância da culpa, que constitui um dos pressupostos da referida responsabilidade?

2. O cenário da dúvida formulada não é propriamente idêntico em Portugal e no Brasil

Existem, é certo, proximidades culturais e de soluções entre os ordenamentos português e brasileiro, mas convém mencionar algumas diferenças de configuração técnica.

Em Portugal, a lei, mais precisamente, a lei infraconstitucional, é uma fonte de Direito hegemónica. Não existe muito espaço para desenvolvimentos jurisprudenciais e qualquer construção está limitada pela pormenorização da lei. Mesmo a invocação da Constituição, no quadro do Direito Privado, tende a ser relativamente periférica e secundária.

Há, nestes pontos, divergência do ordenamento brasileiro, o que se reflete nos domínios mais práticos. Por exemplo, no Brasil, são frequentes compilações que contemplam o Código Civil e a Constituição. Em Portugal, tal não acontece; as compilações que incluem o Código Civil acrescentam-

3 Sob a epígrafe “Princípio geral”, o artigo 483.º do Código Civil português, integrado numa secção dedicada à responsabilidade civil, estabelece o seguinte: “1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.// 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.”

4 Nos termos do artigo 1781.º, alínea d), do Código Civil português, na redação da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, é fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges qualquer facto não previsto nas demais alíneas que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostre a rutura definitiva do casamento. A disposição legal contrasta com o artigo 1779.º do Código Civil português, na redação anterior, dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro. O n.º 1 deste artigo 1779.º determinava que “qualquer dos cônjuges pode requerer o divórcio se o outro violar culposamente os deveres conjugais quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum.”

5 A lei de 2008 revogou normas do Código Civil português que disciplinavam a declaração de culpa no divórcio e associavam efeitos negativos a tal declaração. Antes, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, o artigo 1787.º, n.º 1, do Código Civil, impunha ao juiz que, havendo elementos, declarasse na sentença um dos cônjuges como único ou principal culpado. Na redação igualmente anterior dos artigos 1790.º, 1791.º, 1792.º e 2016.º do Código Civil, o cônjuge declarado único ou principal culpado não podia na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos; perdia todos os benefícios recebidos ou que houvesse de receber do outro cônjuge ou terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado; devia reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; e só excepcionalmente tinha o direito de exigir alimentos ao outro.



lhe somente legislação complementar de *Direito Privado* não comercial.

Em caso de reservas quanto à constitucionalidade, a lei portuguesa adapta-se rapidamente. Foi assim em 1977, com a Reforma do Código Civil, que adequou toda a legislação de família e de sucessões aos princípios ditados pela Constituição portuguesa que tinha sido aprovada há pouco mais de um ano<sup>6</sup>.

O processo legislativo de Portugal, Estado unitário e centralizado há séculos, é célere e não obriga a grandes negociações e equilíbrios. Quando se manifesta uma discrepância jurisprudencial, o legislador toma posição, antes que se sedimente uma orientação *praeter* ou *contra legem*.

Em 2001, uma lei portuguesa admitiu a união de facto entre pessoas do mesmo sexo. Em 2010, outra lei admitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em 2016, foi admitida também por lei a adoção por pessoas do mesmo sexo; no mesmo ano, foi revista a lei geral de reprodução assistida, que é de 2006, permitindo o acesso à reprodução assistida de casais de mulheres e mulheres individualmente consideradas.<sup>7</sup>

Neste movimento de mudanças jus-familiares, a jurisprudência portuguesa teve pouco peso. Aliás, antes da lei que introduziu em Portugal o casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2010, o Tribunal Constitucional foi chamado duas vezes a pronunciar-se sobre o tema<sup>8</sup>, tendo concluído que se estava em domínio de liberdade do legislador infraconstitucional; ou seja, não se justificaria um juízo de inconstitucionalidade quer por ser negada a faculdade de casar a duas pessoas do mesmo sexo, quer por passar a ser admitido o casamento independentemente do sexo dos contraentes.

O que significa isto? Que qualquer problemática, incluindo a da responsabilidade civil entre membros da família, pode encontrar referências *legislativas* mais abundantes em Portugal do que no Brasil.

3. Há, contudo, outro lado do cenário da dúvida, que é já comum a Portugal e ao Brasil, por ser característico do atual Direito da Família ocidental

Numa análise material, Brasil e Portugal pertencem a um grupo numeroso de Países (maioritariamente situados na América e na Europa) que adotam soluções semelhantes para os problemas fundamentais do Direito da Família.

Ora, o Direito da Família do espaço euro-americano estrutura-se de acordo com duas lógicas bem distintas, com eventuais repercussões no debate sobre a responsabilidade civil intrafamiliar. A diversidade das lógicas é tal que se pode chegar a defender a existência de dois grandes Direitos da Família: o *Direito da Família dos Adultos*, das uniões, dos casamentos e das uniões estáveis ou de facto; e o *Direito da Família das Crianças*, isto é, da filiação, da relação entre pais e filhos, entre adultos e crianças.

6 Aprovada em 2 de abril de 1976, a Constituição da República Portuguesa consagrou no seu artigo 36.º os princípios da igualdade dos cônjuges (n.º 3) e da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (n.º 4). Não estando o direito ordinário vigente conforme com tais princípios, o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, deu corpo a uma reforma que, modificando profundamente o texto do Código Civil, procedeu à equiparação do estatuto dos filhos nascidos fora do casamento ao dos filhos nascidos na constância do matrimónio e atribuiu os mesmos direitos e deveres a ambos os cônjuges.

7 A possibilidade de constituição de união de facto entre pessoas do mesmo sexo deve-se à Lei n.º 7/2001, de 11 de maio. A união de facto portuguesa corresponde, de certo modo, à união estável brasileira. Todavia, tem muito menos efeitos do que esta (talvez por não estar sujeita a registo – o formalismo é importante em Portugal) – não se preveem direitos e deveres entre companheiros, regimes de bens, nem benefícios hereditários. O casamento entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecido pela Lei n.º 9/2010, de 31 de maio. A adoção por casais de mesmo sexo foi permitida pela Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro. A reprodução assistida (procriação medicamente assistida, na terminologia dos juristas portugueses) foi regulada em termos gerais pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Esta lei inicialmente, facultava o acesso à reprodução assistida unicamente aos casais de sexo diferente, solução que foi alterada pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, nas condições descritas no texto principal.

8 Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 359/09, de 9 de julho de 2009 (disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>>) e n.º 121/2010, de 8 de abril de 2010 (disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>>).



A lógica do primeiro Direito da Família é a do acordo e da liberdade individual na constituição e na extinção das relações; a lógica do segundo Direito da Família é a da proteção da criança, da proibição de certos atos aos adultos, da permanência do vínculo, aconteça o que acontecer<sup>9</sup>.

Dada a centralidade contemporânea da posição da criança, pressente-se maior abertura à responsabilidade civil do adulto no *Direito da Família das Crianças*. A obrigação de indemnizar surge aqui, afinal, como um instrumento, que, a par de outros, contribui para o reforço daquela posição, para a proteção de *sujeito vulnerável*. Em contrapartida, no âmbito do *Direito da Família dos Adultos*, talvez se revele sedutor o entendimento de que nenhum dos sujeitos carece de especial tutela, em virtude de ambos serem iguais, *adultos*...

Apreciemos justamente a situação da tutela indemnizatória entre adultos que se uniram pelo matrimónio.

## II. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DA FAMÍLIA DOS ADULTOS

4. As atuais objeções à responsabilidade civil no Direito da Família dos adultos fundam-se na evolução do regime português do divórcio (de que se deu conta, *supra*, em I., n.º 1).

De um modelo de inspiração francesa, que vigorou quase cem anos em Portugal, passou-se a um modelo de inspiração germânica, substituindo-se um sistema de divórcio que sancionava a culpa dos cônjuges na rutura da vida em comum por um sistema de divórcio que se limita a identificar a rutura, sem censurar quem quer que seja.

Foi esta mudança, materializada em 2008, que originou, recorde-se, a seguinte dúvida: se a culpa deixou de ser relevante para a lei, em matéria de divórcio, como pode haver responsabilidade civil subjetiva, que pressupõe culpa, entre pessoas que contraíram casamento?

No entanto, recorde-se igualmente que o legislador português ambiciona preencher todos os espaços que careçam de regulação. Não surpreende, pois, que o artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil lusitano, na sua última redação (que é de 2008), se ocupe expressamente do problema em apreço, estabelecendo que “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”.

O preceito parece ser claro quanto à possibilidade de aplicação do instituto geral da responsabilidade civil entre cônjuges.

Mas dois ilustres académicos têm outra opinião.

Não obstante a atual redação do artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil, Carlos Pamplona Corte-Real considera que a filosofia das alterações legislativas de 2008 obsta a uma obrigação de indemnizar que se funde em violação de deveres especificamente conjugais; que o que o “preceito sublinha não tem a ver com a culpa, que a lei erradicou, conexas com pretensas violações de deveres conjugais”. Para este importante professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a responsabilidade civil prevista no artigo 1792.º, n.º 1, é desencadeada tão-só pela violação de direitos absolutos, como o direito à integridade física ou o direito de propriedade, ou seja, por circunstâncias que podem suscitar compensação entre terceiros, nos termos gerais de direito.<sup>10</sup>

Outro nome grande do Direito da Família, Guilherme de Oliveira, professor da Faculdade de

9 No direito português, a violação grave de deveres dos pais para com os filhos é suscetível de levar à inibição do exercício das responsabilidades parentais (artigo 1915.º do Código Civil). Esta vicissitude das responsabilidades parentais (instituto similar ao poder familiar brasileiro) não extingue, porém, o vínculo de filiação. A extinção (não retroativa) do vínculo só ocorre no caso de morte de um dos sujeitos (pai ou filho) ou de adoção de criança que não seja filha do cônjuge ou do companheiro do adotante (ao mesmo tempo que cria um novo vínculo, a sentença de adoção normalmente elimina as relações familiares que existiam entre o adotado e os seus ascendentes e colaterais naturais, como se determina no artigo 1986.º, n.º 1, do Código Civil português). É assim visível o contraste com o vínculo conjugal, que se pode extinguir por divórcio.

10 Cf. Corte-Real;Pereira (2011, pp.17-20, 182-183); e Corte-Real (2016, pp. 123-124).

Direito da Universidade de Coimbra, aceita apenas a responsabilidade civil por violação de deveres conjugais se esta for acompanhada pela prática de factos ofensivos dos direitos de personalidade. Isto porque, assentando o novo regime jurídico português de divórcio num princípio de rutura objetiva, “não se procura um culpado nem um principal culpado; nem um inocente que possa ser considerado o lesado, e portanto o titular de um direito de indemnização pela violação dos deveres conjugais” (OLIVEIRA, 2010, p.21).

5. Contudo, a exclusão da responsabilidade civil por violação de deveres conjugais que não constituam também violação da proibição de não lesar direitos de personalidade e direitos patrimoniais do outro equivale à negação da relevância dos deveres conjugais, que a lei em vigor não autoriza.

A celebração do casamento produz efeitos e entre os efeitos paradigmáticos e centrais estão os deveres conjugais, que a lei enuncia no artigo 1566 do Código Civil brasileiro e no artigo 1672.º do Código Civil português<sup>11</sup>. Se o legislador prevê tais deveres, e prevê sem excluir a sua tutela, apesar do enorme respeito que merecem os dois doutrinadores portugueses, *supra*, referidos, parece não haver motivo para se entender que os deveres em apreço não beneficiam de tutela ou não são jurídicos. O casamento exprime um compromisso e as partes que o celebram sabem que ficam vinculados a deveres específicos.

O casamento não é propriamente um domínio excepcional, em que só haja responsabilidade civil quando o legislador o determine. A responsabilidade civil enquadra-se entre os instrumentos de proteção de todos os direitos subjetivos<sup>12</sup> e não apenas de garantia de certos direitos, como os direitos reais, de crédito ou de personalidade.

O que se observa no plano da dissolução do casamento por divórcio apresenta escasso alcance argumentativo no plano da responsabilidade civil. Compreende-se que a formalização da extinção do vínculo matrimonial opere quando não exista nem seja viável a relação a dois, que não se insista na continuação de um vínculo sem expressão nem função. Compreende-se, assim, que a culpa na rutura deixe de ser quer um pressuposto do divórcio quer um fator a considerar na fixação dos efeitos da dissolução. Na falta de vida comum, há que eliminar barreiras à certificação formal do final de um casamento que materialmente já terminou.

No plano da responsabilidade civil, o imperativo é outro: um princípio de justiça, como é o da reparação de danos. Nada legitima uma atitude de indiferença só porque lesado e lesante estão ou estiveram unidos pelo matrimónio. A família não deve ser tida como um mundo à parte, onde reina a imunidade. Já foi assim – na época da não incriminação dos maus tratos e das ofensas corporais entre cônjuges ou entre pais e filhos<sup>13</sup>.

Independentemente de divórcio, a violação de deveres conjugais, incluindo o de fidelidade, pode acarretar responsabilidade civil, ao abrigo das regras gerais (cf. artigo 483.º do Código Civil português), como decorre nitidamente do artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil português, na redação da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro<sup>14</sup>. Importa é que se verifiquem os pressupostos da obrigação de indemnizar<sup>15</sup>.

11 O artigo 1672.º do Código Civil português dispõe: “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência”.

12 Aos deveres a que os cônjuges estão vinculados correspondem, no lado ativo, direitos subjetivos (cf. PINHEIRO, 2016, p.392), que, porém, se afastam da imagem clássica de direitos subjetivos: os direitos conjugais são conferidos para realização da comunhão de vida e não para proteção exclusiva do interesse do titular (cf. PINHEIRO, 2004, pp.445-453, 485-486). Ora, a particularidade assinalada ao direito conjugal (vertente funcional comunitária, que sugere uma dignidade social deste direito que supera a que cabe ao direito de crédito ou a outros direitos subjetivos centrados no interesse exclusivo dos respetivos titulares) torna mais estranha uma posição normalmente adversa à responsabilidade civil por violação de deveres conjugais.

13 Cf. Pinheiro (2004, p.530 e s.)

Para alguns<sup>16</sup>, o argumento da liberdade é suficiente por si só para negar a responsabilidade civil por violação de deveres conjugais predominantemente pessoais. Qualquer forma de pressão económica para o cumprimento seria inadmissível.

Todavia, para o legislador português, até a consagração de responsabilidade civil por incumprimento da promessa de casar é compatível com a liberdade matrimonial. Ao contrário do que acontece no Brasil (em que a doutrina discute a hipótese e o âmbito da responsabilidade civil por violação dos esponsais, ou da promessa de casamento<sup>17</sup>), Portugal dispõe de regulamentação legal sobre o assunto: nos termos do artigo 1594.º, n.º 1, do Código Civil lusitano, o contraente que “romper a promessa sem justo motivo ou, por culpa sua, der lugar a que o outro se retrate, deve indemnizar o esposado inocente, bem como os pais deste ou terceiros que tenham agido em nome dos pais, quer das despesas feitas quer das obrigações contraídas na previsão do casamento”.<sup>18</sup>

Se nem o elevado valor que assume a liberdade matrimonial<sup>19</sup> impede a obrigação de indemnizar, por que há de ser questionada tal obrigação quando possa estar em causa a violação de deveres que emergem do casamento?

A responsabilidade civil por violação de deveres especificamente conjugais não colide com a liberdade individual, tanto que mais que nem toda a violação de dever conjugal implica obrigação de indemnizar. A responsabilidade civil depende de um conjunto exigente de pressupostos<sup>20</sup>. E, sob a epígrafe “danos não patrimoniais”, o artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil português, estabelece que “na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”, o que limita as pretensões indemnizatórias.

É viável o equilíbrio entre direitos individuais, patrimoniais e de personalidade, e deveres conjugais garantidos pelo instituto geral da responsabilidade civil. O regime injuntivo dos efeitos do casamento não abarca pormenorizadamente todos os aspetos da vida de cada cônjuge: os artigos 1566 do Código Civil brasileiro e 1672.º do Código Civil português<sup>21</sup> aludem aos deveres recíprocos dos cônjuges segundo uma técnica de conceitos indeterminados e não de conceitos precisos. Há, portanto, uma área restante, apreciável, deferida à esfera de opção individual.

### III. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DA FAMÍLIA DAS CRIANÇAS

6. No Direito da Família português contemporâneo, a polémica sobre a responsabilidade civil circunscreve-se ao quadro das relações entre cônjuges. Não se vislumbra, atualmente, nenhuma posição hesitante quanto à possibilidade de os filhos serem ressarcidos por atos ilícitos dos pais.

Todavia, ao longo de várias décadas, viveu-se um ambiente adverso à responsabilidade civil do pai perante a criança<sup>22</sup>.

14 O artigo 483.º encontra-se transcrito, supra, na nota 1; o artigo 1792.º, na versão de 2008, que é que está em vigor, foi transcrito, supra, no n.º 4.

15 Sobre a adequação técnica do ilícito conjugal aos pressupostos da responsabilidade civil, cf. Pinheiro (2004, pp.672-677).

16 Cf. Campos;Campos (2016, p.343), que, em nome do direito à liberdade (de divórcio), excluem a possibilidade de um cônjuge que indemnizar o outro por danos “que decorrem imediatamente e só da violação dos deveres conjugais”; Fischer (1994).

17 Cf., designadamente, Cardin (2012, p.84 e s.)

18 Note-se que o artigo 1591.º do mesmo código não permite que a responsabilidade civil por incumprimento da promessa de casamento vá além do que resulta do mencionado artigo 1594.º. Ou seja, no ordenamento português, afasta-se expressamente, por exemplo, a reparação dos danos morais, ou não patrimoniais, decorrentes da rutura dos esponsais.

19 Sobre a importância e a tutela do direito de casar e de não casar, cf. Pinheiro (2004, pp. 291-294).

20 Que, no direito português, atendendo ao disposto no artigo 483.º do Código Civil (transcrito, supra, na nota 1), são, em regra, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano.

21 O teor do artigo 1672.º foi reproduzido, supra, na nota 10.

22 Cf. Pinheiro (2015, n.º 338, pp. 6-8).

Com a Revolução Francesa, a afirmação do valor intrínseco do indivíduo implicava a tutela de todos os direitos que lhe eram reconhecidos, ainda que a respetiva violação fosse imputável a um familiar.

No entanto, os tribunais só excepcionalmente eram chamados a apreciar casos de violação de direitos individuais imputáveis ao cônjuge ou ao pai do titular, o que indicava a existência de uma situação de *imunidade de facto* no seio da família.

A imunidade de que, na prática, o pai tendia a beneficiar na sua relação com o filho menor, justifica-se com base na conjugação de duas ordens de fatores. Por um lado, imperava, na sociedade, a convicção de que, para bem da harmonia familiar, os conflitos entre cônjuges e entre pais e filhos deviam ser resolvidos por eles, sem intervenção de terceiros. Por outro lado, num contexto em que era atribuída supremacia decisória a uma das partes, tal ideia não impedia, aparentemente, a resolução efetiva dos conflitos: a última palavra cabia ao marido ou pai, enquanto chefe da família.

O enquadramento normativo favorável à imunidade do pai era visível no primeiro Código Civil português<sup>23</sup>. O artigo 137.º definia o poder paternal como um complexo de *direitos*. Depois de prever que “as mães participam do poder paternal”, o artigo 138.º estatuiu que “é ao pai que especialmente compete durante o matrimónio, como chefe de família, dirigir, representar e defender os seus filhos menores”. A primeira parte do artigo 141.º estabelecia que “o poder dos pais, quanto às pessoas dos filhos menores, não é sujeito a cautela alguma preventiva”. E os dois artigos subsequentes reforçavam a impressão de *soberania* dos pais.<sup>24</sup>

7. Após a Revolução de 25 de Abril de 1974, surgiu um novo contexto. Em 1976, o artigo 69.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, reconheceu às crianças um direito a especial proteção da sociedade e do Estado “contra o exercício abusivo de autoridade na família”. Em 1977, foi reformado o Código Civil português, que passou a prever deveres mútuos de respeito, auxílio e assistência entre pais e filhos (artigo 1874.º)<sup>25</sup>, associou o poder paternal ao interesse dos filhos (artigo 1878.º, n.º 1) e revogou a disposição que atribuía aos pais o poder de correção (contida na versão originária do artigo 1884.º)<sup>26</sup>. Embora mais tarde, importa ainda destacar a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>27</sup>, a que Portugal se vinculou em 1990, o mesmo ano em que foi assinada, e

23 Este código é de 1867, tendo vigorado em território português até 31 de maio de 1967, data em que se iniciou a vigência do segundo e último Código Civil português, aprovado em 1966. Apesar de já não vigorar em Portugal, o Código Civil de 1867 continua a produzir efeitos na República da Índia, mais precisamente no Estado Federado de Goa. Deste modo, o primeiro código civil português é agora o terceiro código civil mais antigo ainda em vigor (depois do Código Civil francês, de 1804, e do Código Civil austríaco, de 1811). Para uma visão moderna do Código Civil de 1867, que privilegia a regulamentação da família e das sucessões, cf. AA.VV. (2014).

24 O artigo 142.º determinava: “Os filhos devem, em todo o tempo, honrar e respeitar seus pais, e cumprir, durante a menoridade, os seus preceitos em tudo o que não seja ilícito”. O artigo 143.º conferia aos pais a possibilidade de obter, junto de autoridade judicial, a prisão do filho “desobediente e incorrigível” em casa de correção por período não superior a trinta dias e de fazer cessar a detenção previamente ordenada.

25 Ao invés de enumerar deveres apenas para um dos sujeitos da relação de filiação, como sucedia na versão originária do Código Civil de 1966 (cujo artigo 1876.º dizia que “os filhos devem honrar e respeitar os pais”) e no Código Civil de 1867 (cujo artigo 142.º foi reproduzido, supra, na nota 23).

26 O artigo 1884.º, n.º 1, conferia aos pais titulares do poder paternal “o poder de corrigir moderadamente o filho nas suas faltas”, preceito suscetível de ser invocado para excluir a ilicitude de certos atos dos pais que fossem lesivos da integridade física ou moral da criança. Sobre o efeito simbólico da revogação do teor do antigo artigo 1884.º, cf. Sottomayor (2004, pp.137-138).

27 De acordo com o artigo 19.º, n.º 1, deste instrumento internacional, “os Estados Partes tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada.”

a inclusão em 2007 dos castigos corporais entre os comportamentos de relevo criminal<sup>28</sup>.

Subsiste, porém, a característica da perpetuidade do vínculo de filiação<sup>29</sup>. Ao contrário do que acontece no vínculo matrimonial, que pode ser extinto por divórcio, nada se encontra de similar no vínculo de filiação. Aconteça o que acontecer, e salvo adoção, o vínculo de filiação não se dissolve em vida. Não se prevê algo de equivalente ao divórcio entre pais e filhos, mesmo na hipótese da prática de atos graves – tentativa de homicídio, violação, estupro...

Somente a adoção (que, a par do seu efeito *constutivo*, tem um efeito *destrutivo*) extingue a filiação anterior daquele que é adotado (desde que se não trate de filho do cônjuge ou companheiro do adotante). Isto não tem paralelo no vínculo matrimonial. A dissolução do casamento não depende da celebração de outro casamento. Os cônjuges divorciam-se sem estarem obrigados a voltar a casar.

A permanência da filiação a todo o custo cria a impressão de que qualquer ato do pai para com o filho é irrelevante, nomeadamente para efeitos de responsabilidade civil. Contudo, essa impressão não resiste perante o *arsenal* de meios que o ordenamento português disponibiliza, em reação a comportamentos graves do pai, e que vão da responsabilidade criminal à inibição do exercício das responsabilidades parentais.

Não há, em suma, fundamento para, em princípio, negar a oponibilidade dos direitos da criança aos pais. A referida modificação de 1977 ao Código Civil português, em matéria de deveres (que obrigou o pai a respeitar o filho e, portanto, a se abster de violar os direitos gerais que incumbem ao seu descendente), e a implantação do princípio do interesse superior da criança<sup>30</sup> constituem sinais inequívocos da regra da inadmissibilidade de qualquer tipo de *imunidade parental*.

Aliás, atendendo às particularidades técnicas do Direito português (cf., *supra*, n.º 2), não surpreende que exista até um preceito legal a regular expressamente o tema da responsabilidade civil dos pais para com os filhos. De facto, o artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro), contempla a possibilidade de o pai que não cumprir o que tiver sido acordado ou decidido em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais ser condenado a pagar à criança uma indemnização.

É certo que o preceito não resolve toda a problemática da responsabilidade civil do pai perante filho menor; de fora, ficam, designadamente, situações em que não haja sequer regulação do exercício das responsabilidades parentais ou em que os danos decorram de ato do pai que não colida diretamente com o que está estabelecido na regulação. Seja como for, não se contesta, em nenhum caso, a aplicabilidade da responsabilidade civil, nos termos gerais, por incumprimento de deveres e responsabilidades parentais<sup>31</sup>.

Apesar de tudo, os casos não são propriamente abundantes em tribunais portugueses: talvez por se ligar a obrigação de indemnizar a circunstâncias extremas (eventual reflexo de um conjunto exi-

28 Aditado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, o artigo 152.º-A, n.º 1, alínea a), do Código Penal português, veio punir com pena de prisão quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direção ou educação, pessoa menor, lhe infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais.

29 Como se indicou, *supra*, no n.º 3, e, em especial, na nota 7.

30 O princípio, a que o Estado português se encontra vinculado no plano internacional mediante a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança, encontra-se consagrado na legislação ordinária portuguesa (cf. artigo 4.º, n.º 1, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, e artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro).

31 Isto é, o artigo 483.º do Código Civil português opera no âmbito das relações entre pais e filhos, tanto mais que se está perante área em que é consensual a relevância da garantia do interesse da criança e em que é patente o potencial de lesão de ações e omissões indevidas do progenitor. Àquele que assume responsabilidades parentais compete, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los e administrar os seus bens (artigo 1878.º, n.º 1, do Código Civil português). E, no quadro do poder-dever de educação, o artigo 1885.º, n.º 1, do mesmo Código, prescreve que cabe aos pais promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos.



gente de pressupostos de responsabilidade civil ou/e de atitude que confira cariz excecional à intervenção do Estado nas relações familiares); talvez porque a pretensão indemnizatória do filho careça de ser assegurada mediante representação a cargo de adulto e não haver hábito de representação do filho em ações contra pais; talvez por faltar património ao progenitor que incorreu em responsabilidade...

8. É conhecida em Portugal a construção brasileira da “responsabilidade civil por abandono afetivo”, que teve na sua origem acórdão de tribunal de Minas Gerais<sup>32</sup>. Mas será realmente configurável indemnização com fundamento em “abandono afetivo” do pai?

Na opinião de um famoso jurista italiano (JEMOLO, 1957, pp.222-241), o *mundo dos afetos* não é o mesmo do *mundo do Direito*; para certo jurista alemão (HUBA, 1989, pp.127-128), “o Direito não alcança o amor”.

À primeira vista, uma ligação estreita entre afeto e Direito revela-se utópica, porque o afeto pertence ao íntimo, ao interior, enquanto o Direito visa regular o que é exterior, a vida em sociedade.

Só que há exemplo da ligação alegadamente impossível entre o domínio interior e o domínio jurídico, precisamente no campo da responsabilidade civil: a dor, o desgosto, os danos morais ou não patrimoniais, são ressarcíveis (cf. artigo 496.º do Código Civil português; artigos 186 e 927 do Código Civil brasileiro).

Obviamente, o sentimento enquanto facto psíquico puro não interessa ao Direito<sup>33</sup>. Contudo, na sequência de uma exteriorização, o sentimento torna-se acessível ao Direito<sup>34</sup>. O Direito permite e proíbe comportamentos, mas não é indiferente às motivações das condutas nem às consequências emocionais que as mesmas têm sobre terceiros.

Não procede, portanto, a ideia de que o Direito esteja absolutamente inibido de intervir na área do sentimento, por força de uma limitação de cariz técnico.

Ainda assim importa perguntar se não será excessivamente opressivo e arbitrário um ordenamento que reparta consequências negativas e positivas em função do sentimento subjacente a atos e a omissões. Será constitucionalmente admissível estatuir efeitos jurídicos para o afeto ou para a ausência de afeto? Pode o Direito, direta ou indiretamente, forçar alguém a amar ou a deixar de amar? Pode, por outras palavras, por exemplo, o Direito exigir ao pai que proceda como se amasse o filho ou exigir ao cônjuge que se comporte como se amasse o outro cônjuge?<sup>35</sup>

9. As palavras são traiçoeiras...

A expressão “abandono afetivo” não é a mais ajustada para descrever o que está em causa. No acórdão de Minas Gerais há pouco mencionado, o pai foi condenado a pagar indemnização correspondente a 200 salários mínimos, por ter deixado totalmente de acompanhar a vida do filho, estando ausente, nomeadamente, em comemorações de aniversário e outros momentos marcantes. A responsabilidade civil decorreu da violação grave de deveres de auxílio e cuidado, e não de hipotético dever de amor ou afeto.

A esta luz, a lei portuguesa permite a obtenção de resultado idêntico ao que é produzido pela construção da “responsabilidade civil por abandono afetivo” no ordenamento brasileiro.<sup>36</sup>

32 Apelação cível n.º 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte, de 01/04/2014, 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, relator UNIAS SILVA.

33 Cf. Falzea (1978, pp. 437-530, em particular, p. 492 e s.).

34 Cf. Alpa (1995, II, pp. 354-355), que classifica as exteriorizações de sentimento relevantes no plano do Direito Civil.

35 Especificamente sobre a operacionalidade do afeto no Direito da Família, cf. Pinheiro (2015, pp.301-321). O estudo foi publicado, no Brasil, na obra coletiva *Afeto e estruturas familiares*, sob a coordenação de Maria Berenice Dias, Eliene Ferreira Bastos e Naime Márcio Martins Moraes, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, pp.227-244.

36 Cf. Milheiro (2013, n.º 19, pp. 67-93) e (2013, n.º 20, pp. 115-136).

#### IV. “VULCÃO ESCONDIDO NUM CAMPO FLORIDO”

10. Para Jemolo (1957)<sup>37</sup>, a “família aparece sempre como uma ilha que o mar do Direito pode tocar, mas apenas tocar”.

A imagem precede os ensinamentos de Carbonnier<sup>38</sup>, eminente estudioso da Sociologia do Direito, que é tido como o pai do Direito da Família francês posterior à Segunda Guerra Mundial. De acordo com este autor, a família é a área por excelência do *non-droit*: na família, normalmente, os indivíduos vivem como se o Direito não existisse; “o Direito apenas entra em cena quando é chamado pela vontade expressa de pelo menos um dos interessados”.

É verdade que, no cotidiano, o Código Civil não é invocado entre cônjuges ou entre pais e filhos para justificar, exigir ou censurar comportamentos. No entanto, o Direito está presente na vida familiar, ainda que só se torne visível se for invocado pelas partes.

Numa imagem ideal, a família é um campo florido, um lugar de felicidade, em que se não fala de Direito. Mas, quando há um litígio, o campo florido pode transformar-se num *campo de Marte*, local de combate com armas jurídicas e outras.

Julgo até que a imagem mais expressiva daquela que é a relação entre família e Direito talvez seja a que identifique a família com um campo florido e o Direito com um vulcão oculto, situado por baixo desse campo. Ocorre um ilícito conjugal ou parental; o lesado exige ressarcimento. O vulcão entra em erupção ativa e emerge lava incandescente, que destrói o campo aparentemente tão belo e idílico.

Por isso, nada melhor do que a prudência – dos protagonistas do caso concreto, dos que criam a lei, bem como dos que a interpretam e aplicam.

#### REFERÊNCIAS

AA.VV., *Family and Succession Law in the Portuguese Civil Code of 1867: A 21st Century Approach*, 2.<sup>a</sup> ed., coordenação de Dário Moura Vicente, Jorge Duarte Pinheiro e Fernando Loureiro Bastos, Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Broadway Publishing House, Goa (Índia), 2014.

ALPA, G., “I sentimenti e il Diritto”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1995, II, pp. 354-356.

CAMPOS, D. Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito da Família*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2016.

CARBONNIER, Jean, “L’hypothèse du non-droit”, *Flexible Droit (Pour une sociologie du droit sans rigueur)*, 7.<sup>a</sup> ed., Paris, LGDJ, 1992, pp. 23-48.

CARDIN, Valéria Silva Galdino, *Dano moral no Direito de Família*, São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, “Relance crítico sobre o Direito da Família português”, em AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a coordenação de Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 107-130.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, AAFDL, 2011.

FALZEA, A., “Fatto di sentimento” *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Milão, Giuffrè, 1978, pp. 437-530.

FISCHER, anotação ao § 1353 do BGB, Leitsätze 29-30, *Leitzatzkommentar zum Familienrech*, vol. I,

37 Cf., supra, nota 32.

38 Cf. Carbonnier (1992, pp. 23-48).

Hüllsmann/Klattenhoff/Runge, Verlag Recht und Praxis, Februar 1994.

HUBA, H., "Recht und Liebe", *Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1989, pp. 127-128.

JEMOLO, A. C., "La famiglia e il Diritto", *Pagine sparse di Diritto e Storiografia*, Milão, Giuffrè, 1957, pp. 222-241.

MILHEIRO, Tiago Caiado, "Obrigação de indenização pela falta de afeto", *Lex Familiae* n.º 19, 2013, pp. 67-93, e n.º 20, 2013, pp. 115-136.

OLIVEIRA, Guilherme de, "A nova lei do divórcio", *Lex Familiae* n.º 13, 2010.

PINHEIRO, Jorge Duarte, "Afeto e justiça do caso concreto no Direito da Família: «utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberta para o caos?»", *Estudos de Direito da Família e das Crianças, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 301-321*, e em AA.VV., *Afeto e estruturas familiares*, sob a coordenação de Maria Berenice Dias, Eliene Ferreira Bastos e Naime Márcio Martins Moraes, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, pp. 227-244.

PINHEIRO, Jorge Duarte, "A tutela da personalidade da criança na relação com os pais", *Scientia Iuridica*, tomo LXIX, 2015, n.º 338, pp. 5-21.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, "A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977", em AA.VV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, volume I, Direito da Família e Direito das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, Coimbra, pp. 75-174.

---

**Recebido em:** 05/12/2016

**Aprovado em:** 20/12/2016



# A TECNOLOGIA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO SUBSÍDIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

## ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY AND THE AFFECTIVITY IN FAMILY RELATIONS

FLÁVIA SANTOS MENDONÇA<sup>1</sup>  
LUCIVÂNIA GUIMARÃES SALLES<sup>2</sup>  
MARCO AURÉLIO RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ<sup>3</sup>

**RESUMO:** O objetivo deste trabalho é averiguar se a tecnologia vocacionada para as técnicas de reprodução assistida refletem de maneira positiva nas relações familiares, ante a possibilidade de superação da infertilidade, e daí deduzir um subsídio para a afetividade nas relações familiares. Adota-se o raciocínio de que o desejo de ter filhos, a origem e formação das famílias, está inserida na Liberdade de Planejamento Familiar, com a prevalência da autonomia privada entre seus membros, pois a ideia de ter filhos está também intrinsecamente relacionada à realização pessoal dos sujeitos. Utilizou-se o método dedutivo, tópico-argumentativo, apoiado em levantamento bibliográfico e documental.

**Palavras-chave:** Afetividade; Planejamento Familiar; Tecnologia de Reprodução Humana Assistida.

**ABSTRACT:** The study aims to ascertain whether the technology dedicated to assisted reproduction techniques reflect positively on family relationships, at the possibility of overcoming infertility, and then deduct an allowance for affection in family relationships. Adopts the reasoning that the desire to have children, the origin and formation of families, is inserted into the Freedom Family Planning, with the prevalence of autonomy among its members, because the idea of having children is also intrinsically related to the personal fulfillment of subject. We used the deductive method, topic-argumentative, supported by bibliographic and documentary research.

**Keywords:** Affectivity; Assisted reproductive technology; Freedom Family Planning.

---

1 Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT-SE). E-mail: flaviamendonca93@hotmail.com

2 Mestre em Direitos Humanos (UNIT-SE). Defensora Pública do Estado de Sergipe. Membro do Grupo de Pesquisa “Novas tecnologias e o impacto nos Direitos Humanos”. E-mail: lucivanciasalles@gmail.com

3 Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla/Espanha. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Pesquisador da ESUP e Faculdade CAMBURY. Email: mar.cunhaecruz@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

É cediço que a premissa da afetividade nem sempre esteve presente nas relações familiares. Se nas relações constituídas pela lógica patrimonialista e patriarcal de épocas remotas as mulheres consideradas como inférteis eram tidas como seres amaldiçoados e que deviam ser repudiadas pelos maridos, pois “obstavam” o crescimento do núcleo familiar; com o advento da inserção da mulher no trabalho as relações familiares deixaram, paulatinamente, o modelo patriarcal, para dar mais espaço às relações pautadas na afetividade, primando pela autonomia dos seus membros.

Neste compasso, a ciência apresentou a possibilidade de outras formas de concepção, ensejando a ruptura do vínculo entre reprodução e ato sexual. A tecnologia, pois, possibilitou a concepção humana por meios artificiais, por meio das técnicas de reprodução medicamente assistida, trazendo, consigo, uma esperança aos casais inférteis em realizar o desejo de procriar.

No Brasil ainda não existe lei específica que venha a estabelecer a disciplina das técnicas de procriação artificial. Em razão desse vácuo legislativo, os profissionais que lidam com esse tipo de procedimento guiam-se pelas recomendações constantes nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que, por sua vez, é marcada pela ausência de imperatividade e coercitividade. Atualmente, está em vigor a Resolução de nº 2.121/2015, que revogou expressamente a Resolução nº 2.013/2013.

Neste contexto, o objetivo deste trabalho é averiguar se a tecnologia vocacionada para as técnicas de reprodução assistida refletem de maneira positiva nas relações familiares, ante a possibilidade de superação da infertilidade, e daí deduzir um subsídio para a afetividade nas relações familiares. Parte-se, pois, do raciocínio de que o desejo de ter filhos, a origem e formação das famílias, está inserida na Liberdade de Planejamento Familiar, com a prevalência da autonomia privada entre seus membros, pois a ideia de ter filhos está também intrinsecamente relacionada à realização pessoal dos sujeitos. O trabalho tem seu referencial teórico nas reflexões de Luc Ferry (2012). Buscará orientação nos fundamentos do biodireito e teorias acerca da regulamentação e aplicação das técnicas de reprodução humana assistida de Cláudia Regina Magalhães Loureiro (2009); de Silvia da Cunha Fernandes (2005); de Ivelise Fonseca da Cruz (2008); bem como nos fundamentos do Direito de Família de Rolf Madaleno (2008) e de Maria Berenice Dias (2010), dentre outros.

Adotou-se o método dedutivo, tópico-argumentativo, apoiado em levantamento bibliográfico e documental, e a sucessão de três etapas. Na primeira, contextualiza-se um breve histórico das famílias e o surgimento do afeto nas relações familiares. Na segunda, examina-se os reflexos na sociedade e no âmbito familiar, causados pelo problema da infertilidade, bem como os avanços da ciência e suas consequências no Planejamento Familiar. Na terceira, examina-se os efeitos sociais das técnicas de reprodução humana assistida e a disciplina legal no Brasil.

## 2. A PROBLEMATIZAÇÃO DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Na Antiguidade Clássica dominavam concepções que prezavam o dever cívico no âmbito familiar, tendo como objetivos primordiais a procriação e a formação da prole (FERNANDES, 2005; CRUZ, 2008). As famílias romanas eram constituídas pelo *pater familias*, sendo concebidas nos moldes de uma instituição religiosa. A figura do *pater* tinha poder absoluto sobre a família e seus membros, e mesmo após o enlace matrimonial dos seus descendentes, permanecia a autoridade de forma plena e absoluta sobre estes. Portanto, o *pater familias* era tido como senhorio, inclusive exercendo a função de chefe, sacerdote e juiz dentro de seus domínios (CRUZ, 2008).

Ao integrar a família do marido, à mulher lhe era imposta a obrigação de cultuar o deus da nova família e de procriar. Em razão dessa função primordial, por muitas vezes a mulher era obrigada a manter relações sexuais com outros membros da família, evidenciando-se, de forma inconteste, que

a formação da família não se originava do afeto (MALUF, 2012).

De outro modo, além das atribuições que eram peculiares ao *pater*, este acumulava ainda, o *patria potestas*, que refletia a plena autoridade sobre todos os seus descendentes; o *mancipium*, que revelava a autoridade sobre os escravos que eram adquiridos mediante compra; o *dominica potestas*, que representava o direito absoluto sobre os escravos da família; e, por fim, o *manus*, que revelava o direito absoluto sobre as mulheres dos seus descendentes. (CRUZ, 2008). Infere-se que a romana era patriarcal, intimamente ligada ao domínio do pai sobre todos os demais membros, bem como sobre os escravos (FERRAZ, 2011).

A família, com efeito, sempre foi um núcleo de convivência e de grande relevância, estando inicialmente presumida em uma concepção de direito natural, motivo pela qual, foi inclusive regida pelo direito canônico dentro de uma perspectiva do jusnaturalismo teológico (CRUZ, 2008). A família da Idade Média também era patrimonialista e patriarcal, sendo marcada pelos casamentos arranjados e programados de acordo com os interesses econômicos, sociais ou financeiros dos pais. Nestes casos, não havia a necessidade da existência de amor e afeto entre um casal, bastando apenas, a convivência. O casamento tinha por finalidades primordiais: assegurar a linhagem, transmitir o nome e assegurar força de trabalho através dos novos braços que seriam utilizados para mão de obra, sendo, pois, um período histórico marcado pela ausência de livre arbítrio matrimonial (FERRY, 2012).

Neste contexto, denota-se que se fosse para caracterizar o ambiente familiar seu adjetivo mais adequado seria o de “imperativo”, no qual o patriarca exercia sua autoridade de maneira plena e incontestável sobre os demais membros, e estes eram obrigados a empreender todos os esforços em prol do ente familiar, sacrificando, por muitas vezes, a sua própria liberdade e o seu bem-estar. Observa-se, pois, que o núcleo da família se definia conforme os princípios da reprodução, procriação e da união entre o homem e a mulher (CRUZ, 2008). Em razão disso, a mulher estéril era tida como um ser amaldiçoado, o que justificava o repúdio por parte do seu marido (LEITE, 1995). A esterilidade sempre era atribuída exclusivamente à mulher, e, somente no ano de 1677 que foi também conferida ao sexo masculino (CRUZ, 2008).

Com a primeira Revolução Industrial (século XVIII), um dos principais reflexos no meio familiar foi a inserção da mulher na atividade produtiva, em decorrência da necessidade de mão de obra. Para melhorar as condições econômico-financeiras da família, inserida em um contexto capitalista, a mulher viu-se compelida a ingressar nas relações laborais (CRUZ, 2008). A atividade laboral ensejou a saída do lar, a qual, por sua vez, afastou o sujeito do peso das religiões, abrindo-se novas perspectivas de reflexão, rompendo-se com paradigmas culturais e abrindo espaço ao laicismo e a liberdade de escolha (FERRY, 2012).

Tal inclusão influenciou paulatinamente na vida econômica familiar até o ponto dos questionamentos do paradigma de submissão. Tais indagações foram mais incisivas a partir dos movimentos de direitos civis e identitários da década de 60, que pugnavam pela liberdade, e, igualdade na sua acepção embrionária das ações afirmativas (anteriormente designadas de discriminações positivas).

Os jovens, diante destas circunstâncias (capacidade econômica e ambiente *pro* liberdade), insurgiram-se contra os casamentos arranjados, possibilitando a realização de casamentos pautados no amor, havendo uma desconstrução do que anteriormente se entendia por entidade matrimonial (DIAS, 2010; FERRY, 2012). Ante essa nova perspectiva, se antes os casamentos tinham por foco os interesses meramente econômicos das famílias dos nubentes, agora estes passam a ter o direito de amar e escolher qual entidade familiar desejam integrar. Como ressalta Maria Berenice Dias (2010), as mudanças econômicas desencadearam a aproximação dos membros da entidade familiar, tornando-os mais igualitários, já que a mão de obra do homem deixava de ser a única fonte de renda. As relações familiares puderam ser pautadas no afeto e em um ideal de liberdade, onde se prestigiava mais o vínculo afetivo (DIAS, 2010).

Essas mudanças de paradigma geraram reflexos sociais e familiares, mormente, em relação à pessoa dos filhos, que deixavam de ser tratados como meros instrumentos para propiciar acúmulo de riquezas, passando a ser considerados como frutos do amor e afeto do casal (SALLES, 2014). A família deixa o caráter de unidade meramente (re)produtiva, passando a ser vista num contexto afetivo, com a finalidade de promover a dignidade dos seus membros, envolvendo sentimentos e valores, ensejando, desta feita, um comprometimento recíproco de uns para com os outros (FERRAZ, 2011). À esse perfil de entidade familiar, voltado para realizar os interesses afetivos dos seus integrantes, é o que se denomina concepção eudemonista da família, que, por sua vez, desenvolve-se a medida que seu aspecto instrumental é mitigado (DIAS, 2010).

Prova indubitosa da importância do afeto nas relações interpessoais está na previsão infraconstitucional da igualdade de tratamento entre filhos havidos ou não da relação de casamento (art. 1.596 do Código Civil), bem como a existência de parentesco de origem natural ou civil (art. 1.593 do Código Civil), o que se conclui que o afeto não é oriundo do sangue, mas sim da convivência familiar, e, os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos laços afetivos (MADALENO, 2008). Portanto, a “consagração” do afeto fez despontar a igualdade e o respeito entre filhos biológicos e adotivos, gerando um sentimento de solidariedade mútua, que não pode ser perturbado pelos interesses exclusivamente patrimoniais (DIAS, 2010). A premissa da afetividade passa a nortear as entidades familiares, bem como a convivência da família, de modo que se torna usual promover o afeto entre seus membros, assumindo o papel de dar suporte emocional aos seus componentes (DIAS, 2009).

Diante dessa nova conjuntura, por ser considerada a base da sociedade, a família passou a receber uma atenção especial do Estado, a quem incumbe o dever de lhe propiciar a tutela, em todas as áreas que interferem na harmonia da entidade familiar e que podem vir a causar a sua desestabilização, consoante previsto no art. 226 da Constituição Federal (DIAS, 2010; SCALQUETTE, 2010).

Partindo desta linha de pensamento, e fazendo uma conexão com o princípio da proteção integral da família (DIAS, 2010), é de suma importância frisar que é dever do Estado apresentar mecanismos aptos a controlar esses efeitos, com a finalidade de possibilitar uma convivência harmoniosa entre todos os membros da família (SCALQUETTE, 2010), entre os quais está a “releitura” que há de se fazer sobre a infertilidade.

### **3. A INFERTILIDADE VERSUS A LIBERDADE DE PLANEJAMENTO FAMILIAR**

A infertilidade tem reflexo dual, a força de consequências externas e internas. Por um lado, afeta as relações familiares e sociais, por meios das cobranças de geração de prole como uma forma de inclusão social. O ser estéril é passível de sofrer sanções difusas de seus pares. Por outro, ainda tem o potencial de ocasionar reflexos não tão visíveis que se circunscrevem à subjetividade do ser humano, afetando seu psicológico, a autoestima, o poder de realização pessoal.

É importante refletir acerca das ilações de Maria Claudia Crespo Brauner (2003) que levanta a reflexão de que parece, ainda, estar em vigor a ideia de que a mulher somente se tornará realizada quando engravidar e dar a luz ao seu bebê. A infertilidade, ainda, seria considerada, pois, como um castigo injusto de que padecem as *nullíparas*, que são aquelas mulheres amargas, que sofrem desvios psicológicos, em decorrência da impossibilidade de engravidar. Deduz-se, desta linha de raciocínio que a infertilidade causa reações psicológicas em cadeia, podendo ocasionar a depressão, uma vez que restou frustrada a continuidade da geração, suprimindo-se a normalidade da convivência social da pessoa infértil. Deste modo, a possibilidade de superação da infertilidade através do avanço científico reflete de maneira positiva nas relações familiares (CRUZ, 2008).

Ainda é importante destacar que não se pode negar a importância do fenômeno da laicização, que tem suas raízes no século das luzes e que possibilitou a desconstituição de conceitos e valores

arraigados em rígidos padrões estabelecidos pela religião (FERRY, 2012). O ser humano é livre para buscar a melhor forma de satisfação pessoal e inclusão social, podendo recorrer às tecnologias de reprodução humana assistida para vencer os limites estabelecidos pela infertilidade.

Convém, neste sentido, alguns esclarecimentos no que concerne à infertilidade. Muito embora sejam comumente utilizadas indistintamente, as expressões infertilidade e esterilidade possuem diferenças, sendo a primeira definida como uma incapacidade temporária, reversível; ao passo em que a segunda caracteriza uma incapacidade permanente (FERRAZ, 2011). Outra diferença diz respeito à incapacidade de um dos dois cônjuges, por motivos funcionais ou orgânicos, fecundarem por um período conjugal de no mínimo dois anos, sem o uso de métodos anticonceptivos, sendo esta denominada de esterilidade conjugal. Em contrapartida, a infertilidade se refere à uma incapacidade, que por causas orgânicas ou funcionais, findam por comprometer no processo de fecundação. (CRUZ, 2008; LEITE, 1995).

Inobstante essas diferenciações, ao definir infertilidade a Organização Mundial de Saúde (OMS) não optou por estabelecer quaisquer distinções entre ambas, tratando-as inclusive como sinônimas. Registre-se que o presente trabalho, seguirá a mesma linha de raciocínio, ou seja, sem discriminar as distinções alhures mencionadas, unindo-as no mesmo conceito, como sendo: a incapacidade de um casal para alcançar a concepção ou levar uma concepção a termo após um ano ou mais de relações sexuais regulares, sem proteção contraceptiva. (FERRAZ, 2011; SALLES, 2014; FERNANDES, 2005).

Segundo o Manual de Reprodução Humana da Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO), a infertilidade pode ser classificada em dois tipos: primária e secundária. Tem-se por infertilidade primária como sendo aquela em que a mulher nunca concebeu, apesar da prática sexual regular sem o uso de métodos contraceptivos, por um período mínimo de dois anos. Ao passo em que, entende-se por infertilidade secundária, como aquela em que a mulher já concebeu uma ou mais vezes, mas não consegue voltar a engravidar, mesmo tendo coitos regulares, por um lapso temporal mínimo de dois anos (SCALQUETTE, 2010).

As causas da infertilidade masculina e feminina podem ter as mais diversas origens, sendo que no homem as causas mais frequentes são a varicocele, infecções no trato genital, causas congênitas, dentre outras. Já nas mulheres, as causas mais apontadas decorrem geralmente, de disfunções na ovulação, doenças das tubas de falópio, endometriose pélvica e doenças congênitas. Ressalte-se que, o fator idade avançada, mortalidade dos espermatozoides e a poluição que danifica o código genético, também são consideradas causas que estão intimamente atreladas à infertilidade, comprometendo, sobremaneira, a saúde reprodutiva do casal (FERRAZ, 2011; CRUZ, 2008).

Diante desse contexto de impossibilidade de procriar, os relevantes avanços biotecnológicos possibilitaram a descoberta da procriação artificial, oportunidade em que o contato sexual deixou de ser a única e exclusiva forma de constituir a prole (CRUZ, 2008). A partir de então, foram criados novos paradigmas de concepção humana, abrindo-se espaço à utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida, trazendo, consigo, uma esperança aos casais inférteis em realizar o desejo de procriar, constituindo-se uma das faces da Liberdade no Planejamento Familiar (FERRAZ, 2011).

Este texto adota a linha de que o reconhecimento da Liberdade de Planejamento Familiar foi positivado na Constituição como um direito fundamental, estando incorporado no artigo 226, §7º:

**Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.**

[...]

**§7º** fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.



Segundo Paulo Lôbo (2011) o planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, caracterizando-se como legislação mais voltada à implementação de políticas públicas; não coercitivo, por meio de orientações preventivas e educativas para difundir à informação igualitária sobre métodos e técnicas disponíveis para regular a fecundidade. Um olhar mais restritivo pode conduzir a interpretação ultrapassada de que este instituto tem como objetivo exclusivo o controle de natalidade, exegese que se contrapõe ao texto constitucional e as Conferências do Cairo (1994) e Beijing (1995) organizadas pela ONU que conferiram a natureza jurídica de humanos aos direitos sexuais e reprodutivos. O presente trabalho adotará uma visão ampla do conceito e natureza jurídica do Planejamento Familiar, concebendo-o como direito fundamental, tendo como principal escopo a garantia da dignidade de cada ser pertencente a estrutura familiar e de qualquer cidadão.

No âmbito do Direito de Família, o §2º do artigo 1.565 do Código Civil dispõe sobre o planejamento familiar, outorgado pela Constituição Federal de 1988 como fundamento da dignidade da pessoa humana, atribuindo aos consortes a mútua responsabilidade pelos encargos da família, competindo ao Estado propiciar os recursos educacionais, científicos e financeiros para o exercício desse direito fundamental. Neste viés, o acesso aos métodos de reprodução medicamente assistida está inserido no contexto do planejamento familiar, haja vista que se trata da realização de um projeto de parentalidade (DIAS, 2010).

É importante destacar que, na conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, convocada pela ONU em 1994, no Cairo, houve uma clara formulação sobre os direitos reprodutivos e sexuais, corroborada em 1995, na Conferência Internacional de Beijing, com a seguinte redação:

Os direitos reprodutivos incluem certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas leis nacionais, nos documentos internacionais sobre os direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos firmam-se no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos e o intervalo entre eles, e a dispor da informação e dos meios para tanto, e o direito a alcançar o nível mais elevado da saúde sexual e reprodutiva (...) A promoção do exercício responsável destes direitos de todos, deve ser a base principal das políticas e programas estatais e comunitários na esfera da saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar. (DINIZ, 2014).

Dentro da Liberdade de Planejamento Familiar, tem-se o direito de o casal decidir se deseja ter filhos e a quantidade de filhos que deseja ter, sem que haja qualquer ingerência do Estado. Imperioso salientar que a Constituição de 1988 não trouxe nenhuma distinção a respeito da origem da formação das famílias, seja pela procriação natural, seja pela utilização das técnicas de reprodução assistida (FERRAZ, 2011).

O planejamento familiar encontra-se também disciplinado na Lei 9.263/96, que o estabelece como um direito inerente. É definido no artigo 2º como um “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Por estar inserido em uma visão de atendimento global e integral à saúde, a sua prestação incumbe às instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde (SUS), em todos os ciclos vitais de programa de atenção integral à saúde, incluindo a assistência à concepção e contracepção, conforme se depreende do artigo 3º, parágrafo único, inciso I da referida Lei.

Ademais, o artigo 9º da Lei 9.263/96, dispõe que a utilização de todos os métodos e técnicas de reprodução assistida serão fornecidos pelo SUS, desde que não venham a colocar em risco a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Entretanto, ainda são poucos os hospitais do Sistema Único de Saúde, que oferecem tais serviços (FERRAZ, 2011).

Sob este panorama, deflui-se que o planejamento familiar deve englobar tanto as ações educa-

tivas como as preventivas, a fim de possibilitar o acesso igualitário aos métodos ou técnicas relativas à fecundidade, com o objetivo de minimizar os malefícios ocasionados pela infertilidade (SCALQUETTE, 2010). Ao indivíduo, por sua vez, reserva-se o direito de escolher livremente os meios que entender convenientes para planejar a sua vida sexual e reprodutiva, desde que haja o prévio consentimento informado e tenha acesso aos métodos de contracepção seguros e eficazes (BRAUNER, 2003).

Maria Helena Diniz (2014) observa, pois, a imposição de limites à medicina, de modo que deve ser reconhecido o respeito ao ser humano, em todas as suas fases evolutivas. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz aponta a necessidade de os médicos e pesquisadores agirem sempre com respeito ao ser humano, mormente na adoção das técnicas de reprodução medicamente assistidas, de modo que o profissional não pode tratar o sujeito como um meio para lucrar financeiramente. (FERRAZ, 2011).

#### **4. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A POTENCIALIDADE DE SEUS EFEITOS**

As técnicas de procriação artificial vêm sendo encaradas como uma solução para o problema da infertilidade, definindo-se como sendo: “Um conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano, podendo ocorrer pelos métodos ZIFT e GIFT” (DINIZ, 2014). Deste modo, a procriação medicamente assistida, emerge como um tratamento médico e um meio legítimo para propiciar a concretização do desejo de reprodução humana, após o livre consentimento informado das partes interessadas (SALLES, 2014).

Os métodos mais difundidos e utilizados são a inseminação artificial (IA), fertilização *in vitro* (FIV), reprodução humana assistida com gametas (GIFT), reprodução humana assistida com zigotos (ZIFT), sendo estes dois últimos, recomendados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) na Resolução – ROC n. 23/2011 (SALLES, 2014). A inseminação artificial foi a primeira técnica científica a ser utilizada, tendo ocorrido os primeiros experimentos já na Idade Média, e a partir de então, desenvolveu-se de forma lenta até o início do século XX, oportunidade em que se tornou possível determinar o período fecundo da mulher, fato que alavancou o seu uso (LEITE, 1995; FERNANDES, 2005).

Inicialmente, utilizava-se o sêmen fresco colhido logo após o ato ejaculatório, o qual era injetado no colo do útero ou na vagina, através do uso de uma seringa, porém, a adoção de tal procedimento apresentava as mesmas dificuldades do coito natural. Atualmente, a técnica de inseminação é realizada em laboratório, na qual o material germinativo masculino será introduzido na cavidade uterina da mulher, por meio de um instrumento denominado catéter, no momento em que o óvulo estiver em potencial de fecundação. Além disso, o líquido seminal será submetido a tratamentos laboratoriais, com o intuito de retirar as substâncias tóxicas, para a escolha dos espermatozóides saudáveis, seguindo-se a ordem: motilidade, agilidade, forma parecida com um girino, cabeça oval de longo filamento e maturação (CRUZ, 2008).

Segundo Ivelise Fonseca da Cruz (2008), a inseminação artificial (IA) é indicada para os casos de infertilidade sem causa aparente, quando há presença de anticorpos antiesperma, endometriose leve ou ainda na hipótese de fator masculino leve. O líquido seminal pode ser oriundo do cônjuge ou convivente da mulher. A este método dá-se o nome de inseminação artificial homóloga, ou pode ser proveniente de um terceiro, sendo denominada inseminação artificial heteróloga (CRUZ, 2008; DINIZ, 2010).

Na inseminação artificial homóloga, o sêmen do marido ou convivente, pode ser utilizado em vida deste ou após a sua morte e a coleta do material dependerá do consentimento expresso das partes interessadas, sendo indicado nos casos em que houver incompatibilidade do muco cervical, motilidade dos espermatozóides, hipofertilidade e esterilidade secundária após tratamento esterilizante. Já a inseminação artificial heteróloga é indicada para os casos de esterilidade masculina irreversível ocasionada pela ausência completa de espermatozóides, incompatibilidade do tipo sanguíneo do casal, azoospermia secretória e, ainda, nos casos de hipofertilidade, decorrente de uma anomalia morfológica (FERNANDES, 2005).

Importante mencionar que a inseminação artificial heteróloga somente pode ser utilizada quando restar fracassada as tentativas terapêuticas intraconjugais por um lapso temporal de 04 anos, oportunidade em que a infertilidade será considerada irreversível. A natureza excepcional desse método justifica-se pelo fato de que a carga genética do filho não coincide com a carga genética dos seus pais, podendo gerar o arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial. Porém, o arrependimento posterior do pai, não enseja o afastamento da paternidade socioafetiva, razão pela qual é imprescindível a anuência expressa do cônjuge (FERNANDES, 2005; LOUREIRO, 2009).

A técnica de reprodução medicamente assistida denominada fertilização *in vitro* (FIV) foi desenvolvida com sucesso no final da década de 70 e tem o condão de reproduzir artificialmente a fecundação, em um tubo de ensaio, simulando o ambiente das trompas de falópio, que é o local propício para a fecundação natural. O procedimento de concepção é composto de várias fases: na primeira há o estímulo da ovulação, por meio do uso de hormônios que induzem a mulher, a produzir óvulos em multiplicidade. Após, haverá a manipulação dos gametas masculino e feminino, realizada através da punção transvaginal. Posteriormente serão fecundados extracorporeamente, resultando na concepção humana. Essa técnica ficou vulgarmente conhecida como “bebê de proveta”. (FERNANDES, 2005; CRUZ, 2008).

Neste procedimento, todo o processo de desenvolvimento embrionário ocorre em laboratório, a separação da célula germinada inicia-se e segue até se tornar um blastocisto, estando pronto para nidação, que poderá ocorrer se houver o implante no útero da mulher. Desta forma, as células ao serem germinadas, adquirem força vital própria, dotadas de individualidade, formando, então, o embrião, que terá todos os seus direitos reservados. (MEIRELES, 2000; BOURGUET, 2002).

Para essa técnica, existe recomendação emanada pelo Conselho Federal de Medicina, na edição da Resolução nº 2.121/2015, no tocante ao número de embriões que serão transferidos para a receptora, contendo a seguinte redação:

7. O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

8. Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

A técnica em análise propicia, ainda, que o embrião fertilizado na proveta, seja inserido no útero de uma terceira pessoa, para gerar a criança, nos casos em que o útero da interessada não apresenta as condições de desenvolvimento normal do embrião. Esse procedimento é denominado cessão temporária de útero e vulgarmente conhecido como “barriga de aluguel”. Neste caso, a mulher gestadora é aquela que apenas emprestou o útero, e não doou seus óvulos. Diferentemente da “mãe de substituição”, que além de emprestar o útero, cede também seus óvulos, e será inseminada com o sêmen do marido da mulher que não pode conceber, sendo considerada, geneticamente, como mãe da criança (CRUZ, 2008; LOUREIRO, 2009).

A cessão temporária de útero é a mais extremada das técnicas de procriação artificial em razão dos vínculos afetivos que podem gerar. No Brasil há uma lacuna legislativa no que tange a esse procedimento, existindo apenas, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015, a qual estabelece que a mãe substituta deve pertencer à família de um dos parceiros, em parentesco consanguíneo até quarto grau, e que não deve haver finalidade lucrativa nesse procedimento, devendo, obrigatoriamente, ocorrer de forma gratuita (LOUREIRO, 2009; FERRAZ, 2011; FERRAZ, 2012).

Outra técnica alternativa da fertilização *in vitro*, diz respeito à reprodução assistida com ga-



metas (GIFT – *Gameteintrafallopeantransfer*), que se inicia com a FIV, mediante indução de processo hormonal da ovulação feminina e ulterior coleta de óvulos e do esperma. A fecundação ocorrerá nas trompas, onde oferece ao embrião condições mais naturais para o seu desenvolvimento, migração e nidação, reduzindo o risco da ocorrência de gravidez extra-uterina, uma vez que a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher e não fora dele (FERNANDES, 2005).

A reprodução assistida de zigotos (ZIFT - *Zygoteintrafallopiantransfer*), segue todo o procedimento da FIV, porém o implante do óvulo será realizado por volta de 18 horas após a fecundação *in vitro* ou quando a divisão celular do embrião totalizar em 8 células. Nessa técnica, o implante ocorre na fase de zigoto e diretamente nas trompas. Importante ressaltar que a ZIFT combina as vantagens da transferência de gametas com a fertilização *in vitro*, sendo possível colocar os embriões, ainda *in vitro*, em seu meio natural, ou seja, no terço distal das trompas. (FERNANDES, 2005).

No Brasil, inexistente uma lei específica que venha a estabelecer a disciplina das técnicas de reprodução medicamente assistidas. Em razão desse lacuna, os profissionais que lidam com a procriação artificial guiam-se pelas recomendações constantes na Resolução do Conselho Federal de Medicina. Atualmente, está em vigor a Resolução de nº 2.121/2015 que revogou expressamente a Resolução nº 2013/2013. Importante mencionar, que se trata de uma norma sem caráter de imperatividade e coercitividade, uma vez que possui natureza de recomendação para a classe médica.

Essa Resolução dispõe acerca dos princípios gerais norteadores da utilização das técnicas de procriação artificial, enfatizando para o livre consentimento informado das partes interessadas e a proibição de fecundação com outra finalidade, que não seja a humana. Informa, ainda, quem poderá valer-se das técnicas e os deveres que as clínicas e profissionais da área estão constrictos. Dispõe, também, sobre a doação de gametas e sua criopreservação, diagnóstico e tratamento, bem como acerca da gestação em útero alheio.

Inobstante a ausência de uma lei infraconstitucional acerca do tema, não sobejam dúvidas que o acesso aos métodos de procriação artificial são garantidos pela legislação. Exemplificando, a Lei nº 9.263/93 que regulamenta o Planejamento Familiar, e estabelece em seu artigo 9º, que as referidas técnicas deverão ser custeadas pelo SUS; bem como a Lei nº 11.935/09, que determinou o acesso às técnicas de RA, aos usuários de assistência de saúde privada, concretizando a Liberdade de Planejamento Familiar.

Em relação ao Planejamento Familiar, o Código Civil de 2002 (CC-02) não trouxe disciplina específica, permanecendo em vigência a Lei nº 9.263/93. No entanto, consagrou em dispositivo de caráter geral, a liberdade de planejamento familiar com previsão no artigo 1.565, §2º. Inclusive, ao tratar da presunção de filiação, o CC-02 no seu artigo 1.597, reconheceu o avanço da biotecnologia, consagrando o uso das técnicas de reprodução medicamente assistida, como um meio para garantir o livre exercício do planejamento familiar, admitindo-se, ainda, a concepção *post mortem* e a filiação heteróloga, rompendo o clássico paradigma de filiação biológica e fortalecendo a família socioafetiva. Neste compasso, houve o reconhecimento da prevalência da manifestação de vontade pautada no afeto, em detrimento da própria verdade biológica. (DIAS, 2010; FARIAS, ROSENVALD, 2010).

Os reflexos das técnicas de reprodução humana, no âmbito jurídico, mormente nas relações de filiação e direitos da personalidade da pessoa humana, ensejam a veemente necessidade da edição de uma legislação específica, sendo antecedida por debates com participação da comunidade científica e da sociedade civil, em razão da complexidade do tema. (SALLES, 2014).

As técnicas de reprodução humana assistida têm, pois, um indiscutível cunho libertário para a pessoa humana, uma vez que vem concretizar direitos adquiridos na constante construção dos direitos humanos por meio de lutas históricas, desconstrução de paradigmas, que neste mister, tem como marco a conquista do casamento por amor, a procriação pautada puramente no afeto, e a consequente inclusão social e familiar. As novas tecnologias tem papel de garantir o direito de amar, conforme preleciona Luc Ferry (2012) “os produtos do amor, em geral, são objetos de amor”.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, algumas considerações podem ser concluídas:

1. O planejamento familiar deve englobar tanto as ações educativas como as preventivas, a fim de possibilitar o acesso igualitário aos métodos ou técnicas relativas à fecundidade, com o objetivo de minimizar os malefícios ocasionados pela infertilidade;
2. O reconhecimento do avanço da biotecnologia pela legislação infraconstitucional consagrou o uso das técnicas de procriação artificial como um meio legítimo para garantir o livre exercício da liberdade de planejamento familiar;
3. Não obstante as peculiaridades do tema, inexistente no Brasil, uma normatização legal específica que venha a disciplinar a utilização dos métodos de procriação artificial, estando em vigor apenas a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015, marcada pela ausência de força coercitiva.
4. É indubitável a importância social das técnicas de reprodução humana medicamente assistida, haja vista que o desejo de filiação quando não realizado enseja reflexos negativos no meio familiar, ante a impossibilidade de procriar, desde os tempos remotos até os mais próximos. Neste cenário de infertilidade, a procriação artificial emerge como uma nova forma de concepção humana valorizando, sobremaneira, a afetividade nas relações familiares.

## REFERÊNCIAS

- BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: Conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6.ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERNANDES, Silva da Cunha. *As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. São Paulo: Renovar, 2005.
- FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família: A filiação e a origem genética sob a perspectiva da Repersonalização*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.
- FERRY, Luc. *A revolução do amor: por uma espiritualidade laica*. Trad. Vera Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.
- LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SALLES, Lucivânia Guimarães. *Destino dos Embriões Excedentários*. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-graduação em Direito. Aracaju: UNIT, 2014.

SCALQUETTE. Ana Claudia S. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

---

**Recebido em:** 22/12/2016

**Aprovado em:** 15/02/2017

# LA AUDITORÍA AMBIENTAL EN EL DERECHO PÚBLICO <sup>1</sup>

## THE ENVIRONMENTAL AUDITING IN THE PUBLIC RIGHT

ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ <sup>2</sup>

AMED RAMÍREZ SÁNCHEZ <sup>3</sup>

EDISON NAPOLEÓN FUENTES YÁNEZ <sup>4</sup>

**RESUMEN:** Los avances en la política ambiental y la gestión ambiental en las organizaciones empresariales ha permitido articular estrategias de conservación y aprovechamiento de los recursos naturales y del ambiente como paradigma. Estos avances han sido inclusivos al desarrollo normativo desde el texto constitucional hasta las materias civil, administrativa, tributaria para su protección, donde se establecen derechos ambientales y participación ciudadana para alcanzar el desarrollo sostenible. Se ejecuta un análisis de la auditoría ambiental entre los instrumentos de mercado y comercio, vinculados al control público. Por tales razones, el objetivo del artículo es analizar los elementos que conforman la institución jurídica de la auditoría ambiental, se parte de la lectura de la doctrina y la norma, a partir de la dogmática jurídica con un análisis lógico de cómo surgió, porque surgió y para que surgió, de los cuerpos jurídicos legales que la establecen, sus lindes con otros saberes y ciencias.

**Palabras llaves:** Actividad de control; Legalidad; Responsabilidad; Competencia.

**ABSTRACT:** The advances in the environmental policy and the environmental step in the business organizations has allowed articulating strategies of conservation and use of the natural resources of the environment like paradigm and. These advances have been inclusive to the normative development from the constitutional text to the civil matters, white-collar worker, you would pay tribute for his protection, where environmental rights and civic participation to attain the sustainable development become established. You execute an analysis of the environmental auditing between the instruments of market and commerce, linked to the public control. For such reasons, the objective of the article is to examine the elements that conform the juridical institution of the environmental auditing, it breaks of the reading of the doctrine and the standard, as from the juridical dogmatics with a logic analysis of how it happened, because it happened and in order that it happened that, of the juridical legal bodies they establish it, his abuttals with another knowledges and sciences.

**Keywords:** Activity of control; Legality; Responsibility; Competition.

---

1 Trabajo investigativo vinculado con la práctica de la auditoría ambiental como actividad de control en el sector estatal cubano, para perfeccionar el ordenamiento jurídico.

2 Máster en Asesoría Jurídica por la Universidad de Oriente. Licenciado en Derecho. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental - Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Granma/República de Cuba. E-mail: aantunez@udg.co.cu

3 Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de Oriente. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid/Espanha. Licenciado en Derecho. Profesor Asistente - Universidad de Granma/República de Cuba. E-mail: aramirez@udg.co.cu

4 Máster. Docente Investigador. Profesor Titular - Universidad Técnica Estatal de Quevedo, Los Ríos/República del Ecuador. Abogado de la República. Email: efuentes@uteq.edu.ec

## 1. EXORDIO

La Asamblea General de Naciones Unidas convocó la Conferencia sobre el Medio Humano en 1972, reconocida como la Declaración de Estocolmo, hecho que marcó un hito en el desarrollo ambiental. Fue esta cita el inicio fundacional del Derecho Ambiental, al ser el primer documento en un foro internacional, señalado por autores como el maridazgo que existe entre el Derecho Ambiental y el Derecho Internacional. Por el grado de consenso generado y la profundidad de sus conceptos, esta Declaración se reconoce como “Carta Magna” del Derecho Internacional Ambiental. Posteriormente, durante las Conferencias de Río a partir del 1992, fueron aprobados documentos como la Agenda 21, la Declaración de Río, la Convención sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica que amplían esta protección. La historia devela que los cambios que tan vertiginosamente se han presentado a partir de la Revolución industrial, han hecho que el ser humano se preocupe por la situación ambiental, acrecentada en el siglo XXI con el desarrollo tecnológico y los avances científicos.

Los instrumentos de mercado de carácter cooperador, entre los que se encuentra la auditoría ambiental como actividad de control, la llamada sostenibilidad o sustentabilidad -al margen de cualquier discusión etimológica- se ha convertido en el centro de las concepciones que sobre el desarrollo se han esgrimido desde el Informe BRUTLAND. En la Declaración de Johannesburgo de 2002, se reafirmó este compromiso. El control ambiental, trascendió del control tradicional realizado a la empresa y la industria, en sus inicios solo para evaluarles la contabilidad y los sistemas de gestión ambiental, para evaluar las políticas públicas dirigidas a proteger el medio ambiente a través de la auditoría de gestión coordinada a los recursos hídricos, a la biodiversidad y la de seguimiento al cambio climático, al decir de VAN LEEUWEN (2013) y ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2015).

El fin de esta actividad de control es prevenir, perfeccionar la tecnología y dar un carácter más competitivo con influencia mercantil, al conceder la certificación ambiental, siendo lo que falta a las ejecutadas en Cuba. No encontramos en la literatura cubana ni extranjera evidencias que recojan la conceptualización integral de la auditoría como institución jurídica, visibles en la estructuración de los elementos que se proponen desde el punto de vista teórico, legislativo y práctico. Agravados con la inexistencia de una norma jurídica especial para su instrumentación, comprensión, asimilación y conocimiento de su papel en el sistema empresarial, apreciable en la cantidad ínfima de auditorías ambientales realizadas y en el mínimo efecto de las realizadas.

El artículo argumenta la necesidad de dotar a la institución jurídica de la auditoría ambiental de un constructo desde la doctrina para su adecuada regulación normativa, en pos de perfeccionar el ordenamiento jurídico para su práctica en el sector empresarial estatal cubano. Fueron utilizados los métodos de la investigación: el histórico lógico, el de análisis síntesis, el de derecho comparado, y el exegético jurídico.

## 2. LA AUDITORÍA AMBIENTAL COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA. LOS ELEMENTOS QUE LA CONFORMAN DESDE EL DERECHO PÚBLICO

La obra de PACCIOLI publicada en 1494 (TUA PEREDA, 2012, p.1-23), en el tratado sobre el método conocido de la “partida doble”, evidencia que desde el año 254 a.n.e. 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 industrial por los sujetos económicos que practicaban actividades de comercio. (TUA PEREDA, 2008, p.4-19; FRONTI DE GARCÍA, 2007, p.229). Datos y documentos confirman que 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 1799 existían

firmas acreditadas de contadores públicos en países como Escocia, Estados Unidos de América e Inglaterra, fueron los primeros países en los que tomó relevancia la Contaduría Pública ligada a la práctica de la Auditoría Estatal. (GÓMEZ GARCÍA, 2011, p.27-29).

Otros estudios realizados desde la Ciencia Contable, expresan que la práctica de la Auditoría nació 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.<sup>5</sup> En el pasado siglo XX, fueron incluidas normativas jurídicas como voluntad de la Administración Pública, permitió se fortaleciera el trinomio Contabilidad, Auditoría y Derecho, al cobrar nuevas dimensiones como normativa administrativa para proteger 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.

Esta institución jurídica, es reconocida como herramienta de gestión en el Derecho Ambiental, se regula en normativas jurídicas especiales para su uniformidad, tiene un nexo causal: la exigencia de la responsabilidad ambiental y la cuantificación de los daños ambientales generados, la implementación de la responsabilidad social empresarial vinculada a la economía y la contabilidad ambiental. 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. Su conexión, está relacionada a los orígenes del *ius* ambientalismo como parte de la Agenda Pública Internacional; las Entidades Fiscalizadoras Superiores señalan al año 1969 como su inicio, con posterioridad las cumbres ambientalistas han debatido los problemas ambientales del planeta y las medidas para su mitigación, han aportado al desarrollo de esta institución jurídica desde la doctrina del Derecho Público. (CUMBRE MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE, 1995).

La Declaración de Estocolmo de 1972, señalaba que el hombre tiene ...“el derecho fundamental a la libertad y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Así mismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras”...

En consonancia con la preocupación por la protección ambiental, la que ha alcanzado importancia y magnitud al más alto nivel, lo prueban las Cumbres efectuadas y los tratados firmados en la materia, como la Convención de Ramsar de 1971, la CITES de 1973, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Protección de la Capa de Ozono de 1987, la Convención Marco de NN UU sobre Cambio Climático de 1992, y la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992, entre otras. La dificultad se enfrenta con el tema de la mitigación de los gases de efectos invernadero, no es de consenso entre los Estados para adoptar acuerdos en este sentido, es la falta de voluntad política para cumplir con lo acordado y de adoptar otros más efectivos. Hoy existen acuerdos que abordan la mitigación como la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, y el Protocolo de Kyoto de 1997, así como el recién Acuerdo de París de 2014.<sup>6</sup> Las raíces de la crisis ambientalista está en los modelos de desarrollo basados en la ganancia a cualquier costo, este reconocimiento está implícito en la necesidad del desarrollo sostenible y su definición a partir de 1984 en el Informe “Nuestro Futuro Común”<sup>7</sup>. Aportes que no se limitan a este período, después de Rio de Janeiro hubo la Cumbre de Johannesburgo de 2002

---

5 CÓDIGOS DE COMERCIO de Iberoamérica. Donde se fija la obligatoriedad de la contabilidad mercantil, como requisito obligatorio para el actuar de los pequeños empresarios y comerciantes en el tráfico mercantil.

6 Protocolo de Kioto, ONU, 1997; Convención sobre el Cambio Climático, París, ONU, 2015.

7 Declaración Rio+20, Brasil, 2012.



y la Cumbre Río+20 de 2012 (FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, 2008), donde se ha abordado el tema del cambio climático y su mitigación por parte de los principales Estados contaminadores.

Textos en materia jurídica revelan que la auditoría ambiental se originó en los Estados Unidos de América a finales de los años 70 del siglo XX, apareció 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 los problemas ambientales que acontecían en esta nación. (LEE, 1998, p.7-29; HERRERIAS ARISTI, 2009, p.1-9). El derecho al medio ambiente y el desarrollo sustentable como paradigmas de la Administración Pública, son derechos de naturaleza jurídica especial, como nuevo derecho que responde a nuevos retos. En 1973, la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), organización encargada de la difusión de la problemática ambiental a toda la comunidad internacional y de alentar la participación de la sociedad en el cuidado y la protección del medio ambiente.

Un reto es el de la responsabilidad de los diferentes actores que en esta protección al bien jurídico ambiente intervienen, ratificada luego en la Cumbre de Río en 1992, y en Johannesburgo en 2002, donde el control público al medio ambiente es tema pertinente, de aquí que su principal asidero sea en cada país a través del texto constitucional, como lo refiriera FIX ZAMUDIO. (FIX-ZAMUDIO, 2010; CARMONA LARA, 2005). En respuesta a los problemas globales de contaminación, generados con la Revolución Industrial y los avances tecnológicos que trajo consigo en la década de los años 80, se extendió la práctica de la auditoría ambiental a la Unión Europea como consecuencia de los intereses de las subsidiarias estadounidenses radicadas en este continente pasada una década. En los países bajos, se señala al año 1984 y a Holanda como el primer país en incorporarse a la práctica de este tipo de control. Sus exigencias legales han estado marcadas dentro de sus derechos internos (MURAD ROBLES, Pedro, 2009, p.263-303; NAVARRETE LIGARTE, 2007, p.20-29), como resultado del compromiso respaldado por la Comisión BRUNDTLAND en 1987, donde fue formulada la propuesta de *“un desarrollo sustentable que satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas”*. (HARLEM BURTLAND, 1984).

Su íter, se enmarca a partir de ser reconocida por las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el año 1995, 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 como la contaminación atmosférica, el 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. (ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES, 2010).

Martin-Retortillo Báquer, señalaba 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, continuaba significando que, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1949, 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 se lo piensen, no tengan todos las mismas disponibilidades ni la misma voluntad. (MARTIN-RETORTILLO BÁQUER, 2006).

La década de los 90, adiciona nuevos elementos tecnológicos vinculados al Comercio Internacional, 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. Son analizados conceptos dados sobre esta actividad de control por la Entidad Fiscalizadora Superior, la define como:

la herramienta técnica de gestión para realizar la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la efectividad de la organización auditada; 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 las normativas legales, a partir de la institucionalización de la tutela ambiental. (ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2010, p.18; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2015).

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>8</sup> La Cámara Internacional de Comercio, la reconoce como:

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 medio 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.<sup>9</sup>

Se considera enmarcarla como una actividad de control, como el 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), su ejecución es realizada por funcionarios públicos requeridos de título profesional y un título habilitante, registrados en el Registro de Auditores y Contralores<sup>10</sup>; 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, en su práctica 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 certificatorio 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.

Desde la doctrina jurídica Hispanoamericana consultada, académicos como De Bessa Antunes,

8 Normas ISO 14001. Procedimiento de la Auditoría Ambiental. SGMA: Especificaciones y guías de uso. ISO 19011. Fundamentos de la Auditoría Ambiental. Disponible en: <<http://www.iso.org>>. Norma ISO 19011. Norma en la organización empresarial, se cumple de forma obligatoria por los actores involucrados. Disponible en: <<http://www.iso.org>>. NC ISO 19011:2003. Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión de la calidad y/o ambiental. NC ISO 14031:2005. Gestión ambiental. Evaluación del desempeño ambiental. Norma ISO 26000:2010. Guía sobre responsabilidad social.

9 La empresa deja de ser considerada como la expresión concreta del capitalismo y aparece cada vez más como una unidad estratégica en un mercado internacional competitivo y un agente de utilización de tecnologías nuevas. (BELMONTE MARTIN, 2009, p.57-78).

10 Se refiere a los Registros Públicos que crea la Administración Pública en cada nación, en especial referente a la obligación de registrar la empresa responsable.



Di Trindade Amado, Bustamante Alsina, Caferrata, Martín Mateo, Jordano Fraga, De Gatta Sánchez, Parejo Alfonso, Sanz Rubiales, y Nogueira López, señalan en sus estudios realizados desde 1995-2014 de forma análoga, que la auditoría ambiental como instrumento de gestión, comprende una evaluación sistémica, documentada, periódica, y objetiva del comportamiento de una organización empresarial, del sistema de gestión ambiental y de los procedimientos destinados a proteger el medio ambiente. Evalúa el cumplimiento de la política ambiental de la organización empresarial, sus objetivos y metas ambientales, y el control del impacto ambiental generado al medio ambiente. (DE BESA ANTUNES, 2010; DI TRINDADE AMADO, 2011; BUSTAMANTE ALSINA, 1995). Refieren que sus elementos caracterizadores se perciben a partir de que, como instrumento de gestión ambiental, evaluador de los índices de contaminación generados al medio ambiente, del cumplimiento de la legalidad, de la externalización e internacionalización de los costes ambientales integrándolos a la responsabilidad ambiental en la organización empresarial. Como instrumento de tutela ambiental, tiene carácter horizontal para adoptar estrategias de protección ambiental. Su adhesión es voluntaria en su generalidad, aunque puede ser obligatoria; proporciona y da publicidad sobre el comportamiento ambiental a la organización empresarial auditada. Reseñan que es una técnica de protección ambiental. Esta reconocida como un instrumento de mercado de carácter cooperador (etiqueta-certificación ambiental). Permite a la organización objeto de la auditoría, usar un logotipo como organización responsable tras el resultado de la evaluación, ello le permite que se inscriba en un Registro Público habilitado. Se constata, como se le regula en los ordenamientos jurídicos en su desarrollo interno a través de Leyes de Auditoría, de Contraloría, de Gestión Ambiental, de Medio Ambiente y de Responsabilidad Ambiental.

Leff (1998, p.108), señalaba que el saber ambiental nace de una nueva ética y una nueva epistemología, donde se funden conocimientos, se proyectan valores y se internalizan saberes, que se convierten en cuestionamientos sobre las condiciones ecológicas de la sustentabilidad y las bases sociales de la democracia y la justicia, y que permite la construcción y comunicación de saberes que ponen en tela de juicio las estrategias de poder y los efectos de dominación que se generan a través de las formas de detención, apropiación y trasmisión de conocimientos. Pertinentes en esta actividad de control ambiental ejecutada para proteger el medio ambiente como bien público. El ensayo jurídico, aporta una sistematización de los elementos de la auditoría ambiental como institución jurídica, apreciados en esta relación jurídica ambiental, pertinentes para el Derecho Público para una mejor comprensión para quienes la practican y a quienes se le practica, estos son:

**Los elementos subjetivos:** Según los sujetos que intervienen, los Auditados en materia ambiental (persona jurídica o natural). Auditor o equipo de auditoría (persona jurídica o naturales).

**Los elementos objetivos:** La auditoría como actividad de control. Desarrollo de la Actividad según la organización administrativa. Potestad de Auditoría. Función pública. Técnica de intervención de actividad material de control o policía. Estos elementos no resultan incompatibles entre sí, sino desde diversas posiciones jurídicas del ciclo de la actividad de auditoría (ente atribuido de potestades exorbitantes en régimen reglado, funcionario público habilitado competencialmente y actividad investigativa de hechos, documentación de información y comprobación). La preferencia de un cuerpo de auditores ajenos a la actividad auditada, que brinde un mayor nivel de neutralidad en las valoraciones técnicas que puedan ser emitidas en el informe resultado de la actividad de la auditoría.

**El desarrollo de la actividad según la forma de la actividad administrativa:** Es una actividad de control, y es una técnica de comprobación. Es un Procedimiento integrado por fases (preparación-ejecución-conclusión) (Conjunto de actos vinculados entre sí y sin autonomía individual, de diversa naturaleza, los cuales conllevan a un acto formal conclusivo, contentivo de los hallazgos y evidencias de infracciones y violaciones de la legalidad en materia ambiental; que pretenden el restablecimiento del bien jurídico ambiental causado por las acciones u omisiones del empresario o comerciante, y ante las cuales se generan obligaciones de diversa naturaleza.

Ámbito de aplicación: En relación al ámbito de auditoría ambiental, la actividad puede desarrollarse hacia lo interno de la organización empresarial en virtud del autocontrol, como desde lo externo, en la actividad de entes que desarrollan la actividad de auditoría ambiental.

**El contenido de la actividad auditable en materia ambiental será:** El Patrimonio contable destinado al gasto contable ambiental. La Eficacia y eficiencia del sistema de gestión ambiental en relación con tratamiento de residuales. La Evaluación de tecnologías limpias. La Evaluación de principios de contabilidad. La implementación y evaluación de las Normas técnicas ambientales. La evaluación del Plan de prevención (Informe Cosso II). Índices de contaminación según niveles permisibles para la actividad empresarial y comercial. La Verificación de la legalidad ambiental.

**Naturaleza jurídica de la actividad auditable en materia ambiental:** Resulta una actividad de control mediante una técnica de comprobación de legalidad de la actividad empresarial en materia ambiental (juridicidad) que se expresa en el orden ambiental como una herramienta de gestión, conforme a las reglas establecidas, bien desde disposiciones generales habilitadas con preferencia mediante Reserva de Ley, bien desde normas reglamentarias para el desarrollo de la actividad de auditoría ambiental. Es una función de carácter técnico. El ejercicio de la función requiere un alto nivel de cualificación y habilitación técnica para el desempeño, de ahí que su desarrollo atienda a factores como la competencia, formación del auditor, conocimientos y aptitudes demostradas en la actividad. Ha sido precisamente ese carácter tecnocrático, el que ha influenciado en los años recientes la externalización en el desarrollo de esta actividad desde formas de gestión indirecta, a partir de mecanismos de colaboración público-privada. Es una potestad de ejercicio reglado, no cabe discrecionalidad en su aplicación. Debe ajustarse a un canon de objetividad, eficiencia, transparencia y responsabilidad, que permitan asegurar, desde la planificación y control de su ejercicio, la debida neutralidad, probidad y cumplimiento estricto de la juridicidad por parte del auditor. Tiene un carácter instrumental al ejercicio de otras potestades administrativas como la sancionadora, la procedimental, o de estímulo de carácter honorífico, en una actividad en concreto desarrollada por la Administración, con independencia de la fórmula de gestión, lo mismo en los procedimientos autorizatorios, tributarios o sancionadores. De ahí que la potestad de auditoría tenga como fin la comprobación de la certeza de juridicidad ambiental; expresando el resultado de la intervención de control, mediante evidencia documental certificante del estado de compatibilidad de la actividad empresarial y comercial con sus parámetros de ordenación.

**Efectos:** Su forma de expresión (el informe de resultados de la auditoría) tiene un efecto directo y vinculante sobre la actividad auditada, a partir de la presunción de legitimidad de los hallazgos imputados al auditado, a las que el ordenamiento procesal y procedimental les atribuye el carácter vinculante en la fase probatoria por la certeza y veracidad que la competencia del auditor aporta al informe.

**Derivación de acciones del sistema de responsabilidad ambiental en distintos órdenes:** civil, administrativo contravencional, de la Administración Pública, laboral-funcionarial, social-empresarial y penal. Habilita el ejercicio de las competencias de recontrol, dado el carácter cíclico y sistémico de la auditoría ambiental como herramienta de gestión.

**Relativa onerosidad de la actividad:** En algunos supuestos, sobre todo en casos de gestión indirecta realizado por sociedades mercantiles, pueden resultar una actividad de carácter oneroso para la auditado, porque así lo requiera para la certificación de hechos o circunstancias relativas al cumplimiento de requisitos ambientales en su actividad empresarial, o por un tercero con interés procesal o técnico.

**Elementos formales y de procedimiento:** Forma de expresión: Informe de Auditoría Ambiental.

**Iniciativa de procedibilidad:** Por solicitud del auditado ambiental por cumplimiento de requerimientos para habilitación de desarrollo de actividades empresariales y comerciales. Por imposición del ente administrativo según plan de auditoría, queja o denuncia.

**Impugnabilidad del resultado de la auditoría:** Vía interna ante el superior del ente de

Auditoría. Vía jurisdiccional ante la jurisdicción de los tribunales ordinarios (Contencioso Administrativo).

**Linde y deslinde con instituciones jurídicas afines:** Inspección ambiental. Evaluación de impacto ambiental. Auditoría de Gestión en sus modalidades.

**Puntos de contacto con instituciones de otras ramas de la Ciencias Empresariales:** Contabilidad y Economía Ambiental. Reingeniería Empresarial (Producciones en Cadena de ciclos productivos). Ciencias Ambientales (Licenciatura e Ingeniería Ambiental).

### **3. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA AUDITORÍA AMBIENTAL COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO**

Los saberes contables e históricos, señalan que el ejercicio de la auditoría pública, función estatal dedicada a controlar los bienes por la Administración Pública por ser Cuba una de las colonias de España, con una economía regida y controlada por la metrópoli al ser dueña de los negocios de forma mayoritaria, las evidencias refieren que los cubanos de la época no ejecutaron la auditoría ni tenían los conocimientos requeridos; esta actividad era realizada por inspectores desde la Administración Pública para controlar los negocios de su propiedad, señalado por estudios realizados desde la Contraloría General por CASTILLO TÉLLEZ. (CASTILLO TÉLLEZ, 2014; POZO CEBALLOS, 2011; HERNÁNDEZ TORRES, 2007; VIAMONTES GUILBEAUX, 2012; VILLAVELLA ARMENGOL, 2011).

Para realizar el análisis del control se parte desde el período comprendido a partir del siglo XVII hasta el XVIII. El control por la Administración a las finanzas públicas lo realizaron la Intendencia de Hacienda y el Tribunal de Cuentas, instituciones públicas que ejecutaron las funciones de percepción de los registros contables, la vigilancia de las rentas y los recursos públicos. La historia económica reconoce las tendencias que hubo sobre la formación y la constitución de los organismos técnico-económicos, factores que dieron lugar a la creación del Consejo de la Administración donde participaba el Intendente General de Hacienda y el Presidente del Tribunal de Cuentas, fortaleciendo los mecanismos de control. Desde la Constitución de la República de 1940, se analiza cómo se reguló la función de fiscalización a los bienes públicos por parte del Ministerio de Hacienda, institución creada por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Conforme con la Constitución, la creación del Tribunal de Cuentas, tuvo entre sus funciones la de fiscalizar el patrimonio, los ingresos, los gastos del Estado y a los organismos autónomos para comprobarles la ejecución de sus presupuestos destinados por el Estado a las provincias y municipios, con la observancia de las leyes y las disposiciones en materia de impuestos, derechos y contribuciones en vigor con toda la autoridad administrativa de fiscalizar la gestión pública de los funcionarios y de los empleados del aparato estatal, como de las organizaciones autónomas.<sup>11</sup>

Al triunfar la Revolución en 1959, se inicia todo un cambio en la estructura socioeconómica del país, proceso que provocó una acelerada transformación dentro de la organización del aparato estatal y con ello de la contabilidad, la auditoría y el control de los hechos económicos en el sector estatal dentro de sus formas de gestión predominante, al cambiar la forma de propiedad. Con los cambios acontecidos a nivel mundial en los objetivos de la actividad de control, esta institución jurídica solo se dedicó en sus orígenes a la detección de fraudes, a la revisión de los sistemas y a la obtención de evidencias, se ha extendido de manera progresiva al control ambiental ante los altos índices de contaminación generados por la industria. El gobierno decide implementar otros mecanismos de control, se constituyó el Ministerio de Recuperación de Bienes Malversados, como continuador de la función pública. Con posterioridad, la actividad de control en el país se ejecutó por el Ministerio de Industrias. Se tomó la decisión de conformar las primeras Unidades de Auditoría Interna en todos los organismos

---

<sup>11</sup> Constitución Cubana de fecha 1ro de julio 1940. G. O. de 20 de diciembre de 1940.

de la Administración Pública del sector estatal. En este período, se evidenció la ejecución de la auditoría estatal en toda la nación.

En 1976, período de institucionalización estatal, sustentado en la Ley No. 1323, se constituyó el Comité Estatal de Finanzas para el control a los bienes públicos con la Dirección de Comprobación, tuvo en sus funciones la práctica de la auditoría estatal por parte del Estado como el ente superior establecido en el texto constitucional cubano, en su artículo 10: ... *“todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad”*...<sup>12</sup>

La evolución de la auditoría en las formas de gestión del sector estatal cubano a partir de 1994, continua la decisión de perfeccionar el trabajo de la Administración Estatal, para ello concluyen las funciones que realizaba el Comité Estatal de Finanzas y Precios, trasladadas al Ministerio de Finanzas y Precios (MFP). En este organismo se conformó la Oficina Nacional de Auditoría (ONA) en los órganos locales del Poder Popular para seguir ejecutando esta función estatal a los sujetos de gestión. Las normativas jurídicas en relación con la institución jurídica analizada han tenido su sustento legal en el Decreto Ley No. 159 de 1995, regulador de los deberes y derechos de los auditores y de los auditados como los sujetos de esta relación jurídico administrativa como función estatal y para los que la practican de forma autónoma complementada por el Acuerdo No. 2819 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 1995 y por el Decreto No. 228 de 1997<sup>13</sup> para aplicar el Derecho Administrativo Sancionador. Entre 1999 al 2000, se corrobora la continuidad de otros estudios para consumar la propuesta de crear un órgano soberano en base a la experiencia alcanzada en América Latina y en la Unión Europea que permitiera cumplir las políticas públicas vinculadas a la actividad de control analizada y se adaptara a las características de Cuba, a las nuevas concepciones de la INTOSAI y a los hechos internacionales con repercusión en la actividad de la auditoría pública, toda vez que la dialéctica y el desarrollo de la auditoría reclamaban un organismo superior. Se decide por parte del Estado constituir el Ministerio de Auditoría y Control (MAC) dentro de los Organismos de la Administración Central del Estado, fue este el sujeto estatal que realizó la actividad de control y la fiscalización gubernamental, ejerció funciones revolucionarias, modernas, de elevados valores, para el control adecuado de la eficiencia de la economía y la probidad de los funcionarios y directivos del país en una tercera etapa del control público estatal, al ser esta la forma de gestión que predomina. Permiten demostrar que la sistematización realizada a la auditoría como institución jurídica desde el Derecho Público, el recorrido de su tracto histórico y jurídico permitió conocer las funciones que tuvieron en cada etapa analizada por el Tribunal de Cuentas, el Ministerio de Recuperación de Bienes Malversados, el Banco Nacional de Cuba, la ONA y el MAC en la actividad de control a los bienes públicos por el Estado, confirman que existió el control público a través de estos órganos y organismos como los orígenes de la auditoría en el país, se constata el tránsito evolutivo a partir de la auditoría, el control gubernamental y la fiscalización, iniciado a partir de la etapa de institucionalización al sector estatal de manera prioritaria por ser el de mayor representatividad.

Desde el punto de vista jurídico, se demuestra que la práctica de la auditoría ejercitada por la ONA y el MAC continuó dirigida en esencia a la revisión de los sistemas contables a las formas de gestión del sector estatal por ser mayoritario, prueban que la actividad de control ambiental analizada, sus primeras manifestaciones como herramienta de gestión ambiental no se practicó, solo existen evidencias de su ejecución en las auditorías de gestión y la de cumplimiento legal, las que controlaron temáticas vinculadas a la protección del bien jurídico ambiental y en la actividad de autocontrol a las

---

12 Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 3 de fecha 31 de enero de 2003; Di Cagno (2005); Méndez López (2003).

13 Decreto No. 228, Contravenciones personales en materia de auditoría, G.O. Ordinaria No.37 de fecha 24 de noviembre de 1997.

formas de gestión del sector estatal cubano.

La tendencia seguida por la Administración Pública en Cuba, señala que el control administrativo se ejecutó por los Organismos de la Administración Central del Estado. La normativa que regula la auditoría en el ordenamiento jurídico cubano, se caracteriza por ser gratuita, obligatoria y ejecutada en un plan y metodologías aprobadas por el órgano superior de control. En su aplicación instituye el principio constitucional de actuación a los órganos estatales y se convierte en el soporte informador del ordenamiento jurídico patrio. El artículo 27 de la Constitución cubana consagra la protección ambiental como una función pública. Técnicamente, a la vez que se habilitaron los órganos competentes para que intervengan en la protección del medio ambiente inspirados en el desarrollo sostenible, se ordenó la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras, con lo que la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad trascienden al texto constitucional cubano.<sup>14</sup> Con la modificación constitucional en 1992, como resultado de la participación de Cuba en la Conferencia de las Naciones Unidas se firmó por los Estados la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992. El reconocimiento dentro del texto original del artículo 27 decía: ... *“Para asegurar el bienestar de los ciudadanos el Estado y la sociedad protegen la naturaleza. Incumbe a los órganos competentes y además a cada ciudadano, velar porque sean mantenidas limpias las aguas y la atmósfera, y que se proteja el suelo, la flora y la fauna”* ...<sup>15</sup>

Presentada toda esta perspectiva jurídica, a partir del texto constitucional es valorado cómo dentro del ámbito ambiental con la función auditora, realizada en sus etapas por la ONA y el MAC no se le dio una respuesta adecuada en relación al artículo 27, al introducirse por vez primera el tema ambiental en esta Carta Magna, por no estar reconocida en el Decreto Ley No. 159 de 1995 la auditoría ambiental para alcanzar la meta del desarrollo sostenible como paradigma.<sup>16</sup> La función pública ambiental, ejecutada por los funcionarios públicos, se complementa con la declaración de soberanía estatal sobre los recursos naturales y el medio ambiente, proclamada en el artículo 11 del texto constitucional en unión al artículo 27. Ambos artículos conforman las bases constitucionales fundamentales que validan la práctica de la auditoría ambiental como una actividad de control para proteger el bien público ambiental. Reproducen el principio del desarrollo económico y social sostenible contenido en los principios 3 y 4 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992.<sup>17</sup>

Desde el Derecho Administrativo en el período de los 70 al 80, se analizaron los aportes de GARCINI GUERRA, REYES, CABRERA, GUERRA, RODRÍGUEZ PÉREZ, VALDIVIA ONEGA, VIZOSO GARCÍA, CASTANEDO ABAY, como antecedentes del estudio de esta rama del Derecho y en especial sobre la institución jurídica de la inspección como actividad de control, se coincide que es la facultad que posee un órgano administrativo para examinar los actos materiales y las operaciones preparatorias y ejecutivas de los actos de decisión que tienen a su cargo los trabajadores que le están subordinados, nunca se proyecta sobre los actos productores de efectos jurídicos. El control de la legalidad socialista requiere imperativamente que todos los órganos administrativos actúen y se mantengan dentro de su esfera de competencia. La vinculan en el ordenamiento jurídico cubano al Decreto Ley No. 67 de 1983, pero se constata que estos autores no estudiaron la institución jurídica de la auditoría pública a pesar de que esta se ejerci-

14 Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 3 de fecha 31 de enero de 2003.

15 Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 3 de fecha 31 de enero de 2003; Cutié Mustelier (2016).

16 Desarrollo sostenible, exigencias de renovación científica que afectan también a las Ciencias Jurídicas y con mayor precisión desde la Ciencia del Derecho Administrativo. Surge como una alternativa para solucionar las contradicciones fundamentales de los estilos de desarrollo vigentes. En 1987, la Comisión Mundial sobre el Ambiente y Desarrollo definió el desarrollo sostenible como “...aquel que satisface las necesidades del presente, sin limitar la capacidad de satisfacer las necesidades de las generaciones futuras...”

17 Declaración de Río de Janeiro de 1992.

18 Decreto Ley No 67, en su artículo 52, inciso ñ), estima que es una de las atribuciones de los Organismos de la Administración Central, “...realizar visitas de inspección a las delegaciones territoriales, empresas y dependencias del organismo, así como a las direcciones administrativas, empresas y dependencias de los Órganos locales del Poder Popular.”



taba por la Administración Pública (GARCINI GUERRA, 1986, p.169-172; MATILLA CORREA, 2011).<sup>18</sup> Le han seguido otros trabajos de CAÑIZARES ABELEDO, CASTANEDO ABAY, LANZA LÓPEZ, DÍAZ SÁNCHEZ, LEZCANO CALCINES, REYES PARET, y MATILLA CORREA, acerca del objeto del Derecho Administrativo, las fuentes, la facultad reglamentaria, lo reglado y lo discrecional, del acto administrativo, del silencio administrativo, la organización de la Administración Pública, el contrato administrativo de gestión de servicio público, la concesión administrativo de servicio público, los procedimientos de selección del concesionario, la responsabilidad administrativa, el procedimiento administrativo, y los instrumentos jurídicos administrativos, en un material para el estudio en pregrado de esta rama del Derecho. Pero no señalan ningún referente que permita considerar que se estudió la actividad de control, en especial la auditoría, regulada en el ordenamiento jurídico hacia las formas de gestión del sector estatal, aunque ya venía fomentándose un incipiente sector privado.

En materia de Derecho Ambiental, los análisis realizados por PEREIRA BASANTA (2011), CÁNOVAS GONZÁLEZ (2010), y REY SANTOS (2007), han tenido como objeto enmarcarse en las herramientas de gestión ambiental como la Evaluación Ambiental, la autorización ambiental (licencia), en relación con los proyectos o instalaciones industriales y actividades económicas de considerable magnitud generadoras de intensos impactos sobre el medio ambiente. Elementos que permiten demostrar que la evolución en Cuba de esta institución jurídica (auditoría ambiental), trascendió desde la inspección ambiental ejecutada por el CITMA, Ley No 81 de 1997, pero con alcance menos integral. Su regulación se realiza en el Acuerdo del Consejo de Estado de la República de Cuba de 2010, Reglamento de la Ley No. 107 de 2009, 30 años después de su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. Pero, desde su aparición en el ordenamiento jurídico en el 2010, no se constatan evidencias de su ejecución en el sector estatal (empresa-industria) de la auditoría ambiental ni de un constructo adecuado desde el Derecho Administrativo. En su evolución en el siglo XXI en su segunda década, cambia del escenario donde se originó, trasciende de la empresa-industria hacia el medio ambiente con la auditoría de gestión ambiental, con tres tipos de auditorías: la auditoría de seguimiento al cambio climático, la auditoría de gestión coordinada al recurso hídrico y la auditoría de gestión coordinada a la biodiversidad en la región de América Latina. (LUSTOSA DA COSTA, 2014, p.43-46).<sup>19</sup>

Los estudios de la auditoría ambiental, tienen vastos análisis desde las Ciencias Contables en Cuba por ARMADA TRABA, AGUILERA MESA, PÉREZ BELLO, PELEGRIN MESA, VILLARDEFrancos ÁLVAREZ, en relación a la auditoría de gestión, la contabilidad, la economía ambiental, el control interno, y la Contraloría General de la República (ARMADA TRABAS, 2005; AGUILERA MESA, 2005; PÉREZ BELLO, 1999; VILLARDEFrancos ÁLVAREZ, 2006). Desde las Ciencias Jurídicas, CARABALLO MAQUEIRA, CRUZ SARDIÑAS, FERNÁNDEZ RUBIO LEGRÁ, VIAMONTES GUILBEAUX, MÉNDEZ LÓPEZ, GONZÁLEZ NOVO, AYES ATMELLER, VILLAVELLA ARMENGOL, TOLEDANO CORDERO, han realizado estudios del Derecho Ambiental, centrados en analizar el pensamiento ambiental cubano, las producciones limpias, la responsabilidad ambiental, el seguro ambiental, la protección del medio ambiente desde la Constitución cubana, la responsabilidad civil, el proceso ambiental, el Derecho Forestal, Derecho y Cambio climático, el medio ambiente, el comercio e inversión extranjera, el derecho nuclear cubano, la protección penal del medio ambiente, el proceso económico por daño ambiental, los recursos genéticos, los derechos humanos y el medio ambiente, pero no de la auditoría ambiental (CARABALLO MAQUEIRA, 2014; CRUZ SARDIÑAS, 2013; FERNANDEZ RUBIO LEGRA, 1999; VIAMONTES GUILBEAUX, 2012; MÉNDEZ LÓPEZ, 2003; GONZÁLEZ NOVO, 1998; AYES AMETLLER, 2003; VILLAVELLA ARMENGOL, 2011).

Este autor, apoyado en la dogmática jurídica para argumentar desde la teoría, la normativa

<sup>19</sup> Informe regional de América Latina sobre la auditoría coordinada a los recursos hídricos (CONTEMA-OLACEFS; Paraguay, 2014); Informe sobre las Auditorías coordinadas a los recursos hídricos, a la biodiversidad y seguimiento al cambio climático (OLACEFS, Brasil, 2014).



jurídica y la práctica, y con ello mostrar un análisis lógico de como se ha regulado la institución jurídica de la auditoría ambiental en el ordenamiento jurídico en Cuba, que permita formular una serie de presupuestos jurídicos que tributen al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano, para el adecuado control público en la futura conformación de la empresa responsable con el ambiente dentro del sector estatal, al ser la forma de gestión de mayor predominio en el tráfico mercantil, desde el principio de legalidad, para analizar las proposiciones legales formuladas como un primigenio aporte desde el Derecho hacia la Auditoría. Tomando las ideas de ROBERT ALEXY, JAVIER DE LUCAS, MANUEL ATIENZA, SANTI ROMANO, DIEZ PICASO, FERNÁNDEZ BULTÉ, PÉREZ HERNÁNDEZ Y VILLAVELLA ARMENGOL, sobre la argumentación jurídica, asociada a la concepción de estado de Derecho y de democracia constitucional, ha permitido analizar el ordenamiento jurídico (conjunto normativo) del número de disposiciones jurídicas a partir de su unidad, plenitud, coherencia, y armonía, vinculados con la institución jurídica de la auditoría ambiental en Cuba y su aplicación en el sector estatal cubano, toda vez que hasta este ensayo solo han sido ejecutadas dos auditorías en el 2014 por el órgano superior de control, siendo un reto a futuro su práctica. (ALEXY, 1997; DE LUCAS, 2006, p.151-156; ATIENZA, 2004, SANTI, 1917; DIEZ PICAZO, 1976, p.33; FERNÁNDEZ BULTÉ, 2002, p.149-154; VILLAVELLA ARMENGOL, 2009; PÉREZ HERNÁNDEZ, 2011; ROMANO, 1963, p.48).

Se analizaron conceptos vinculados en esta *relación jurídica ambiental* como auditoría, inspección ambiental, auditor, auditado, equipo auditor, contabilidad ambiental, informe de auditoría ambiental, y sistema de responsabilidad ambiental. Los principios que informan a la auditoría como el de legalidad, responsabilidad, precautorio, cooperación, autocontrol y desarrollo sostenible. Delimitamos *los elementos de configuración en la relación jurídica ambiental*: subjetivos auditores y auditados; *los elementos objetivos actividad de control, ámbito de aplicación, contenido, naturaleza jurídica, efectos, linde y deslinde con instituciones jurídicas afines, puntos de contacto con otras ramas de las Ciencias, los elementos formales serían los documentos acreditativos de su validez, informe de auditoría ambiental, acta de responsabilidad ambiental y denuncias*. Permitted tomar en cuenta un primer elemento, los inicios del control ambiental se originan en el sector empresarial como necesidad de conocer los problemas de la contaminación generados por el desarrollo industrial en el siglo XX. Empero, pasados 30 años de su reconocimiento internacional en Cuba la auditoría ambiental no es practicada hasta el siglo XXI, con la auditoría de gestión coordinada a los recursos hídricos, sin que se audite la empresa y la industria del sector estatal. Un segundo elemento, la Ley No. 107 de 2009, y su Reglamento de 2010, define que la auditoría ambiental es el proceso de verificar el uso, administración, protección, preservación del medio ambiente y de los recursos naturales, con el objetivo de evaluar el cumplimiento de las normas y principios que rigen su control y, cuando proceda, cuantificar el impacto por el deterioro ocasionado o que pueda producirse, que a nuestro juicio dista de su construcción adecuada desde lo que se refiere en la doctrina. Su *naturaleza jurídica* no ha sido construida ni en el orden teórico ni en el orden normativo. Su desarrollo como actividad según la *organización administrativa* tampoco ha sido construida en el orden teórico de manera suficiente, en atención a sus dos dimensiones; en el orden normativo se reconoce como una función pública. Como actividad de control *no ha sido construida* en el orden teórico de forma suficiente, y en el orden normativo se configura de forma insuficiente como *técnica de comprobación* de la actividad material de control.

Según los *sujetos que intervienen*, no existe una configuración desde la posición jurídica de los sujetos que intervienen, y en el orden normativo se reconocen a auditados, auditores y especialistas, sin definir requisitos, competencias, capacidades y habilidades en concreto. Como *actividad empresarial* comercial, su construcción teórica es insuficiente en los ámbitos de aplicación de esta institución jurídica. Hay una indeterminación normativa de sujetos a auditarse dentro del sector estatal, toda vez que su concepción amplia de formulación en el reglamento no coincide con el sector empresarial en concreto. Referente al *patrimonio contable ambiental*, no hay una regulación de la contabilidad

ambiental. Sobre la gestión ambiental para el tratamiento de los residuales, hay *asistematicidad* en la organización de los sistemas de gestión ambiental en el sector empresarial, a pesar que es este el elemento clave en este tipo de auditoría. La *evaluación de las tecnologías limpias*, hay una inadecuada participación de la Contraloría General en los procesos de incorporación de los avances tecnológicos del sector empresarial a los efectos de valorar su impacto ambiental con su implementación. Las *normas técnicas ambientales*, con el fin de evaluar los índices de contaminación, hay una inadecuada evaluación conforme a la insuficiente formación del auditor en la materia ambiental.

La implementación del informe Cosso II (COOPERS;LYBRAND, 1997; VILLARDEFrancos ÁLVAREZ, 2006), contentivo de las acciones de prevención y autocontrol en materia ambiental, en el sector empresarial cubano son insuficientes los planes de prevención en el manejo de los riesgos ambientales y la previsión de acciones en torno a la manifestación de riesgos ambientales en la empresa y la industria. La derivación de acciones del sistema de responsabilidad ambiental, se articula en diversos ordenes, pero *hay limitación* en la aplicación en los órdenes civil, administrativo contravencional, y laboral-funcionarial. Su *efecto directo y vinculante* en el ordenamiento jurídico se le otorgan iguales efectos que al resto de los tipos de auditorías, por lo que se cumple con el canon de elementos configuradores sistematizados. En cuanto a la onerosidad de la actividad, el régimen jurídico de la auditoría y el de la actividad ambiental no reconocen la modalidad de realización *onerosa*. Se reconoce dentro de una figura contractual de servicios, son prestados por las sociedades civiles de servicios ejecutantes de la auditoría, tal y como se establece en el cuerpo jurídico que norma la auditoría en la nación cubana. Su forma de manifestación con el informe de auditoría que se notifica y entrega, pero en su iniciativa de *procedibilidad* no hay definición de solicitud del auditado ambiental, y en relación a la *impugnabilidad* del resultado de la auditoría es por vía interna, toda vez que hay un limitado acceso a la vía jurisdiccional. Su *reconocimiento en las instituciones*, en el orden normativo la Ley No. 81 de 1997, no *reconoce* la auditoría ambiental dentro de los instrumentos de gestión ambiental. En el *orden teórico*, no han sido establecido los límites de la auditoría ambiental con la inspección ambiental, la evaluación de impacto ambiental y la auditoría de gestión en sus modalidades. Hay una *insuficiente delimitación teórica y normativa* con las Ciencias Empresariales y Ambientales afines a la auditoría ambiental. (FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRÁ, 1999; SOLER DEL SOL, 2013).<sup>20</sup>

En relación con la *Plenitud* del ordenamiento jurídico ambiental, no existe un reconocimiento expreso de la Contraloría General de la República en el texto constitucional como órgano de control, con atribución y competencias en el orden de la auditoría. Tampoco se reguló la auditoría ambiental en la Ley No. 81 de 1997, del Medio Ambiente y hay falta de su regulación también en la Ley de Auditoría, Decreto Ley No. 159 de 1995<sup>21</sup> (ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2015). Por la inexistencia de una Ley de Empresas, no hay una regulación de forma expresa de la auditoría ambiental como actividad de control. No hay un reconocimiento de la auditoría ambiental en el Sistema de Responsabilidad Ambiental (contravencional), Decreto No. 228 de 1997.<sup>22</sup> En la Ley No. 7 de 1977, modificada por el Decreto Ley No. 241 de 2006, no se reconoce a la Contraloría General de la República. Dentro del Sistema Nacional Contable, hay falta de regulación jurídica del subsistema contable para la contabilidad ambiental y el seguro ambiental. En relación a la *Unidad* del ordenamiento jurídico ambiental, el Decreto Ley No. 159 de 1995, *pervive en el ordenamiento jurídico*, a pesar de que el Reglamento de la Ley No. 107 de 2009, reguló su ámbito de aplicación y tipos de auditoría, entre ellas, la ambiental, sin una derogación expresa. Para el análisis y evaluación de las partidas presupuestarias vinculadas a la protección ambiental, se necesita reconocer normativamente a la *contabilidad ambiental*.<sup>23</sup>

20 Ley No. 81, del Medio Ambiente. G.O. Extraordinaria No.7 de fecha 11 de julio de 1997;

21 Decreto Ley No. 159, De la Auditoría. G.O. Ordinaria No. 20 de fecha 3 de julio de 1995.

22 Decreto No. 228, Contravenciones personales en materia de auditoría, G.O. Ordinaria No.37 de fecha 24 de noviembre de 1997.

23 La Contabilidad Ambiental, no es un sistema contable distinto o especial, sino que los efectos del medio ambiente y el aumento o disminución de los recursos naturales o de su capacidad para generar ingresos y/o utilidades, deben reflejarse en los mismos, de acuerdo con los modelos que correspondan.

Hay falta de reconocimiento normativo de las producciones no contaminadoras en la Ley No. 81 de 1997, del Medio Ambiente y otras normas de naturaleza empresarial, al no garantizar la observancia de los principios precautorio y de prevención en la protección ambiental. En cuanto a los procedimientos normativos, hay *insuficiente consulta o participación* de especialistas de distintas ciencias y entes vinculados a la actividad ambiental en la creación de normas jurídica de la auditoría; hay insuficiente formación en materia ambiental de los auditores de la Contraloría General, de los Organismos de la Administración Central del Estado, los gobiernos locales y de las Sociedades Civiles de Servicios que la practican (ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2015).<sup>24</sup>

Todos estos elementos señalan que la institución jurídica de la auditoría ambiental no ha sido *construida de manera adecuada* desde la doctrina del Derecho Público, factores que han incidido que su regulación tampoco sea adecuada. Otro salto evolutivo en Cuba se constata con la ejecución de la auditoría de gestión coordinada a los recursos hídricos, realizada en la Cuenca Hidrográfica Vento Almendares y en el Instituto de Recursos Hidráulicos en el 2014<sup>25</sup> por la Contraloría General, como el *primer atisbo del control ambiental*. Este tipo de auditoría de gestión ambiental, evalúa la gestión ambiental administrativa y la gestión ambiental técnica, pondera los principios de economía, eficiencia y eficacia, es más completa que la auditoría ambiental regulada en el Reglamento de la Ley No. 107 de 2009 (BEJERANO PORTELA, 2014). A pesar de no haberse ejecutado esta actividad de control en el sector empresarial estatal (empresa-industria), hay que reconocer la labor que se realizó por parte de la inspección ambiental dirigida en esencia a evaluar los ecosistemas, su incursión en las formas de gestión estatal ha sido para conceder el aval ambiental como título honorífico; pero la ejecución de la auditoría ambiental requerirá de vastos estudios por la Administración Pública y de a quien en el sector empresarial se le realizará. Empero, valoramos haber centrado en este ensayo en el contexto del sector estatal cubano, toda vez que la historia señala que a partir de que entre 1959 hasta 1968, al cambiar las formas de propiedad con el triunfo del proceso revolucionario, con ello surgía la propiedad estatal socialista, tendencia que ha continuado en el siglo XXI, ponderada dentro de los lineamientos aprobados en el 2014 donde se confirma que la forma de gestión que predominará será la estatal. Sus falencias en este sentido las analizamos desde dos dimensiones.

### **En el orden legal:**

- El texto constitucional cubano, en sus artículos 14,15,16 y 17, en relación con la propiedad estatal socialista de todo el pueblo<sup>26</sup>
- Se corrobora con los cuerpos jurídicos que han regulado este sector empresarial, a partir del Decreto No. 42 de 1979, Reglamento general de la empresa estatal, como el eslabón primario de la economía dentro de la Junta Central de Planificación (JUCEPLAN).<sup>27</sup>
- Se regularon otros cuerpos jurídicos dirigidos al perfeccionamiento de la empresa estatal cubana, como el Decreto Ley No. 252 de 2007, Sobre la continuidad y el fortalecimiento del sistema de dirección y gestión empresarial cubano, el Decreto No. 281 de 2007, Reglamento para la implantación y consolidación del sistema de dirección y gestión empresarial estatal, el Decreto Ley No. 320 de 2014,

---

24 Ley No. 107, de la Contraloría General de la República de Cuba. G.O. Ordinaria No. 29 de fecha 14 de agosto de 2009.

25 Ley No. 107, de la Contraloría General de la República de Cuba. G.O. Ordinaria No. 29 de fecha 14 de agosto de 2009.

26 Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 3 de fecha 31 de enero de 2003.

27 Decreto No. 42, Reglamento general de la empresa estatal. G.O. Ordinaria de fecha 4 de junio de 1979. Modificado por el Acuerdo de fecha 12 de junio de 1977, G.O. No. 31 de 8 de junio de 1989 y G.O. 8 de junio de 1989.

Modificaciones al Sistema Perfeccionamiento Empresarial, y el Decreto No. 323 de 2014, Modificaciones sistema de perfeccionamiento empresarial.<sup>28</sup>

- Estas empresas estatales se registran en el Registro de Entidades Estatales y Unidades Presupuestadas de la República de Cuba de la Oficina Nacional de Estadísticas e Información, en este aparecen registradas 1 996 empresas del sector empresarial estatal; el número de empresas del sector no estatal es menor. Las empresas que se encuentran acogidas dentro del perfeccionamiento empresarial se inscriben en el Registro Mercantil del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, Decreto Ley No. 226 de 2001.<sup>29</sup>

### **En el orden extra legal:**

- Los Lineamientos de la política económica y social del Partido Comunista de Cuba actualizados en el 7<sup>mo</sup> Congreso del Partido Comunista de Cuba y aprobados en Acuerdo por la Asamblea Nacional del Poder Popular para 2016-2021, señalan que en la actualización del modelo económico se reconoce y promueve el desarrollo de fórmulas no estatales de gestión de la propiedad, como la inversión extranjera, el trabajo por cuenta propia, las cooperativas, pero seguirá el papel preponderante de la empresa estatal socialista, en relación al modelo de Gestión Económica, *ordinal 2*.<sup>30</sup>

- También por la actividad que realizan, hoy la tecnología que se implementa en la mayoría del sector empresarial muestra envejecimiento, obsolescencia y heterogeneidad industrial, con una data de más de 55 años de explotación, elementos estos que no le permite ser hoy en el siglo XXI competitiva en otros mercados con barreras comerciales exigentes, es el caso de la etiqueta-certificación ambiental.

- Otro elemento es el bloqueo económico a que es sometido la nación por parte de los Estados Unidos, incidiendo negativamente en el desarrollo de la industria y de la adquisición de las tecnologías limpias.

- El derrumbe el campo socialista y con este del Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME), órgano internacional que permitió a la nación cubana modernizar parte de su parque industrial y empresarial, desapareció y contribuyó a la heterogeneidad del parque industrial ya reseñado con anterioridad.

Todos estos análisis permiten argumentar cuáles son las principales falencias del marco jurídico ordenador de la auditoría ambiental en Cuba para el sector estatal como institución jurídica y los aspectos concretos para el perfeccionamiento del marco jurídico en el Derecho Público, considerados en este ensayo jurídico.

---

28 Decreto Ley No. 187, Bases del Perfeccionamiento Empresarial, G.O. Ordinaria No. 45 de fecha 25 de agosto de 1998; Decreto Ley No. 252, Perfeccionamiento empresarial. G. O. Extraordinaria No. 41 de fecha 17 de agosto de 2007; Decreto Ley No. 281, Del Sistema de Información del Gobierno. G.O. Extraordinaria No.10 de fecha 23 de febrero de 2007; Decreto Ley No. 295, Modificativo del Decreto Ley No. 252 Sobre la continuidad y el fortalecimiento del Sistema de Dirección y gestión empresarial cubano, G.O. Ordinaria No. 51 de fecha 7 de noviembre de 2012; Decreto No. 303 de 2012, De la modificación del Decreto No. 281 Reglamento para la implantación y consolidación del sistema de dirección y gestión empresarial estatal, G.O. Ordinaria No. 051 de fecha 7 de noviembre de 2012; Decreto Ley No. 320, Modificaciones al Sistema Perfeccionamiento Empresarial, G.O. Extraordinaria No. 21 de fecha 28 de abril de 2014; Decreto No. 323, Modificaciones sistema de perfeccionamiento empresarial. G.O. Ordinaria No. 21 de fecha 28 de abril de 2014; Tristán Arbesú (2014), artículo de prensa en el periódico digital Granma, donde refiere las modificaciones realizadas a los Decretos Leyes No. 252 y 281, en su condición de Jefa de área de perfeccionamiento de entidades de la Comisión permanente para la implementación y desarrollo donde se aplica el perfeccionamiento empresarial. Y con ello dar cumplimiento al lineamiento no. 15, que contribuya a la actualización del modelo económico dentro del sector estatal cubano.

29 Decreto Ley No. 226 de 6 de diciembre de 2001, se inscriben en el registro: las empresas estatales en perfeccionamiento empresarial, las sociedades mercantiles, las empresas mixtas, las personas naturales extranjeras, otros sujetos que disponga el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

30 Ley No. 118, Ley de la Inversión Extranjera. G. O. Extraordinaria No. 20 de fecha 16 de abril de 2014.

### **En el orden sustantivo:**

- El texto constitucional no reconoce a la Contraloría General dentro de los órganos del Estado.
- La Ley No. 81 de 1997, Ley del Medio Ambiente (artículo 18) no reguló la auditoría ambiental a pesar de su vínculo con la evaluación de impacto ambiental, la licencia ambiental, las producciones limpias y la regulación económica.
- Las normas jurídicas relacionadas con la práctica de la auditoría -Decreto Ley No. 159 de 1995, el Decreto No. 219 de 2005 y la Ley No. 107 de 2009- no regularon la auditoría ambiental.<sup>31</sup>
- La auditoría ambiental aparece regulada en el ordenamiento jurídico en el Acuerdo del Consejo de Estado del 2010, Reglamento de la Ley No. 107 de 2009.<sup>32</sup>
- En el ordenamiento jurídico coexisten el Decreto Ley No. 159 de 1995 y la Ley No. 107 de 2009, al no ser utilizada la técnica derogatoria.<sup>33</sup>
- El Decreto No. 228 de 1997 y el Decreto Ley No. 200 de 1999, no establecen supuestos contravencionales para esta actividad de control.<sup>34</sup>

### **En el orden adjetivo:**

- La Ley No. 7 de 1977, no reconoce como parte en el proceso económico a la Contraloría General de la República.<sup>35</sup>
  - La Ley No. 107 de 2009 y su Reglamento del 2010 solo establecen el procedimiento interno ante la inconformidad del auditado.
- El salto que permitirá avanzar en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano a esta institución jurídica será:
- Reconocimiento a la CGR en el texto constitucional.
  - Regulación de la auditoría ambiental en la Ley del Medio Ambiente.
  - Regular la auditoría ambiental en la Ley de Auditoría.
  - Derogar el Decreto Ley No. 159 de 1995.
  - Reconocer y regular la auditoría ambiental en la Ley de Empresas.
  - Incorporar en los cuerpos normativos la auditoría ambiental para la responsabilidad administrativa (Decreto No. 228 de 1997 y en el Decreto Ley No. 200 de 1999).
  - Modificar la Ley No. 7 para que se incorpore la CGR como parte en el proceso económico en sede judicial, Ley No. 7 de 1977, Libro IV.
  - Regular dentro del Sistema Nacional de Contabilidad el subsistema para la contabilidad ambiental y el seguro ambiental.
  - Incorporar en el proyecto de Ley de Aguas a la auditoría ambiental como actividad de control.<sup>36</sup>

Sirva este ensayo para aportar desde el punto de vista teórico una sistematización de los elementos teóricos y normativos de la auditoría ambiental como herramienta de gestión, una propuesta de estructuración de los elementos subjetivos, objetivos y formales de la auditoría ambiental atemperados a las exigencias que impone el ordenamiento ambiental actual considerando la interrelación con

---

31 Ley No. 107, de la Contraloría General de la República de Cuba. G.O. Ordinaria No. 29 de fecha 14 de agosto de 2009; Decreto Ley No. 219, De la Auditoría Gubernamental. G.O. Extraordinaria No.14 de fecha 25 de abril de 2001.

32 Reglamento de la Ley No. 107 de 2009, Acuerdo del Consejo de Estado de la República de Cuba, 2010.

33 Decreto Ley No. 159, De la Auditoría. G.O. Ordinaria No. 20 de fecha 3 de julio de 1995.

34 Decreto Ley No. 200, Contravenciones en materia de medio ambiente. G.O. Ordinaria No.83 de fecha 23 de diciembre de 1999.

35 Ley No. 7, de Procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. G.O. Ordinaria No. 34 de fecha 19 de agosto de 1977.

36 Proyecto de Ley de Aguas Terrestres. Asamblea Nacional del Poder Popular, La Habana, Cuba, 2016, artículo 122, donde solo se reconoce el actuar de la inspección estatal ejecutada por parte del CITMA y el Ministerio de Salud Pública, excluyéndose la auditoría ambiental, a pesar de haberse realizado una auditoría de gestión coordinada al recurso hídrico en el 2014.



el Derecho Administrativo, una primigenia valoración histórica, doctrinal y legislativa sobre la auditoría ambiental; se identifican, analizan y contextualizan los principios del Derecho Ambiental que la informan y se conforma un inventario de las instituciones vinculadas en su régimen jurídico a partir de la utilidad y finalidad de cada una de ellas, de las nuevas tendencias del control ambiental. Traerá consigo la sistematización y explicación doctrinal de los referentes del control administrativo en el ámbito jurídico sobre la base de la adecuación a las condiciones cubanas, para ello se conforman presupuestos jurídicos esenciales hasta ahora inexistentes, para sustentar el perfeccionamiento del régimen jurídico de la auditoría ambiental en Cuba e informar las iniciativas futuras. Se pone a disposición de los operadores jurídicos un material bibliográfico actualizado con las más modernas consideraciones doctrinales sobre el tema. Desde el punto de vista legislativo normativo, se identifican las fortalezas y debilidades del marco legal específico de la auditoría ambiental en Cuba y su relación con el marco legal general relevante sobre la base del objeto y los límites de la investigación, se realizan las recomendaciones para emprender las modificaciones en concordancia con la inserción del nuevo marco teórico, lo que posibilita el perfeccionamiento del régimen jurídico de la auditoría ambiental en el sector estatal cubano. Conllevará a una retroalimentación, al justificar la sistematización en dos planos: la evaluación y aplicación del ordenamiento actual y la formulación de nuevos enunciados jurídicos, válidos para perfeccionar o servir de futuro referente a la institución jurídica analizada desde el Derecho Público. La contribución al desarrollo legislativo, tributara a los operadores jurídicos, auditores y contralores la valoración teórica axiológica e integración socio-jurídica en la materia *ius* ambientalista y la *ius* administrativista, al interrelacionar aspectos doctrinales, axiológicos y técnicos en el proceso de la estructuración lógico-normativa y la aplicación mediante la asimilación de los elementos históricos y socioeconómicos del control ambiental, con un enfoque interdisciplinario.

#### **4. A MANERA DE CONCLUSIONES:**

1. Desarrollar y actualizar la doctrina *ius* ambientalista vinculada a la actividad de control administrativo a través de la auditoría ambiental. En la doctrina jurídica ambientalista patria no existe alusión ni tratamiento a la auditoría ambiental, no se le menciona ni explica cuando se enumeran y desarrollan las herramientas de gestión, tampoco indirectamente se le ha abordado por otra rama o saber jurídico desconociéndola como una institución de esta índole y por tanto, queda soslayada la relación jurídica especial que entraña entre los auditores y auditados de este tipo de auditoría. Como ya se explicó se ha estudiado desde los saberes económicos y contables, a pesar de no estar incluida dentro del sistema contable nacional como uno de sus subsistemas por el Ministerio de Finanzas y Precios, lo que podría tributar la ciencia jurídica pues el mismo es válido por regulación normativa. Se evidencia así también el necesario enfoque interdisciplinario desde el punto de vista científico con el desarrollo teórico atemperado al contexto de categorías e instituciones aplicables ya reconocidas y profundizadas por la doctrina foránea como la empresa responsable con el ambiente, la contabilidad ambiental, la reingeniería de procesos, la reingeniería ambiental, los sistemas de gestión ambiental, la etiqueta-certificación ambiental, y la póliza ambiental. Permitirá constatar la multidimensionalidad de la institución jurídica investigada. Con ello se abrirá el debate y la investigación desde la ciencia del Derecho sobre la materia ambiental, permitirá crear una base doctrinal propiciadora de una mejor construcción normativa y la aplicación e interpretación de la norma, además de enriquecer y diversificar la ciencia jurídica cubana. En la configuración doctrinal patria debe ser atendida la conceptualización jurídica de la auditoría ambiental como una herramienta de gestión ambiental, como forma de actividad administrativa e incentivo mercantil. El entendimiento como proceso materializado mediante un procedimiento dividido en fases de preparación, ejecución y conclusión, fundamento del programa para su realización. Serán fijadas las diferencias entre la inspección ambiental y la auditoría ambiental en atención a



sus elementos y finalidad como policía administrativa. Por su especialidad y finalidad, se establecerá una relación jurídica ambiental independientemente que se formalice como una relación administrativa, mercantil, o de otro tipo acorde se regule en el ordenamiento jurídico patrio. La sistematización de la auditoría ambiental, permitió la identificación de los elementos subjetivos, objetivos y formales. En el contexto cubano deberá desarrollarse el carácter subjetivo de la Contraloría General de la República, si esta auditoría pudiera ser realizada por las sociedades civiles y mercantiles de auditoría, la vertiente dentro de la responsabilidad social empresarial cubana. En la parte objetiva debe atenderse a los conceptos de tecnología limpia emitidos en Cuba, los requisitos de la etiqueta-certificación ambiental en el país, los índices de contaminación vinculados con la concepción tributaria novedosa en el sistema tributario por el impuesto sobre vertidos. En los elementos formales las formas que se reconozcan al realizar la auditoría ambiental determinarán los documentos necesarios: notificación, contrato (en su caso) e informe final. Los subjetivos y objetivos deben determinar el contenido del informe de la auditoría. La entrega de la certificación ambiental será coherente con la realización de la auditoría ambiental, es una de las finalidades de esta última; constituye un requerimiento de la tecnología aplicada y la que se prevé introducir dentro de la empresa responsable con el ambiente (producciones limpias) como instrumento de mercado.

2- Actualizar el ordenamiento jurídico cubano en relación al reconocimiento de la auditoría ambiental como herramienta de gestión ambiental y de control administrativo. Atender dentro de la normativa ambiental relacionada con las herramientas de gestión la inclusión de la auditoría ambiental, identificadas de esta manera dentro de la doctrina internacional. La auditoría ambiental debe incorporarse desde la Ley de medio ambiente, hasta la normativa complementaria en el derecho sustantivo. Por la Contraloría General de la República se debe promulgar un programa para la auditoría ambiental como procedimiento, por su interdisciplinariedad y multidisciplinariedad, para que se entregue la certificación ambiental como parte de la responsabilidad social empresarial por el sujeto evaluador al concluir. Atender la unidad y coherencia de la regulación jurídica relativa a la auditoría ambiental, así como al principio de legalidad; al no estar derogado el Decreto Ley No. 159 de 1995 de la Auditoría en desuso, contradictorio y redundante en ocasiones con la vigente y actual norma en aplicación, Ley No. 107 de la Contraloría General de la República de 2009. Atender de forma especial la regulación de la auditoría ambiental en Cuba, debido a sus diferencias con los otros tipos de auditoría en sus elementos, integralidad y finalidad no solo de control sino para la certificación ambiental. Armonizar el Derecho Administrativo en su régimen sancionador para que en la ejecución de la auditoría ambiental pueda aplicarse el Decreto No. 228 de 1997, por parte de los auditores en correspondencia con los principios precautorio y de oportunidad y del Decreto Ley No. 200 de por parte de la inspección ambiental por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente en el acompañamiento a esta actividad de control administrativo, en atención a la articulación del sistema contravencional cubano en materia de exigencia de la responsabilidad administrativa.

3- Desarrollar dentro del ordenamiento jurídico cubano el reconocimiento de la contabilidad ambiental dentro del Sistema Contable Nacional. Atender dentro de la normativa cubana en el Sistema Contable Nacional la inclusión de los términos de economía y contabilidad ambiental a partir de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico como condición requerida por estar vinculados con la auditoría ambiental como uno de sus subsistemas identificados de esta forma en la doctrina internacional por parte del Ministerio de Finanzas y Precios, ello permitirá analizar dentro del presupuesto financiero el análisis del costo-utilidad-volumen a los empresarios como sujetos de gestión económica de sus partidas presupuestarias.

4- Actualizar el ordenamiento jurídico en relación al reconocimiento de las producciones limpias y la empresa responsable con el ambiente en la normativa ambiental. Atender los retos de la auditoría ambiental aplicada en el sector estatal cubano, al implementarse las producciones limpias

para construir la futura empresa responsable con el ambiente con la certificación ambiental, independiente de las regulaciones de calidad ambiental, con un tratamiento conceptual y normativo acorde a nuestras condiciones particulares, no reconocida dentro del ordenamiento jurídico identificada de esta forma en la doctrina internacional. Ello permitirá atemperar la normativa ambiental acorde a los principios de acceso a la información ambiental, la cobertura financiera a través del seguro ambiental, los elementos de participación popular en la toma de decisiones ambientales y la evaluación de impacto ambiental, identificadas de esta forma en la doctrina internacional. Y así reconocer las categorías referidas con anterioridad y otras asociadas en el aparato conceptual de la Ley del Medio Ambiente.

5- Realizar con enfoques interdisciplinarios e interinstitucionales la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas vinculadas a la actividad de control administrativo ambiental. Valorar la creación de futuros órganos judiciales, fiscales o administrativos encargados de forma exclusiva al tratamiento y solución de la materia ambiental, o en su defecto asegurar normativa y administrativamente el alcance o participación suficiente de los ya existentes, en el control administrativo ambiental. Será necesario reconocer en la ordenación jurídica del llamado Derecho de la Empresa por su trascendencia mercantil, laboral, financiera, económica en relación al control administrativo realizado a través de la auditoría ambiental. En futuras modificaciones de la normativa jurídica atender el tratamiento al bien jurídico de los delitos ambientales en función de su especialización y la delimitación de la responsabilidad penal ambiental de la persona jurídica, pues constituye última ratio para tales conductas detectadas por la auditoría ambiental, como responsabilidad de los sujetos de gestión auditados en el sector estatal cubano. Dentro de la legislación penal patria, reconocer la responsabilidad de la Persona Jurídica, a partir de los cambios que se operan en el nuevo escenario mercantil con la actualización del modelo económico y social, que no es el que operaba en la década del 70 del pasado siglo con una economía centralizada a través de la empresa estatal socialista, donde se defina su concepto, los delitos en que podrá participar como sujeto activo, los mecanismos legales que permitan su detección y enjuiciamiento, y el procedimiento para aplicarse en estos procesos. En el tráfico mercantil nacional del siglo XXI coexisten varios sujetos de gestión económica, los que aparecen en este escenario el empresario individual con empresas privadas, y las cooperativas no agropecuarias. El régimen sancionador de los delitos con incidencia ambiental se agrupa en la familia de los delitos contra la economía nacional y la salud colectiva en la Ley No. 62 de 1987, resultando necesario ordenarlos en la familia de los delitos contra el medio ambiente y que con ello proteger los ecosistemas de la nación cubana en atención a lo regulado en la Ley No. 81 de 1997, que defina la responsabilidad de la Persona Jurídica.

## REFERENCIAS

AGUILERA MESA, I. *“Proyecto de programas para la realización de auditorías de gestión ambiental”*. Universidad de La Habana, 2005.

ALEXY, R. *“Teoría de la argumentación jurídica”*. (Eds) Madrid: Shurkand, 1997.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. “La auditoría ecológica, un instrumento en la gestión ambiental”. *Revista Derecho y Medio Ambiente*. n.21, 2010, p.18.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. “La auditoría ambiental: Una revisión y propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial”. *Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión*, n. 26, 2015.

ARMADA TRABAS, E. *“Metodología para desarrollar auditorías de gestión en Cuba”*. Universidad de La Habana, 2005.

ATIENZA, M. *“Argumentación y legislación”*, (Eds) Madrid: Thomson Civitas, 2004.

- AYES AMETLLER, G. *“Medio Ambiente: impacto y desarrollo”* (Eds) La Habana: Científico Técnica, 2003.
- BEJERANO PORTELA, G. *“Informe a la Asamblea Nacional del Poder Popular. Las Auditorías de Gestión Cooperadas ejecutada por la CGR a los recursos hídricos en la nación”*, La Habana, 2014.
- BELMONTE MARTIN, I. *“La ecoauditoría: un instrumento para la defensa del ambiente.” Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche 4.* España, 2009.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. *“Derecho Ambiental, fundamentación y normativa”* (Eds) Argentina: Abeledo Perrot, 1<sup>ra</sup> edición, 1995.
- BRAÑES BALLESTEROS, R. *“La fundación del Derecho Ambiental Latinoamericano”* (Eds) PNUMA-ONU. México, 1997.
- BRAÑES BALLESTEROS, R. 2000, *“Manual de Derecho Ambiental Mexicano”* (Eds) Fondo de Cultura Económica y Fundación Mexicana para la Educación Ambiental. México, 2000.
- BRAÑES BALLESTEROS, R. *“Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica, análisis histórico-doctrinal y jurídico desde el Derecho Ambiental”* (Eds) PNUMA-ONU. México: 1<sup>ra</sup> edición, 2001.
- CAFFERATA, N. *“Naturaleza jurídica del Derecho Ambiental”* (Eds) México: INE Semarnat, 2008.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. *“Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad”*, El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. (Eds) Cuba: Universidad de La Habana, 2010.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. *“Estudios sobre Derecho del Ambiente”*. (Eds) Caracas: Hermanos Vadell, 2011.
- CARABALLO MAQUEIRA, L. *“El Derecho Ambiental. Realidades y esperanzas”* (Eds) La Habana: Acuario, 2014.
- CARMONA LARA, M. *“Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México”*. (Eds) México: UNAM, 2005.
- CARMONA LARA, M. *“Derechos Humanos y Medio Ambiente”*. *Revista Jurídica UNAM*. México, 2005.
- CASTILLO TÉLLEZ, C. *“Memoria histórica de la actividad de la auditoría pública en la República de Cuba”* (Eds) La Habana: Contraloría General de la República de Cuba, 2014.
- COOPERS & LYBRAND. *“Los nuevos conceptos de control interno”* (Eds) España: Días de Santos, 1997.
- CRUZ SARDIÑAS, T. *“El derecho al desarrollo sostenible. Una actualización obligada para la doctrina del Derecho Ambiental”* (Eds) La Habana: CITMA, 2013.
- DE BESA ANTUNES, P. *“Direito Ambiental”*. (Eds) Brasil: Lumen Juris, 2010.
- DE LUCAS, J. *“Introducción a la Teoría del Derecho”*. (Eds) La Habana: Félix Varela, 2006.
- DI TRINDADE AMADO, F. *“Derecho Ambiental Esquemático”* (Eds) Brasil: Método, 2011.
- DIEZ PICAZO, L. *“Sistema de Derecho Civil”*. (Eds) Madrid: Tecnos, 1976.
- FERNANDEZ BULTÉ, J. *“Historia del Estado y Derecho en Cuba”*. (Eds) La Habana: Félix Varela, 2005.
- FERNANDEZ BULTÉ, J. *“Teoría del Estado y el Derecho en Cuba”*. (Eds) La Habana: Félix Varela, 2005.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. *Las auditorías ambientales*. Editorial Tirant lo Blanch, España, 2008.
- FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRÁ, Á. *Ley No. 81 de 1997, del Medio Ambiente. En más de 150 preguntas y respuestas*. (Eds) La Habana: Ministerio de Justicia, 1999.

- FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Á. “*El Derecho Ambiental en los Estados Unidos de Norteamérica, Seminario internacional de Derecho Ambiental Internacional y sus problemas actuales*”. Unión Nacional de Juristas de Cuba. La Habana, 2008.
- FIX-ZAMUDIO, H. “Los derechos humanos y su protección jurídica en Latinoamérica”. *Revista Ciencias Jurídicas*. México, 2010.
- FRONTI DE GARCÍA, L. “*Contabilidad Ambiental, segmento contable para el Siglo XXI*”. (Eds) Argentina: Cooperativas, 2007.
- GARCINI GUERRA, H. “*Derecho Administrativo*”. (Eds) La Habana: Pueblo y Educación, 1986.
- GÓMEZ GARCÍA, L. “Auditoría Ambiental, voluntaria u obligatoria. Importancia de implementar la auditoría ambiental en la industria”. *Revista de Orden Público, Estado y Derecho*, 11. México, 2011.
- GONZÁLEZ NOVO, T. “*Cuba, su medio ambiente después del medio milenio*”, (Eds) La Habana: Científico-Técnica, 1998.
- GONZÁLEZ NOVO, T. “*Legislación ambiental: una herramienta*”. (Eds) La Habana: Academia, 1999.
- HARLEM BURLAND, G. “*Informe Nuestro Futuro Común*”. ONU, 1984.
- HERNÁNDEZ TORRES, V. “*Marco institucional ambiental*”. Derecho Ambiental cubano. (Eds) La Habana: Félix Varela, 2007.
- HERRERIAS ARISTI, E. 2009. “Relación de la Auditoría Ambiental y las normas ISO 14000. La protección y seguridad del medio ambiente laboral”. (Eds) México: Porrúa.
- INFORME 7<sup>mo</sup> Congreso del Partido Comunista de Cuba. 2016. (Eds) Gráfica de Holguín.
- LEE, H. “*Manual de Auditoría Medioambiental. Higiene y Seguridad*”. (Eds) Estados Unidos de América: Mc Graw-Hill, 1998.
- LEFF, E. “*El saber ambiental*”. (Eds) México: Siglo XXI, 1998.
- LUSTOSA DA COSTA, C. “*Las auditorías coordinadas y sus contribuciones para los Estados Federales: la experiencia de la auditoría en la Amazonía*”. *Revista OLACEFS*, 5. Brasil, 2014.
- MARTÍN MATEO, R. “La ecoauditoría”. *Boletín de Estudios Económicos*, 150. España, 1993.
- MARTIN-RETORTILLO BÁQUER, L. “*Vías concurrentes para la protección de los derechos fundamentales*”. (Eds) España: Iustel, 2006.
- MATILLA CORREA, A. “*Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba*”. (Eds) España: Dykinson, 2011.
- MÉNDEZ LÓPEZ, J. “La constitución política. Papel que desempeña en la protección del Derecho Ambiental”. *Revista Santiago*. Cuba, 2003.
- MURAD ROBLES, P. “*La Auditoría Ambiental voluntaria*”. (Eds) México: Porrúa, 2009.
- NAVARRETE LIGARTE, P. “La empresa y la certificación ambiental”. *Revista Ambiente*, Hoy 4. Colombia, 2007.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. “*Régimen jurídico de la auditoría ambiental*”. Universidad Santiago de Compostela. España, 1997.

PELEGRÍN MESA, Á. "Procedimientos para evaluar la gestión de costos medio ambientales dentro del nuevo paradigma de la contabilidad de gestión". *Revista electrónica de Contabilidad y Finanzas COFIN*. Habana, 2011.

PEREIRA BASANTA, J. "La autorización ambiental en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: introducción a su régimen jurídico en Cuba". Universidad de La Habana, 2011.

PÉREZ BELLO, Á. "La contabilidad de gestión y el medio ambiente". Universidad de Granma. Cuba, 1999.

PÉREZ HERNÁNDEZ, L. "Algunas consideraciones a debate sobre la ciencia jurídica y sus métodos". *Revista Cubana de Derecho*, 38. (Eds) La Habana: UNIJURIS, 2011.

POZO CEBALLOS, S. "Naturaleza y papel de la Contraloría General de la República de Cuba dentro del sistema de control externo". *Revista electrónica de contabilidad y finanzas COFIN*. Habana, 2011.

REY SANTOS, O. "Sobre los Instrumentos de la gestión ambiental" en, VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (coordinadora) *Derecho Ambiental Cubano*, 2<sup>da</sup> edición, (Eds) La Habana: Félix Varela, 2007.

SANTI, R. "L'ordinamento giuridico". Italia: Annali delle Universita Toseane, 1917.

SANTI, R. "El ordenamiento jurídico", (Eds) Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

SOLER DEL SOL, A. "El Derecho al alcance de todos, Ley No.81 Ley del Medio Ambiente". (Eds) La Habana: ONBC, 2013.

TOLEDANO CORDERO, D. "La responsabilidad civil por daños ambientales". Universidad de La Habana. Cuba, 2005.

TUA PEREDA, J. "Evolución y situación actual del pensamiento contable. La inserción de la contabilidad ambiental en la empresa". *Revista Legis de Contabilidad & Auditoría*, 24. Colombia, 2008.

TUA PEREDA, J. "Pacioli la partida doble y el renacimiento". *Revista de Contabilidad*. España, 2012.

VAN LEEUWEN, S. "El desarrollo de la auditoría ambiental dentro de la INTOSAI". *Revista Internacional de Auditoría Gubernamental*, 1. Estados Unidos de América, 2013.

VIAMONTES GUILBEAUX, E. "Derecho y Medio Ambiente: protección de la salud y la calidad de vida" (Eds) La Habana: Pablo de la Torriente Grau, 2012.

VILLARDEFrancos ÁLVAREZ, M. "La auditoría como proceso de control: concepto y tipología". *Revista Ciencias de la Información*, 2, 2006.

VILLAVELLA ARMEGOL, C. "La investigación y la comunicación científica en la Ciencia Jurídica". (Eds) Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2009.

VILLAVELLA ARMENGOL, C. "Los derechos humanos y el medio ambiente, su tratamiento en el Derecho Constitucional comparado". *Revista electrónica de Estudios Jurídicos CUBALEX*. La Habana, 2011.

---

**Recibido em:** 06/01/2016

**Aprovado em:** 10/02/2017



# CAMINHOS ALTERNATIVOS PARA A SUSTENTABILIDADE: A Contribuição da Teoria do Decrescimento

## PATHWAYS ALTERNATIVE FOR SUSTAINABILITY: The Contribution of Theory Degrowth

ANDY PORTELLA BATTEZINI <sup>1</sup>  
KARLA CRISTINE REGINATO <sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo acadêmico expõe o tema relativo à aplicação da Teoria do Decrescimento de Latouche ao modelo de consumismo exacerbado praticado na atualidade – retratado pelo denominado “homo economicus” – como possível solução à insustentabilidade econômica hodierna. Na realização deste estudo utilizar-se-á o método científico indutivo pela investigação de diversos posicionamentos doutrinários. Objetiva-se identificar, nessa medida, a possibilidade de aplicação da aludida Teoria no cenário contemporâneo Pós-Moderno de crescimento ilimitado. Proceder-se-á, nesse empreendimento, de modo a responder, se há, efetivamente, compatibilidade entre a tese, pela pesquisa defendida, e o padrão vivenciado pela Pós-Modernidade – conferindo-se à hipótese ventilada resposta positiva em face dos fundamentos teóricos apresentados.

**Palavras-chave:** “Homo economicus”; Sustentabilidade; Teoria do Decrescimento.

**ABSTRACT:** This academic paper presents the question of the application of degrowth theory of Latouche to exaggerated consumerism model practiced today - portrayed by the so-called “homo economicus” - as a possible solution to today’s economic unsustainability. In this study will be used inductive scientific method for investigating various doctrinal positions. The objective is to identify, to that extent, the possibility of applying the mentioned theory in Postmodern contemporary setting of unlimited growth. will be undertaken in this project, in order to respond if there is, indeed, compatibility between the thesis, the advocated research, and the pattern experienced by the Post-Modernity - giving up the hypothesis ventilated positive response in the face of the theoretical foundations submitted.

**Keywords:** “Homo economicus”; Sustainability; Degrowth theory.

---

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED/RS). Pós-graduada em Direito Tributário e Gestão de Pessoas pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Advogada. E-mail: andy\_battezini@hotmail.com

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED/RS). Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Anhanguera/Uniderp. Advogada. E-mail: karlacreginato@hotmail.com



## 1. INTRODUÇÃO

A crise ambiental que hoje assola a humanidade é produto de um crescimento econômico que ignora a finitude dos recursos naturais. O “*homo economicus*”, criação da Modernidade e reflexo na Pós-Modernidade, contemporaneamente vivenciada, retrata a cultura consumista presente na economia. A Teoria do Decrescimento de Latouche, nesse sentido, revela-se como possível instrumento apto a garantir a Sustentabilidade, aqui vista sob um viés econômico, imperiosa nos dias atuais.

A falácia adotada pela civilização Moderna que concebia o desenvolvimento humano - através do crescimento econômico - como premissa justificadora da exploração exacerbada dos recursos naturais acabou por dar origem a seres humanos extremamente individualistas e criadores de necessidades infinitas.

O “*homo economicus*”, acima delineado, é o modelo criado pela cultura do crescimento econômico desmedido – totalmente alheio ao Outro – em um âmbito antropocêntrico e, sobretudo, biocêntrico. Consumidor de constantes e infindáveis necessidades artificiais.

Esse modo de vida praticado por tanto tempo pela civilização deu origem à crise ambiental que hoje se apresenta. O cenário que se revela para a humanidade é de uma exploração dos recursos naturais que extrapola os próprios limites da natureza – não lhe é dado se regenerar. Há um déficit ambiental.

Urge repensar os moldes da economia atual. Trata-se, inclusive, de uma questão que envolve a própria manutenção da vida humana. As ações são prementes e imprescindíveis de serem propagadas em num nível global. Nesse sentido, a pesquisa perquire: é possível a aplicação da Teoria do Decrescimento de Latouche nesse cenário de crescimento econômico ilimitado no qual se insere o “*homo economicus*”?

Como hipótese, entende-se pela aplicação da doutrina do Decrescimento ao modelo criado pela Modernidade – o “*homo economicus*”. A concepção aqui descrita se fundamenta no projeto de Latouche, que tem como aliado o pensamento de Georgescu-Roegen, ao passo que, se utilizam da Lei da Entropia para demonstrar a irreversibilidade das ações passadas.

Nesse sentido, o objetivo geral do estudo se define na aplicação da aludida Teoria como possível solução à insustentabilidade ambiental. No que toca aos objetivos específicos, pretende-se revelar o conceito atribuído ao “*homo economicus*”, bem como enfatizar seus predicados; conhecer a ideologia do Decrescimento, demonstrando-se seu intuito e viabilidade; descompor o pensamento que vislumbra a tese do Decrescimento como algo inconcebível e impraticável.

Importa mencionar, ainda, que a confecção do presente ensaio se valeu do método indutivo, utilizando-se da investigação bibliográfica relativamente ao instrumento procedimental.

## 2. “*HOMO ECONOMICUS*”: UM PRODUTO DA MODERNIDADE

O modo de vida extremamente individualista, corolário dos tempos Modernos acabou por criar seres humanos totalmente crentes em sua autossuficiência e, demasiadamente, dependentes de constantes e infindáveis necessidades. A artificialidade dessas necessidades - a todo tempo criadas – é a marca desse modelo precificado criado pela Modernidade. Fala-se, assim, no “*homo economicus*”.

O “*homo economicus*”, produto da Modernidade, retratado por Maffesoli em suas obras - e por este, também, refutado -, (MAFESSOLI, 1998, p. 31) se insere em um cenário de humanismo vazioso<sup>3</sup>, (MAFESSOLI, 2014, p. 108) de razão instrumental, marcado pelo destemperado consumismo. Sua característica, eminentemente racional, revela, em detrimento de um sentimento coletivo, a cul-

---

3 Sujeito isolado, mestre de si e do mundo por inteiro. O famoso “caniço pensante” de Pascal.

tura desenfreada e individualista do ter, - “pseudofelicidade”<sup>4</sup> – (BAUMAN, 2011, p. 162) causadora, necessariamente, do crescente e devastador ideário do “crescer por crescer”<sup>5</sup>. (LATOUCHE, 2009, Introdução).

Maffesoli apresenta referido modelo em sua obra, para, de forma concomitante, demonstrar que não o concebe como bom ao homem. (MAFESSOLI, 2014, p. 37). Insere-se, o período ora retratado, em um conceito oriundo da aludida Modernidade – de progresso ilimitado – entendido como premissa para o desenvolvimento humano, justificador, nessa medida, do uso à exaustão dos recursos naturais. (MAFESSOLI, 2014, p. 121).

A Pós-Modernidade e seu ideal de retorno à irmandade, ao pensamento coletivo e pró-sociedade, em contraposição à realidade egocêntrica enfrentada na Modernidade, surge como fenômeno renovador da era antecedente, (BITTAR, 2009, p.100-183) abalizado por uma revolução cultural fundamentada num retorno de valores.

O autor, Maffesoli, (2014, p. 110), ao expor este ideário totalmente arraigado ao consumismo que é praticado na Modernidade evidencia sua dissonância com o modelo vivido no período. Veja-se, nesse sentido, trecho de sua obra: “com certeza, o “eu penso”, o livre exame foi a marca da Modernidade, mas é o “eu sou pensado”, ou o *serf-esprit*, que são, indubitavelmente, as características do momento”. (MAFESSOLI, 2014, p. 110).

Trata-se, com efeito, de traçar-se uma gestão de alteridade. Vislumbrar uma relação com o outro. É uma inversão de valores carente de ser pensada. É o que assevera Maffesoli: [...] “não se poderia encarar uma outra relação com o Outro? (2014, p. 83). Uma gestão de alteridade menos agressiva, que não se situa desde o início “contra”, mas, sim, “em face” ou “ao lado” do outro do grupo, do outro da natureza” - predicados presentes na doutrina Pós-Moderna.

Pela leitura da obra de Maffesoli (2014, p. 83), percebe-se a clara intenção do autor em demonstrar quão necessária se faz a transmutação das práticas, até então, comumente vislumbradas. A ideologia oriunda da Modernidade transparece seu isolamento individualista, egoísta. Apresenta uma geração de indivíduos enclausurados em seu próprio mundo – distantes de um ideal comunitário. É o que afirma o autor em trecho de sua obra:

É o hedonismo no cotidiano que merece atenção. Porque, contra uma visão “economicista”, a do individualismo, do subjetivismo, do idealismo, de que se tratou, o prazer de ser somente pode ser coletivo. Está em sua estrutura proceder por contaminação. Epidemia que as redes da Internet, os sites comunitários, se dedicam a fortalecer. O desenvolvimento do festivo ou do lúdico comprovam isso. Não há nada de individual nesses domínios. A excitação e a histeria são comunitárias. (MAFESSOLI, 2014, p. 83-84).

É esse individualismo caracterizador da Modernidade que revela o status economicista do período. Preocupa-se, o “*homo economicus*”, com a acumulação ilimitada de riquezas, aliada à necessidade constante de se adquirir coisas. Descreve-se, assim, o consumismo<sup>6</sup> – (RUAS, 2014) e o conseqüente crescimento prejudicial do mercado. Necessidades artificiais conduzem ao descarte conseqüente e programado. Produtos já nascem com data fixada para seu rejeite - (BAUMAN, 2011, p. 190) retrato da denominada obsolescência programada.<sup>7</sup> (AMARAL, 2014).

4 Por conseguinte, numa sociedade de consumidores, a busca da felicidade tende a ser redirecionada do fazer coisas ou adquirir coisas para descartar coisas – como deve ocorrer quando se quer que o Produto Nacional Bruto se mantenha em crescimento.

5 Ocultamos, em particular, a questão de saber de onde viemos: de uma sociedade de crescimento-ou seja, de uma sociedade fagocitada por uma economia cuja única finalidade é o crescimento pelo crescimento.

6 Muito mais do que pessoas que compram muito e adquirem bens que não precisam, o consumismo é um retrato do modelo atual de sociedade, do desperdício e dos valores que imperam. O consumismo refere-se a um modo de vida orientado por uma crescente busca pelo consumo de bens ou serviços e sua relação simbólica com prazer, sucesso, felicidade, que todos os seres humanos almejam, e frequentemente é observada nas mensagens comerciais dos meios de comunicação de massa.

7 Trata-se de uma estratégia de empresas que programam o tempo de vida útil de seus produtos para que durem menos do que a tecnologia permite. Assim, eles se tornam ultrapassados em pouco tempo, motivando o consumidor a comprar um novo modelo.

A Pós-Modernidade, compreendendo a realidade contemporânea, vive as sequelas dos atos inerentes ao período Moderno. Nessa medida, e, constatados os efeitos nefastos de um crescimento ilimitado, contempla um ideal inovador e totalmente contrário àquele praticado, como tentativa de reparar, ao menos, parte dos rastros deixados pelo período antecedente.

Cultua-se o que Maffesoli (2014, p. 84-87) denomina “*estar-com*” – termo definidor da relação existente com o Outro. Trata-se do liame imprescindível que conduz a vida em sociedade. Nas palavras do autor: “com efeito, é preciso que haja o Outro para que cada um exista”. (MAFESSOLI, 2014, p. 84-87).

Verifica-se, nesse sentido, um reconhecimento da natureza – o meio ambiente – como ser vivo – que o é – em detrimento de um pensamento que compreendia verdadeira relação de sujeito-objeto entre ser humano e natureza. (GUDYNAS, 2014, p. 56).

A indispensável importância devida ao Outro de que fala Maffesoli (2014, p. 84-87) se revela, não apenas, em uma esfera antropocêntrica, mas também no que concerne ao meio ambiente como um todo – pode-se afirmar – no que toca à mãe Terra, ao denominado biocentrismo de que fala Gudynas.

Nesse sentido, importa indagar: – o atual cenário de crescimento econômico desenfreado, nos moldes apresentados, é, realmente, benéfico? A postura mantida pelo “*homo economicus*”, essencialmente utilitarista, ainda pode ser sustentada? (OLIVEIRA, 2009).

Essas são as perguntas<sup>8</sup> que habitam as mentes de diferentes estudiosos da área. Perquire-se acerca do alcance do crescimento e de suas consequências, as quais não atingem, tão somente, o mercado, mas possuem proporções infinitamente maiores e, indubitavelmente, ameaçadoras. (LEFF, 2010, p. 62).

Nesse âmbito de incertezas, inclusive características do período Pós-Moderno em que se vive, e, feitas as breves considerações acima elencadas acerca do conceito e atributos conferidos aos períodos Moderno e Pós-Moderno, relativamente ao “*homo economicus*” – fruto dos aludidos íterins, o presente estudo visa demonstrar os efeitos prejudiciais do cenário ora retratado, para – nesse contexto – introduzir a aplicação da “Teoria do Decrescimento” do economista e filósofo francês Latouche, de modo a avaliar, conhecendo-a, a viabilidade de sua aplicação no atual panorama apresentado.

### 3. SERGE LATOUCHE: A TESE DO DECRESCIMENTO ECONÔMICO

A denominada Teoria do Decrescimento teve como precursor o economista francês Latouche. Hoje, contudo, reflete ideia já bastante difundida e detentora de muitos adeptos. Trata-se da tese fundamentada na reanálise dos moldes da economia atual, no intuito de rever conceitos hoje pregados e praticados, mormente no que tange ao crescimento econômico.

A ousada tese, por Latouche ventilada, em um primeiro momento, parece tratar de algo inconcebível: decrescer economicamente. A “*priori*” transparece um sentimento de verdadeiro retrocesso – totalmente na contramão do desenvolvimento. No entanto, como bem asevera seu criador, não se trata, simplesmente, de decrescer por decrescer, o que, em suas próprias palavras, seria verdadeiro absurdo. (LATOUCHE, 2009, p. 4).

A ideia preconizada pelo autor (LATOUCHE, 2009, p. 6) é, basicamente, repensar e, por conseguinte, refrear o crescimento econômico ilimitado. Pretende-se, efetivamente, “abrir os olhos” do mercado, de modo, a lhe fazer ver que o crescimento econômico desenfreado não é compatível com um meio ambiente dotado de recursos limitados. A fórmula, destarte, é simples: não há como compatibilizar um crescimento ilimitado face um aparato ambiental finito. Trata-se, por óbvio, de ideias contrapostas. (BOSELNANN, 2015, p.18).

---

<sup>8</sup> É preciso diagnosticar os efeitos do processo de acumulação e as condições atuais de reprodução e expansão do capital, os impactos ambientais das práticas atuais de produção e consumo e os processos históricos nos quais articularam-se a produção para o mercado com a produção para o autoconsumo das economias locais e as formações sociais dos países “em desenvolvimento” para a valorização e exploração de seus recursos.

Em “A aposta pelo Decrescimento”, Latouche desenvolve sua teoria, demonstrando os reais contornos de seu pensamento. Nesse ponto, disserta:

*Así, una política de decrecimiento se traduciría en un primer lugar, indudablemente, por una sencilla disminución del crecimiento de PIB y no necesariamente en un retroceso, es decir, una tasa negativa, porque se trata de un índice puramente cuantitativo y macroeconómico. (LATOUCHE, 2006, p.33).*

O núcleo essencial da aludida tese é permitir que se viva melhor trabalhando e consumindo menos. (LATOUCHE, 2009, p.6). Em verdade, grande parte das coisas que são adquiridas não se mostram necessárias (DA VEIGA, 1993). Algumas até, revelam-se verdadeiramente inúteis. E esse, é justamente, o objetivo e a própria lei de mercado. O consumidor que adquire apenas o que efetivamente necessita é um consumidor falho, eis que não voltará a consumir tão brevemente. (BAUMAN, 2011, p. 152).

Frisa-se, nesse sentido, o termo “efetivamente”; fala-se aqui de necessidades em sua real acepção. As denominadas necessidades artificiais, criadas e lançadas de modo constante no mercado não pertencem aos domínios de referido conceito. (LATOUCHE, 2009, p. 18).

A constante insatisfação criada pela publicidade gera um sentimento de frustração atrelado ao desejo de ter o novo. A aquisição do produto desejado causa momentâneo contentamento, que se confunde com felicidade. A “felicidade” proveniente do consumo – pseudofelicidade, em verdade. (BAUMAN, 2011, p. 150).

Fala-se, inclusive, em um conceito de pertencimento. A cultura do consumismo impõe categorias aos indivíduos. “A referência a estar e ficar à frente desse júri do estilo promete pertencimento – promete que será aprovado e incluído”. (BAUMAN, 2011, p. 149-150). Não acompanhar as tendências constantemente ditadas e revistas pelo mercado lhe conduz a um status de exclusão. (BAUMAN, 2011, p. 149-150).

O sentimento de insatisfação que se faz constante, conduz, necessariamente, ao consumo, o que, requer, por conseguinte, seja aumentada a produção de bens. Essa produção crescente que aquece o mercado é motivada pelo acúmulo de capital que se faz consequente e não vislumbra a precariedade com que são tratados os recursos naturais. (ZAMBAM, 2013).

Referida realidade, que é oriunda da Modernidade e se faz presente na Pós-Modernidade, se expressa com clareza na ponderação feita por Latouche na obra “Pequeno Tratado de Decrescimento Sereno” - nas palavras do autor: “quem acredita que um crescimento infinito é possível num mundo finito, ou é louco ou é economista” (LATOUCHE, 2009, p. 16).

A doutrina de referido autor (LATOUCHE, 2009, p.16-18) é fundamentada na insustentabilidade da situação hoje apresentada. Latouche demonstra quão necessário se faz pensar na Sustentabilidade como possível solução ao problema ambiental. (LATOUCHE, 2009, p.18-20). Nesse contexto, pondera:

*Fomos formatados pelo imaginário do “sempre mais”, da acumulação ilimitada, dessa mecânica que parece virtuosa e que agora se mostra infernal por seus efeitos destruidores sobre a humanidade e o planeta. A necessidade de mudar essa lógica é a de reinventar uma sociedade em uma escala humana, uma sociedade que reencontre seu sentido da medida e do limite que nos é imposto porque, como dizia meu colega Nicholas Georgescu-Roegen, “um crescimento infinito é incompatível com um mundo finito”. (LATOUCHE, 2009, p. 25).*

---

9 Entropia, nada mais é do que o grau de desordem de um sistema, representado pela letra S. Quanto maior for a desordem dentro de um sistema, maior será sua entropia. Vamos entender melhor. A entropia usa a medida J/K, ou seja, Joules por Kelvin, e é uma grandeza termodinâmica usada para mensurar o grau de irreversibilidade de um sistema. Ela busca mensurar não a energia, nem a matéria totais encerradas pelas fronteiras do sistema termodinâmico, mas como essa matéria e essa energia são armazenadas e distribuídas dentro dessas fronteiras.

Georgescu-Roegen, também economista, partilha de mesmo entendimento no que toca à necessidade de se repensar os rumos do crescimento econômico. Utiliza-se da Lei da Entropia para demonstrar a viabilidade de sua doutrina.

A Lei da Entropia<sup>9</sup> (PETRIN, 2014) – associada à Segunda Lei da Termodinâmica – “estipula que a matéria também está sujeita a uma dissipação irrevogável” – em outras palavras – é dizer que se “reconhece que o próprio universo material está sujeito a uma mudança qualitativa irreversível, a um processo evolutivo”. (GEORGESCU-ROEGEN, 2013, p. 437).

Alerta o pensamento dos autores ao que toca a irreversibilidade das mudanças prejudiciais que atingem o meio ambiente.<sup>10</sup> A exploração dos recursos naturais é demasiadamente intensa e não lhe é dada sua recuperação. Não há tempo hábil conferido à natureza para que se regenere. A preocupação se insere em um contexto que envolve a própria manutenção da espécie humana. (GEORGESCU-ROEGEN, sinopse).

O problema ambiental é global. A sobrevivência na Terra depende de ações universais. Impende entender que, realmente, não se trata de uma condição que se pode reverter a qualquer momento. Trata-se do fenômeno denominado “pegada ecológica”.<sup>11</sup> Os rastros deixados pelo ser humano no planeta compreendem a pegada ecológica. (DEL OLMO, 2014).

Nesse sentido, Veiga, em entrevista concedida à *Revista Diversa*, da Universidade Federal de Minas Gerais, ensina, exemplificando de forma clara e prática, o que se passa nesse contexto; o economista, veementemente, afirma que a natureza atua em sua recomposição, tal como uma conta no cheque especial – se explora significativamente mais do que é dado à natureza suportar. Verifica-se, por conseguinte, que o produto de citada conta é sempre negativo. <sup>12</sup> (DA VEIGA, 2012).

A economia, nessa medida, entende-se estar adstrita a observar um crescimento sustentável. Não há mais como prover a manutenção do crescimento econômico ilimitado nos moldes hoje vivenciados. Esse complexo sistema que tem na natureza sua base primeira, por si só, não mais se sustenta. É uma realidade incontestável que se revela no presente.

É o que afirma o físico Capra em reflexão acerca do tema:

A mudança do paradigma mecanicista para o ecológico não é algo que acontecerá no futuro. Está acontecendo neste preciso momento em nossas ciências, em nossas atitudes e valores individuais e coletivos e em nossos modelos de organização social. (CAPRA, 1986, p. 339).

Verifica-se, nesse sentido, a inegável imprescindibilidade de se refrear o crescimento econômico nos moldes hoje evidenciados. Nos exatos termos do pensamento de Georgescu-Roegen, citado por Cechin, “a natureza é a única limitante do processo econômico”. (CECHIN, 2008, p. 12).

---

10 O processo econômico não pode contrariar a Lei da Entropia. Como esse processo é um subsistema, o custo de manter a própria organização é o aumento na entropia, a desorganização do sistema maior no qual está inserido – o ambiente. O processo de produção econômica vem necessariamente acompanhado da geração de resíduo e poluição, sejam esses fenômenos locais ou globais. A sustentabilidade muito provavelmente não pode ser alcançada com o aumento da produção e do consumo. Tampouco pode ser atingida mantendo-se indefinidamente os padrões de consumo já alcançados nos países abastados, numa situação de “crescimento zero”.

11 A Pegada Ecológica é uma metodologia de contabilidade ambiental que avalia a pressão do consumo das populações humanas sobre os recursos naturais. Expressada em hectares globais (gha), permite comparar diferentes padrões de consumo e verificar se estão dentro da capacidade ecológica do planeta. Um hectare global significa um hectare de produtividade média mundial para terras e águas produtivas em um ano.

12 Até os anos 1960, a humanidade consumia metade da capacidade do globo; hoje consumimos uma vez e meia. É como se tivéssemos uma conta no cheque especial com o equivalente a 50% de nossa renda no vermelho. Do ponto de vista ambiental, significa que a natureza vai precisar de 1,5 ano para recompor o que consumimos em um ano.



Destarte, e, ciente de que a sucinta análise, em hipótese alguma fez exaurir o conhecimento da teoria ora defendida, passa-se a análise desta aplicada de forma efetiva ao modelo originário do período Moderno, reflexo vivenciado na Pós-Modernidade: o *“homo economicus”*.

#### **4. O “HOMO ECONOMICUS” E O DECRESCIMENTO: UMA UTOPIA CONCRETA**

Latouche, o filósofo do Decrescimento, bem assim, também, Georgescu-Roegen, ambos incitados pela crise ambiental que se faz presente na atualidade e, perquirindo acerca dos rumos preocupantes do consumismo exacerbado, criam e desenvolvem uma possível solução sustentável – tão imperiosa – no cenário hodierno. Trata-se da Teoria do Decrescimento Econômico.

Referida Teoria, já contemplada nos limites deste estudo, pretende mitigar os efeitos do crescimento econômico, tornando evidente o único limitador capaz de refrear essa cultura nociva do consumismo: a escassez dos recursos naturais. (CARRIZOSA, 2002, p.49).

Nos exatos termos apresentados por Latouche, a tese do Decrescimento constitui-se numa “utopia concreta”. Assim o é, justamente, porque se fundamenta em ações plenamente observáveis, possíveis no cotidiano das pessoas. (LATOUCHE, 2009, p.39).

Embora, pareça, em um primeiro momento, retratar algo inimaginável – verdadeira utopia – tal como chamada, simultaneamente, verifica-se que, sim, trata-se de um plano concreto, verificável na realidade – daí o adjetivo imposto - utopia concreta. (LATOUCHE, 2009, p. 40).

O Decrescimento, na expressão do autor, “pressupõe um projeto baseado numa análise realista da situação”. Fala-se, efetivamente, em etapas desse projeto – são os denominados oito “erres” do Decrescimento – o “Círculo Virtuoso do Decrescimento Sereno”. (LATOUCHE, 2009, p. 41).

Em analogia aos chamados Círculos Virtuosos do Crescimento, datados dos anos 60, Latouche retrata o já mencionado, Círculo Virtuoso do Decrescimento. (LATOUCHE, 2009, p.41-42). Ensina que o desequilíbrio ambiental de hoje é consequência de “loucuras” de ontem. Na expressão do economista:

O desequilíbrio climático que nos ameaça hoje é fruto de nossas “loucuras” de ontem. Em compensação, a revolução exigida para a construção de uma sociedade autônoma de decrescimento pode ser representada pela articulação sistemática e ambiciosa de oito mudanças interdependentes que se reforçam mutuamente. Podemos sintetizar o conjunto delas num “círculo virtuoso” de oito “erres”: reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, realocar, reduzir, reutilizar, reciclar. Esses oito objetivos interdependentes são capazes de desencadear um processo de decrescimento sereno, convivial e saudável. (LATOUCHE, 2009, p. 42).

O projeto dos oito “erres” acima delineado trata, em análise concisa, de atuar em ações conjuntas e interdependentes - Reavaliando, no sentido de reconhecer a natureza como ser vivo, respeitando-a e, sobretudo, preservando-a. Reconceituar, entendendo-se pela necessidade da mudança de valores, concebendo, assim, a realidade sob uma nova ótica.

Reestruturar, para o autor, seria a adequação dessa mudança de valores supramencionada ao aparelho produtivo e às relações sociais. Redistribuir, por sua vez, significa a distribuição das riquezas e o acesso aos recursos naturais de forma igualitária entre as diferentes sociedades.

No mesmo caminho, Realocar, seria produzir localmente, ao passo que, Reduzir implica a diminuição do impacto da produção sobre a biosfera. Em última análise, Reutilizar/Reciclar, de acordo com a doutrina de Latouche, (2009, p. 43-55) compreende dar nova destinação aos resíduos não reutilizáveis de forma direta.

Verifica-se que se trata de conceitos ligados e interdependentes, que, juntos, constituem aquilo



que o autor denomina utopia realizável. Referido termo, reitera Latouche, descreve um funcionamento ideal, mas também concreto, uma vez que, se trata de uma revolução realizável – “é um outro mundo, desejável, necessário e possível se assim quisermos”. (LATOUCHE, 2009, p. 55).

Georgescu-Roegen em caminho semelhante, alerta para o fato de que o problema atinge também as gerações futuras ao passo que não há que se pensar em manutenção da economia sem que haja recursos naturais. É a imposição da irreversibilidade das ações de que fala a Lei da Entropia, por Georgescu-Roegen elucidada. (GEORGESCU-ROEGEN, 2008, p.437).

Nesse sentido, entende-se como aplicável, a Teoria do Decrescimento, de forma adequada ao modelo de “*homo economicus*” hoje apresentado. A concepção que se tem, nesses limites, é que a tese fora criada e desenvolvida justamente para controlar a infinita insatisfação do consumidor moderno – característica do chamado “*homo economicus*”.

A redução da produção de bens e de sua aquisição se impõe na atualidade. Não há como compatibilizar uma produção infinita diante de recursos naturais que possuem índole finita. (AQUINO, 2013, p. 258).

A receita do Decrescimento, bem como assevera Latouche, “consiste em fazer mais e melhor com menos”. Isso se verifica, principalmente, nos elementos Relocalizar, Reduzir, Reutilizar, bem como Reciclar. (LATOUCHE, 2009, p. 76).

A ideia por Latouche propagada impõe, sejam as ações em defesa do meio ambiente relocalizadas em um nível mundial; ou seja, produzindo-se localmente, de modo a evitar a exploração econômica concentrada nos grandes centros.

Reduzir, como o próprio termo sugere, verifica-se a devida mitigação da produção de bens, bem como a diminuição do consumo. O projeto visa extirpar os excessos – produzir e consumir tão somente o que se faz indispensável. Reutilizar e reciclar se inserem em um mesmo âmbito, entendendo-se pela nova destinação conferida aos resíduos antes diretamente descartados. (LATOUCHE, 2009, p. 42-76).

Os demais elementos são vistos sob uma ótica de reconhecimento e, sobretudo, respeito ao ser vivo natureza. Todos estes, conjugados, conferem forma ao projeto ousado e, ao mesmo tempo, necessário, pelos estudiosos propalado. (LATOUCHE, 2009, p. 76).

Urge repensar os rumos do crescimento econômico – é circunstância indiscutível. Nesse sentido, e pelos fundamentos apresentados, entende-se como adequada a Teoria do Decrescimento, ao passo que, impõe se pense e se produza de forma que a Sustentabilidade seja observada.

Impera, ainda, enfatizar que a ideologia constante de aludida tese enfrenta e critica o crescimento infinito, o consumismo ilimitado – aquilo que Latouche denomina “crescer por crescer”. É o crescimento prejudicial, que excede e esgota os limites do suporte ambiental o núcleo da crítica de Latouche.

Ademais, veja-se que não se trata de algo inconcebível. Diversamente, aliás, revela verdadeira utopia concreta, tal como retratada por seus defensores – eis que valoriza ações pequenas que podem ser atribuídas a todos os indivíduos, cotidianamente. Ações pequenas que, conjugadas, surtem os efeitos que se espera e, que, sobretudo, se fazem imprescindíveis.

## 5. CONCLUSÃO

Os caminhos trilhados, voluntariamente ou não, deixam rastros. Alguns passíveis de serem apagados, outros, contudo, irreversíveis. Na natureza não seria diferente. A preocupante e célere degradação ambiental é fruto de ações inconsequentes de ontem. A incessante busca pelo acúmulo de capital presente no período Moderno é fator causador da crise ambiental contemporânea.

O “*homo economicus*”, ator social da crise hoje vivenciada pela humanidade, por muito tempo julgou o crescimento econômico como instrumento hábil e imprescindível a conferir a evolução e o desenvolvimento humano. Embora tenha, de fato, constituído e, o é também hoje, fator importante garantidor de progresso, a falácia do crescimento infinito acabou por conduzir à problemática ambiental

que se faz presente.

A finitude dos recursos naturais se fez ignorada. O homem explorou muito além do que suportaria o meio ambiente. Hoje, no entanto, a ameaça se volta contra o próprio criador – a crise ambiental atenta, inclusive, à própria manutenção da vida humana.

As constatações mencionadas impulsionaram que se pensasse o cenário atual. Estudiosos da área verificam, cada vez mais, que não se pode sustentar o padrão de crescimento econômico atual. A produção de bens é exacerbada, o consumismo é gritante. Nesse sentido, importa empreender mudanças. Eis que o Decrescimento Econômico se mostra como possível caminho razoável à insustentabilidade hodierna.

A Teoria do Decrescimento, nesse contexto, buscando nas ações cotidianas a sua base, ambiciona - em via oposta ao ideário praticado – o retorno ao equilíbrio ambiental. Em outras palavras, busca a Sustentabilidade.

Cuidar do meio ambiente é condição precípua para que se perpetue a vida humana na Terra. É imprescindível que as ações tomem proporções globais. A referida tese do Decrescimento apresenta em seu bojo exatamente essa noção de mútua responsabilidade global que se mostra necessária, o que justifica seu emprego como ferramenta apta a mitigar os efeitos do crescimento econômico ilimitado. A responsabilidade ambiental global transparece como um dos grandes pilares da doutrina de Latouche e configura exatamente o pensamento que se pretendeu construir ao longo deste trabalho. Partir das pequenas ações cotidianas acessíveis a todos para se chegar a um entendimento necessário e comum: a imprescindibilidade de se pensar de maneira sustentável.

Nessa medida, conclui-se pela viabilidade da aplicação da doutrina do Decrescimento como caminho alternativo e potencialmente apto à consecução de uma sustentabilidade econômica e ambiental, entendendo-se, assim, por confirmada a hipótese inicialmente formulada em resposta ao problema de pesquisa, haja vista o núcleo essencial da Teoria ora ventilada, qual seja, refrear a cultura, hoje difundida, do “crescer por crescer”, corolário do consumismo.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, João Paulo. *O que é obsolescência programada?* Disponível em: <<http://planetasustentavel.abril.com.br>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *Rumo à cidadania sul-americana: reflexões sobre a sua viabilidade no contexto da UNASUL a partir da Ética, Fraternidade e Sustentabilidade*. Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade: e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOSELDMANN, Klaus. *O princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança*. Tradução: Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. São Paulo: Cultrix, 1986.

CARRIZOSA, Julio. *Hacia nuevas economías. Mimesis, hedonismo, violencia y sustentabilidad*. In: *Ética, vida, sustentabilidad*. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Red de Formación Ambiental para América Latina y el Caribe Boulevard de los Virreyes 155, colonia Lomas de Virreyes 11000, México D.F. Coordinador: Enrique Leff, México, 2002.

CECHIN, Andrei Domingues. *Georgescu-Roegen e o desenvolvimento sustentável: diálogo ou anátema?* Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo, 2008.

DA VEIGA, José Eli. *A Insustentável Utopia do Desenvolvimento*. In: Reestruturação do Espaço Urbano e Regional no Brasil. Lena Lavinias et. al (Orgs.). São Paulo: Hucitec & ANPUR, 1993. Disponível em: <<http://www.zeeli.pro.br>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

DA VEIGA, José Eli. *A Sustentabilidade é turquesa*. Disponível em: <<http://www.ufmg.br/diversa/19/entrevista.html>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

DA VEIGA, José Eli. *O âmago da sustentabilidade*. Estudos avançados 28 (82). São Paulo, 2014.

DEL OLMO, Juan Carlos. *Pegada ecológica? O que é isso?* Disponível em: <<http://www.wwf.org.br>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. *O Decrescimento: entropia, ecologia e economia*. Tradução de José Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2013.

GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la Naturaleza: Ética biocêntrica y políticas ambientales*. Lima: Claes, 2014.

LATOUCHE, Serge. *La apuesta por el decrecimiento. Cómo salir Del imaginario dominante?* Barcelona: Icaria Editorial, 2006.

LATOUCHE, Serge. *Pequeno Tratado de Decrescimento Sereno*. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução: Sandra Valenzuela. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MAFESSOLI, Michel. *Elogio da Razão Sensível*. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

MAFESSOLI, Michel. *Homo Eroticus: Comunhões emocionais*. Tradução: Abner Chiquieri. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Marcos Eduardo de. *Decrescimento econômico*. Disponível em: <<http://www.ihu.unissinos.br/noticias>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

PETRIN, Natália. *Entropia*. Disponível em: <<http://www.estudopratico.com.br/entropia>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

RUAS, Desirée. *Consumo e consumismo: pela consciência em primeiro lugar*. Disponível em: <<http://www.conscienciaeconsumo.com.br/artigos>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

ZAMBAM, Neuro José. *Desenvolvimento sustentável: direito dos cidadãos e compromisso de todos*. In: *Direito, Democracia e Sustentabilidade: Anuário do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional*. TRINDADE, André Karam; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salette Oro. Passo Fundo: IMED, 2013.

---

**Recebido em:** 12/09/2016

**Aprovado em:** 07/11/2016

# DELIMITAÇÃO DO SENTIDO NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS DOCTRINÁRIOS DO DIREITO À SAÚDE COMO PARÂMETRO MITIGADOR DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

## DELIMITATION OF THE NORMATIVE SENSE OF THE DOCTRINAL PRINCIPLES OF THE RIGHT TO HEALTH AS A MITIGATING PARAMETER OF THE JUSTICIABILITY OF PUBLIC HEALTH POLICIES

ANA CARLA BLIACHERIENE <sup>1</sup>  
JOSÉ SEBASTIÃO DOS SANTOS <sup>2</sup>  
THIAGO FREITAS RUBIM <sup>3</sup>

**RESUMO:** Trata-se de revisão normativa, bibliográfica, jurisprudencial, dos resultados da Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal, da Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça e da degravação dos vídeos do I Seminário Brasileiro sobre Direito à Vida e à Saúde e seus Impactos Orçamentário e Judicial, realizado em 2010, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo, que abordam, em alguma medida, o conteúdo dos princípios constitucionais da universalidade, integralidade e equidade do acesso às ações e serviços de saúde, dispostos nos art. 196 e art. 198, II da Constituição da República Federal de 1988 de 1988, como proposta mitigadora da judicialização da saúde. Os problemas de fundo são a oferta e organização insuficientes do acesso dos usuários à rede assistencial do Sistema Único de Saúde e o questionamento sobre a possibilidade do direito à saúde ser interpretado de forma irrestrita, com acesso ilimitado às ações e serviços ou se deve ser limitado, mitigando-se as externalidades negativas decorrentes da judicialização das políticas públicas de saúde.

**Palavras-chave:** Direito à saúde; Judicialização da saúde; Reserva do possível; Interpretação constitucional; Sistema Único de Saúde.

**SUMMARY:** These are regulatory review, literature, case law, the results of the Public Hearing No. 4 of the Supreme Court, of Recommendation 31 of the National Council of Justice and de-recording of videos of the I Brazilian Seminar on the Right to Life and Health and its Budget and Judicial Impacts, held in 2010 at the Law School of Ribeirão Preto, University of São Paulo, that address to some extent the content of the constitutional principles of universality, comprehensiveness and equity of access to programs and services health, arranged in art. 196 and art. 198, II of the Constitution of the Federal Republic 1988 1988 as mitigation proposal of legalization of health. The fundamental problems are the supply and insufficient organization of users' access to health care network of the Unified Health System and the question about the possibility of the right to health be interpreted on an unrestricted basis, with unlimited access to actions and services or whether it should be limited if mitigating them negative externalities resulting from the legalization of public health policies.

**Keywords:** Right to health; Judicialization of health; Reservation possible; Constitutional interpretation; Health Unic System.

1 Livre Docente em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da USP. Mestre e Doutora em Direito Social pela PUC-SP. Professora da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Professora da pós-graduação em Gestão das Organizações de Saúde pela Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da USP e em Gestão de Políticas Públicas pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da USP. E-mail: acb@usp.br

2 Livre Docente em Cirurgia do Aparelho Digestivo da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FMRP-USP). Professor. Consultor do Ministério da Saúde e Secretário da Saúde do Município de Ribeirão Preto/SP. Foi Coordenador da Unidade de Emergência do Hospital das Clínicas da FMRP-USP. E-mail: jsdsanto@fmrp.usp.br

3 Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Advogado. E-mail: thiagofr112@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

A proposta é apresentar uma interpretação possível para a delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde, diante de sua amplitude e variação conceitual, na tentativa de mitigar os efeitos negativos da judicialização da saúde, para o acesso de usuários às ações e serviços de saúde. O problema de fundo é o questionamento sobre a possibilidade ou não de o direito à saúde ser interpretado de forma estrita a partir da aplicação dos princípios constitucionais acima referidos. Como hipótese possível, propõe-se que todo direito, inclusive os fundamentais individuais (como o direito à vida) e os sociais (como o direito à saúde) devem ser interpretados de forma sistêmica, com o fito de conferir lógica e organicidade aos dispositivos constitucionais e viabilizar a gestão do modelo estatal ou de política pública setorial que se encontre pré-estruturado na Constituição da República Federal de 1988 (CRF-88).

Para isso, abordou-se a saúde enquanto direito fundamental social, sua constitucionalização e normatização no Brasil, os princípios doutrinários e organizativos do SUS, os principais atores envolvidos no contexto da judicialização e suas maiores preocupações, as diferenças entre ativismo judicial e judicialização, a questão da separação dos poderes, os impactos orçamentários do fenômeno, as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, as vantagens e desvantagens do processo de judicialização, e, por fim, o estabelecimento de parâmetros para a racionalização da atuação jurisdicional.

A dificuldade fundamental da pesquisa para a produção do artigo foi a escassez de bibliografia jurídica acerca dos princípios jurídicos constitucionais do Sistema de Saúde (universalidade, integralidade e equidade) e sua conexão com a questão do acesso ao Sistema ou aos reflexos orçamentários. Os textos consultados apresentavam, em sua maioria, uma lógica sanitária e não jurídica, abordando a percepção do usuário, a experiência de profissionais, especialistas e gestores da saúde em relação ao Sistema, ou acerca de estratégias para o oferecimento universal, integral-equitativo dos serviços de saúde. A interpretação constitucional específica em relação aos princípios supramencionados em colisão com o princípio constitucional do equilíbrio orçamentário e da necessidade de políticas públicas de saúde pré-estabelecidas, parece não ter sido amplamente explorada, o que nos levou a focar a análise do fenômeno da judicialização a partir da interpretação dos princípios informadores do SUS e das soluções propostas para a atenuação das externalidades negativas que a judicialização possa provocar.

## 2. O CONCEITO DE SAÚDE E A PERCEPÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A definição de saúde, enquanto bem, depende profundamente das representações sociais sobre o significado de estado de saúde, que inevitavelmente refletirão a conjuntura social, econômica, política e cultural de uma sociedade. Disso depreende-se que saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas, pois sua noção depende da época, do lugar, da classe social, de valores individuais e também de concepções científicas, religiosas, filosóficas daqueles que refletem sobre ela (SCLIAR, 2007).

A discussão sobre um conceito de saúde permeia a história, e foi apenas com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, que foi reconhecida como direito fundamental de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica, sendo definida como “completo bem estar físico, mental e social” e não apenas como ausência de doença (WHO CONSTITUTION, 1946). Ocorre que, a definição adotada pela OMS tem sido alvo de críticas desde então, pois definir a saúde como um estado de *completo* bem-estar faz com que se torne algo ideal, inatingível e inalcançável para a realidade estrutural da maioria dos grupos sociais organizados na forma de Estado, não servindo a referida definição como meta para a organização das políticas públicas estatais de saúde (GLOBEKNER, 2011).

De outro lado, a atenção à saúde humana transformou-se em um bem disponível no mercado,



e, paralelamente, objeto de proteção jurídica, pois se insere no campo dos bens de escassez moderada, demandando critérios de justiça para sua alocação (GLOBEKNER, 2011). Assim, a proteção da saúde pelo Direito ganhou contornos constitucionais profundos com a CRF-88, como fruto da evolução histórica do movimento sanitarista que teve suas origens na década de 1970. Assim, pode-se dizer que a CRF-88 foi o final de um ciclo (o da normatização das demandas trabalhadas pelo movimento sanitarista), mas também o início de outro (o da construção do maior sistema público e universal de saúde do planeta, o SUS).

A Constituição reconheceu o direito à saúde como um direito social em seu art. 6º. Definiu competências normativas e material para a atuação da União, dos Estados e dos Municípios em matéria de saúde (arts. 23, II, 24, XII, e 30, VII). Tratou ainda da criação do Sistema Único de Saúde, de seus princípios orientadores fundamentais e dos direitos básicos do cidadão em relação ao sistema. Determinou, por fim, as regras sobre investimentos estatais na área de saúde e a manutenção da possibilidade de atuação de agentes econômicos privados em suplementação ao novo sistema (arts. 196 a 200). Posteriormente, em 1990, a Lei Orgânica da Saúde (LOS) regulamentou amplamente o Sistema Único de Saúde no território nacional, disciplinando as ações e serviços de saúde nos três níveis de governo da federação.

O problema decorrente do relatado é que a indeterminação ou a determinação ampla do conceito de saúde levou a dificuldades de interpretação do art. 6º da CF. Surgiram questões, tais quais: poderia o direito à saúde ter aplicabilidade imediata, tanto quanto os direitos fundamentais dispostos no art. 5º da Constituição, uma vez que seu conteúdo é tão aberto? Sua aplicabilidade depende do desenho estrutural da política pública temática? Pode-se falar em direito à saúde se o bem-estar é materializado por tão diferentes ações e serviços?

Diante da divergência apontada tão somente nessas questões, parte da doutrina vê o direito à saúde como tendo eficácia contida, e desta forma, as normas constitucionais que o regulam gozam de eficácia imediata num primeiro momento, mas devem ser detalhadas posteriormente pela atividade legislativa infraconstitucional (MARRARA; NUNES, 2010). Outra parcela de juristas aduz que direitos fundamentais gozam de aplicabilidade direta e imediata, baseada no disposto do art. 5º, § 2º, da Constituição (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010).

Partimos do pressuposto de interpretação constitucional de que a saúde consiste em um direito fundamental social e universal, que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantir a sua efetividade, dada a essência do Estado Democrático de Direito, por nele vigorar o constitucionalismo, o respeito aos princípios democráticos e a proteção aos direitos humanos (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010) e que os direitos sociais são ao mesmo tempo individuais e coletivos, não podendo o individualismo ferir a coletividade e vice-versa. Os direitos sociais dizem respeito tanto à pessoa quanto à comunidade, destacando-se a ideia de grupo social, e tendo a coletividade assumido a titularidade de sujeito do direito fundamental. Os direitos sociais, assim, apresentam uma dualidade, sendo individuais e também coletivos, pois protegem bens jurídicos cuja incidência é simultaneamente individualizada e coletiva (SARLET, 2010). Sua aplicabilidade dependerá não só de uma legislação regulamentadora, como também do equilíbrio e ponderação dos princípios constitucionais, não só aqueles relativos ao SUS, como também os equivalentes ao planejamento das políticas públicas e os princípios orçamentários.

### **3. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, SUAS ORIGENS E POSSÍVEIS SIGNIFICADOS**

Normas são gênero do qual os princípios e as regras são espécies. Os princípios jurídicos têm por objeto os valores fundamentais de uma dada sociedade. São normas com alto grau de abstração,



que expressando valor estão na base do ordenamento jurídico, limita as regras que com ele se relacionam, integram as lacunas legais, servem de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuírem eficácia imediata, pode ser concretizados e gerar direitos subjetivos.

Princípios possuem as características da normatividade, ou seja, capacidade de criar deveres e obrigações, imperatividade ou obrigatoriedade, eficácia ou auto aplicabilidade, precedência material e abstração. Detêm as funções normativa, integrativa e interpretativa do sistema jurídico. Também possuem estrutura aberta e podem ser aplicados a um número indeterminado de casos, enquanto as regras possuem uma estrutura fechada com incidência determinada a situações específicas.

Tema essencial é do chamado conflito entre princípios que se resolve pelo método da ponderação de valores, sem a exclusão definitiva de algum deles do ordenamento jurídico. O conflito entre regras é resolvido pelo método excludente do “tudo ou nada” (uma regra é aplicada em sua totalidade, enquanto as demais são consideradas inválidas para aquele caso concreto) e da subsunção de fato à norma. (FAZOLI, 2007).

No caso específico da assistência a saúde, os princípios dispostos nos art. 196 e 198 da CRF-88 não são extraídos do gênio do legislador constituinte, mas de um processo histórico do já referido movimento sanitário brasileiro que, antenado nas discussões que ocorriam na agência temática de saúde da ONU passava a discutir e normatizar uma série de normas sobre direitos humanos que alçava o direito à saúde como, junto ao direito à vida como elemento central à garantia da dignidade do ser humano. E o que propuseram os sanitários no Brasil?

Conforme historia Emerson Elias Mehrs et al (2003), já na década de 1970, durante o Regime Militar, os técnicos começaram a discutir o redesenho do modelo de assistência no Brasil diante da crise do sistema de previdência, da grande massa desassistida e da crescente privatização da infraestrutura de saúde do país. Nessa altura o modelo de saúde pública estava calcada no sistema contributivo, ou seja, quem contribui tem acesso ao sistema público de saúde, aos que não contribuem resta a rede de assistência privada ou as Santas Casas. Mas foi na década de 1980 que os Ministérios da Saúde e da Previdência Social apresentam o anteprojeto do Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde (PREV-SAUDE), que esvaziado por falta de recursos deu espaço ao “Pacote da Previdência” que aumentou a contribuição previdenciária de empregados e empregadores e visava o equilíbrio financeiro do sistema, mas também apresenta o Plano de Reorientação da Assistência à Saúde no âmbito da Previdência Social (CONASP) que teve como principais desdobramentos: (i) criação das Ações Integradas de saúde (AIS) para evitar atuações paralelas e simultâneas entre instituições sanitárias; (ii) manutenção dos princípios norteadores trazidos pelo fracassado PREV-SAUDE, quais sejam, universalidade, integridade, equidade da atenção, regionalização e hierarquização dos serviços, descentralização das ações e do poder decisório, democratização (participação da sociedade civil e do controle dos usuários) e planejamento e regulação de todo o sistema pelo setor público (o público, o privado e o filantrópico).

Vê-se então que os princípios espelhados na CRF-88 já encontravam suas bases dentro da estrutura do regime militar graças à atuação técnica, resistente e persistente dos sanitários do Brasil.

Depois de implantado o AIS, seguiu-se a implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), em 1987, com a transição democrática a todo vapor e às vésperas da promulgação da CFR-88, que vaticinava a necessidade de redefinir as atribuições dos três níveis de governo com delimitação precisa de funções. Nesse período efervescente é convocada a 8ª Conferência Nacional de Saúde, a Constituinte da saúde no Brasil, para discutir a nova proposta de estrutura e política de saúde para o país. Contou com cerca de 5000 participantes e seu relatório final apresentou o Projeto de Reforma Sanitária Brasileira, cujos princípios norteadores encontraram acolhida, alguns, no texto Constitucional, e outros em toda a legislação infraconstitucional posterior que forjaria o Sistema Único de Saúde (SUS) como visto atualmente.

Os princípios que encontraram acolhida constitucional foram os finalísticos da reforma: (i) participação; (ii) equidade; (iii) descentralização; (iv) integralidade e (v) universalidade.

A participação pressupõe a inclusão representativa da população e de trabalhadores de saúde no processo decisório e no controle de serviços. A descentralização contém a ideia de multiplicação dos centros de poder e irá se realizar principalmente através da municipalização. A universalização significa igualdade de acesso aos serviços. E, por fim, a integralidade aponta para a superação da dicotomia serviços preventivos versus curativos e para a atuação em outras áreas além da assistência individual: a área da prevenção de doenças e a promoção da saúde, extrapolando, inclusive, o setor da saúde (MERHY *et al.*, 2003, p. 40).

Os três princípios doutrinários do SUS (universalidade, integralidade e equidade) serão abordados com maior profundidade por serem fundamentais para a compreensão das questões relacionadas à judicialização. Antes ainda, deve ser estacado que os conceitos “refletem um compromisso de quem os inventa ou emprega com certo entendimento do mundo ou com um determinado conjunto de valores” (CAMPOS, 2006). Assim é que gestores e juristas partem de pressuposto bem distintos, embora legítimos, para qualificar suas ações a partir da interpretação e valoração destes princípios.

### **3.1. Universalidade (Todos)**

No que concerne aos princípios informadores do Sistema Único de Saúde, o princípio da universalidade impõe que a saúde é um direito fundamental de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais (TEIXEIRA, 2011).

A universalidade está ligada umbilicalmente ao acesso universal. Ao acesso de todos ao sistema, mas muitas vezes é confundido como acesso a tudo, numa certa confusão terminológica com a integralidade que não acolhe essa interpretação.

Assim é que não importa se o usuário é nacional ou estrangeiro, qual sua origem e raça, é garantido o seu acesso ao sistema em caso de necessidade.

### **3.2 Integralidade (Tudo?)**

Está expressamente previsto no artigo 198 da CRF-88 que os serviços de saúde devem ser organizados, dentre outras diretrizes, com atendimento integral. A Lei Organiza da Saúde (Lei nº 8.080) no seu artigo 7º ratifica que a integralidade da assistência é entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos em cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Assim como os outros princípios analisados, é um conteúdo preenchido de acordo com gosto, histórico e visão de mundo do interprete, isso justifica a imensidão de enfoques que encontra na literatura.

É importante destacar que a integralidade no sistema de saúde brasileiro está conceitualmente ligada ao princípio da descentralização das ações de saúde. Sem a garantia da integralidade a descentralização poderia se tornar mecanismo de não assistência. Ou seja, embora a descentralização imponha aos entes da federação funções específicas no processo saúde-doença perante o cidadão; este usuário do sistema deverá ser atendido em todas as suas necessidades desde as ações preventivas àquelas de alta complexidade.

Sandra Maria Spedo (2009), revisando o conceito de integralidade na literatura apreendeu algumas das visões mais recorrentes:

(i) A integralidade está incorporada no movimento histórico das concepções do processo saúde-doença e na concepção integral de saúde da política médica alemã do século XIX, que no século XX adquiriu as formas da Medicina Preventiva, Medicina Integral e Medicina Comunitária. De onde se depreende cinco dimensões conceituais de integralidade:

**Apreensão do coletivo enquanto objeto de trabalho das práticas de saúde; concepção da abordagem da totalidade biopsicossocial do indivíduo; a integração sanitária, através da organização das ações articuladas das ações de prevenção e cura, voltadas aos indivíduos e coletivos; a apreensão do conjunto de problemas de saúde da população; e o compromisso com a intervenção sobre os determinantes dos processos de saúde e doença (SPEDO, 2009, p. 20).**

(ii) Como integração das ações de promoção, proteção, recuperação e reabilitação; como forma de atuação profissional; como garantia de continuidade de atenção nos vários níveis de complexidade do sistema e como articulação de distintas políticas sociais, nem sempre sob o encargo do regulador da área de saúde.

(iii) “Integralidade focalizada” e “integralidade ampliada”, sendo a primeira mais centrada na figura dos serviços de saúde que deverá deter equipe capaz de traduzir e atender às necessidades de saúde de uma dada população e a segunda que fruto da articulação de um serviço de saúde específico e sua conexão com uma rede mais complexa, composta por outros serviços e instituições.

(iv) Integralidade como uma “bandeira de luta” uma “imagem objetivo” que ser visualizada por meio das boas praticas em saúde, modo organizador do sistema, orientadora das políticas de saúde ou das respostas governamentais aos problemas de saúde e só teria sentido se não houvesse, junto a ela, o princípio da universalidade como garantidor daquela.

O princípio da integralidade considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades de saúde. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente com o princípio da universalidade, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos (MARQUES; MELO; SANTOS, 2011).

Há desafios a serem superados no problema da judicialização, como as reiteradas tentativas estabelecidas nos discursos jurídicos por procuradores, advogados e defensores públicos, Ministério Público e juízes de circunscrever apenas um dos múltiplos sentidos de integralidade (que convenha ao seu argumento, independentemente dos pactos sociais) a um conceito operacional e organizativo do sistema de saúde.

Não obstante a legitimidade democrática do Poder Judiciário para resolver casos concretos, mediante provocação dos interessados, seria este o foro adequado para pactuar o sentido a ser acolhido na rede e no sistema de saúde para os próximos anos?

### **3.3 Equidade**

Fortes (2010) realizou um estudo no qual entrevistou vinte especialistas sobre bioética, com o objetivo de atribuir o significado sobre equidade no sistema de saúde por bioeticistas brasileiros. O resultado da pesquisa identificou cinco ideias centrais, no discurso dos entrevistados (i) tratar desigualmente os desiguais conforme suas necessidades; (ii) equidade e desigualdades compensadas; (iii) equidade e maximização de benefícios; (iv) equidade e méritos social; (v) equidade e direitos.

Em sua discussão, o autor relata que o tema da equidade embora tenha suas origens na Declaração de Alma Ata (1978) encontrou grande visibilidade no Brasil na década de 1990 por conta

da instrumentalização do SUS e pela influencia do Banco Mundial que centrava sua interpretação no sentido de atender ao público mais desassistido em contraponto ao princípio constitucional da universalidade, ou seja, acesso de todos ao sistema. A lógica desta interpretação era baseada na teoria da escassez de recursos públicos, hoje travestida da teoria da reserva do possível.

Com a Norma Operacional de Assistência à Saúde de 2002, se faz expresso o termo equidade, antes somente aferido pelo mecanismo de interpretação da norma constitucional, decorrentes do dever expresso do Estado e os princípios da universalidade e integralidade que apontariam para uma orientação ética do texto constitucional. E assim a corrente bioética latino-americana da Bioética da Proteção teria um grande destaque representando o pensamento de Rawls de justiça distributiva.

Mas também, as teorias que abordam os pensamentos utilitários de custo-benefício e custo-efetividade, baseadas nas escolas dos pensadores anglo-saxões Jeremy Bentham e John Stuart Mill também tem destaque argumentativo nos tribunais.

As noções da equidade como direito que deva ser exigido sem contrapontos, nos parece um raciocínio ingênuo, não sustentado em modelo democráticos consolidados em que a decisão e prestação de contas devem se dar dentro dos pactos sociais previamente formulados, não havendo direito que se possa dizer ilimitado.

Já a equidade como mérito social, filha do pensamento aristotélico de que cada um deverá receber do Estado de forma proporcional ao que contribui para o todo, não encontra guarida no sistema atual de proteção dos direitos humanos que visa exatamente incluir na estrutura de proteção do estado aqueles historicamente excluídos do sistema e cuja contribuição para a produção geral de bens da sociedade nem sempre será proporcional as suas necessidades.

Aparentemente a contraposição mais poderosa se daria entre as noções de equidade como motor de justiça e reequilíbrio social entre desiguais e a utilitarista, que foca no custo-eficiência e custo-efetividade. Encontrar o equilíbrio entre essas duas visões e não simplesmente excluí-las mutuamente, como se fossem verdades absolutas e incompatíveis, parece ser o grande desafio do pacto social a se formular em tema de saúde pública. Nossa hipótese é a de que o Poder Judiciário, também pulverizado, em sujeitos e estrutura, não seja o caminho mais adequado para solucionar esta contraposição.

O desafio da incorporação e da evolução das tecnologias de saúde, a partir da análise das suas propriedades terapêuticas, efeitos, impactos, dimensões sociais, médicas econômicas, a decisão sobre quais, dentre as disponíveis, serão incluídas nos sistemas de saúde financiados por orçamentos públicos é um desafio prático para a aplicação do principio da equidade, pois esta dificuldade implica a *priorização* de ações que requer: (i) sustentação filosófica; (ii) um processo de acordos sociais e construção de critérios a serem seguidos e (iii) respeito aos Direitos Humanos (com transparência na escolha e execução da política pública, ampla participação social, revisão de práticas e sua supervisão permanente) (HUNT, 2014).

#### **4. COMO SÃO FINANCIADOS OS SISTEMAS DE SAÚDE**

Os sistemas de saúde são construções relativamente recentes nos Estados e decorrem dos grandes avanços sociais alcançados a duras penas pelos trabalhadores e populações excluídas pós-revolução industrial. Visam garantir aos indivíduos algum colchão de proteção para que façam frente aos riscos sociais, com destaque para o processo de saúde-doença. No caso do Brasil encontra-se albergado dentro de uma noção mais ampla de seguridade social. A literatura aponta dois modelos principais: (i) os universais ou de seguridade social e os (ii) ocupacionais ou de seguro, que também já adotamos em tempos pregressos. Há ainda os modelos mistos, que adotam características de ambos.

O modelo securitário foi criado na Alemanha de Bismark e era calcado na figura do usuário contribuinte que já tinha sua contribuição descontada na folha de pagamento como um tipo de seguro

social. No século XX, este modelo foi seguido de modelos complementares de previdência privada que se destinam a parcelas específicas da população que podem arcar com o modelo diretamente, ou a partir de vantagens do processo de emprego. É comum encontrarmos nos Estados modelos marcados pela universalidade para maior proteção social que esta embasada no envelhecimento da população e sua capacidade laborativa.

Outro fenômeno do século XX é a constitucionalização dos Direitos Fundamentais, que implica na constitucionalização e ampliação dos sistemas de saúde seja com uma premissa filosófica de Estado Social ou do Estado Neoliberal. Em ambos os modelos foram desenhados sistemas de proteção e saúde, o que variou foi a amplitude da cobertura populacional e a oferta de serviços e, consequentemente, as fontes de financiamento.

Basicamente são três os modelos de financiamento: (i) exclusivamente público, por meio de tributação da sociedade e renúncia fiscal para os agentes econômicos da área da saúde (modelo universalista unificado) (ii) fundos privados por meio de desembolso diretos dos usuários ou coparticipação com empregadores ou tomadores de serviços) e (iii) modelos mistos (modelos assistencialista, previdencialista e universalista diversificado).

Atualmente, com a constitucionalização dos Direitos Humanos, modelos exclusivamente privados não são o foco. No mínimo teremos modelos assistencialistas com verbas públicas destinadas exclusivamente para as camadas mais necessitadas e o investimento exclusivo particular das outras camadas.

Nosso modelo é universalista que se alimenta de diversas fontes de receitas, mas que não se destina a somente alguma parte da sociedade, diferenciando-se do universalista diversificado e não se enquadrando no universalista unificado por não alimentar-se exclusivamente de financiamento público.

De outro lado, o sistema de saúde pública brasileira não tem condições de infraestrutura nem financiamento suficiente para atender a critérios mínimos de saúde à população, sendo dependente do sistema de saúde suplementar para garantir uma política pública de saúde populacional. Daí a necessidade de regulação e acompanhamento de setor que se apresenta também como grande motor da judicialização da saúde, embora não seja o tema específico a se tratar nesse artigo. Não obstante sejam agentes privados, há compreensão que também devam atender aos princípios da equidade e integralidade que regem o sistema, mas isso seria tema para um artigo a parte, face às divergências ainda não dirimidas.

Retomando a questão fundamental do financiamento da saúde no Brasil, sendo ele fortemente suportado pela tributação e pelo subsídio a agentes econômicos privados da área da saúde, tratam-se de receitas públicas e, como tal, devem ser despendidas a partir de planejamento, lei orçamentária previamente aprovada e deve atender aos critérios da responsabilidade social amplamente acolhidos pela Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Para além da desorganização do sistema e da indisponibilidade orçamentárias que as decisões judiciais no exercício da micro justiça promovem, há também uma desorganização dos pactos sociais formulados no processo de votação das Leis Orçamentárias. Por certo o processo legislativo orçamentário atual não transparece a vontade popular, mas um modelo de fazer política, marcado pela chantagem subliminar e pelo conchavo entre os Poderes Legislativo e Executivo. Não obstante isso, o Poder Judiciário deve calcar seus atos e decisões baseadas no princípio da legalidade que não desconsidera a lei validamente produzida e lhe faz cumprir os desígnios. Afinal, esta a missão do Poder Judiciário: dizer o Direito.

Se de um lado o Judiciário, ao ver as inconsistências entre o direito posto (art. 196 CRF-88) e a prática da assistência à saúde, concede reiteradamente liminares ao arrepio das disposições do orçamento aprovado ou da política pública de saúde estabelecida, por outro reitera em seus julgados, inclusive da Suprema Corte, reitera o entendimento caduco de que as leis orçamentárias são formais e, portanto, não geram direitos expressos.



Segundo este olhar as leis orçamentárias são meramente indicativas, são meras expectativas de execução futura de políticas públicas. São atos administrativos travestidos de lei, assim como defendeu o jurista Paul Laband, na Alemanha de Bismarck, no início do século XX, para justificar a desnecessidade de aprovação do orçamento pelo parlamento. Esta interpretação doutrinária, ainda repetida pelos tribunais brasileiros, se contrapõe frontalmente à interpretação sistêmica da CRF-88 que destacou a obrigatoriedade de planejamento para o setor público (art. 170) e reiterou a necessidade do planejamento nacional, regional, local e setorial em vários de seus artigos, além de determinar o papel central do Poder Legislativo no processo de formulação das Leis Orçamentárias (PPL, LDO, LOA).

Pergunto: por que o texto constitucional determinaria a necessidade do planejamento, da transparência, da democracia participativa, da dotação orçamentária mínima para a saúde (só o fez expressamente para a saúde e a educação), da necessidade de três leis orçamentárias que na sua execução deveriam ser resguardadas por uma forte fiscalização do Poder Legislativo, Tribunais de Contas, Controles Internos dos três Poderes e do Ministério Público? Seria isto compatível com a interpretação de que leis orçamentárias – que materializam o plano (documento/norma), fruto do processo de planejamento (processo técnico-político) – sejam meros atos administrativos e que não gerem à cidadania direitos diretos à sua execução? Parece-nos que não.

A nós nos parece obvio que o mesmo Poder Judiciário que entende que judicializar política pública é legítimo na inércia ou ineficiência do Estado joga contra seu argumento ao defender que as principais leis planejadoras das políticas públicas da CRF-88, as leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias Anuais) são meros prognósticos autorizativos de políticas públicas e não geram direito objetivo ao cidadão.

É o Poder que dá com uma mão ao cidadão, no caso concreto de concessão de bens de saúde, e tira duplamente com a outra, da coletividade, o poder de controlar e fazer executar as políticas públicas.

Não se defende aqui a interpretação restrita da existência de um orçamento impositivo no sistema constitucional brasileiro, sem possibilidades flexibilizadores, mas a existência de um orçamento impositivo moderado que nem precisa de emenda à Constituição para ser observado. Bastam apenas os olhos de ver. Que os tenham o quanto antes o Poder instituído para nos dar luzes e para trazer luzes à democracia. O texto constitucional privilegiou num sem numero de artigos o dever de planejar e a fazê-lo concedeu às leis orçamentárias o *locus* privilegiado para a alocação do planejamento. Não pode assim esta lei ser mera perfumaria jurídica que poderá ou não ser aplicada pelo gestor no exercício de decisão discricionária ampla.

A discricionariedade aqui é estrita, ou seja, dentro do plano e da autorização legislativa (do processo de formulação da lei orçamentária) poderá o gestor escolher qual a melhor forma de executar a política pública, diante da conveniência e da oportunidade. Deixe-se claro que não é opção válida não realizar, ou realizar em desacordo com as metas formuladas no processo de planejamento (ato político interno do gestor), materializadas no plano (leis orçamentárias e iniciativa exclusiva do gestor) sem que haja caso fortuito ou força maior.

Nesse aspecto, fazemos referência expressa à recente emenda à Constituição votada no Congresso Nacional nas contendas institucionais que nós brasileiros estamos acostumados a ver nas relações entre os Poderes Legislativo e Executivo, que instituiu o chamado “orçamento impositivo para emendas parlamentares”. Isto não pode ser visto como algo sério. Se tanto, há que se olhar como mais um mecanismo de aumento de “verbas de gabinete” e não têm com o interesse público da nação, mas com o interesse particular de Suas Excelências em atender às demandas de seus recantos eleitorais. Não à questão fulcral do orçamento impositivo adotados em sistemas democráticos sérios com ativa participação das instituições no processo de controle e transparência do Estado. É mais da tradicional competição de receitas públicas escassas que acabam por prejudicar setores essenciais do Estado, como o é o da Saúde Pública.



Para que este modelo proposto funcione, especificamente nas políticas públicas de saúde, é necessário acolher as ideias do jurista e professor neozelandês Paul Hunt (2014) para o qual há grande responsabilidade e desafios da implementação do direito à saúde que é um direito que recursos orçamentários progressivos e de sua compatibilização com as realizações possíveis num determinado tempo espaço.

Não se visualiza caminho sustentável em longo prazo que não passe pelo dever de prestação de contas ampla à sociedade, pela transparência na execução e escolha das políticas públicas, sejam elas quais forem, e pelo novo redimensionamento interpretativo que o Poder Judiciário confira às leis orçamentárias.

Não há prestação de contas sem transparência sendo necessário informar detalhadamente sobre as decisões do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, sobre a escolha dos gastos e sua eficiência. Quais os serviços são prestados, a quem são prestados e quais são os resultados. Transparência é assim um mandato obrigatório disposto nos Tratados Internacionais Direitos Humanos e na Constituição Federal.

Assim, retomando Hunt (2014) defende-se que a prestação de contas à sociedade deva atender a etapas mínimas do ciclo da gestão como: (i) monitoramento; (ii) análise; (iii) aplicação de ação corretiva; (iv) encaminhamento às instâncias alternativas de solução de controvérsias (administrativas e MP) e, por fim (v) responsabilização judicial no setor da saúde, uma vez que, em suas palavras, “não deve ser sobre os ombros dos juízes toda a responsabilidade para o setor de saúde”.

Os Tribunais de Contas, as Controladorias Internas, o Ministério Público e a Sociedade Civil Organizada podem ser um importante adjuvante na análise da prestação de contas de todo este ciclo.

É fundamental a construção de indicadores, inclusive do Poder Judiciário, sobre o impacto positivo ou negativo que gera no sistema. Qual a evidência e impacto das decisões? Quais as mudanças que causaram? Uma decisão sem isso é uma fraude em longo prazo, na medida em que não se analisa o direito à saúde como um direito igualmente coletivo e não exclusivamente individual (HUNT, 2014).

É necessário sistematizar os dados da saúde, os dados da judicialização. Quem diria que os dados levantados hoje, a duras penas pelo CNJ, são confiáveis? É necessário sistematizar e divulgar boas práticas de prestação de contas no direito à saúde. A realização das consultas públicas é primordial, bem como a abertura dos espaços de participação durante todo o ciclo da política e da gestão públicas.

Por fim é necessário *priorizar e fazer escolhas* e para isso a interpretação constitucional da universalidade, integralidade e equidade não poderá ser “tudo devido a todos que peçam”. Essa opção simplesmente não existe no nosso modelo constitucional. Diante de recursos limitados, a priorização deve se basear em três aspectos: (i) uma rigorosa avaliação de tecnologias em saúde nos aspectos assistenciais, éticos e sociais. (ii) definir, a partir de acordos sociais e fundamentos filosóficos, as tecnologias a serem incluídas e as que serão excluídas da oferta no sistema público de saúde, e (iii) resguardar os princípios da igualdade, transparência e participação, sob supervisão judicial. Afinal, o desafio é implementar uma lei que todo mundo tem uma interpretação diferente” dentro de um sistema universal de saúde (Hunt, 2014).

Quando os gestores pensam em prestação de contas vem as suas mentes o “monitoramento”, já os advogados enxergam a “responsabilidade judicial”, sendo que esta é a última opção do ciclo recomendado para a prestação de contas e não pode pautar a agenda da efetividade dos direitos fundamentais no Brasil. As duas visões (monitoramento e responsabilidade judicial) são possíveis e válidas e devem ser complementares. Os dois significados pouco a pouco têm se aproximado e gestores e juristas vem se afinando para alcançar os objetivos comuns na materialização das políticas públicas de saúde e efetivação dos Direitos Fundamentais.

As duas visões (monitoramento e responsabilidade judicial) são possíveis e válidas e devem ser complementares. Os dois significados pouco a pouco têm se aproximado e gestores e juristas vem se afinando para alcançar os objetivos comuns na materialização das políticas públicas de saúde e efetivação dos Direitos Fundamentais.

## 5. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

A discussão sobre o acesso às ações e serviços de saúde pela via judicial no Brasil ganhou importância teórica e prática, envolvendo crescentes debates entre acadêmicos, operadores do direito, gestores públicos, profissionais de saúde e sociedade civil, trazendo para o centro da discussão a atuação do Poder Judiciário em relação à garantia do direito à saúde.

São várias as causas que poderiam ser apontadas para judicialização: (i) crise do Estado, quando sobressai o papel do Poder Judiciário; (ii) falhas da gestão na formulação e execução das políticas públicas do SUS; (iii) amplitude dos direitos sociais estabelecidos na CRF-88; (iv) atuação incisiva do poder econômico da indústria dos bens de saúde (farmacêutica e tecnológica, dentre outras) para inserir produtos, nem sempre eficazes, no mercado e no sistema de saúde pública e privada no Brasil; (v) maior atuação do Ministério Público e das Defensorias para garantia de direitos sociais; (vi) ativismo judicial. Essa listagem aponta motivos justificáveis, como também desvios do sistema, ambos convivendo e influenciando o fato recente da ampla judicialização das políticas públicas de saúde.

Se, por um lado, a crescente demanda judicial acerca do acesso aos bens de saúde representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, fruto da abertura estrutural promovida pela CFR-88; por outro, significa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política pública no Brasil e o Poder Judiciário, que passam a receber um número cada vez maior de ordens judiciais, garantidoras das mais diversas prestações, que representam gastos públicos não previstos nos orçamentos e a desorganização as políticas públicas vigentes.

Como o Poder Judiciário atua sob o âmbito da micro justiça, ou seja, a justiça no caso concreto, o desafio de incorporar um usuário do sistema à política pública de saúde pré-existente, ou de incorporar uma nova política pública no sistema público de saúde, pela via de suas decisões, revela-se um fato incontestável na sua jurisprudência. A base teórica disto está fundada na noção de justiça comutativa (corretiva ou retributiva) e de justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio dos diversos atos normativos que compõem a política de assistência à saúde, emanados dos Poderes Legislativo e Executivo do Estado (AMARAL, 2001).

Barroso (2007), quando aborda o tema traz a lume uma separação necessária entre os fenômenos da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial. A primeira decorria de um dever do Estado de prestar a adequada tutela jurisdicional aos usuários dos serviços públicos em geral e o segundo explicitaria uma opção proativa dos juízes que, diante da inércia dos demais poderes, tendem a decidir pela efetivação dos direitos considerados, até então, esquecidos. Em matéria de saúde, os limites entre judicialização e ativismo judicial é muito tênue e vem sendo questionado, principalmente por gestores, que encontram nas decisões judiciais pela via de liminares ou de tutela antecipada, um mecanismo de desorganização das políticas públicas de saúde vigentes, bem como uma invasão de competência do Poder Judiciário em atribuições privativas do Poder Executivo.

No que se refere à questão da separação dos Poderes, no fenômeno da judicialização, cabe ao Poder Judiciário aplicar a Constituição, bem como todo o plexo normativo setorial da saúde e o faz para garantir direitos fundamentais e os valores-princípios democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contra majoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia, para tanto, o Judiciário, notadamente na figura do Supremo Tribunal Federal, deverá: i) acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, ii) respeitar o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, iii) bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, e assim contribuindo para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: legalidade, racionalidade, motivação, segurança jurídica, correção e justiça (BARROSO, 2007).

Entende-se que no tocante à saúde, onde não haja lei ou ação administrativa baseada em

política pública estabelecida e implementada, deve o Poder Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementados e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ser marcada pela autocontenção (BARROSO, 2008).

Ponderando-se as atribuições dos atores do fenômeno da judicialização é necessária uma sintonia entre os anseios dos usuários, do legislador e dos prestadores públicos e privados de bens de saúde (o que inclui a indústria farmacêutica, de órteses, próteses, dentre outras.) com as políticas públicas de saúde pré-estabelecidas pelos gestores que têm o dever de investir naquilo que de fato está previsto na legislação. O entendimento restritivo levaria à interpretação de não mais haver a necessidade de intervenção do Judiciário na efetivação de direitos e, conseqüentemente, do direito à saúde (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010).

No que se refere às críticas à judicialização, fez-se uma síntese das mais recorrentes, entre elas: i) na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma programática; ii) o problema de desenho institucional; iii) a questão da legitimidade democrática; iv) a questão da “reserva do possível”; v) a desorganização da Administração Pública que o fenômeno causa; vi) a questão da análise econômica do Direito; vii) a crítica técnica (BARROSO, 2008).

Destacou-se ainda a colisão direta de dois princípios envolvidos na judicialização: de um lado, aquele que garante ser dever do Estado assegurar aos indivíduos um núcleo mínimo de direitos fundamentais, sem os quais não há que se falar em vida digna; de outro, o princípio que institui que a atuação do Estado é limitada diante da indisponibilidade de recursos financeiros para atender e efetivar todos os direitos sociais acolhidos na legislação constitucional e infraconstitucional. Trata-se do embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Entendemos que a ponderação de interesses, feita no caso concreto, é a melhor forma de se aferir o grau de imprescindibilidade da concessão da tutela pelo Poder Judiciário. Nos casos em que ficar constatada a urgência da medida jurisdicional, o argumento da reserva do possível deverá ceder para que a saúde e a integridade do paciente sejam preservadas (SARLET, 2008). Essa regra vale para a análise do caso concreto, no entanto, pesando nas conseqüências coletivas nefastas que esta micro justiça individual pode causar, há caminhos de ponderação que podem ser utilizados, sendo a análise dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso e uma boa bússola para o juiz.

Por fim, averiguou-se que a busca de um ponto de equilíbrio entre os Poderes da República, nos termos do art. 2º da CF, em matéria de política de saúde, não pode deixar de passar por uma ponderação das possíveis vantagens e desvantagens da intervenção judicial. Entre as vantagens da judicialização das políticas públicas de saúde se destacam: i) concretização do direito social previsto no art. 6º da Constituição; ii) desestímulo ao mau funcionamento dos mecanismos de gestão das políticas públicas de Estado; iii) inibição ao esvaziamento de investimentos no setor de saúde; iv) óbice ao retrocesso social. Entre as desvantagens: i) a confusão entre micro justiça e macro justiça; ii) substituição de decisões técnicas elaboradas pelo Legislativo e Executivo por decisões superficiais do Judiciário; iii) desrespeito à reserva do possível e aos limites orçamentários; iv) eventual violação da harmonia entre os Poderes (MARRARA; NUNES, 2010).

Percebeu-se que os argumentos são abundantes para ambos os lados, mas a ponderação dos efeitos (positivos ou negativos) do controle judicial não deve, entretanto, ser feita de maneira generalizada em relação às diversas espécies de direito à saúde. Concluiu-se que não há uma solução para a postura judicial e não se trata de ser contra ou pró Judiciário. O que se deve buscar, em um momento de reflexão sobre o equilíbrio dos Poderes no âmbito das políticas públicas de saúde, é a maior oferta de justiça e bem-estar aos cidadãos, pelo Estado, a partir da atuação dos três Poderes.

A Audiência Pública nº 4 trouxe ao debate questões como a da: (i) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; (ii) obrigação ou não do Estado de fornecer prestação de

saúde prescrita por médico não pertencente ao SUS ou sem que o relativo pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; (iii) obrigação do Estado custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; (iv) obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais ainda não aprovados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou não recomendados pelos Protocolos Clínicos do SUS; (v) a obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas relações de medicamentos do SUS; (vi) fraudes no SUS. Os pontos levantados nos levam a ponderar as possíveis externalidades negativas que o processo de judicialização podem gerar, desorganizando o SUS e utilizando recursos escassos para a realização da micro justiça, comprometendo a materialização do direito à saúde como um direito social coletivo.

A Audiência Pública nº 4 do STF, resultou na elaboração da Recomendação nº 31, pelo Conselho Nacional de Justiça, que foi didática principalmente, no caso da micro justiça, e teve como principais justificativas: i) o número significativo de demandas em tramitação no Judiciário que tratam da assistência à saúde e os grandes gastos de recursos públicos como consequência desses processos judiciais; ii) a relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira; iii) a constatação, na Audiência Pública nº 4, da carência de informações clínicas apresentadas aos magistrados no tocante aos problemas de saúde alegados pelos autores dessas demandas; iv) os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil requerem prévia aprovação pela ANVISA, conforme as determinações do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, os quais têm a pretensão de garantir a saúde dos usuários contra práticas cujos resultados não se comprovaram ou mesmo contra aquelas que possam ser danosas aos pacientes; v) as constantes reivindicações dos gestores buscando serem ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência, bem como a imprescindibilidade do dever de dar importância à sua capacidade gerencial, às políticas públicas em vigor e à organização do Sistema Público de Saúde; vi) a prática de alguns laboratórios no sentido de não assistir os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência, bem como a vedação do item III.3, “p”, da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde.

Recomendou-se assim aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais a celebração de convênios para criação de grupos de apoio técnico compostos por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na elaboração de seu convencimento para apreciar das questões clínicas trazidas pelas partes nas ações relativas à saúde. Quanto às corregedorias, recomendou-se a prestação de orientações aos magistrados no sentido de (i) exigir a melhor instrução das demandas judiciais com relatórios médicos e descrições das doenças, inclusive CID; (ii) evitar autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA ou em fase experimental, ressalvadas as exceções da lei ; (iii) ouvir os gestores, preferencialmente por meio eletrônico, antes da apreciação de tutelas de urgência; (iv) verificar se os requerentes de assistência à saúde fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que serão estes os responsáveis pela continuidade do tratamento e; (v) determinar, em caso de concessão de medida consagrada em política pública já existente, a inscrição do beneficiário no respectivo programa.

No sistema democrático, o equilíbrio entre os Poderes é fundamental. Se a judicialização traz algumas vantagens ao cidadão *a priori*, também demonstra um quadro de hipertrofia de um dos Poderes que se sobressai em parte, pela ausência e insuficiência da atuação dos outros dois. O teor da Recomendação nº 31 do CNJ, demonstra claramente os desvios que as decisões judiciais difusas vêm causando no sistema. Mesmo naquilo em que se aponta como positiva a atuação judicial (concretização do direito social previsto no art. 6º da Constituição; desestímulo ao mau funcionamento dos mecanismos de gestão das políticas públicas de Estado; inibição ao esvaziamento de investimentos no setor de saúde e óbice ao retrocesso social) apenas o primeiro e o quarto seriam atribuições reais do Poder Judicial, pois o bom funcionamento da política pública e o investimento setorial em políticas públicas encontra outros foros privilegiados na Constituição para seu controle de eficácia, eficiência e

efetividade que não prioritariamente o Poder Judiciário.

Não obstante o Poder Judiciário venha apresentando um papel desorganizador do sistema e venha sendo instrumento involuntário do poder econômico da indústria de bens e serviços de saúde para atingir fins escusos, o que é uma lástima, também vem sendo uma via importante para a materialização de direitos e, até de forma contraditória, causa reorganizadora dos sistemas público e suplementar de saúde que têm de se adaptar à nova realidade: a da judicialização das políticas públicas de saúde.

## **6. PROPOSTA DE PARÂMETROS MITIGADORES DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Há a imprescindibilidade da estipulação de parâmetros para a racionalização da atuação jurisdicional em questões de saúde, especialmente em decorrência da desorganização que promove no sistema de saúde, bem como do significativo impacto orçamentário.

Gandini, Barione e Souza (2010) propõem critérios a serem seguidos quando da intervenção jurisdicional na efetivação da assistência farmacêutica pelo Poder Público. O objetivo é evitar prejuízos ao SUS e, conseqüentemente, à própria população. Entre os critérios: i) a observância do princípio ativo prescrito; ii) a observância da existência de registro do medicamento pleiteado; iii) a observância da pertinência da prescrição no tratamento do paciente; iv) a observância dos programas de assistência farmacêutica do SUS.

Já Barroso (2008), em síntese, discorre sobre parâmetros nas ações individuais e coletivas, cada qual com seus critérios. Propõe ainda que o Judiciário só possa determinar a inclusão, em relação de medicamentos, aqueles de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; que deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; que deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; e que deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida, considerando ainda o problema da legitimidade passiva dos órgãos estatais.

De todo o apanhado vê-se que os diversos conceitos e princípios aqui dispostos nos remetem a condição de escassez e competição por recursos no campo da saúde, daí apresentarem-se como medidas mitigadora das externalidades negativas da judicialização das políticas de saúde os seguintes tópicos:

i) Os usuários devem poder postular judicialmente, em ações individuais, os bens de saúde constantes das relações de medicamentos elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda deverá ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua relação o bem requerido solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado.

ii) Deve ser dado conta ao Poder Judiciário, em períodos temporais razoáveis, a necessidade ou não de continuidade da prestação jurisdicional (manutenção da decisão) e da efetividade do tratamento para o usuário atendido.

iii) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos bens de saúde, desde que precedida dos estudos e cuidados recomendados pelos protocolos internacionais de incorporação de tecnologias para atendimento a humanos, nas relações referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem prioritariamente às Agências Reguladoras na área de saúde, sob a alçada do Poder Executivo.

iv) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das relações de medicamentos e outros insumos para a saúde – o Judiciário só pode determinar que a Administração forneça bens de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos.

v) Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por bens disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os bens de eficácia comprovada, deve privilegiar



aqueles de menor custo, como os medicamentos genéricos.

vi) As análises de caráter orçamentário também devem ser consideradas, não como um motivo para o impedimento da concessão do bem em questão, mas como um limite ao abuso de poder econômico que se estabelece na prática da indústria tecnológica e farmacêutica, principalmente no que se refere a medicamentos, órteses, próteses, materiais especiais e sínteses. A disparidade de valores e toda a cadeia comissionada (que inclui muitas vezes o médico) geram abuso na cobrança de valores. Infelizmente, utiliza-se da desconsideração orçamentária do Judiciário nessas ações, para fixar no mercado um preço exorbitante e fictício destes bens onerando o orçamento que é eminentemente coletivo e impactando negativamente nas políticas de saúde preventivas e igualmente coletivas.

v) Além disso, uma reformulação do entendimento do Poder Judiciário sobre a natureza jurídica e o papel das Leis Orçamentárias como parte material do processo de planejamento tão valorizado no contexto constitucional, ajudará a materialização da macro justiça no que se refere às políticas públicas em geral com destaque especial para as de saúde pública.

vi) Urge que se viabilizem os meios de real participação social e democrática no SUS por meio de consultas públicas. As organizações participativas do sistema sempre serão diminutas diante da complexidade dos usuários e interesses envolvidos. Em tempos em que todos “dialogam” e pouco se resolve, os órgãos institucionais de participação no SUS (não obstante sua relevância histórica) parecem transparecer um tipo de assembleísmo que não tem sido capazes de apresentar caminhos de convergência e zonas de diálogos institucionais (entre sociedade, gestores e os Poderes Legislativo e Judiciário) efetivos ou suficiente para minimizar os excessos da judicialização ou as externalidades negativas que promove no sistema. A Audiência Pública nº4, promovida pelo STF mostrou que o caminho da abertura traz efeitos práticos poderosos.

## 7. CONCLUSÃO

Há que se analisarem distintamente os casos concretos de atendimento de um usuário pela via judicial, da visão coletiva da materialização do direito social à saúde. O processo judicial, assim como construído, privilegiará, na maioria das vezes, a análise individual do caso concreto, no entanto, o diálogo das instituições extraprocessual (Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, Ministério Público, Defensoria, Associações de Usuários, Gestores e Prescritores) parece ser a via mais adequada para a solução da questão coletiva e sistêmica.

Parece válido que a efetivação de direitos sociais, com destaque para o direito à saúde, que tem natureza individual e coletiva, pela via judicial é o pior caminho a ser tomado. Pensar sistematicamente outros mecanismos parece ser o mais adequado para garantir um equilíbrio entre desejos e necessidades de usuários e da indústria, visando as possibilidades e sustentabilidade, em longo prazo, das políticas públicas de saúde e dos próprios sistemas único e suplementar de saúde.

Para tanto, o Poder Judiciário faria um grande serviço à nação se revisse seu entendimento sobre o processo de planejamento e a natureza das leis orçamentárias podendo atuar em termos de macrojustiça distributiva, beneficiando as políticas públicas de saúde enquanto um bem de fruição coletiva.

Por fim, cabe ressaltar que diante da polissemia empregada na literatura jurídica ou especializada sobre os princípios da universalidade, integralidade e equidade não é uma interpretação constitucional válida ou sequer possível, aquela que defende que o sistema público de saúde desenhado pelo texto da CRF-88 atenderá integralmente aos desejos ou necessidades de todos os usuários que aportarem ao sistema.

Escolhas e prioridades são de direito e devem ser apontadas a partir da participação e dos pactos sociais que lhe sejam decorrentes. Nesse processo a lei orçamentária deve ser observada. Aí estará o legítimo poder/dever de decidir, a ser apresentado ao Poder Judiciário. Daí a necessidade de execução



do planejamento (ato político) materializado no plano (ato normativo) que obrigatoriamente deverá estar espelhado nas leis orçamentárias, cuja análise de execução será elemento central no processo de prestação de contas das políticas públicas de saúde como também na concessão da tutela judicial.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, G. *Direitos, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

AUDIÊNCIA PÚBLICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 4, 2009, Brasília. *Degravação eletrônica*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse público*, Belo Horizonte, n. 46, 2007. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2008. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.232, p.141-176, abr./jun. 2003.

CAMPOS, G.W.S. Reflexões *Temáticas sobre equidade e saúde: o caso do SUS*. *Saúde e Sociedade* 2006; 15(2):23-33.

DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA. *Conferência internacional sobre cuidados primários de saúde*. Alma-Ata, URSS, 1978. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>>.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios jurídicos. *Revista UNIARA*, Araraquara (SP), n. 20, 2007.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. *BDJur*, Brasília, 24 mar. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16694>>.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião do (org). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação dos recursos sanitários escassos*. Curitiba: Juruá, 2011.

HUNT, Paul. *Aula ministrada na Cuarto Encuentro Latinoamericano sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud en Bogotá*, Colombia. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=A3UPt8OTitM>.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE; Ana Carla, SANTOS, José Sebastião do (org). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

MEHRS, Emerson Elias *et al.* *O Trabalho em Saúde – olhando e experienciando o SUS no cotidiano*. São Paulo: HUCITEC, 2003.

SANTOS, José Sebastião dos *et al.* A via judicial para o acesso aos medicamentos e o equilíbrio entre as necessidades e desejos dos usuários, do Sistema Único de Saúde e da indústria. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 277-288.

SANTOS, J. S.; BLIACHERIENE, A. C.; UETA, J. A via judicial para o acesso aos medicamentos e o equilíbrio entre as necessidades e desejos dos usuários do Sistema de Saúde e da Indústria. *BIS. Boletim do Instituto de Saúde, Cidade*, v. 13, p. 66-75, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1998*. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>.

SCLIAR, Moacyr. *História do conceito de saúde*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>.

SPEDO, Sandra Maria. *Desafios para implementar a integralidade da assistência a saúde no SUS: estudo de caso no município de São Paulo (SP)*. Tese de Doutorado. Faculdade de Saúde Pública da USP. Orientador: Oswaldo Yoshimi Tanaka. 2009.

TEIXEIRA, Carmen. *Os princípios do Sistema Único de Saúde*. 2011. Disponível em: <[http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS\\_PRINCIPIOS\\_DO\\_SUS.pdf](http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf)>.

---

**Recebido em:** 06/11/2016

**Aprovado em:** 13/02/2017

# A INFORMAÇÃO E A COMUNICAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Um Olhar sobre as Nuances e Perspectivas da Sociedade em Rede

## INFORMATION AND COMMUNICATION IN STATE LAW DEMOCRACY: A Look at the Subtle and Society Perspectives Network

BRUNO MELLO CORREA DE BARROS <sup>1</sup>  
RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA <sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem o condão específico de tratar acerca dos paradigmas da informação e da comunicação no Estado Democrático de Direito, com um olhar atento a partir das perspectivas e nuances desenvolvidas na sociedade em rede. É cediço que a tecnologia permeia cada vez mais a forma organizativa dos arranjos empresariais, industriais, econômicos, culturais, além dos âmbitos públicos e privados, de modo que afeta também potencialmente a morfologia social. Assim, pretende-se, nessa configuração, averiguar os impactos oriundos das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) nos prismas essenciais ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, ou seja, a informação e comunicação livres, em consonância com as liberdades individuais e coletivas, próprias de um Estado comprometido com a democracia e o bem-estar dos seus cidadãos. Para tanto, utiliza-se como aporte metodológico preliminarmente o método de abordagem dedutivo, ancorado na máxima constitucional da informação e comunicação, e em segundo momento, o método de procedimento monográfico, baseado em pesquisa doutrinária, em artigos científicos e obras nesse eixo temático.

**Palavras-Chave:** Comunicação; Estado Democrático de Direito; Informação; Sociedade em Rede; Mídias Informacionais.

**ABSTRACT:** This article has the specific power to address about the information and communication paradigms in the Democratic State of Law, with a close look from the perspective and nuances developed in the network society. It's musty that technology increasingly permeates the organizational form of business, industrial, economic, cultural arrangements, in addition to public and private spheres, so that also potentially affects social morphology. So, it is intended in this configuration, determine the coming impacts of Information and Communication Technologies (ICT) in the essential materials to the development of the democratic rule of law, ie free to information and communication, in line with the individual and collective freedoms, own a state committed to democracy and the welfare of its citizens. Therefore, it is used as a methodological contribution preliminarily deductive method of approach, anchored in the constitutional maximum of information and communication, and second time, the method of monographic procedure based on doctrinal research, scientific articles and works in this thematic area.

**Keywords:** Communication; Democratic State; Information; Informational media; Network society.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Membro do Grupo de Pesquisa intitulado "Centro de Estudos e Pesquisas em Direito & Internet" (CEPEDI). Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Membro associado da Academia Nacional de Estudos Transnacionais (ANET). E-mail: brunomellocorreas@gmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Adjunto III do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS). Professor do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Líder e Coordenador do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito & Internet (CEPEDI). E-mail: advrso@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

A atual configuração do Estado Democrático de Direito passa por inúmeros desafios na contemporaneidade, especialmente impulsionados pela amplitude de utilização e permeabilidade das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), especialmente a Internet, mas também pelas novas mídias informacionais, na vida dos cidadãos, no âmbito público e privado. Esse aspecto coloca em xeque paradigmas e ideários até então constituídos e consolidados, chamando a atenção de legisladores, estudiosos, profissionais do Direito e operadores jurídicos a sopesar essa sistemática toda e pensar em novos arranjos jurídicos que possam satisfazer os anseios sociais e impulsionar o desenvolvimento e o progresso social, com inclusão e respeito aos direitos e garantias instituídos e preconizados pelo arcabouço legal.

Nesta direção que caminha o artigo em tela, onde pretende-se, nessa configuração, averiguar os impactos oriundos das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) nos prismas essenciais ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, ou seja, a informação e comunicação livres, em consonância com as liberdades individuais e coletivas, próprias de um Estado comprometido com a democracia e o bem-estar dos seus cidadãos. Nessa perspectiva, apresenta-se a informação e a comunicação como elementos centrais e fundamentais para o desenvolvimento científico e tecnológico, dando origem à fase de transição para a era da informação que está em evolução, diminuindo a necessidade de acesso físico e aumentando a demanda por acesso em rede, através das tecnologias informacionais.

Assim, contemplando o a proposta efetuada, o artigo desenvolve-se a partir de um cronograma específico, baseado em três seções essenciais, sendo que primeira delas corresponde à informação e a comunicação em um prisma característico, qual seja o da sociedade globalizada, permeando as perspectivas desse cenário hodierno. O segundo eixo diz respeito à utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) e novas mídias informacionais como ferramentas que propiciam o progresso e o desenvolvimento. Já o terceiro e último ponto trata detidamente do Estado Democrático de Direito e o impacto ocasionado pela informação e a comunicação, em suas novas perspectivas, na sociedade em rede.

Para a realização de todo o plano proposto elencou-se um aporte metodológico cabível ao desenvolvimento do tema, assim, utiliza-se preliminarmente o método de abordagem dedutivo, ancorado na máxima constitucional da informação e comunicação, e em segundo momento, o método de procedimento monográfico, baseado em pesquisa doutrinária, em artigos científicos e obras nesse eixo temático.

## 2. A INFORMAÇÃO E A COMUNICAÇÃO SOB AS NUANCES E PERSPECTIVAS DA SOCIEDADE GLOBALIZADA

O desenvolvimento social e econômico de uma sociedade, bem como a redução dos níveis de desigualdade social caracterizam-se como alguns dos pressupostos de atuação de um Estado preocupado com a garantia mínima de proteção dos direitos de seus cidadãos. Contudo, para que seja possível a formação de uma cultura de investimentos em áreas exponenciais para o desenvolvimento humano como saúde e educação, moradia, segurança pública, no atendimento de necessidades básicas e primordiais, se faz necessário vislumbrar as condições do exercício de tais direitos, o que, necessariamente, diz respeito aos demais âmbitos que perpassam a malha social, tais como o ambiente político, cultural e, especialmente, as mídias que controlam os bens culturais e críticos da sociedade, como a informação e a comunicação, os quais aventam a preocupação essencial deste ensaio, numa perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, a informação e a comunicação constituem as balizas que perpassam o condicionamento de muitos outros direitos, ao qual o exercício da cidadania está adstrito, como, por exemplo, o

direito ao sufrágio. Assim, a informação e comunicação são vetores da mudança, orientam o comportamento social a partir dos conteúdos ventilados, formam a criticidade e moldam a consciência coletiva, o que reverbera, a sua potencialidade de mudança e transformação social. Desta feita, tamanha a importância de tais direitos que a própria Constituição Federal de 1988 traz um capítulo destinado especialmente à comunicação social, esculpindo as diretrizes e normativas de tal composição de direitos.

A palavra informação tem sua origem no latim, do verbo 'informare', que significa dar forma ou aparência, colocar em forma, criar, mas também representar, construir uma ideia ou noção (ZEMAN, 1970, p. 155). Atualmente, um conjunto de fatores está trazendo á tona uma nova fase de reorganização da sociedade, promovendo profunda transformações políticas, econômicas e sociais, principalmente nos processos de produção e negócios. Essas mudanças não são meramente tendências ou modismos, são, de fato, forças externas, como a globalização, a informatização, a formação de extensas e densas teias de comunicação e informação. Todas interagindo sistematicamente, tendo a tecnologia como principal epicentro (RÉGIS; CAMPOS, 2009, p. 2885).

Percebe-se, com isso, que a crescente utilização da tecnologia para manuseio e transformação da comunicação e da informação ocorre de maneira concentrada hodiernamente, e nesse sentido valem as palavras de Camargo (1978, p. 43-44) que "a comunicação é a parte integrante da existência humana e a informação é destinada a proteger e a promover os valores humanos." Dito isso, convém reforçar que os meios de comunicação de massa representam importante agência de desenvolvimento, vez que introduzem padrões de comportamento, desenvolvem motivações e criam expectativas ideais de atuação e modos de vida (CAMARGO, 1978, p. 43-44).

Considerando a informação o insumo básico para o desenvolvimento científico e tecnológico, a fase de transição para a era da informação continua em evolução, diminuindo a necessidade de acesso físico e aumentando a demanda por acesso em rede, podendo a mesma ser obtida de maneira praticamente instantânea, com velocidade exponencial. Do contrário, torna-se desinformado. A troca de informações entre diferentes usuários de diferentes regiões em tempo bastante reduzido vem permitindo uma grande transformação nas tecnologias, gerando novos produtos em tempos recorde (RÉGIS; CAMPOS, 2009, p. 2885).

Dando sequência, a complexidade do conceito de informação e sua natureza específica tão peculiar estão exemplarmente, ilustradas na célebre observação de Wiener (1970, p. 132), que aduz "informação é informação, nem matéria e nem energia. Nenhum materialismo que não admita isto pode sobreviver nos dias de hoje." Ainda na percepção de Wiener (1970, p. 17-18), a informação é um termo que designa o conteúdo daquilo que permutamos com o mundo exterior ao ajustar-se a ele, e que faz com que esse ajustamento seja nele percebido. O processo de receber e utilizar a informação é o processo do ajuste às contingências do meio ambiente e do efetivo viver nesse meio ambiente.

Nessa base, a necessidade de reestruturação do capitalismo impulsiona a adoção, a diversificação da mídia e o desenvolvimento das tecnologias da informação e da sua articulação em rede (CASTELLS, 2002). Assim, essa articulação em rede proporcionada pelas novas mídias e o desenvolvimento tecnológico das ferramentas de informação e comunicação apontam para uma nova dimensão na relação entre pessoas, famílias, amigos, empresas, Estados e nações. De fato, a informação parece ter substituído a energia como elemento central da vida econômica, primeiro dos países mais desenvolvidos e depois se expandindo para todas as áreas do planeta sujeitas às regras de mercado (CARDOSO, 2007, p. 102).

Não se pode olvidar que desde o final da Segunda Guerra Mundial, o conhecimento, a informação e a comunicação se converteram em elementos fundamentais para se gerar riqueza e poder na sociedade. Além disso, vive-se em uma cultura e em uma sociedade que está em constante transformação, quer porque o contexto econômico, social, político e cultural está cada vez mais massificado, internacionalizado e globalizado, quer porque as relações de vida, estudo, trabalho e capital estão mudando



rápida e constantemente (ORTH, 2007, p. 22). Sabe-se que a informação e a comunicação constituem a chave dessa nova era da globalização, que faz a sociedade mudar de forma muito célere.

A globalização é um fenômeno que tem por égide a união, contudo, pressupõem a unificação dos Estados-Nacionais, os quais passam a ter relação de interdependência. Esse processo tem sua consolidação com o fim da Segunda Guerra Mundial (anos 1970) e com a emergência dos meios técnico-científicos informacionais<sup>3</sup>. Assim, o processo de globalização tem seu desenvolvimento na expansão em níveis econômicos, culturais e políticos, visto que ocorreu com a participação e o aceite dos presidentes e chefes de Estado nacionais, os quais passam a servir aos interesses das empresas e do capital hegemônico. A partir da unicidade técnica (modelo técnico único), tendo por base o sistema capitalista e da forma como está configurado o processo de globalização, há uma transformação expressiva do consumo em ideologia de vida, fazendo dos cidadãos consumidores, massificando e padronizando a cultura, de forma que contribui na concentração de riquezas nas mãos de poucos (SANTOS, 2013).

Na perspectiva de Milton Santos (2013) a globalização teria como preocupação única a satisfação dos interesses dos agentes hegemônicos, seria desta forma, perversa, gerando a produção estrutural da violência, gerada pela competitividade e acirramento seriam algumas de suas consequências. Da mesma forma, pode-se reiterar os índices de pobreza que se acentuaram em diversos Estados a partir da globalização, sobretudo, Estados ricos. A reestruturação da malha social, política, cultural e econômica a partir dos avanços tecnológicos têm levado a problemas no âmbito dessas nações, tais como miséria, pobreza, exclusão social e desemprego. Este último em decorrência da substituição da mão-de-obra humana pela mecanizada.

Em senda oposta Sen (2001) aponta que a globalização não é nova e nem eminentemente ocidental, nem tampouco é uma maldição, posto que durante milhões de anos tenha contribuído para o progresso do mundo através das viagens, do comércio, de imigração, de muitas influências culturais e da disseminação do conhecimento e saber incluindo a ciência e a tecnologia. Nesse pressuposto, não há que se falar em obscurantismo na globalização, visto que muitos dos processos de transformação da sociedade têm seu lado positivo e negativo, levando-se a condições de desenvolvimento e também de retrocesso.

Todavia, não se pode negar ou levar a cabo as condições geradas pelas tecnologias, vez que a ampliação do conhecimento e dos processos de saberes alargaram-se enormemente a partir dos fluxos de informação e também da comunicação célere, multimodal, horizontalizada, que permite a interatividade e a eliminação potencial de fronteiras temporais e geográficas. Portanto, a comunicação e a informação constituem-se fulcralmente como balizas de suma importância na sociedade globalizada e marcada pelas tecnologias, especialmente pelas suas nuances e perspectivas que desenvolvem e que permeiam outras áreas, como a seara do Direito, por exemplo, que sofre a influência do paradigma tecnológico e é levado a se reinventar, resgatando ideários e promovendo respostas aos anseios sociais.

Nesse sentido, cabe um olhar sobre o desenvolvimento na contemporaneidade, que está marcado pela utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) e mídias informacionais como aliados ao progresso, sobre tal sistemática que se passa a explorar no tópico a seguir.

---

<sup>3</sup> Na visão de Santos (2013) meio técnico-científico informacional corresponde a atual fase dos processos de transformação da natureza e construção do espaço geográfico. Tem a sociedade tecnológica como sua principal expressão, assim, para chegar ao meio técnico-científico informacional o espaço geográfico passou por uma periodização, constituindo-se esse meio natural, meio técnico, até a construção do paradigma vigente.



### **3. AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC) E MÍDIAS INFORMACIONAIS: UM OLHAR SOBRE O DESENVOLVIMENTO NA CONTEMPORANEIDADE**

Neste eixo tratar-se-á sobre o desenvolvimento na contemporaneidade a partir das Tecnologias da Informação e Comunicação e novas mídias informacionais, contudo, para que seja possível essa visualização, cabe referir inicialmente sobre a revolução informacional, para a partir daí traçar um olhar sobre o que se entende por TIC e também o que se pode referir acerca das novas mídias informacionais na contemporaneidade.

É mister referir que a revolução informacional é, primeiramente, uma revolução tecnológica de conjunto, que se segue à revolução industrial em vias de terminar. Mas é muito mais do que isso, visto que constitui o anúncio e a potencialidade de uma nova civilização, pós-mercantil (LOJKINE, 2002, p. 11). É verdade, como verifica-se, que a transferência, para as “máquinas” de um novo tipo de funções cerebrais abstratas (o que propriamente caracteriza a automação) está no coração da revolução informacional, já que tal transferência tem como consequência fundamental deslocar o trabalho humano da manipulação para o tratamento de símbolos abstratos – e, pois, deslocá-lo para o “tratamento” da informação.

Neste sentido, a revolução informacional nasce da oposição entre a revolução da máquina-ferramenta, fundada na objetivação das funções manuais, e a revolução da automação, baseada na objetivação de certas funções cerebrais desenvolvidas pelo maniquismo industrial (LOJKINE, 2002, p.14). Sem resumir a revolução informacional, especialmente as novas cooperações entre serviços e produção -, o instrumento informático pode permitir, conectado a outras novas técnicas de telecomunicação, a criação, a circulação e a estocagem de uma imensa massa de informações outrora monopolizados, e em parte esterilizados, por uma pequena elite de trabalhadores intelectuais (LOJKINE, 2002, p. 15).

Percebe-se, com isso, a formação de novas estruturas, que passam a utilizar as novas formas tecnológicas e se beneficiar com as mesmas, como, por exemplo, as estruturas de mídia, que com a colaboração de capital externo fomentam a consolidação de seus arranjos empresariais e econômicos. Assim, a soma dos prefixos dos setores convergentes (informática, telecomunicação e comunicação) em uma só palavra – infotelecomunicações – designa a conjunção de poderes estratégicos relacionados ao microcampo multimídia. O paradigma infotelecomunicacional constitui vetor decisivo para expansão dos complexos midiáticos, tendo por escopo a comercialização diversificada e sem limites geográficos (MORAES, 2002, p. 11).

Não só porque as novas tecnologias da informação permitem, romper, efetivamente, com tais divisões seculares e até mesmo milenares, mas, também, porque a manutenção dos antigos muros, responsáveis por resguardar a informação estratégica contra a tirania das pequenas decisões, na realidade só agrava, os círculos viciosos, os bloqueios informacionais e organizacionais. Isto significa que a revolução informacional consagra o triunfo definitivo da informação sobre a produção, do saber científico sobre a habilidade e, por consequência, do produtor de informações sobre o produtor de produtos materiais (LOJKINE, 2002, p. 23).

Dito isso, com o surgimento da computação eletrônica e da informática, a tecnologia adquire o predomínio que detém atualmente e, de maneira extraordinária, o seu desenvolvimento fez que atingisse uma posição dominante na cultura moderna. Por sua vez, cabe colocar que as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) constituem-se, segundo Veloso (2011, p. 49) como o conjunto de dispositivos, serviços e conhecimentos relacionados a uma determinada infraestrutura, composta por computadores, *softwares*, sistemas de redes, os quais teriam a capacidade de produzir, processar e distribuir informações para organizações e sujeitos sociais. Um traço marcante e fundamental das TIC é o fato de serem produto da convergência e do imbricamento das telecomunicações com a informática e a computação.

Para Bonilla (2005), as Tecnologias da Informação e Comunicação superam e transformam as

formas de criação, transmissão, armazenamento e significação das informações, próprias de sistemas anteriores, e com elas instauram-se as possibilidades de novas lógicas, novas articulações de linguagens, com base em novos suportes, em novas máquinas dotadas de grande capacidade de armazenamento, processamento e troca de informações em alta velocidade. Seguindo a mesma lógica encontram-se as novas mídias, que segundo Colombo (1995) podem ser definidas como todos os meios, de comunicação, de representação e conhecimento (isto é, *media*), nos quais encontra-se a digitalização do sinal e do seu conteúdo, que possuem dimensões de multimídia e interatividade. Já Silverstone (1994) igualmente contribui na procura de uma definição para novas mídias quando ressalva que, olhadas isoladamente, as supostas características distintas das novas mídias (convergência digital, comunicação de muitos para muitos, interatividade, globalização e virtualidade) são, na maioria dos casos, não distintamente novas. A novidade é a sua conjugação num mesmo suporte tecnológico.

Na visão de Cardoso (2007) as novas mídias podem ser apelidadas, pois são mídia por serem mediadores de comunicação interpessoal e meios de comunicação de massa, porque são indutores da mudança organizacional e de novas formas de gestão do tempo, porque procuram a síntese da retórica textual e visual, promovendo novas audiências e ferramentas de reconstrução social. Assim, tanto as tecnologias informacionais como as novas mídias são indutoras de mudanças sociais e promovem novas percepções de desenvolvimento na contemporaneidade, devido às suas muitas funções e utilizações.

Na mesma senda, a era da tecnologia que se vivencia hodiernamente é resultado do conjunto de inovações e descobertas que a ciência já produziu ou vem produzindo. As consequências das novas tecnologias são inúmeras, e seu poder multiplicar tem se voltado a quase todos os campos da esfera humana, seja no lar, na escola, na indústria, na fábrica, na igreja, na cultura ou no lazer. Em todas essas áreas, a tecnologia tem trazido novas linguagens, novas possibilidades, novos conhecimentos, novos pensamentos, novas formas de expressão e, conseqüentemente, novos desafios e perspectivas (VELOSO, 2011, p. 39-40). Se por um lado, a exploração e sua intensificação aumentam com o incremento tecnológico, por outro se pode afirmar que a humanidade passa a ter condições para uma melhora na qualidade de vida, resultado, por exemplo, de uma média de vida muito maior quando comparada ao início do século XX (GRINSPUN, 2009, p. 23).

O potencial das Tecnologias da Informação e Comunicação e também das novas mídias, através da Internet, tem se mostrado extremamente louvável e significativo. No âmbito das Lutas sociais, Moraes (2001, p. 140) destaca a importância do aparato tecnológico, que com seu ambiente tendencialmente interativo, cooperativo e descentralizado, pode ser útil para o fortalecimento da sociedade civil, difundindo valores e fomentando o acesso a direitos. Tal recurso pode facilitar a intercomunicação de indivíduos e agrupamentos heterogêneos, permitindo, em tese, a defesa de identidades culturais, a promoção de valores éticos e a democratização da esfera pública. Trata-se de uma abordagem que toma a Internet como possível potencializador de práticas democráticas, propiciando, dentre outras possibilidades, “a organização de grupos de conversação, plebiscitos, indicativos e consultas sobre distintos temas, disseminando informações na sociedade”, realçando-a e fortalecendo-a como espaço político (MORAES, 2001).

No que tange especificamente ao desenvolvimento a tecnologia compreende os meios com os quais, o homem amplia suas capacidades, visto que não inclui apenas instrumentos, máquinas e outros implementos, mas também os conhecimentos e habilidades necessárias à utilização dos meios disponíveis. Ela depende, portanto, de pessoas especializadas, os quais podem ser denominados “trabalhadores do conhecimento”. Logo, a capacidade de obter ou produzir novos conhecimentos, produtos, insumos e com eles gerar tecnologia é um fator que contribui para o surgimento da tecnologia da informação e potencializar o desenvolvimento na contemporaneidade.

Ademais, nesse ambiente, é notável o papel da informação no campo social e político como

fator essencial para o progresso econômico e social, pois segundo Targino (1998, p. 37), ela se impõe como a mais poderosa força de transformação do homem, aliando-se aos modernos meios de comunicação para conduzir o desenvolvimento científico e tecnológico das nações, além do progresso, por meio da tão propalada transferência de informação ou difusão de novas ideias e tecnologias. Seguindo essa linha de pensamento, informação pode ser considerada tanto fator de produção como recurso para o processo produtivo, do ponto de vista macro e microeconômico, respectivamente.

Nesta direção, com a dinâmica de inovação, as TIC e mídias são imprescindíveis para o desenvolvimento social e econômico, em nível global. Nesse ínterim, observando tal cenário a própria Administração Pública passou a utilizar-se destes meios, os quais possuem vários objetivos, tais como: o alcance e a melhoria contínua da qualidade; o aumento da eficácia e da eficiência; a transparência dos atos administrativos; a fiscalização das ações governamentais e a participação popular no exercício da cidadania, por meio da facilidade de acesso a serviços públicos ofertados na Internet, por meio das TIC (PEREIRA; SANTOS, 2010, p. 153).

Assim, encerrando esta seção e corroborando com todo o conteúdo explanado, fica a evidência de que a utilização das novas tecnologias informacionais e das mídias propiciam o melhor desempenho econômico, por intermédio da maior produtividade, já que como afirma Lopes (2009, p. 999) “a produtividade, a inovação contínua e a mudança tecnológica são consideradas como os principais catalisadores locais do desenvolvimento [...]”. Sem embargo, as TIC podem ser consideradas, aliadas à estrutura das novas mídias informacionais na contemporaneidade, um dos fatores mais importantes para as profundas mudanças – de paradigma inclusive – no mundo e, com a dinâmica de inovação e celeridade, tornam-se imprescindíveis para a economia global e seu desenvolvimento.

Nada obstante a este cenário, também importa prescrever sobre as interfaces que a informação e a comunicação desempenham na sociedade em rede, especialmente traçando um olhar atento e específico sobre o Estado Democrático de Direito e as suas nuances de impacto. Esse conteúdo que a próxima seção do presente artigo passa a contemplar.

#### **4. A INFORMAÇÃO E A COMUNICAÇÃO NA PERSPECTIVA DA SOCIEDADE EM REDE E O IMPACTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

É inegável o impacto que as tecnologias digitais propiciaram em muitos direitos a outras lógicas e a utilização da Internet mostrou-se ferramenta eficaz nessa abertura comunicacional, empoderando os indivíduos e orientando novas óticas. Essa nova perspectiva possibilita a horizontalidade entre àqueles que detêm os meios técnico-científicos de controle da informação e os seus receptores, já que essa divergência entre a busca por maior democratização e a influência dos proprietários dos meios de comunicação, por exemplo, existiu em toda a história e independente da tecnologia (BICALHO; SOUZA, 2015, p. 353).

Por sua vez, nunca houve um mecanismo com potencial tão amplo quanto a Internet, visto que a mesma oferece uma dinâmica de interação diametralmente diferenciada dos meios de comunicação tradicionais, tendo em seu cerne a interatividade, e também dotada da capacidade profícua de vencer fronteiras temporais e geográficas. Nesse aspecto Lévy (2010, p. 190) considera:

Troca de saberes e de experiências, redes de ajuda mútua, maior participação da população nas decisões políticas, aberturas planetária para diversas formas de especialidades e de parceria, etc. [...] uma nova orientação das políticas de planejamento do território nas grandes metrópoles poderia apoiar-se nas potencialidades do ciberespaço a fim de encorajar as dinâmicas de reconstituição do laço social, desburocratizar as administrações, otimizar em tempo real os recursos e equipamentos das cidades, experimentar novas práticas democráticas.

Essencialmente nocivo e perigoso para o Estado Democrático de Direito comprometido com a democracia e cidadania é o controle da informação por agentes particularizados, restringindo a ótica sobre os assuntos e conteúdos relevantes para o cenário nacional e que devem ter ampla divulgação e repercussão pelo coletivo social. Assim, Pariser (2012, p. 55) considera os problemas de formação da opinião devido ao controle destas empresas sobre as informações acessíveis, e nesse contexto, considera a opinião pública formada maleável demais.

Ademais, para configurar a visualização da informação e comunicação na sociedade em rede impactando o Estado Democrático de Direito, cumpre um olhar acerca dessa forma organizativa de Estado, para entender suas nuances e importância. Nesse propósito, o Estado democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. Logo, nesse sentido a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando (SILVA, 1988, p. 21).

Nesse sentido, a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, II), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício (SILVA, 1988, p. 22).

Nesse sentido, a Constituição Federal dispôs um rol de princípios, estes que tem a prerrogativa de viabilizar os ditames do Estado Democrático, limitar-nos-emos a apenas indicar esses princípios, sem adentrar em pormenores, os quais são os seguintes: a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional;

No mesmo ponto, cabe referir o b) princípio democrático que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º). c) sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais (Títulos II, VII e VIII); d) princípio da justiça social, referido no art. 176, *caput*, no art. 198, como princípio da ordem econômica e da ordem social; e) princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, e inciso I); f) princípio da divisão de poderes (art. 2º) e da dependência do juiz (art. 100); g) princípio da legalidade (art. 5º, II) e h) princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII).

Contudo, a Constituição de 1988 não chegou a estruturar um Estado Democrático de Direito de conteúdo socialista, mas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania, que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana (SILVA, 1988, p. 22). Nesse ínterim que se prescreve acerca da necessidade de abertura comunicacional, empoderando os indivíduos através da informação, potencializando-os acerca dos conteúdos que são essenciais ao conhecimento da cidadania.

No mesmo sentido, Bobbio (1992) já anunciava que “o problema fundamental em relação aos

direitos do homem, hoje, não é tanto justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” A atualidade, com a emergência das Tecnologias da Informação e Comunicação como precursores do desenvolvimento social e também da informação revestida como um ativo econômico importante requer uma atenção especial dos legisladores e também dos operadores jurídicos, visto a grande amplitude de modificações e impactos relacionados aos direitos que são emergentes. Assim, direitos de personalidade, que tocam à intimidade, vida privada, ao esquecimento, bem como que tangenciam a matéria de propriedade intelectual e autoral são apenas alguns dos âmbitos que são desafiados pelas novas tecnologias informacionais.

Sem embargo, as circunstâncias sociais, econômicas e políticas atuais podem representar ainda mais sérias violações ao Estado de Direito e à democracia – pois violações sempre existiram, principalmente com os setores sociais mais vulneráveis (ADAMI; SARLET, 2009, p. 525). A partir dessa perspectiva, segundo a visão de Adami e Sarlet (2009, p. 525) na contemporaneidade torna-se importante realizar uma afirmação do Estado Democrático de Direito, especialmente nas democracias periféricas, tão recentes e tão já fragilizadas, reafirmando a importância e respeito aos direitos do homem. Corroborando com tal afirmação se verifica que o Estado Democrático de Direito, formação do Estado Constitucional, assenta-se numa perspectiva global de transformação da realidade, não se restringindo, como cabia ao Estado Social, a “uma adaptação melhorada das condições sociais de existência” (STRECK; MORAIS, 2000, p. 93).

Ademais, os novos parâmetros substantivos que permeiam a conformação do Estado Democrático de Direito contemporâneo reintroduzem a consideração dos fins e valores que a sociedade e o Estado devem promover. As transformações sociais, econômicas e político-institucionais operadas hodiernamente impulsionam a transposição da análise tradicional das construções da modernidade. As ponderações daí decorrentes têm, proteções sobre o comportamento do Estado, uma vez que toca ao Estado Democrático de Direito, objeto essencial da estrutura desta análise. Nessa performance, desloca-se o olhar para a revolução da tecnologia (também e especialmente da revolução da comunicação) que implicou que a mensagem adquirisse um conteúdo bastante importante (ADAMI; SARLET, 2009, p. 524).

Percebe-se com isso, que a informação e a comunicação passaram a mobilizar-se de uma forma fulcral nestes novos tempos, uma vez que as implicações decorrentes de seus usos e finalidades são verificados tanto em âmbitos públicos quanto privados. Com base nisso, o que se vislumbra ainda é a acentuada formação de estruturas de poder ligadas ao sistema de mídia, as quais se utilizam da informação e da comunicação como vetores de permanência dos poderes hegemônicos dominantes, o que potencialmente afeta os ideários de um Estado Democrático de Direito pluralista e potencializador de vozes dissonantes.

O sistema de mídia se articula cada vez mais em torno de duas redes principais, que por sua vez comunicam-se por meio de diferentes tecnologias de comunicação e informação. Essas redes constituem-se respectivamente em torno da televisão e da Internet estabelecendo nós com diferentes tecnologias de comunicação e informação como o telefone, o rádio, a imprensa crítica etc. (CARDOSO, 2007, p. 17). Não é possível compreender a mídia na sociedade em rede limitando a análise ao espaço físico de um único país. Hoje em dia os sistemas de mídia nacionais encontram-se interligados pelo pertencimento de suas instituições, empresas e organizações a múltiplas redes de relação e poder, tal como os seus cidadãos, partilhando assim espaços de fluxos (CASTELLS, 2002).

Nesta direção que se desenvolve, estrutura e edifica uma nova morfologia social e organizativa, cunhada por teóricos e estudiosos como Castells (2002) e Cardoso (2007) como sociedade em rede. A ideia de sociedade em rede tem implícita uma lógica de coexistência e de não substituição imediata. Ou seja, as sociedades em rede coexistem com as sociedades industriais, como estas coexistiram (e por vezes ainda coexistem) com elementos das sociedades de características majoritariamente agrárias (CARDOSO, 2007, p. 24). A partir desse incremento tecnológico se verifica um



aumento vultoso em se tratando da concentração de poder nas mãos dos grupos já beneficiados por suas estruturas, uma vez que fazem valer os seus aportes financeiros, desafiando muitas vezes as barreiras dos Estados Nacionais.

Este é o significado concreto da articulação existente entre o modo de produção capitalista e as TIC, uma sinergia que alimenta a acumulação de capital financeiro numa economia de interconexões eletrônicas (CASTELLS, 1998, p. 506-510). Segundo essa visão, a posição distintiva do sistema tecnológico diz respeito à sua incorporação ao capitalismo, caracterizada, na visão de Castells, pela capacidade de traduzir todos os aportes de informação em um sistema comum e de processá-los a velocidades crescentes. A hipótese de partida para a caracterização do sistema de mídia na sociedade em rede atual é que, ao contrário do que muitas vezes sugerido (ORTOLEVA, 2004), o que o caracteriza não é a convergência tecnológica, mas sim a sua organização em rede. Essa organização ocorre em diversos níveis, desde o da relação tecnológica, à organização econômica e à adequação social (CARDOSO, 2007, p. 16).

Por fim, diante dessa exposição, resta evidenciado à caracterização de uma sociedade em rede altamente tecnológica, célere e rendida aos imperativos econômicos, sobretudo da grande, massiva e hegemônica mídia, que se utiliza dos seus recursos e passa a manobrar com a informação e a comunicação, os quais deveriam e devem ser os pontos-chave de libertação, caracterizados como fontes de conhecimento e transformação social e do cenário contemporâneo. Não se pode olvidar das possibilidades surgidas com as tecnologias informacionais e nem de suas benesses para o desenvolvimento, contudo, deve-se traçar um olhar atento também às nuances de riscos e nocividades aos direitos já conquistados, aos novos direitos – emergentes nessa sociedade em rede – e aos alicerces do Estado Democrático de Direito, como a informação e a comunicação, vértices de exploração teórica neste artigo.

## 5. CONCLUSÃO

Percebeu-se ao longo da explanação realizada e literatura revisada que não restam dúvidas relativas ao processo de transformação que está em curso, onde cada vez mais sociedades estão conectadas globalmente, onde há o nascimento de uma nova morfologia social, que se desempenha através de redes de múltiplos usos e finalidades. A revolução informacional não perpassa comparativos, visto que é muito mais profunda que a Revolução Industrial operada anteriormente, pois afeta dois elementos preponderantes da vida humana, a informação e a comunicação.

Nesse aspecto que se debruçou o estudo realizado, sob as performances que a informação e a comunicação traduzem na sociedade em rede atual. Logo, no primeiro eixo pôde-se vislumbrar as nuances e perspectivas que a informação e a comunicação potencializam na sociedade globalizada, interligando pontos e rompendo com paradigmas relativos a tempo e espaço, da mesma forma que se observou pontos relacionados às benesses e também aspectos negativos do processo de globalização sofrido.

O segundo eixo encarregou-se de demonstrar que as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) são potenciais ferramentas de desenvolvimento econômico, social, político e cultural, uma vez que permeiam muitos âmbitos, como o público e privado, afetando empresas, instituições, sociedade civil e a própria máquina pública, a partir de sua modernização. Por fim, a terceira e última seção destinou-se a descortinar o Estado Democrático de Direito e a sua perspectiva fundante, expondo características e peculiaridades e indo além, permissionando vislumbrar os impactos da informação e comunicação na caracterização da sociedade em rede e a perspectiva dos novos direitos.

Diante dessa exposição, fica evidente o impacto traduzido pelas Tecnologias da Informação e Comunicação sobre a política, esfera pública, cultura, economia e seara social, rompendo balizas instituídas e requerendo uma nova ordem de direitos e prerrogativas. Como uma tendência histórica, as



funções e os processos dominantes na era da informação estão cada vez mais organizados em torno de redes, as quais modificam de forma substancial as relações, operações e os resultados dos processos produtivos, de experiência e de gerenciamento do conhecimento e informação. Em função disso, o informacionalismo visa o desenvolvimento tecnológico, na forma de acumulação de conhecimentos e maiores níveis de complexidade do processamento da informação. É a busca por conhecimentos, informação e comunicação que caracteriza a função da produção tecnológica no informacionalismo.

## REFERÊNCIAS

ADAMI, Betina da Silva; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Democrático de Direito, Proporcionalidade e Políticas Públicas de Segurança na contemporaneidade. In: *IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUC-RS*, 2009. Disponível em: <[http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV\\_MOSTRA\\_PDF/Direito/72100-BETINA\\_DA\\_SILVA\\_ADAMI.pdf](http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Direito/72100-BETINA_DA_SILVA_ADAMI.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2016.

BICALHO, Mariana Ferreira; SOUZA, Luciana Cristina. Os Novos Meios de Comunicação e a Velha Influência Midiática na Democracia. In: *Seminário Governança nas Redes e o Marco Civil da Internet: Liberdades, privacidade e Democracia*, realizado pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), de 28 a 29 de maio de 2015, Belo Horizonte – MG.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONILLA, M. H. *Escola aprendente: para além da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Quartet, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado Federal. Brasília, 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: 27 out. 2016.

CARDOSO, Gustavo. *A Mídia na Sociedade em Rede: filtros, vitrines, notícias*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação. Economia, Sociedade em Cultura*, Lisboa, v. 1, 2002.

COLOMBO, F. *Il videogioco come mezzo di comunicazione*, 1995. Disponível em: <<http://telecomitalia.it/cstudi/chieric6.htm>>. Acesso em: 27 out. 2010.

COLOMBO, F. *La sociedad red* (La era de la información: economía, sociedad y cultura, vol. 1). Madrid: Alianza Editorial, 1998.

CAMARGO, Nelly. *Comunicação de Massa: o impasse brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1978.

GRINSPUN, Mírian P. S. Zippin (Org.). *Educação tecnológica – desafios e perspectivas*. 3. Ed. ver. E ampl. São Paulo: Cortez, 2009.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2010.

LOJKINE, Jean. *A revolução informacional. Tradução de José Paulo Netto* – 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LOPES, Maria do Céu Baptista. Redes, tecnologia e desenvolvimento territorial. In: CONGRESSO DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL DE CABO VERDE: REDES DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL, 1., 2009, Cabo Verde. *Anais...* Cabo verde: APDR, 2009. P. 995-1015. Disponível em: <<http://www.apdr.pt/congresso/2009/pdf/Sess%C3%A3o%2011/24A.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

MORAES, Dênis de (Org.). *O concreto e o virtual: mídia, cultura e tecnologia*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

MORAES, Dênis de. Mídia e globalização neoliberal. In: *Revista Contracampo*. Vol. 7, n. 0, 2002. Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiozvKTI\\_nPAhUKxWMKHXA0AGEQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.univerciencia.org%2Findex.php%2Fcontracampo%2Farticle%2Fdownload%2F14%2F13&usg=AFQjCNFZvL70RPOIZ5\\_jZASeLR389fSx0w&sig2=Fv1rG8K1ETk5YihaY9rv5w&bvm=bv.136593572,d.cGc](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiozvKTI_nPAhUKxWMKHXA0AGEQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.univerciencia.org%2Findex.php%2Fcontracampo%2Farticle%2Fdownload%2F14%2F13&usg=AFQjCNFZvL70RPOIZ5_jZASeLR389fSx0w&sig2=Fv1rG8K1ETk5YihaY9rv5w&bvm=bv.136593572,d.cGc)>. Acesso em: 26 out. 2016.

ORTOLEVA, P. O novo sistema de mídia. In: PAQUETE DE OLIVEIRA, J. M.; CARDOSO, G.; BARREIROS, J. *Comunicação, cultura e tecnologias de informação*. Lisboa: Quimera, 2004.

ORTH, Miguel Alfredo. O paradigma da sociedade informacional, global e ou em redes e seus desafios para a educação. In: *Diálogo (Canoas)*, v. 11, p. 15-30, 2007. Disponível em: <[http://biblioteca.unilasalle.edu.br/docs\\_online/artigos/dialogo/2007\\_n11/maorth.pdf](http://biblioteca.unilasalle.edu.br/docs_online/artigos/dialogo/2007_n11/maorth.pdf)>. Acesso em: 27 out. 2016.

PARISER, Eli. *O filtro invisível – O que a Internet está escondendo de você*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.  
PEREIRA, Danilo Moura; SILVA, Gislaiane Santos. As Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) como aliados para o desenvolvimento. In: *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*, nº10, Vitória da Conquista – BA, p. 151-174, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/view/884>>. Acesso em: 27 out. 2016.

REGIS, Josiana Florencio Vieira; CAMPOS, Ana Celia Cavalcanti Fernandes. O paradigma tecnologico e a revolução informacional: fundamentos da sociedade da informação. In: *CONGRESSO INTERNACIONAL EM SISTEMAS DE INFORMAÇÃO E GESTÃO DA TECNOLOGIA*, 6., 2009. Sao Paulo. Anais eletronicos... Sao Paulo: FEA/USP, 2009.

SANTOS, Milton. *Técnica, Espaço e Tempo: Globalização e Meio Técnico-científico-informacional*. 5. ed. 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

SEM, Amartya. *Desigualdade Reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 173, p. 15-34, jul./set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 21 out. 2016.

SILVERSTONE, R. *Television and everyday life*. London: Routledge, 1994.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TARGINO, M. das Graças. Comunicação científica: o artigo de periódico nas atividades de ensino e pesquisa do docente universitário brasileiro na pós-graduação. In: *Comunicação científica*. Brasília: UnB, 1998. Tese (Doutorado em Ciência da informação), Departamento de Ciência da Informação e Documentação, 1998, p. 31-88, 387p.

VELOSO, Renato. *Tecnologias da informação e comunicação: desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WIENER, N. O homem e a máquina. In: *O CONCEITO de informação na ciência contemporânea*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970.

---

**Recebido em:** 27/10/2016

**Aprovado em:** 14/02/2017

# O TRABALHO ESCRAVO NO ESTADO DA PARAIBA E AS PERSPECTIVAS ATUAIS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

## SLAVERY IN THE STATE OF PARAIBA AND CURRENT PROSPECTS OF CONSTITUTIONAL HUMAN DIGNITY PRINCIPLE

MELANIE CLAIRE FONSECA MENDOZA <sup>1</sup>  
RAPHAELLA VIANA SILVA ASFORA <sup>2</sup>

**RESUMO:** De acordo com dados recentes da ONU e da OIT, 44 mil trabalhadores foram resgatados do trabalho escravo, sendo que mais de 30 mil pessoas foram localizadas no Norte, Nordeste e Centro-Oeste do Brasil. Desde 1995, o governo brasileiro vem implementando políticas de erradicação do trabalho escravo no país, uma vez que nos últimos cinco anos, segundo os dados da Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região, no período de fevereiro a outubro de 2015, cerca de 1.000 trabalhadores foram aliciados para trabalhar de forma escrava em divisas agrícolas, mineração, construção civil e demais serviços em seu Estado de origem. Trabalhadores que vivem à margem da legalidade e em condições que vem a macular o Princípio Constitucional da Dignidade Humana. De acordo com os Arts. 149 e 243 da Constituição Federal de 1988 e a Emenda Constitucional 81/2014, estabelece de crime submeter alguém às condições análogas de escravo. Portanto, há o seguinte questionamento direcionado para quais são as principais ações do Ministério Público do Trabalho no Estado da Paraíba para erradicação do trabalho escravo. Analisar a realidade do trabalho escravo no Estado da Paraíba e a atuação do Ministério Público do Trabalho sob a perspectiva do Princípio Constitucional da Dignidade Humana; Avaliar as ações do MPT na erradicação do trabalho escravo e consequências do trabalho escravo na Paraíba, que passam a ser cada vez mais evidentes em 2016. No Estado da Paraíba, no que se refere ao Princípio Constitucional da Dignidade Humana, tem como um dos seus entraves a presença deletéria do trabalho escravo. Em 2016, de acordo com dados do Ministério Público do Trabalho no Estado da Paraíba, foram 4.098 trabalhadores resgatados entre 2013 e 2015, sendo 3.792 homens, 522 trabalhadores analfabetos e 52 trabalhadores paraibanos. Neste contexto, ainda há muito o que ser realizado, sobretudo no que se refere à constante revisão e efetividade das políticas públicas no combate ao trabalho escravo, a exemplo dos setenta e oito paraibanos que foram libertados nas cidades paraibanas de Patos, Itaporanga, São José do Bonfim, Taperoá, Itatuba, Conde e João Pessoa/PB, vítimas do trabalho escravo.

**Palavras-chave:** Trabalho Escravo; Ministério Público do Estado da Paraíba; Princípio Constitucional da Dignidade Humana.

**ABSTRACT:** According to recent data from the UN and the ILO, 44,000 workers were rescued from slave labor, with more than 30 000 people were located in the North, Northeast and Midwest regions of Brazil. Since 1995, the Brazilian government has implemented eradication of slave labor policies in the country since the past five years, according to data from the Regional Labor Attorney of the 13th Region in the period from February to October 2015, about 1,000 workers They were enticed to work slave shaped agricultural exchange, mining, construction and other services in their home state. Workers living on the margins of legality and conditions which comes Macular the Constitutional Principle of Human Dignity. According to the Arts. 149 and 243 of the Federal Constitution of 1988 and the Constitutional Amendment 81/2014 establishes the crime of subjecting someone to conditions analogous to slavery. So there is the following question directed to what are the main actions of the Ministry of Labor in the state of Paraíba for the eradication of slave labor. Objectives: To analyze the reality of slave labor in the state of Paraíba and the work of the Ministry of Labor from the perspective of the Constitutional Principle of Human Dignity; Evaluate the actions of MPT in the eradication of slave labor and slave labor consequences of Paraíba, which become increasingly evident in 2016. In the state of Paraíba, with regard to the Constitutional Principle of Human Dignity, has as one of its barriers to deleterious presence of slave labor. In 2016, according to data from the Ministry of Labor in the state of Paraíba, were rescued 4,098 workers between 2013 and 2015, with 3,792 men, 522 illiterate workers and 52 paraibanos workers. In this context, there is much yet to be done, particularly in relation to constant review and effectiveness of public policies to combat slave labor, like the seventy-eight paraibanos that were released in Paraíba cities of Patos, Itaporanga, São José Bonfim, Taperoá, Itatuba, Conde and João Pessoa / PB, victims of slave labor.

**Keywords:** Slave Labor; Public Ministry of the State of Paraíba; Constitutional Principle of Human Dignity.

1 Doutoranda em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha. Mestre em Direito Público pela Universidade de Sevilha/Espanha. Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Especialista em Direito Processual Civil. Advogada.

2 Doutoranda em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Córdoba/Argentina. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo CESED/Facisa/IBCCRIM. Especialista em Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais pela Escola da Magistratura do Estado da Paraíba (ESMA/PB)/Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB)/Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

## 1. INTRODUÇÃO

Historicamente, no dia 13 de maio de 1888 foi sancionada a Lei Áurea abolindo a escravidão no Brasil. Mas em pleno Século XXI, continua difícil acreditar, que ainda existem pessoas que possam se submeter a uma vida de servidão, trabalho exaustivo e exploração da força de trabalho em troca de remuneração irrisória, retirando do trabalhador a sua integridade física e mental, ao ferir os preceitos da dignidade humana.

No Brasil, sobretudo nas áreas urbanas, é possível encontrar pessoas que trabalham em condições análogas às dos escravos, principalmente nas indústrias, canteiros de obras, construção civil, fábricas de calçados, tecelagens e confecções. Ao longo dos anos, o trabalho escravo contemporâneo não conta com um perfil específico de escravizado, mas quase sempre são aqueles trabalhadores analfabetos, desempregados e que não possuem melhores oportunidades de trabalho onde vivem, quase sempre oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do país.

Nos dias atuais, de acordo com o Ministério Público do Trabalho no Estado da Paraíba, o perfil dos trabalhadores escravizados são homens, mulheres e jovens que se iludem com propostas de um bom emprego e carteira assinada, essencialmente nas Regiões Sul e Sudeste do Brasil. Para tanto, vários aliciadores percorrem diversos estados brasileiros a procura de trabalhadores rurais com pouca renda e que buscam mudar de vida. Porém na prática, esta realidade é bem diferente do que imaginam. Passam a trabalhar em lugares distantes, de difícil acesso e precisam pagar dívidas aos aliciadores, os exemplos mais recorrentes de situações as quais prendem os trabalhadores nesta realidade de escravidão. Atualmente, segundo a Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região, presente no Estado da Paraíba, estima-se que no Brasil, há mais de 100 mil pessoas que estão relacionadas ao trabalho escravo e de acordo com a Comissão da Pastoral da Terra, por exemplo, o Estado do Mato Grosso é o segundo Estado com o número de trabalhadores resgatados, com o total de 5.737 pessoas. Desde o ano 2000, o Estado do Pará é o primeiro a apresentar um alto índice de pessoas resgatadas da escravidão moderna, com o número de 12.060 trabalhadores.

Para tanto, a presente pesquisa vem a contextualizar a saga dos trabalhadores paraibanos, desde o seu aliciamento na terra natal até o seu resgate e libertação pelos órgãos de fiscalização, em especial o Ministério Público do Trabalho (MPT). Pontualmente, a escravidão moderna possui as seguintes características: o trabalho forçado ou obrigatório e o trabalho realizado em condições degradantes. Muitas vezes, estas pessoas são mantidas em lugares em condições subumanas, sem higiene, água potável, dormitórios ou alimentação adequada, além da exposição às situações de medo, exploração, assédio moral, ameaças e violência.

No contexto do Nordeste brasileiro, sobretudo no Estado da Paraíba, os locais de trabalho escravo são essencialmente voltados às atividades agrícolas, pecuária, produção de carvão, soja, milho, algodão, café, frutas, extração de madeira, fabricação e venda de calçados. Para a Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região, o aumento de trabalhadores resgatados nestas situações foi de 10,39% em 2011 a 2012 e os Estados com maior incidência de trabalho escravo são Pará, Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais, Maranhão, Bahia, Tocantins e São Paulo, com milhares de pessoas resgatadas.

Em 2015, o Estado da Paraíba apresenta altos índices no que se refere ao trabalho escravo e o Ministério Público do Trabalho (MPT), vem a combater esta realidade de forma eficiente, ao implementar a ação estratégica “Lista Suja”. Tal iniciativa vem a identificar um cadastro com os empregadores autuados por explorar mão de obra escrava, hoje considerado um dos maiores instrumentos para evitar a prática de atividades análogas à escravidão e a promover a dignidade humana.

Em grande parte do território nacional, existem programas que buscam evitar que estes trabalhadores possam retornar à condição de escravos. Um exemplo deste fato é o Projeto Trabalho de Todos, iniciativa da Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região. Através da realização de vários

cursos de capacitação, elevação educacional e até inserção no mercado de trabalho, visa também parcerias com poder público e a iniciativa privada.

Na Paraíba, o trabalho escravo está diretamente associado ao tráfico de pessoas, sejam homens, mulheres e adolescentes, que aparecem como as maiores vítimas no recrutamento de trabalhos no âmbito rural e industrial. Em João Pessoa, Campina Grande, Patos e Sousa, tem surgido diversos indícios desta prática criminosa e o Ministério Público do Trabalho (MPT) na Paraíba, vem a implementar um planejamento estratégico direcionado a eliminar o trabalho escravo ao realizar ações direcionadas a este assunto.

Ao unir forças para diminuição dos altos índices de atividades e vítimas da escravidão moderna, o MPT no Estado da Paraíba insiste em fazer parte do cotidiano de várias famílias paraibanas, ao promover palestras, eventos e cursos para a conscientização de vários trabalhadores para evitar que os mesmos possam estar expostos às situações de trabalho escravo. O Projeto Trabalho de Todos, no período de 2014 a 2015, tem como meta proteger e a devolver a dignidade dos trabalhadores paraibanos, ao garantir os seus direitos como cidadão, ao proporcionar uma vida digna e um futuro promissor no mercado de trabalho.

Em meados de 2005, foi implantado o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil, cuja meta é eliminar essa prática ilegal e desumana em todo o país. Porém, apesar dos grandes avanços obtidos, a meta ainda não foi plenamente alcançada. Há um trabalho contínuo dos órgãos de fiscalização, como o MPT, MTE, os Grupos Móveis da Polícia Federal e da Justiça do Trabalho, que com a sua ação conjunta, já libertaram e resgataram milhares de trabalhadores do regime de escravidão.

## **2. CONTEXTO HISTÓRICO DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL**

Sob o aspecto histórico, para um melhor entendimento deste tema, importante haver um breve relato do trabalho escravo presente na realidade das antigas civilizações e no Brasil colonial, até os dias atuais. Portanto, é preciso haver estratégias que possam eliminar a escravidão e impedir que a mesma possa repetir todos os erros do passado e procurar mudar a realidade de submissão e humilhação as quais milhares de trabalhadores são submetidos todos os dias no Brasil. Para isso, é importante que as autoridades que lidam com este problema possam buscar meios para erradicar o trabalho escravo no Brasil nos dias atuais.

De acordo com Meltzer (2004, p.25), a escravidão ocorreu não em virtude do estigma da cor da pele ou do lugar de origem, ela ocorreu em função das guerras, onde o vencedor tinha o direito de escravizar o vencido, ou, ainda, das dívidas contraídas, quando o credor passava a ter direito sobre o corpo do devedor, subjugando-o assim na escravidão. E, ainda, segundo esse autor, ter escravo era ter *status*: poder exibi-los na rua ou presenteá-los aos amigos, mas com o tempo passou a ser um modo de enriquecer as elites, aumentar seus exércitos ou garantir o pleno funcionamento dos serviços públicos.

No que se refere aos elementos de colonização do Brasil, a diferença entre os trabalhadores escravizados de hoje e os imigrantes europeus é que estes, apesar de também possuírem dívidas, trabalhavam em condições não degradantes, ao contrário daqueles. Os próprios imigrantes praticavam o plantio para subsistência e as suas habitações eram simples, mas com instalações higiênicas e água de boa qualidade.

A escravidão dos dias de hoje, é voltada ao critério da origem, da condição econômica e social do trabalhador, onde o mesmo assemelha-se aos escravos do passado, no tocante ao trabalho forçado ou obrigatório, em que sua liberdade e o seu direito de ir e vir é monitorado por pistoleiros e ainda, é semelhante em relação às condições subumanas de habitação.

A escravidão do Século XXI não é legalizada, mas a prática permanece impune. Mesmo com



o combate ostensivo dos órgãos governamentais, a exemplo do MPT presente em todo território nacional. Todavia, o trabalho escravo de hoje assemelha-se ainda mais com o trabalho realizado na Amazônia durante o período da 2ª Guerra Mundial, quando os trabalhadores ficavam presos aos seus patrões pelas dívidas contraídas.

Com o passar do tempo, é possível denominar uma nova forma de escravidão a qual possui vários nomes. Entre eles os mais comuns, que podem ser a escravidão por dívida e servidão, a escravidão branca, o trabalho forçado ou obrigatório e/ou em condições degradantes e o trabalho em condições análogas à escravidão, conforme o Art. 149 do Código Penal, que em sua antiga redação, tipificava a conduta do trabalho escravo como: “reduzir alguém à condição análoga à de escravo”, cuja penalidade era a de reclusão de 2 a 8 anos.

O ano de 2015 é marcante para a discussão do tema trabalho escravo, sobretudo sob a perspectiva da restrição da liberdade *versus* a dignidade humana, a partir do momento em que a civilização brasileira passa a conhecer esta realidade conforme o livro “A Dama da Liberdade” da autoria do jornalista Klester Cavalcanti.

Um século depois da assinatura da Lei Áurea, a escravidão ainda existe no Brasil, mas uma mulher luta contra esse abuso e já conseguiu libertar 2.354 pessoas desde 1995. Esta brasileira chama-se Marinalva Dantas, Auditora do Trabalho e uma das maiores referências do país no combate à escravidão moderna e ao trabalho infantil.

Segundo Cavalcanti (2015, p.40), o levantamento apresentado no livro, os casos mais comuns de trabalho escravo estão em fazendas de pecuária, 29% dos casos registrados pelo Governo Federal, 25% no cultivo da cana-de-açúcar e 19% estão em fazendas com outras lavouras, como algodão, conforme o *Top Dez dos Estados com mais escravos libertados*. O perfil destes trabalhadores no contexto da escravidão moderna explica sua vulnerabilidade: 62% são analfabetos e 27% estudaram no máximo até a 4ª série.

- 1 - Pará: 12.761
- 2 - Mato Grosso: 5.953
- 3 - Goiás: 3.893
- 4 - Minas Gerais: 3.829
- 5 - Maranhão: 3.137
- 6 - Bahia: 3.089
- 7 - Tocantins: 2.856
- 8 - Mato Grosso do Sul: 2.602
- 9 - Rio de Janeiro: 1.555
- 10 - São Paulo: 1.412

A prática do trabalho escravo é um dos assuntos mais em evidência na mídia e um dos graves problemas que o Governo Federal tem procurado solucionar através de políticas públicas que visam à sua erradicação. Entretanto, tal realidade está contextualizada às instâncias de responsabilidade penal, administrativa, civil e trabalhista, aos preceitos da Constituição Federal de 1988, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ao Código Penal Brasileiro (Art. 149/CP), às Portarias Ministeriais e às Convenções da OIT.

### 3. O TRABALHO ESCRAVO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Na seara do Direito Penal contemporâneo, para haver a consumação do crime de trabalho escravo, o fazendeiro ou empreiteiro deverá intencionalmente impedir a saída do trabalhador da fazenda, inclusive não permitindo que ele vá embora de ônibus ou caminhão. Todavia, as demais condutas típicas consomem-se quando o fazendeiro mantém guardas e/ou pistoleiros armados para vigiar os

trabalhadores e também quando são retidos os documentos dos mesmos, com a finalidade de obrigá-los a permanecer no local de trabalho.

**Art. 149 do Código Penal Brasileiro- Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.**

Segundo Feliciano (2005, p.13), a consumação do trabalho escravo está condicionada à existência de uma das três condutas típicas delituosas, uma vez que o dolo é o específico (elemento subjetivo do injusto), ou seja, o agente deve ter a intenção de praticar o crime de trabalho escravo, pois só a mera constatação dessas práticas não gera a tipificação de acordo com o Parágrafo 1º do Artigo 149 do CP.

Para Cazetta (2006, p.108), a crítica que se faz à atual redação do Artigo 149 do Código Penal Brasileiro, uma vez alterado pela Lei Nº 10.803/2003, deve-se à circunstância de o mesmo não ter incluído em seu dispositivo elementos que previam os atos internacionais a respeito da restrição da liberdade face aos direitos humanos.

Tais omissões não tiraram a aplicabilidade prática deste Artigo, uma vez que vem a afirmar que as alterações legislativas, porventura não vieram a considerar a realidade atual ou acabaram por diminuir a amplitude da repressão, excluindo hipóteses já anunciadas como merecedoras de punição, em especial a restrição da liberdade e a dignidade humana dos trabalhadores brasileiros, assim inseridos no contexto da escravidão moderna.

Ao comentar brevemente o conteúdo do Parágrafo 1º do Art. 149/CP, é possível ressaltar as três condutas típicas de trabalho escravo, quando o agente: “cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho”, ou “mantém vigilância ostensiva no local de trabalho”. Para tanto, o Art.149 do CP pressupõe, para a existência do crime de trabalho escravo, que possa haver a ocorrência de quatro situações distintas a saber: 1- Sujeição da vítima a trabalhos forçados; 2- Sujeição da vítima a jornada exaustiva; 3- Sujeição da vítima às condições degradantes de trabalho; 4- Restrição, por qualquer meio, da locomoção da vítima em razão da dívida contraída com o empregador.

Outrossim, a pena imposta ao crime pela nova redação continuou sendo a de reclusão de dois a oito anos, porém foi acrescentada a multa como agravante da pena. Tais alterações legislativas introduziram também o trabalho escravo realizado mediante elemento violência, uma vez que o agravante deste crime deverá ser computado no somatório da pena, o que é chamado de concurso material (Art. 69 do CP).

Segundo a nova redação do Artigo 149 do CP foi acrescentado o § 2º, mediante o qual a pena será aumentada da metade se o trabalho escravo for cometido contra criança (pessoas com até 12 anos incompletos) e contra o adolescente (pessoa de 12 a 18 anos incompletos), ou ainda com o propósito de discriminar a vítima (trabalhador) em razão da sua raça, cor, etnia, religião ou origem.

É importante ressaltar as ações estratégicas do Ministério Público do Trabalho (MPT), também ao acrescentar que o trabalho escravo infantil é muito comum nas carvoarias, onde famílias inteiras são escravizadas e tal discriminação e escravização do trabalhador, nos dias atuais ocorrem em razão

da origem, uma vez que o trabalhador escravo vem, geralmente das regiões pobres e humildes do Nordeste brasileiro.

O crime de trabalho escravo é configurado na forma dolosa, onde a consumação do mesmo dar-se-á quando o fazendeiro, empreiteiro ou empregador têm a intenção de escravizar o trabalhador e não se admite a forma culposa de tal crime, uma vez que o mesmo é material e permanente, realizado com a submissão do trabalhador ao empregador e admite-se que possa haver a tentativa de se reduzir alguém à condição análoga à de escravo.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que submeta outra ao trabalho forçado em condições degradantes e subumanas. Não é necessário que quem escraviza tenha o título de empregador, pode ser um simples tomador de serviço ou o próprio empreiteiro. Neste contexto, a responsabilidade penal do empregador é objetiva, não podendo ele alegar que não acompanhou o aliciamento dos trabalhadores e nem a prestação de serviços destes pessoalmente e a competência penal para julgar o crime do Art. 149 do CP é da Justiça Federal, sendo que tal entendimento não foi pacífico no princípio, mas está direcionado principalmente nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, ao haver uma avaliação do trabalho escravo perante à OIT.

#### **4. O TRABALHO ESCRAVO NA ERA MODERNA SEGUNDO A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)**

Conforme às Convenções Nº 29 e 105 da OIT, há maiores detalhes acerca do trabalho forçado ou obrigatório, a propósito, o Inciso I do Art. 2º da Convenção Nº 29 da OIT define trabalho forçado ou obrigatório aqueles que compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção, além das situações de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional.

**Art. 207 do Código Penal Brasileiro - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional: Pena - detenção de um a três anos, e multa. § 1º - Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem. § 2º - A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.**

Portanto, sob a perspectiva da OIT e na visão de Sento-Sé (2001, p. 46), ao chegar ao seu destino, ou seja, nas fazendas para o trabalho, já acontecem as primeiras decepções, pois o acordo realizado na hora do aliciamento não é cumprido e eles terão que pagar ainda pela alimentação, pela acomodação e até pelos instrumentos de trabalho e de proteção individual, como enxadas, botas, luvas, chapéus, entre outros. A dívida vai crescendo e comprometendo o salário do trabalhador por meses a fio, acrescida do que ele já tem como dívida. Este tipo de escravidão é tratada por alguns como *truck-system* ou sistema do barracão, consistente no aprisionamento do trabalhador por dívidas contraídas em decorrência do trabalho forçado, sendo que o aliciamento corresponde a um momento preparatório mas já punível pelo ordenamento brasileiro.

A prática do trabalho escravo sob o contexto da restrição de liberdade e o total desrespeito à dignidade humana também é pauta da Convenção Nº 95 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), quando dispõe que nenhuma empresa poderá pressionar seus trabalhadores a comprar produtos em suas lojas e quando lhes faltar alternativa, as autoridades devem tomar medidas para que as mercadorias sejam fornecidas a preços justos e razoáveis ou sem fins lucrativos.

Tal entendimento é seguido pelo § 2º do Art. 462 da CLT, que segundo o crescimento da dívida do trabalhador, o fazendeiro passa a escravizá-lo e a mantê-lo sob sua vigilância, mediante uma jornada exaustiva de trabalho. De acordo com as ações estratégicas do Ministério Público do Trabalho em

parceria com a Polícia Federal, o trabalhador escravo, ao ser resgatado da sua condição de aprisionamento, readquire a sua identidade perdida, volta para seus familiares e para o seu lar, cessando neste trabalhador a insegurança que antes vivera aprisionado na realidade do trabalho escravo.

Alguns trabalhadores, mesmo depois de libertados e resgatados pelos órgãos de fiscalização, ainda assim, não retornam para a sua cidade natal, ou porque se sentem fracassados, sem esperança, ou ainda por outros motivos. Mesmo assim, a maioria deles vai buscar abrigo nas pensões das cidades, que por coincidência também são locais de aliciamento de trabalhadores. Tais trabalhadores serão aliciados novamente para trabalhar em outras fazendas ou para a mesma da qual foram libertados.

De acordo com os órgãos de fiscalização móvel do Ministério Público do Trabalho, é muito comum no resgate de trabalhadores submetidos ao regime de escravidão e há uma grande dificuldade dos órgãos de fiscalização em colher as provas da consumação do crime de trabalho escravo. O depoimento das vítimas no inquérito penal é quase impossível, pois os trabalhadores escravizados, em sua maioria, não são da cidade onde estão prestando serviços, muitas vezes são de outros Estados, principalmente da Região Nordeste.

Nos dias atuais, o que caracteriza o trabalho escravo na vida moderna é basicamente a restrição da liberdade, que está em contraponto com os preceitos da dignidade humana, sobretudo na ausência de condições mínimas de saúde e segurança no trabalho, retenção de documentos e salários, dificuldade de saída do local, falta de dinheiro para retornar ao Estado de origem, o uso de fraude, ameaça, violência ou a sujeição de trabalhadores a situações degradantes e/ou a jornadas exaustivas de trabalho.

No entanto, segundo Moraes (2002, p.128), é importante afirmar que a dignidade humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente, responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. De modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A OIT celebra os avanços realizados até agora pelo Brasil, assim como o fato de que a erradicação do trabalho escravo seja definida como uma prioridade nacional, através de meios e procedimentos que ferem não apenas os direitos e princípios fundamentais no trabalho, como também os mais elementares direitos humanos à vida e à liberdade, além de que o trabalho escravo é a verdadeira antítese do que se refere ao Princípio da Dignidade Humana.

## **5. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DIGNIDADE HUMANA**

No ordenamento jurídico brasileiro, há a relevância do Princípio Constitucional da Dignidade Humana. A Constituição Federal de 1988 deixa claro que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da Constituição Federal/1988), uma prerrogativa de todo ser humano em obter respeito como pessoa e de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio, especialmente em relação à sua força de trabalho.

Para Canotilho (2002, p.426), no constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais são considerados os direitos de liberdade do indivíduo contra o Estado e os postulados desta teoria liberal vem dispostos da seguinte forma: 1) os direitos fundamentais são direitos do particular contra o estado; 2) revestem concomitantemente o caráter de normas de distribuição de competências entre o indivíduo e o Estado; 3) apresentam-se como pré-estaduais, sendo vedada qualquer ingerência do Estado; 4) a substância e o conteúdo dos direitos fundamentais, bem como sua utilização e fundamentação,

ficariam fora da competência regulamentar do Estado; 5) a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente individual.

Entretanto, o trabalhador brasileiro e principalmente o nordestino, oriundo do Estado da Paraíba, no momento da oferta de emprego, deve buscar se informar ao máximo a respeito de maiores detalhes acerca do local, do salário que devem receber, além de ter as garantias claras de que seus direitos trabalhistas serão valorizados, respeitados e principalmente não permitir que os seus documentos sejam retidos pelo empregador.

No contexto trabalho escravo realizado no Estado da Paraíba, perduram a restrição da liberdade, a impunidade e conseqüentemente a reincidência dessa prática ilegal. Podem ser solucionadas com os preceitos da PEC 438/2001, que prevê a desapropriação de terras, quando for constatado o trabalho escravo e do PL Nº 8.015/2010, que estabelece que a perda de bens utilizados em trabalho escravo. Mesmo diante destes detalhes, há, portanto, um grande passo que foi dado pelo Governo Federal, que há exatamente vinte anos, veio a reconhecer no ano de 1995, perante a comunidade internacional, que no Brasil ainda se praticava o trabalho escravo, sendo necessário arregimentar forças para combatê-lo nos anos seguintes.

Portanto, Canotilho, Mendes e Streck (2015, p. 37) afirmam que a Constituição é um estatuto reflexivo que, através de certos procedimentos, do apelo a autorregulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas. Eis aqui uma premissa importante de muitos dos desenvolvimentos subsequentes, à constituição de um Estado de direito democrático terá de continuar a solicitar-se uma melhor organização da relação homem-mundo e das relações intersubjectivas.

Para tanto, em termos de 2015, é interessante afirmar que existe um grande avanço nestas políticas públicas, com a implementação pelo Governo Federal por volta do ano de 2005, do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, que é auxiliado pela OIT e executado pelos órgãos de fiscalização, na pessoa dos Auditores Fiscais, Procuradores Regionais do Trabalho e os Grupos Móveis da Polícia Federal, Justiça do Trabalho e do MPT. Neste cenário, é imprescindível o papel dos meios de comunicação, que no mundo globalizado permitem uma informação rápida e imediata, o que tem auxiliado a denunciar a prática do trabalho escravo presente no território nacional.

No tocante à dignidade humana do trabalhador paraibano, assim inserido no contexto do trabalho escravo, é possível detectar as condições mínimas para viver uma vida digna, solidária e justa, conforme o Inciso I do Art. 3º da CF/88, para que sejam respeitados os valores sociais do trabalho (Inciso IV do Art.1º da CF/88), no pleno exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito.

De acordo com Nobre Júnior (2000, p. 04), a dignidade da pessoa humana, traz quatro importantes conseqüências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação e desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida; c) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições subumanas de vida.

O trabalho escravo é um dos problemas sociais que só poderá ser erradicado quando houver políticas públicas que mirem esse objetivo e que ultrapassa os interesses político-partidários e este sentido, deve ser tratado como prioritário. Portanto, outro ponto importante é o desconhecimento e a falta de informação por parte dos trabalhadores que os levam ao engano, ao se tornarem vítimas do trabalho escravo, que muitas vezes realizam estas escolhas não por ignorância, mas por necessidade e falta de opção de trabalho em seu Estado de origem.



## 6. A REALIDADE DO TRABALHO ESCRAVO NO ESTADO DA PARAÍBA

A realidade e as consequências do trabalho escravo no Estado da Paraíba passam a ser cada vez mais evidentes no ano de 2015, onde apenas no primeiro semestre deste ano, setenta e oito trabalhadores paraibanos foram libertados da escravidão. Na rotina de trabalho, há as jornadas exaustivas, ameaças, assédio moral, restrição de liberdade e condições desumanas de vida e de trabalho, que consolidaram o município de Patos/PB a 5ª cidade no país em pessoas aliciadas a trabalhar em regime escravo.

Todavia, tal situação foi identificada no setor de fabricação e venda de calçados e o déficit dos postos de trabalho em várias cidades paraibanas ajudam nesta estatística. Em recente reportagem do Jornal da Paraíba de acordo com a Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região (Ministério Público do Trabalho/MPT de Patos/PB) e conforme os dados do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), é possível acreditar que o que leva a cidade de Patos/PB a se destacar nacionalmente de forma negativa, em relação aos índices de trabalho escravo, é o alto número de pessoas destinadas ao trabalho escravo, de acordo com a reportagem do Jornal da Paraíba (2015, p.01-03):

Para a Procuradora do Trabalho Marcela Asfora (Coordenadora da Procuradoria Regional do Trabalho - PRT13 na Cidade de Patos/PB), Patos tem um expressivo mercado de fabricação e venda de calçados. Com isso, alguns empresários compram a mercadoria e contratam pessoas para vender nas ruas, de casa em casa, inclusive nas demais regiões do país, principalmente na Região Sudeste. No entanto, chegando lá, esses trabalhadores se deparam com uma realidade diferente da prometida: trabalho nas ruas, dificuldade de locomoção, de alimentação, dormindo muitas vezes em postos de gasolina e chegando a passar de três a quatro meses fora de casa, sem poder voltar.

Neste contexto, é possível observar as condições subumanas de trabalho, uma vez que estas pessoas não tem um lugar fixo para trabalhar e lidam constantemente com muitas dificuldades, essencialmente ao permanecer na informalidade e na falta de um lugar específico para desenvolver a atividade laboral de forma digna, ou ainda a lidar com a falta de postos de trabalho, que os levam a buscar outras oportunidades para trabalhar fora do Estado da Paraíba.

Entretanto, existem vários motivos que podem ser elencados para que vários trabalhadores paraibanos saiam de suas cidades em busca de novas oportunidades de trabalho. Esta mudança de vida, quase sempre diz respeito à vontade de ter acesso aos bens de consumo duráveis e/ou não duráveis e melhores salários na Regiões Sudeste e Sul do Brasil.

No Brasil, várias ações são realizadas para combater o trabalho escravo, principalmente no Estado da Paraíba. Geralmente, as denúncias deste crime são apresentadas primeiramente à Polícia Federal e à Polícia Rodoviária Federal, em todas as Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego, que estão localizadas em todo território nacional, além das várias associações civis de defesa dos direitos humanos, sindicatos dos trabalhadores e através do *Disque 100*, para a realização de denúncias de forma sigilosa para o denunciante.

Na realidade do Estado da Paraíba, em 2015 de acordo com o MPT, o resgate dos setenta e oito trabalhadores paraibanos que estavam no contexto de trabalho escravo, corresponde a um momento histórico sob o ponto de vista da dignidade humana, onde foram libertados na cidade de Patos/PB, nos Estados de São Paulo, Bahia e também em várias cidades da Paraíba, ao haver a possibilidade de retorno às suas cidades de origem e ao recomeçar uma vida digna.

No contexto paraibano, em especial nas cidades de Patos, Itaporanga, São José do Bonfim, Taperoá, Itatuba, Conde e João Pessoa, houve o efetivo de trabalhadores inseridos numa rotina de trabalho escravo com jornadas exaustivas e o total desrespeito aos seus direitos e garantias funda-

mentais, realidade a qual a Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região busca reverter a cada nova operação de resgate destes trabalhadores em situação vulnerável de vida e de trabalho.

De acordo com os dados atuais do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), em relação ao Estado da Paraíba, o resgate dos trabalhadores remetem aos seguintes números: Trinta e duas (32) pessoas libertadas na cidade de Patos/PB, 21 (vinte e um) paraibanos de Itaporanga/PB libertados em São Paulo/SP, 01 (um) trabalhador libertados na própria cidade de São José do Bonfim/PB, 16 (dezesesseis) pessoas de Taperoá libertadas na Bahia, 01 trabalhador libertado em sua própria cidade de Itatuba/PB, 06 (seis pessoas) do Conde/PB libertadas na Bahia e 01 trabalhador libertado na cidade de João Pessoa/PB.

As operações foram realizadas pelas Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego em parceria com o Ministério Público do Trabalho (MPT), Polícia Rodoviária Federal e Polícia Federal e obtiveram destaque nos principais meios de comunicação do Estado da Paraíba no ano de 2015.

Há várias décadas, a escravidão foi abolida do país, mas mesmo assim, ainda existem trabalhadores que são submetidos à situação análoga ao trabalho escravo.

Nos últimos cinco anos, milhares de trabalhadores tem sido aliciados para trabalhar de forma escrava em divisas agrícolas, mineração, construção civil e serviços e a cada ano, correspondem aos desafios para eliminação da escravidão moderna por parte das ações estratégicas da Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região no Estado da Paraíba.

Na zona rural de Serra Branca/PB, por exemplo, em diversos estabelecimentos localizados na Pedreira do Tamboril e na Pedreira do Sítio Serra Verde, foram encontrados 21 trabalhadores sem registros na CTPS e em condições de trabalho degradantes. Segundo o relatório do MPT no Estado da Paraíba, os empregados trabalhavam por produtividade e não eram fornecidos os Equipamentos de Proteção Individual (EPI's). A equipe multidisciplinar constatou, ainda, que havia manuseio de explosivos de forma artesanal e sem nenhum treinamento prévio, além da área não possuir sinalização e plano de emergência, além de que total, foram constatadas 36 irregularidades no ambiente de trabalho.

Durante a operação, os trabalhadores receberam o pagamento das verbas trabalhistas que juntas totalizaram pouco mais de R\$ 60 mil e indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 10 mil. Os Auditores Fiscais do Trabalho no Estado da Paraíba ainda entregaram ao responsável pelo local 16 autos de infração com as irregularidades encontradas, uma vez que o proprietário das propriedades rurais veio a assinar um Termo de Ajustamento de Conduta que obriga o total cumprimento da legislação trabalhista em vigor.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Atualmente no Estado a Paraíba, o “Projeto Trabalho de Todos” é uma notável iniciativa do Ministério Público do Trabalho (MPT)/Procuradoria Regional da 13ª Região do Estado da Paraíba. Neste contexto, há uma abordagem do trabalho escravo e da situação dos trabalhadores rurais em todas as etapas e possui o objetivo de prevenção contra o aliciamento e a exploração da mão de obra destes trabalhadores, que possam estar em condições subumanas, principalmente na restrição da liberdade e no que houver a ferir os preceitos da dignidade humana.

Entretanto, em recente reportagem do Jornal da Paraíba, de acordo com o agricultor Hamilton Diniz dos Santos, 49 anos, nessas fazendas é comum a presença de crianças e idosos. Os abusos mais recorrentes são o trabalho forçado, a servidão por dívidas, as jornadas exaustivas e as condições degradantes. Hamilton foi quem denunciou ao Ministério Público do Trabalho que estava sendo vítima de maus-tratos e ameaças. “As ameaças não eram de morte, mas de não nos pagar, de nos mandar embora sem nada, fora as humilhações e condições precárias. Além

disso, quando a gente saía de lá, o que era muito difícil, era seguido pelos capangas do gerente. Logo percebi que ele não tinha intenção de remunerar a gente de acordo com o que produzíamos, como combinado”, explicou.

Assim, a miséria é o principal meio pelo qual as pessoas se submetem a esse tipo de serviço. “Os gatos são gente boa, precisamos deles para sobreviver. O trabalho clandestino garante mais dinheiro, só que tem mais riscos. Quem é rodado no trecho imagina o que vai encontrar e os perigos que estão sujeitos. Mas a gente não tem estudo, tem que se arriscar mesmo”, disse José Nilson, um dos ex-escravos de Nova Floresta.

Em depoimento ao Jornal da Paraíba, Nilson é casado há 6 anos e pai de dois filhos. Com um terceiro a caminho, ele conta que tem medo de voltar “para o mundo”, mas que não tem estudo e o serviço de pedreiro não dá lucro.

Desde 2014, depois que ele voltou do DF, não conseguiu emprego e diz que, apesar do sossego garantido pela indenização, já é hora de voltar a trabalhar com colheita. Sob a perspectiva histórica, a prática do trabalho escravo no Brasil, em pleno Século XXI, não foi erradicada ainda, em função de uma série de fatores que propiciam tal prática devido às desigualdades sociais e econômicas, a impunidade e logo após a reincidência destas práticas criminosas.

Todavia, há muitos anos, a desigualdade social e econômica são consequências da má distribuição de renda e nesta pirâmide social, há os ricos latifundiários e a parcela mais vulnerável, os trabalhadores expostos ao regime de escravidão moderna. Estes proprietários de fazendas possuem grandes extensões de terras e contam com a exploração do trabalho ilegal de pessoas abaixo da linha de pobreza, os trabalhadores aliciados para prestar serviços apesar mesmo diante da presença e fiscalização constantes dos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

De acordo com as recentes estatísticas do MPT e dos demais órgãos que lidam com o combate do trabalho escravo, a impunidade ocorre em função de que as fazendas que exploram o trabalho escravo estão localizadas em locais de difícil acesso até para os órgãos de fiscalização presentes em todo o Brasil. A ocorrência do trabalho escravo está presente em seus maiores índices nas Região Nordeste, Norte e Centro-Oeste do Brasil.

Portanto, é preciso um olhar atento das autoridades que lidam com este assunto a implementarem as políticas públicas que possam visar o respeito à dignidade humana de milhares de trabalhadores brasileiros. Na Paraíba, a realidade do trabalho escravo também está associada ao tráfico de pessoas e somam graves violações aos direitos humanos. O trabalhador uma vez aliciado, busca fugir desta situação e o seu respectivo resgate, vem através das iniciativas do Ministério Público do Trabalho, assim presente em todo Brasil.

Os auditores fiscais levam em consideração a previsão legal contida no Artigo 149 do Código Penal Brasileiro e encontram dificuldades para conseguir as provas de tais ocorrências, uma vez que depois da libertação e do resgate, os trabalhadores expostos às situações de trabalho escravo retornam para a sua terra natal ou vão trabalhar em outras fazendas, tornando difícil a sua posterior localização para o acompanhamento do andamento da ação penal.

A Convenção nº 29 da OIT de 1930, define sob o caráter de lei internacional o trabalho forçado como “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.” A mesma Convenção nº 29 proíbe o trabalho forçado em geral, incluindo, mas não se limitando, à escravidão. A escravidão é uma forma de trabalho forçado.

Constitui-se no absoluto controle de uma pessoa sobre a outra, ou de um grupo de pessoas sobre outro grupo social. Trabalho escravo se configura pelo trabalho degradante aliado ao cerceamento da liberdade. Este segundo fator nem sempre é visível, uma vez que não mais se utilizam correntes para prender o homem à terra, mas sim ameaças físicas, terror psicológico ou mesmo as grandes distâncias que separam a propriedade da cidade mais próxima.

Ainda persistem a realidade de seres humanos que estão submetidos à toda sorte de desumanidades à revelia da lei. Entretanto, há também inúmeras iniciativas de solidariedade e o poder de organização dos órgãos competentes que fazem toda a diferença, também em parceria com o Ministério das Relações Exteriores, com interveniência do Ministério da Justiça e da Coordenação ao Enfrentamento do Tráfico de Pessoas, da Secretaria Nacional de Justiça, os quais realizam reuniões periódicas com os grupos e as organizações locais para averiguar outras ocorrências de trabalho escravo, tráfico de pessoas e suas respectivas formas de combatê-los no âmbito do Estado da Paraíba e demais cidades da Região Nordeste, Norte e Centro-Oeste do Brasil.

## REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2015.
- CAVALCANTI, Klester. *A Dama da Liberdade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- CAZETTA, Ubiratan. *A escravidão ainda resiste*. In: Organização Internacional do Trabalho. Possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea. Brasília: OIT, 2007.
- VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves. *Trabalho escravo contemporâneo: O desafio de superar a negação*. São Paulo: ANAMATRA/LTr, 2006.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Do crime de redução à condição análoga à de escravo, na redação da Lei n. 10.803/2003. *Jus Navigandi*, Teresina, Ano 9, n. 678, 14 maio 2005.
- MELTZER, Milton. *História ilustrada da escravidão*. São Paulo: Ediouro, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Juris Síntese, 2000.
- SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho Escravo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2001.
- VIANA, Márcio Túlio. *Trabalho escravo e Lista Suja: Um modo original de se remover uma mancha*. In: Organização Internacional do Trabalho. Possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea. Brasília: OIT, 2007.
- JORNAL DA PARAÍBA. *Patos: 5ª no País em Pessoas Aliciadas* (Setor de fabricação e venda de calçados e déficit de posto de trabalho nas cidades ajudam para a estatística, diz Procuradoria). In: Livres do Trabalho Escravo (Os 78 Paraibanos libertados são na maioria de Patos/PB. Campina Grande/PB, 12 de Junho de 2015. Ano 42. Nº 12.197. Páginas 01, 02 e 03.
- PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO. *Portal da Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região (PRT13)*. Disponível em: <<http://www.prt13.mpt.gov.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

REVISTA TRABALHO DE TODOS. Ministério Público do Trabalho (MPT), Procuradoria Regional da 13ª Região do Estado da Paraíba. In: *Trabalho Escravo: Unindo Forças contra um fantasma que insiste em voltar*. (Projeto aborda a situação dos trabalhadores rurais em todas as etapas. O objetivo é prevenir contra o aliciamento e a exploração). Edição N.01. Novembro de 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT). *Revista Trabalho de Todos*. Edição 01. Novembro de 2014.

---

**Recebido em:** 26/10/2016

**Aprovado em:** 14/02/2017



# SUPOSTOS HISTÓRICOS DO PROCESSO CAUTELAR

## SUPPOSED HISTORICAL THE INJUNCTION

THIAGO RIBEIRO DE CARVALHO<sup>1</sup>  
JUDITH APARECIDA DE SOUZA BEDÊ<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo aborda os aspectos históricos do processo cautelar, por meio da revisão bibliográfica. A análise inicia-se pelo direito romano, mais especificamente pelo estudo do interdito, e prossegue com o processo cautelar no direito medieval, do processo cautelar europeu e, por fim, das influências no direito processual brasileiro. Ao final, demonstra-se, por meio da pesquisa realizada, que os institutos do processo cautelar possuem origens remotas, tendo alguns sofrido modificações, enquanto outros se mantiveram praticamente intactos.

**Palavras-chave:** Processo cautelar; Histórico; Medidas cautelares.

**ABSTRACT:** This article approaches the historical view of the injunction, with the instrument of the theme's bibliographic review. The analysis of the theme starts with Roman law, more specifically with the study of interdiction, and proceeds with the analysis of the injunction in the medieval law, the study of European injunction and, at last, the influences on the Brazilian's procedural law. By the end, this paper shows through the research that was done that the institutes of the injunction have remote origins, some went through a few modifications, while others remained virtually intact.

**Keywords:** Injunction; History; Preventive measures

---

1 Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito Processual. Professor da Nova Faculdade de Contagem/MG. Advogado.

2 Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Professora do Curso de Direito da FAFIMAN-UNIMAN e de Pós-graduação em Maringá e região.

## 1. INTRODUÇÃO

Verifica-se que, com o passar dos anos, diversas reformas processuais ocorreram, inclusive com a intenção de assegurar maior efetividade ao processo cautelar; todavia, as reformas seguintes demonstraram o fracasso dos esforços anteriores.

Diante deste estado da arte, este trabalho monográfico se propõe a investigar a gênese e o desenvolvimento do processo cautelar com o passar dos séculos. Colocado o problema a ser enfrentado, objetiva-se analisar a influência desses institutos no direito brasileiro, bem como a permanência de alguns até os dias atuais.

A investigação do tema se justifica diante dos poucos estudos com viés histórico acerca do processo cautelar, especialmente com o intuito de resgatar as origens dos institutos que vigoram ou vigoraram no Brasil.

Para tanto, foi realizada a pesquisa bibliográfica do interdito do direito romano, do processo cautelar no direito medieval e dos antecedentes do processo cautelar, especialmente da influência dos autores italianos. Após esse percurso histórico, inicia-se o estudo do Regulamento 737/1850, do processo cautelar nos códigos estaduais, do processo cautelar no CPC de 1939 e do processo cautelar no CPC de 1973, chegando ao Novo CPC 2015.

Com a realização deste trabalho, pretende-se contribuir para o aprofundamento do estudo do tema, ao demonstrarem-se as raízes e o desenvolvimento de diversos institutos do processo cautelar.

## 2. O INTERDITO DO DIREITO ROMANO

O direito romano criou três formas de processo: as *legis actiones*, o processo formular e o interdito. Em virtude do objeto deste trabalho, somente será abordado o interdito, o qual certamente inspirou o desenvolvimento do processo cautelar.

Ao longo da pesquisa não foi possível identificar precisamente a origem do interdito. Apesar de sua origem ser incerta<sup>3</sup>, alguns afirmam que o seu surgimento se deu entre a instituição do *praetor* urbano e o final do século III a.C. (MESQUITA, 2002, p. 187).

No direito romano, havia diversas espécies de interdito. Segundo a catalogação de Ricobono (1967, p. 792-793), citado por Miranda Filho (2003, p. 184), alcança-se o número de 47 espécies de interdito.

As semelhanças do interdito com o processo cautelar podem ser verificadas com a simples citação das seguintes espécies de interdito: interdito para apresentação de livro; interdito para enterrar morto; interdito para não se fazer algo em local público ou nos rios; interdito para apresentação em juízo de mulher casada; interdito de petição de legado; interdito para assegurar a posse de um bem (RODRIGUES, 1972, p. 154-156, citado por MIRANDA FILHO, 2003, p. 186-187).

Quando o requerente vislumbrava uma provável violação ao seu direito, deveria peticionar junto ao *praetor*, bem como apontar qual o interdito solicitado, para ao final obter ou não uma ordem em face de outro cidadão. A decisão pretoriana possuía natureza administrativa ou de política administrativa, com a finalidade de manter o estado atual da coisa litigiosa. Na hipótese de descumprimento da ordem, deveria ser instaurado o processo *per formulas* (ordinário) (MESQUITA, 2002, p. 187).

Outra característica da decisão era o caráter impositivo, ou seja, todo cidadão ou súdito deveria se submeter à decisão, uma vez que o prolator detinha o poder de *imperium*. Os limites de atuação eram estabelecidos pelo direito da cidade e pelas garantias outorgadas pela *Lex publica*.

Segundo Pinto Ferreira (1983, p. 44), o poder de *imperium* dos *praetores* seria algo semelhante ao

---

3 No mesmo sentido, Miranda Filho (2003, p.175) diz o seguinte acerca da origem dos interditos: "O interdito possui origem remota e cercada de mistérios, às vezes, e, não raro, ganha dimensão de lenda, o *interdictum* é fruto apenas de uma semente plantada em épocas remotas".

“poder geral de cautela” dos dias atuais, sendo a finalidade de ambos resguardar bens, coisas e pessoas.

No tocante às características dos interditos, é possível mencionar a ausência de autonomia em relação ao processo principal, a provisoriedade (visto que o interdito não solucionava a divergência de maneira definitiva), a rapidez e a sumariedade do procedimento (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 55; ABREU, 1986, p. 21).

As semelhanças entre o processo cautelar do código de 1973 e o direito romano persuadiram Galeno Lacerda a sustentar – em uma conferência realizada no Instituto dos Advogados Brasileiros no ano de 1984 – a interpretação do processo cautelar à luz do interdito romano (ABREU, 1986, p. 20).

Embora haja uma imprecisão histórica acerca da origem do interdito, é possível constatar vários contornos similares aos do processo cautelar disciplinado no Código de Processo Civil de 1973. Dentre as semelhanças, é possível mencionar a intenção de manter incólume o objeto litigioso, a provisoriedade, a rapidez, a sumariedade. Já em relação à autonomia, houve um ganho teórico, porque o Código de Processo Civil de 1973 conferia ao processo cautelar autonomia em relação ao principal.

Já em relação ao Código de Processo Civil de 2015, verificam-se alguns prováveis resquícios do interdito romano. É possível notar que as tutelas de urgência possuem finalidade semelhante à do interdito, como a efetividade do processo, ou seja, a proteção do objeto litigioso para ao final entregá-lo ao vencedor.

No tocante à decisão, apesar de a decisão do *praetor* possuir natureza administrativa ou de política administrativa, era impositiva, sendo possível discutir eventuais prejuízos. De igual forma, a decisão do magistrado também é impositiva, e eventuais prejuízos também podem constituir um pedido de indenização.

Com advento do século V, o Império Romano começou a ser invadido pelos bárbaros e veio a ruir definitivamente no século VI. Devido ao declínio do Império Romano, a Europa passou a ser dominada pelos bárbaros, germanos e francos. Naquele período, a figura do Estado perdeu força e a resolução dos conflitos passou a ser desempenhada pelos sacerdotes (OLIVEIRA, 2002, p. 158).

Os conflitos passaram, então, a serem resolvidos pelo método ordálico, o qual consistia em colocar o acusado em uma situação na qual “deus” o salvaria se fosse inocente.

Já no século XI, o direito romano voltou a ocupar lugar de destaque devido à Escola dos Glosadores de Bolonha, que sustentava a necessidade de prestigiar o direito latino em detrimento do germânico. Aos poucos, o método de solução de conflito ordálico perdeu espaço e a solução de conflitos voltou a ser racional (OLIVEIRA, 2002, p. 158).

### **3. O PROCESSO CAUTELAR NO DIREITO MEDIEVAL**

Na sequência do estudo acerca dos supostos históricos do processo cautelar, é necessário percorrer o período medieval, apesar da dificuldade em encontrar material, provavelmente em decorrência da oralidade.

Conforme dito alhures, o direito romano passou por um período de “inatividade” devido ao declínio do Império Romano. Ressurgiu no final do século XI, mas a sociedade se reergueu somente no século XIII, marcada pela desigualdade social e pela divindade do rei (BIRCHAL, 2000, p. 51).

Naquele momento, a atuação da Igreja era muito forte e marcante, a ponto de influenciar a incorporação de institutos do direito eclesiástico ao direito civil. O direito canônico do século XIII inspirou o abandono da oralidade e, conseqüentemente, a adoção do procedimento escrito para acabar com o “duelo judiciário e o ritualismo excessivo”. Também pode ser citada a introdução da prova escrita com reconhecimento notarial entre os meios de prova válidos (PACHECO, 1958, p. 49).

Ao juiz cabia a tarefa de inquirir as partes, colher as provas e interrogar as testemunhas. Porém, como mecanismo de controle da atuação do juiz, criou-se a figura do atentado, regulado pelas *decretais* (PACHECO, 1958, p. 49).

Aquele período histórico demonstra que sempre houve um embate entre os defensores do processo escrito e os defensores do processo oral. Constata-se também a influência da Igreja no momento da formulação das leis, a qual também é verificável nos dias atuais, por exemplo nas leis que envolvem o biodireito. No tocante ao processo cautelar, a pesquisa restou infrutífera ante a dificuldade de acesso a materiais.

#### 4. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO CAUTELAR ITALIANO

A realização do primeiro estudo científico acerca do processo cautelar foi proposta por Adolf Wach. O jurista alemão iniciou um esboço de sistematização e avanços, embora não tenha conferido autonomia ao processo cautelar (MESQUITA, 2002, p. 195).

Também se deu na Alemanha o primeiro esboço legislativo a respeito do tema: “Sim, é o caso da ordem germânica no ZPO, que no artigo 700 introduziu legislativamente as medidas provisórias, definindo os elementos para o deferimento de uma medida de precaução” [tradução livre]<sup>4</sup> (DINI, 1957, p. 10).

No século XX, os italianos Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei se destacaram pelo estudo do processo cautelar; e influíram de forma contundente na formação e na evolução da lei processual italiana.

A classificação proposta por Chiovenda (2000, p.331) é a seguinte: do gênero *medidas especiais* decorrem as espécies *medida de conservação, medida provisória, acautelatórias ou conservadoras*.

Percebe-se que o doutrinador se vale da expressão “medidas especiais”. Isso ocorre porque no Código italiano as medidas cautelares estavam inseridas nos procedimentos especiais.

As “medidas especiais” que Chiovenda menciona podiam ser requeridas quando houvesse perigo ou urgência, como forma de preservar o objeto litigioso. A medida era denominada *preparatória* quando utilizada com a intenção de ao final propor-se uma ação judicial. A medida provisória ou acautelatória era o meio adequado para se afastar o temor de um dano jurídico surgisse no decorrer do processo principal. Assim, a medida provisória acautelatória foi a forma que a lei estabeleceu para garantir que no processo principal a vontade concreta da lei seria efetiva. Fica clara aqui a acessoriedade ou instrumentalidade das medidas especiais, porque a sua finalidade é assegurar o cumprimento da vontade concreta da lei, que somente será declarada pelo juiz em outro processo. Essas medidas assecuratórias só deveriam perdurar enquanto houvesse risco ao direito do autor.

Segundo Chiovenda (2000, p.334), somente era possível o deferimento das medidas especiais em favor do autor, enquanto ao réu restava o direito de requerer uma indenização junto ao autor para se ressarcir de eventuais prejuízos. Essa situação era prevista no artigo 685 do Código de Processo Civil italiano. Para garantir a reparação do dano sofrido pelo réu, o legislador inseriu a figura da contracautela, que consiste na prestação de caução por parte do autor para garantir a reparação de eventuais danos sofridos pelo réu.

Este brevíssimo estudo, evidencia que Chiovenda tratou as medidas especiais como forma de proteção a direito ou a um provável direito. No entanto, faltou-lhe ligar o receio do dano à demora da obtenção da tutela judicial. Vale ainda ressaltar que o jurista italiano vislumbrava o autor da ação em uma condição de superioridade em relação ao réu, porque somente o autor poderia requerer medidas com o intuito de proteger o objeto litigioso. Certamente, tal entendimento hoje seria considerado uma afronta ao princípio da isonomia.

Já Carnelutti (1971, p. 417) propôs a classificação do processo cautelar italiano em: processo conservativo (*mantimento en La posesión*), processo cautelar inibitório (ex.: sequestro judicial), processo cautelar restitutivo (ex.: reintegração de posse) e processo cautelar antecipatório (ex.: sequestro conservativo).

A primeira grande contribuição desse jurista foi a classificação das medidas cautelares em

4 “Sì è com l’ordinanza processuale germânica della Z.P.O., che rappresenta il più preciso precedente legislativo dell’articolo 700 coord. pr. civ., che si introducono legislativamente misure interinali fissando gli elementi di un procedimento cautelare” (DINIZ, 1957, p.10).

nominadas e inominadas. Essa classificação decorreu da análise do artigo 700 do Código de Processo Civil italiano, no qual as medidas cautelares inominadas estavam previstas na seção primeira e terceira, enquanto as inominadas foram positivadas de maneira *genérica* (CARNELUTTI, 2000, p. 239).

Cumprir registrar que Carnelutti mudou ao longo do tempo o seu conceito de ação cautelar, a qual inicialmente era definida como uma “sistematização de fato durante a lide”. Posteriormente, Carnelutti referiu-se ao processo cautelar como a “composição provisória da lide”. Anos mais tarde, alterou o conceito para “garantia dos meios do processo definitivo e sua utilidade prática”. Por fim, concluiu que a finalidade era de “assegurar o equilíbrio inicial das partes” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 58).

Entretanto, a maior contribuição para o processo cautelar certamente foi a sua elevação ao patamar de terceiro<sup>5</sup> gênero de processo, ao lado do processo de execução e cognição.

Anos mais tarde, mais precisamente em 1936, Calamandrei propôs uma nova análise do processo cautelar, no livro intitulado *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Nessa obra, afirmou que o processo cautelar não possuía características e estruturas próprias de um processo e, por esse motivo, sustentou que as medidas cautelares deveriam ser classificadas em: medidas de instrução antecipada; medidas cautelares para garantir a execução forçada; medidas cautelares de antecipação provisória; e medidas cautelares de caução processual.

Diante dessa ausência de estrutura e características próprias, o autor concluiu que a relação existente entre o provimento cautelar e o processo principal era instrumental. Para o doutrinador, a instrumentalidade decorre da subsidiariedade do provimento cautelar, que possui a finalidade de assegurar a eficácia do processo principal. Dessa forma, o processo cautelar não poderia ser classificado como um terceiro gênero de processo.

Assim, segundo Calamandrei, a finalidade do provimento cautelar era a eliminação do *periculum in mora*, ou seja, o provimento cautelar possui, nessa concepção, uma função preventiva, por intermédio da “antecipação de certos efeitos da decisão definitiva” (CALAMANDREI, 2000, p. 205).

Certamente, o legado de Calamandrei foi a inserção da demora processual como um perigo a ser combatido pelo processo cautelar, o qual não era admitido pelos autores pesquisados. Com base nos ensinamentos do mestre italiano, é possível asseverar que o processo cautelar teria como uma de suas funções inverter o ônus da demora processual. A consequência dessa inversão traz a reboque o desincentivo, à parte que teve uma medida cautelar deferida contra si, de causar embaraços ou mesmo de adotar chicanas processuais com a intenção de atrasar o trâmite processual.

## 5. O PROCESSO CAUTELAR BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, já foram confeccionados diversos códigos processuais, sendo que em todos, o legislador demonstrou preocupação com o processo cautelar. Após a realização do levantamento em diversos momentos da história, será realizado o exame de sua influência nas leis processuais brasileiras.

Fernando da Fonseca Gajardoni e Júlio Camargo de Azevedo, tratando do processo cautelar, trazem à baila, a questão da modernidade líquida explicitada pelo filósofo e sociólogo Zygmunt Bauman, para quem a “a velocidade da informação e a expansividade do tempo superaram os obstáculos anteriormente impostos pela resistência do espaço e mobilidade humana”, o que remete a uma relação obrigatória com o binômio celeridade-segurança processual. Para os autores: “(n)essa rela-

<sup>5</sup>“El proveimiento cautelar es, por tanto, el tertium genus junto al proveimiento jurisdiccional y al proveimiento satisfaciente, y corresponde al tercer género de proceso por razón de la finalidad. Sin embargo, ésta es una clasificación de los proveimientos desde el lado funcional, y debe ser confundida con otras distinciones que más adelante veremos y que los consideran, en cambio, desde el punto de vista de la estructura.” (CARNELUTTI, 1971, p.79).



ção cambiante celeridade-segurança para o Direito Processual Civil, verifica-se a cadência do tema com a chegada de um novo Código de Processo, cujas vãs promessas legislativas vão desde o “fim da morosidade judicial” até a “efetivação de direitos” e “concretização da justiça”.”, debate já antigo entre os processualista pátrios. (GAJARDONI;AZEVEDO, 2003 p.1).

Neste diapasão, situa-se o processo cautelar brasileira, entre a premência emergencial dos indivíduos e o tempo necessário para uma análise segura dos fatos.

### 5.1. O Regulamento 737 de 1850

O Regulamento 737, de 1850, foi a primeira lei processual não penal brasileira, a qual certamente se inspirou no direito romano e no período medieval. No diploma legal em questão, o processo preventivo estava positivado no título VI, sob a rubrica “Dos processos preparatórios, preventivos e incidentes”, estando positivadas as seguintes medidas cautelares: embargo ou arresto;detenção pessoal; *exibição*; *vendas judiciaes*; protestos; depósitos; habilitações incidentes nas causas comerciais; e embargo pendente à lide.

Nessa lei processual, verifica-se a existência da audiência de justificação prévia (por exemplo, no artigo 323). Chama a atenção a possibilidade de dispensa da audiência de justificação mediante o protesto e o juramento do credor. Apesar de não se encontrar nenhuma referência a respeito, possivelmente a possibilidade de dispensar a audiência de justificação pelo protesto acompanhado do juramento decorre do direito eclesiástico.

O embargo ou arresto poderiam ser preparatórios ou preventivos, e cabia ao requerente comprovar a existência literal da dívida ou uma das seguintes hipóteses: a) a ausência de domicílio certo e a intenção de ausentar-se, ou a alienação dos bens que possuía, ou o não pagamento no prazo estipulado; b) quando o devedor intentasse ausentar-se de seu domicílio sem a ciência dos credores ou quando mudasse de estado sem pagar aos seus credores e tentasse alienar os bens que possuía; ou contraísse dívidas extraordinárias; ou transferisse os seus bens a terceiros ou se valesse de algum outro artifício fraudulento; c) quando o devedor possuidor de bens de raiz intentasse aliená-los ou hipotecá-los; d) quando o devedor comerciante deixasse de efetuar os pagamentos e não se apresentasse; intentasse ausentar-se ou desviar o todo ou parte de seu ativo; fechasse ou abandonasse o estabelecimento, procedesse a liquidações precipitadas, transferisse bens a terceiros, contraísse dívidas extraordinárias ou simuladas.

Desperta a atenção o teor do artigo 323, que previa a possibilidade de realização de uma audiência de justificação prévia, a qual poderia ser dispensada, mediante o juramento com protesto, quando houvesse perigo de ineficácia da medida. Portanto, esse foi o primeiro dispositivo brasileiro a autorizar uma decisão liminar sem a oitiva da parte contrária, com o intuito de garantir a eficiência do processo.

Outra situação interessante era a possibilidade de audiência de justificação prévia em sigilo, que deveria ser realizada verbalmente, sendo os depoimentos reduzidos a termo, a teor do artigo 324. Vale destacar ainda a possibilidade de requerer o embargo pendente a lide, ou seja, quando já havia sido ajuizada a ação e, no curso do processo, surgisse a necessidade de assegurar o resultado útil ao processo.

Já a detenção pessoal era eminentemente preventiva e, para requerê-la, era necessária a prova literal da dívida ou a justificação prévia de uma das hipóteses elencadas:

- a) intenção de fuga do devedor sem o adimplemento da dívida;
- b) quando o devedor *não domiciliário* intentasse ausentar-se sem pagar a dívida;
- c) quando o devedor intentasse ausentar-se furtivamente ou mudar de domicílio sem a ciência dos credores;
- d) quando qualquer comerciante, matriculado ou não, intentasse ausentar-se furtivamente,

abandonasse o estabelecimento ou se ocultasse;

e) quando o comerciante não matriculado deixasse de efetuar seu pagamento e não se apresentasse, ou deixasse de assistir pessoalmente os atos e diligências do processo de *quebra*;

f) quando qualquer devedor contraísse dívidas e empenhos com manifesta má-fé, próximo à falência, ou se retirasse do lugar, ou se valesse de qualquer outro artifício fraudulento para prejudicar o credor, como colocar bens em nome de terceiro, aliená-los simuladamente ou escondê-los.

As vendas judiciais tinham característica preventiva, porque poderiam ser requeridas quando os gêneros ou efeitos comerciais embargados, depositados ou penhorados fossem de fácil deterioração, ou passíveis de deterioração decorrente da demora judicial, ou ainda de dispendiosa guarda, podendo o juiz, de ofício ou a requerimento, ordenar a alienação por intermédio do agente de leilão. Posteriormente à alienação, o valor arrecadado era depositado no lugar do bem alienado, devendo sobre o valor recair as penhoras, embargos ou qualquer outro ônus.

De igual forma, os protestos de letras de câmbio, da terra, de risco, de conhecimentos de frete passados à ordem e endossados, de apólices de seguro endossadas e de notas promissórias endossadas também possuíam característica preventiva. O intuito da realização do protesto era conservar e ressaltar direitos para que posteriormente fosse ajuizada uma ação fundamentada no protesto.

Em relação ao depósito, vislumbra-se o caráter preventivo decorrente de sua realização como forma de se proteger de eventuais sanções legais decorrentes do inadimplemento. Segundo o Regulamento 737/1850, o depósito era possível quando o credor recusasse o pagamento, se negasse a dar quitação, houvesse litígio sobre a dívida, a dívida fosse confiscada pelo devedor e a coisa adquirida estivesse sujeita a ônus ou obrigação.

Noutro sentido era a possibilidade de requerer a exibição de livros, escrituração comercial por inteiro, balanços gerais, a qual possuía característica de uma ação preparatória para a propositura de outra ação. Segundo a lei, após o requerimento de exibição, deveria ser realizada a citação da pessoa responsável para apresentar os livros no prazo legal, sob pena de prisão decorrente da desobediência.

De igual forma, o protesto ou processo testemunhável formado a bordo de embarcações também possuía predicados preparatórios, porque consistia em um relatório do sinistro ocorrido a bordo, no qual devia constar o local onde havia ocorrido, sendo lavrado pelo escrivão ou piloto, ou na falta deles por alguém nomeado pelo capitão.

O artigo 363 dispunha que a junta (formada por oficiais, pilotos, contramestres, peritos e marinheiros mais inteligentes e velhos no serviço do mar) se reuniria e que a decisão seria tomada na presença dos interessados no navio ou na carga. Posteriormente, a decisão tomada a bordo seria submetida à ratificação judicial, mediante sentença irrecorrível. Após a ratificação, a parte dispunha de uma prova *plena e absoluta* para o ajuizamento de outra ação judicial.

No decorrer da análise, despertou curiosidade a inserção das habilitações incidentes nas causas comerciais no supracitado título, visto que se tratava de uma substituição processual decorrente do falecimento de uma das partes, a qual prescinde de características preparatórias ou preventivas.

Após essa breve análise, percebe-se que a audiência de justificação prévia, a liminar sem oitiva da parte contrária e o prestígio à oralidade na audiência de justificação prévia estão presentes em nosso ordenamento jurídico desde o Regulamento 737/1850.

## 5.2. O processo cautelar nos códigos estaduais

Com o advento da República no Brasil, que se deu com a promulgação da Constituição de 1891, ocorreram diversas mudanças, no entanto a presente análise ficará circunscrita ao tema deste trabalho.

Em um primeiro momento, vale a pena pontuar que a Constituição então vigente foi inspirada no modelo americano, o que inclusive culminou com a adoção do nome de República dos Estados

Unidos do Brasil, embora o processo de construção da Federação tenha ocorrido de forma completamente diferente (MENDES *et al*, 2008, p. 186).

Certamente, o deslocamento da competência para legislar em matéria processual para o âmbito dos Estados-membros ocorreu com inspiração no sistema americano. Os Estados detiveram essa competência no período compreendido entre 1891 e 1939. É interessante mencionar que a aplicação dos códigos estaduais era limitada à circunscrição territorial de cada Estado.

Embora tenha sido confeccionado um código para cada Estado da Federação, especialmente em relação ao processo preventivo, constata-se que os códigos estaduais foram inspirados no Regulamento 737/1850, bem como nas Ordenações Filipinas Afonsinas e Manuelinas (CASEIRO, 1996, p. 63).

Em relação à organização dos códigos, verifica-se que o processo preventivo em algumas leis estaduais aparecia sob a rubrica “dos processos especiais” (por exemplo, no Código de Processo Civil do Estado de Minas Gerais). Já na lei paulista, as medidas preventivas foram tratadas no capítulo da conciliação. Assim, não há como se falar que houve uma linha científica única para a confecção dos códigos estaduais (CASEIRO, 1996, p. 65).

Todavia, o grande avanço para o processo cautelar foi a positivação da medida cautelar inominada, a qual tinha como requisito o “perigo fático iminente”, cabendo à parte petionante demonstrar de maneira satisfatória o perigo. A justificativa para a positivação de uma medida de forma genérica é a impossibilidade.

### **5.3. O processo cautelar no CPC de 1939**

Com o advento da Constituição de 1934, os Estados-membros deixaram de ter competência para legislar em matéria processual. A partir de então, essa competência voltou a ser exclusiva da União.

O Código de Processo Civil de 1939 entrou em vigor por meio do Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro daquele ano, “nova” lei processual, que também se preocupou com os danos que a demora da resposta judicial poderia causar.

É interessante ressaltar que o CPC de 1939 tratou as medidas preventivas dentro do livro dos processos acessórios, e novamente se constata que o processo cautelar ainda não foi alçado à categoria de um terceiro gênero de processo.

O código em análise elencou as medidas preventivas no Livro V, denominado “dos processos acessórios”, e constata-se mais cuidado técnico na organização e na positivação, diferentemente do que ocorria antes. Todavia, não houve o cuidado técnico para disciplinar uma parte geral.

Diante dessa realidade, os autores da época faziam a análise das medidas cautelares, positivadas que se encontravam no livro denominado “do processo acessório”. Feito esse esclarecimento, prossegue-se com a exposição daqueles autores.

Segundo Lopes da Costa (1953, p. 9), as características das medidas cautelares eram a acessoriedade, a ausência de satisfatividade com a decisão e a transitoriedade. A primeira característica estava relacionada com a “dúvida acerca do direito principal invocado”. A segunda dizia também que as medidas cautelares não eram satisfativas e que a satisfatividade deveria ser buscada no processo principal. Já a “transitoriedade” decorria do caráter temporal, ou seja, a medida perduraria o tempo necessário para evitar o dano e assegurar a efetividade do processo principal (LOPES DA COSTA, 1953, p. 10).

No mesmo sentido, Pontes de Miranda (1949, p.293) considerava transitório o *mandatum* (ordem ou comando de prestar) sem que antes houvesse o término do processo de cognição. Portanto, essas eram as características principais expostas pela doutrina.

Em relação ao momento para requerê-las, verificou-se a existência de medidas antecedentes ou preparatórias, preventivas e incidentais. Segundo Lopes da Costa (1953, p. 11), as medidas preventivas podiam ser classificadas da seguinte forma: a) medidas preventivas que pudessem ser obje-

to de um processo de ação; b) medidas preventivas que não pudessem se constituir objeto de ação, mas surgisse processo de ação; c) medidas preventivas de jurisdição voluntária que preparassem material de prova para “processo” futuro.

As medidas preventivas previstas no CPC de 1939 eram: a) arresto de bens do devedor b) sequestro de coisa móvel ou imóvel c) busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito d) prestação de cauções e) exibição de livro, coisa ou documento; f) vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam* g) em obras de conservação em coisa litigiosa h) na prestação de alimentos provisionais, nos casos em que o devedor fosse suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento i) no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento j) na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

O procedimento estava positivado nos artigos 684 a 686, os quais dispunham que, após a realização do pedido de medida de urgência, haveria a citação dos réus, salvo se a citação pudesse acarretar a ineficácia da medida pleiteada. Ainda em relação ao procedimento, constata-se que havia a possibilidade de realização de uma instrução sumária no prazo de quarenta e oito horas, independentemente da contestação do pedido, com a finalidade de produzir provas; na sequência, o juiz prolatava a decisão.

É interessante notar que, ao tratar das medidas preventivas, o legislador deixou a possibilidade de o juiz atuar de forma preventiva mesmo quando a lei não o autorizasse expressamente<sup>6</sup>. Ao analisar o artigo 675, Miranda (1949, p. 25) afirma o seguinte: “[...] o juiz, a par do seu dever formal de obrar, tem de examinar se o pressuposto de um dos incisos do artigo 675 exige que a medida ou algumas das medidas sejam ordenadas”.

Entre os processualistas pesquisados, nenhum diverge do entendimento de que o artigo 675 do CPC de 1939 consiste no poder geral de cautela do juiz. Também não há dúvida de que se tratada primeira vez que tal instituto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme indica a pesquisa realizada, a divergência está na origem do instituto do poder geral de cautela. Segundo Pinto Ferreira (1983, p. 103), o poder de *imperium do praetor* é um poder geral de cautela. O referido autor sustenta esse raciocínio como argumento de que o julgador estava restrito apenas pelas leis da cidade e pelas garantias *da Lex publica*.

Em sentido diverso, Lopes da Costa (1953, p. 15) afirma que a essência do poder geral de cautela se encontrava no Código de Processo Civil alemão, mais precisamente no artigo 935, ao dispor que: “são permitidas decisões provisionais sobre o objeto da lide, quando seja de recear que uma alteração do estado atual das cousas torne impossível ou dificulte essencialmente a realização do direito da parte<sup>7</sup>”. A postura “ativa” do juiz era reforçada pelo artigo 938: “o juiz, a seu arbítrio, resolve que medida é necessária para realizar o fim que pretende”.

Parece razoável o entendimento de Pinto Ferreira, tendo em vista que o *praetor* podia deferir uma medida cautelar sem previsão expressa na *Lex publica* ou na lei da cidade. Certamente, o instituto do ZPO alemão se inspirou no Direito Romano.

Vale mencionar a medida cautelar denominada “atentado”, que possui origem no direito ca-

6 CPC/1939. Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atas capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes; III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

7 Foi mantida a redação original.

nônico e, posteriormente, foi adotada pelo direito italiano como forma de restringir o poder do juiz. No Código de 1939, a figura do atentado foi recebida como uma inovação para evitar danos iminentes a uma das partes na pendência da solução do conflito e podia ser suscitada pelas partes, por terceiros ou pela autoridade judicial (juiz, desembargador, Ministro ou Tribunal).

Em se tratando de “mera ameaça de atentado”, eram cabíveis as medidas preventivas constantes do artigo 675 do CPC, bem como o mandado de segurança (PACHECO, 1958, p.119).

Diante da insatisfação total acerca da resposta judicial, houve um grande movimento no sentido de que seriam necessárias reformas a esse sistema, e a saída foi a elaboração de um novo código de processo. Assim, passar-se-á à análise do processo cautelar no CPC de 1973.

#### 5.4. O processo cautelar no CPC de 1973

Ao longo do trajeto histórico percorrido, percebeu-se que sempre houve preocupação com formas de se resguardar a utilidade do procedimento, havendo no desenvolver da legislação processual um aperfeiçoamento dos institutos.

O CPC de 1973 foi idealizado por Buzaid, aluno de Liebman, e elaborado para assegurar os privilégios de uma classe dominante, com ideologias típicas do Estado Moderno e Liberal de Direito. A linha teórica adotada foi a da teoria da relação jurídica de Bülow<sup>8</sup>, seguida até os dias atuais pela escola que define o processo como um instrumento<sup>9</sup> da jurisdição (MAGALHÃES, 2011, p. 876).

A principal inovação do Código em relação ao processo preventivo foi dedicar um livro exclusivo para tratar do processo cautelar. As leis anteriores, bem como o fariam algumas posteriores, tratavam do tema junto aos procedimentos especiais; podem ser citados como exemplos o CPC de 1939, o Código argentino (que trata do processo cautelar na parte geral) e o italiano<sup>10</sup> (CASEIRO, 1996, p. 78).

Na exposição de motivos, Buzaid demonstra que adotou integralmente o ensinamento de Liebman em relação ao processo cautelar. Isso pode ser percebido pelo fato de que o tema foi colocado no Livro III por se tratar de um *tertium genus*<sup>11</sup>. A nova classificação se justifica porque reúne a um só tempo as funções de conhecimento e execução, cuja tarefa principal é a prevenção. É necessário destacar que o primeiro processualista a atribuir ao processo cautelar o *status* de terceiro gênero foi Carnelutti.

O próprio Buzaid (1982, p. 19), em artigo no qual discorre sobre a influência de Liebman no desenvolvimento do direito processual brasileiro, destaca a nova sistemática do processo cautelar. Segundo o autor, por muito tempo a conceituação “medidas de acessoriedade do processo preventivo, preparatórias ou incidentais” era colocada em confronto com o processo principal, conforme acontecia com a sistemática do CPC de 1939.

Por entender que o processo cautelar é um terceiro gênero, Liebman (2005, p.78) conceitua o processo cautelar como “um organismo processual que possui uma individualidade própria”.

Todavia, é relevante ressaltar que o CPC de 1973 foi elaborado em um momento histórico no qual não havia as garantias constitucionais que foram implementadas com o advento da Carta Magna de 1988.

8 “[...] o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma relação jurídica” (BÜLOW, 2005, p.5).

9 Baracho (2008, p.47) se opõe à ideia de processo como instrumento: “O processo constitucional não é apenas instrumental, mas uma metodologia de garantia de direitos fundamentais”.

10 Diante dessa situação, Carnelutti (2000, p.237) compreende o procedimento cautelar sob dois aspectos: o primeiro, no sentido amplo, abarca o procedimento cautelar e o procedimento possessório, havendo uma situação intermediária entre o processo cautelar e o processo definitivo; e o segundo, no sentido estrito, trata somente do procedimento cautelar.

11 Em sentido oposto, Câmara (2005, p.1) afirma que: “[...] o processo cautelar costuma ser indicado (sem muita precisão frise-se) como um ‘terceiro gênero’”. Na verdade, o processo cautelar é um segundo gênero de processo, colocando-se em posição oposta à ocupada, em conjunto, pelos processos cognitivo e executivo. Isto porque esses dois tipos de processo podem ser reunidos num único gênero: o dos processos satisfativos, assim entendidos aqueles processos cujo desfecho normal é capaz de permitir a realização do direito material.



No tocante à finalidade do processo cautelar, Liebman (2005, p. 277) o define como “uma terceira atividade, que tem um objetivo de auxiliar o processo principal”. Na visão do autor italiano, o processo cautelar “se destina a assegurar, garantir o curso eficaz e o resultado útil dos outros dois (execução e conhecimento), concorrendo assim, indiretamente, para a consecução dos objetivos da jurisdição”.

Diante dessa nova perspectiva, as características do processo cautelar no CPC de 1973 são: autonomia, acessoriedade ou instrumentalidade, preventividade, provisoriedade e revogabilidade. Essa diferenciação<sup>12</sup> é importante e marca a distinção entre o processo cautelar, o processo de conhecimento e o processo de execução, como poderá ser percebido adiante.

Para Liebman (2005, p.275), a autonomia decorre do fato de que o processo cautelar poder ser acolhido ou rejeitado sem com isso influenciar-se o processo principal.

A independência fica mais evidente quando a parte que obteve a medida cautelar não tiver reconhecida a sua pretensão na lide principal. Nesse sentido, é o artigo 810 do CPC que afirma não haver obstáculos para a propositura da ação quando for indeferida a medida cautelar.

A segunda característica do processo cautelar é a sua instrumentalidade<sup>13</sup>. Calmon de Passos (1984, p. 46) afirma que “o processo cautelar é o processo a serviço do ‘processo’, não o processo a serviço do direito material”.

A terceira característica é a preventividade, que possui origem no direito romano, quando era denominado “interdito”. Tal característica se ocupa de resguardar uma situação jurídica necessária ao exercício de um direito futuro, como a produção antecipada de provas (LEAL, 2009, p. 174).

Por isso, é permitida a instauração de modo preventivo, preparatório ou incidental, com a finalidade de assegurar os efeitos de uma futura sentença ou de uma sentença já prolatada, ou mesmo para garantir a efetividade do procedimento em trâmite ou a ser iniciado.

A quarta característica é o caráter provisório do processo cautelar, devido a sua duração pelo tempo necessário para assegurar a efetividade do processo principal<sup>14</sup>.

Significa essa provisoriedade, mais precisamente, que as medidas cautelares têm duração temporal limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo. Por sua natureza, estão destinadas a ser absorvidas ou substituídas pela solução definitiva de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 505).

Esse período transitório é importante para a preservação de uma situação até que sobrevenha a decisão definitiva. Assim, o processo cautelar pressupõe duração limitada entre a sua decretação e a decretação do provimento principal ou definitivo. Certo é que a medida cautelar será absorvida ou substituída pela decisão do processo principal.

Portanto, os provimentos cautelares são neutros em relação ao resultado do processo principal, “muito embora visem a resguardar as pessoas e coisas do processo e a assegurar o êxito da futura execução” (BARROS, *apud* THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 505). A título de exemplo, pode-se citar o arresto, que desaparece e dá lugar à penhora.

Com isso, o processo cautelar não perde a feição preventiva e provisória<sup>15</sup>, tendo a única

12 Marinoni *et al* (2008, p.19-38) enumeram as seguintes características: a) perigo de dano; b) probabilidade do direito à tutela do direito material; c) temporalidade; d) não satisfatividade; e) instrumentalidade; f) referibilidade; g) cautelaridade e não preventividade.

13 A escola paulista sustenta que se trata de um caráter “instrumental”, pois se visa garantir a integridade do processo principal (CAMPOS, 1989, p.5).

14 No mesmo sentido, Calamandrei (2000, p.24-25) sustenta que a provisoriedade é um critério distintivo dos procedimentos cautelares em relação aos procedimentos de conhecimento e de execução. Para ele, a provisoriedade possui um caráter interino, diferindo-se da temporalidade, que pode ser definida como característica daquilo que não dura para sempre.

15 Provisórias porque duram até que venha a medida definitiva ou até o momento que for necessário (GRECO FILHO, 2003, p.153).

incumbência de evitar que o processo principal seja inútil (THEODORO JÚNIOR, 2011, p.505).

Dessa forma, os efeitos da decisão perdurarão enquanto perdurar a situação de perigo a pessoas, coisas, bens, ou até que sobrevenha o término do processo principal. A decisão prolatada em sede de processo cautelar não faz coisa julgada material, ou seja, a qualquer momento é possível rediscutir e mudar o seu conteúdo.

Por se tratar de provimento emergencial de segurança, há possibilidade de substituição, modificação ou revogação a qualquer momento. É necessário ainda ressaltar que não se pode falar em decisão de mérito nas ações cautelares, pois elas não versam sobre a lide principal (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 505).

Assim, a mutabilidade e a revogabilidade decorrem da própria natureza e dos objetivos do processo cautelar, diante do desaparecimento da situação que levou ao deferimento da medida.

A revogação ou a modificação das medidas cautelares não podem ser feitas de ofício<sup>16</sup>. É necessário que haja o requerimento de uma das partes, com argumentos suficientes para convencer o magistrado (GONÇALVES, 2001, p. 89; MARQUES, 2000, p. 475).

Após a apresentação dos argumentos de uma das partes para cessar a eficácia da medida cautelar, cabe ao magistrado decidir de maneira fundamentada<sup>17</sup>, expondo as razões de fato e de direito que o conduziram na decisão.

Em relação aos requisitos, verifica-se que o CPC de 1973 elenca o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Essa aparência do bom direito consiste na expectativa ou na possibilidade da existência do direito invocado pelo autor, cuja verificação é realizada em um juízo superficial em razão da provisoriamente da medida. Salienta-se ainda que o *fumus boni iuris* não é um “prognóstico” da existência do direito invocado, mas uma probabilidade que justifica a medida (GRECO FILHO, 2003, p.155).

Já no *periculum in mora* o que deve ser demonstrado é o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, mutação das pessoas, bens ou provas que são ônus do requerente (THEODORO JÚNIOR, 2011, p.513).

Em relação aos limites da atuação do magistrado sempre existiram questionamentos, conforme demonstrado ao longo deste trabalho. O poder geral de cautela, como se conhece hoje, foi importado do direito alemão, porém, com a vigência da Constituição de 1988, é necessário interpretar o dispositivo à luz dos novos paradigmas.

O CPC de 1973 possibilitava que o juiz determinasse medidas provisórias que não estivessem na legislação, com o intuito de evitar lesão grave de difícil reparação. O juiz estaria livre para autorizar ou proibir a prática de atos, ordenar a guarda judicial de pessoas, depósitos de bens e imposição de caução. Segundo o autor, a constitucionalidade desta possibilidade encontrava fundamento na impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses de perigo a bens jurídicos e garantir sua proteção (GRECO FILHO, 2003, p.156).

Em tom de admoestação, Tesheiner (1974, p.44) assevera a necessidade de cuidado, para que o poder geral de cautela não seja transformado em um protagonismo judicial. Alguns autores, com o intuito de garantir a efetividade do processo, exageram na interpretação (por exemplo, ao destinar a decisão discricionária<sup>18</sup> ao seu prudente arbítrio na apreciação da existência da ameaça e do perigo de ineficácia do provimento final).

16 Câmara (2005, p. 27) defende a possibilidade de revogação da medida cautelar de ofício pelo juiz. Entretanto, o autor não aponta nenhum fundamento para embasar o seu posicionamento.

17A questão da fundamentação das decisões no Brasil consiste em uma exigência constitucional.

18 Streck (2009, p. 11) defende que o juiz está adstrito ao ordenamento jurídico, não possuindo assim discricionariedade para decidir. No mesmo sentido, Edward Carlyle Silva (2008, p.586) afirma que esse “poder” não é discricionário, pois é necessária a presença do *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, além da inexistência de medida cautelar típica.

## 5.5. O processo cautelar no CPC de 2015

José Roberto dos Santos Bedaque no clássico “Poderes instrutórios do juiz”, dos idos anos noventa, então auge do desenvolvimento do processualista brasileiro afirmava:

A conclusão de que os princípios da relação jurídico-substancial não devem repercutir no processo, ao contrário do que possa parecer, não nega o caráter instrumental deste último. Apenas coloca a “instrumentalidade do processo” não em função da parte, de seus interesses e de seu eventual direito subjetivo, mas do Estado e de seus objetivos. [...]

Ora, se assim é, as normas devem ser atuadas corretamente. Essa é a finalidade básica da jurisdição, como função estatal. Aí está a instrumentalidade que se pretende existente. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Nessa medida, não se pode aceitar que o juiz, por respeito a dogmas inaceitáveis, aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados (BEDAQUE, 1994, p. 13).

Do exposto, evidencia-se o fato de que numa tutela cautelar, a discussão da substancialidade projeta-se no futuro, e pede do juiz um olhar comprometido, quase senhorial e absolutista. Ocorre que vinte anos depois, e com um novo Código de Processo Civil, não há mais espaço para o “juiz pode tudo”, senão vejamos:

A utilização desmedida da instrumentalidade das formas e da flexibilização da técnica processual é que possibilitaram a construção de doutrinas como a relativização da coisa julgada, objetivação da atuação dos tribunais superiores, que não obstante boas intenções, atribuem aos juízes poderes desmedidos contrários à segurança jurídica e ao próprio Estado Democrático de Direito (ABBOUD, 2014, p. 363).

Do exposto, evidencia-se, mais uma vez, o importante papel do magistrado e de uma atuação sensível, de bom senso, adequada ao caso, ao procedimento e ao próprio processo, a fim de que o mecanismo não seja fim, mas antes, instrumento para realização concreta das previsões abstratas das necessidades das partes envolvidas, com destaque para aquela que se acautela.

Enquanto o Art. 273 do CPC anterior dizia, textualmente:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.  
II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O art. 300 do CPC vigente, aprovado em 2015 com validade a partir de 2016, diz simplesmente:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [V. arts. 294, 295, 300, 301, 303, 304, 1.059, relacionados]

Havendo, ainda, a complementação do instituto nos artigos 296, 297, 298, 311 e 356, todos do CPC atual (MEDINA, 2016).

A tutela cautelar, antecedente ou incidental, tem por finalidade conservar a situação de fato ou de direito sobre qual haverá de incidir eficazmente a decisão “principal”. (MEDINA, 2012, p. 954).

De acordo com Costa Machado e Miguel Medina, que esposam do entendimento doutrinário majoritário, o juiz possui um poder geral de cautela que representa, *in concreto*, a possibilidade de que goza o magistrado de, após análise fática, conceder a tutela cautelar de ofício, a qual está consignada no art. 798 do Código de Processo Civil.

Assim sendo, para além das medidas típicas (especiais) previstas no código como arresto (art. 813), sequestro (art. 822), caução (art. 826), busca e apreensão (art. 839); e dos procedimentos especiais constitucionais como a Ação Civil Pública, a Ação Popular, os Mandados de Injunção, de Segurança e o Habeas Data. O poder cautelar a ser exercido em situação emergencial fica adstrito às condições dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* genérica e abstratamente previsto no texto processual e nos estudos dos processualistas desde os glosadores, sob análise do juiz.

Leonardo Gomes de Aquino (2013) explica que, de modo geral, o procedimento adotado deve ser o seguinte:

As medidas cautelares são requeridas em petição ao juiz da causa, quando incidentes, e quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal que deva ser proposta.

A petição deve ser sempre autuada em separado. Quando se tratar de medida preparatória, será também distribuída, e se for incidente, o processamento da medida se fará em apenso aos autos principais.

Requerida a medida, o requerido será citado para, no prazo legal, contestar o pedido, indicando desde logo as provas a serem produzidas, este prazo começara a ser contado a partir da juntado da citação aos autos, depois de devidamente cumprido. Quando a medida tiver sido concedida liminarmente ou após justificação, o prazo para contestação será contado depois de sua execução.

Contestado o pedido, o juiz designara audiência de instrução e julgamento se houver prova a ser produzida; em caso contrário, decidirá em cinco dias. Se o pedido não for contestado, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros os fatos alegados pelo requerente, e o juiz decidirá no prazo de cinco dias.

Requerida a medida e se o juiz verificar que ela poderá tornar-se ineficaz se o requerido for citado inicialmente, poderá decretá-la liminarmente. Nesse caso, depois de executada a medida, o requerido será citado para contestar no prazo legal.

Quando a medida for decretada como preparatória, a ação principal deverá ser ajuizada em trinta dias a contar da efetivação da medida, sob pena de cessar a sua eficácia.

Do exposto, evidencia-se a preocupação com a proteção do direito, não obstante a questão da celeridade ainda seja um problema a ser enfrentado.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da realização da pesquisa bibliográfica, constatou-se que a preocupação com a tutela cautelar é objeto de positivação desde o direito romano, por meio do interdito, o qual certamente influenciou o processo cautelar brasileiro.

Constatou-se que o interdito possui algumas semelhanças com os ditames do processo cautelar brasileiro, dentre as quais se destacam: a intenção de proteger a coisa em litígio, como forma de assegurar o resultado útil do processo principal; a sumariedade do procedimento; e o caráter provisório da tutela cautelar.

Já o período medieval foi marcado por uma forte influência da Igreja Católica, o que inclusive culminou com o abandono da oralidade e a adoção de um processo predominantemente escrito.

No tocante ao direito brasileiro, a preocupação com a tutela preventiva está presente desde o Regulamento 737/1850, com a positivação de medidas preventivas, ainda que de forma atécnica e sem a precedência de uma parte geral. Dentre as medidas preventivas, é possível destacar: o arresto,

a exibição, as vendas judiciais, o protesto e o depósito, que permanecem no ordenamento jurídico brasileiro até os dias atuais, apesar de haver modificações. Vale ressaltar ainda que o Regulamento 737/1850 positivou a audiência de justificação prévia, a liminar sem a oitiva da parte adversa, além do prestígio à oralidade, especialmente na audiência de justificação prévia. Ao confrontar tais medidas cautelares, conclui-se que provavelmente foram inspiradas no interdito.

Durante a vigência dos códigos de processo estaduais, encontrou-se a possível gênese da medida cautelar inominada, visto que os códigos estaduais previam a possibilidade de requerimento de uma medida não positivada, desde que restasse comprovado o perigo fático iminente. Sem dúvida, essa possibilidade significou um grande avanço, porque no direito romano era necessário demonstrar a adequação do pedido ao interdito positivado.

No CPC de 1939, verificou-se que o grande avanço foi a positivação do poder geral de cautela do magistrado, o qual parece ter sua gênese ligada ao poder de império dos *praetores* romanos.

Conforme asseverado, coube ao CPC de 1973 alçar o processo cautelar à categoria de terceiro gênero de processo, o que ocorreu mediante a dedicação de um livro próprio, para cuidar somente do processo cautelar. Vislumbrou-se um esmero técnico na redação dos dispositivos, a começar pela inserção de uma parte geral, pela positivação de medidas cautelares, pela possibilidade de requerimento de cautelares inominadas e pela manutenção do poder de cautela do magistrado.

No Código vigente (2015) permanece a preocupação com o acautelamento, mas igualmente permanece a preocupação com falta de celeridade do Poder Judiciário Brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABREU, José. *Os procedimentos cautelares no novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ALMEIDA JÚNIOR. *Direito judiciário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Processo Cautelar*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30816-33104-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

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

BIRCHAL, Alice de Souza. *Tutelas urgentes de família no código de processo civil: sistematização e exegese*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2005.

BUZUID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano VII, n. 27, jul./set. 1982.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMPOS, Antônio Macedo de. *Medidas cautelares: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1989.



- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1971.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944.
- CASEIRO, Luciano. *Lide cautelar*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000.
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm)>. Acesso em: 20 out. 2011.
- DINI, Mario. *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile*. 2. ed. rev. e atual. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; AZEVEDO, Julio Camargo de. *Técnicas de Aceleração De Processo: tentativa de sistematização à luz do Novo CPC*. Academia: São Paulo, 2003. Disponível em: <[file:///C:/Users/jubed/Downloads/TECNICAS\\_DE\\_ACELERACAO\\_DE\\_PROCESSO\\_tenta%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/jubed/Downloads/TECNICAS_DE_ACELERACAO_DE_PROCESSO_tenta%20(1).pdf)>. Acesso em: 13 maio 2016.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v.1.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953.
- MAGALHÃES, Joseli Lima. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias. In: *Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para a elaboração de um novo CPC*. Franca: Lemos & Cruz, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.4.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e ampl. completada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millenium, 2000, v. 5.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Grupo de estudos do Professor José Miguel Garcia Medina*. Disponível em: <<https://professormedina.files.wordpress.com/2015/03/quadro-1973-2015-vertical20.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.52.
- MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. *O caráter interdito da tutela antecipada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. t. IV.

- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. VIII.
- MULLER, Yara. *Dos processos acessórios e modelos processuais*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1996.
- OLIVEIRA, Allan Helber de. Provimentos de urgência: aspectos históricos e doutrinários. In: FIUZA, César (Coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- PACHECO, José da Silva. *O atentado no processo civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. v.10, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1983.
- REGULAMENTO n. 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103248/decreto-737-50>>. Acesso em: 14 nov. 2011.
- RIBEIRO, Arthur. *Código de Processo Civil do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes, 1922.
- SILVA, Edward Carlyle. *Direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2008.
- STRECK. Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta”. In: MACHADO, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coords.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46. ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v.II.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

---

**Recebido em:** 04/10/2016

**Aprovado em:** 14/02/2017

# OS JUÍZES E OS TRIBUNAIS COMO AGENTES DA GLOBALIZAÇÃO: A Utilização de Leis e Jurisprudências Estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal no Ano de 2015

## THE JUDGES AND THE COURTS AS AGENTS OF GLOBALIZATION: The Use of Foreign Laws and Jurisprudence by the Supreme Court in 2015

GUSTAVO WENTZ <sup>1</sup>

**RESUMO:** O poder soberano do Estado vem sofrendo constantes modificações e mitigações, ocasionados pelo avanço do processo de globalização. Pontos antes tidos como sensíveis ao âmago nacional (soberano), hoje sofrem mutações, destacando-se, em especial, a atuação do Poder Judiciário e de seus agentes, como atores de primeira linha da globalização. A atuação dos juízes e dos tribunais pode ser visualizada pela atuação do Supremo Tribunal Federal, ao aplicar em seus julgamentos legislações internacionais, ou baseá-los em jurisprudências estrangeiras. Dessa forma, vivencia-se um período de intenso intercâmbio entre legislações e entre juízes, o que, certamente, torna o direito mais ágil e menos falível.

**Palavras-chave:** Jurisprudência; Globalização; Juízes.

**ABSTRACT:** The sovereign power of the state has undergone constant changes and mitigations, caused by the advance of globalization. Points before seen as sensitive core national (sovereign), today mutate, highlighting in particular the role of the judiciary and its agents, as first-line actors of globalization. The role of judges and courts can be viewed by the action of the Supreme Court, in its judgments in applying international law, or base them on foreign jurisprudence. In this way, we are experiencing a period of intense exchange between legislation and between judges, which certainly makes the law more agile and less fallible.

**Keywords:** Jurisprudence; Globalization; Judges.

---

<sup>1</sup> Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Beneficiário de Taxa de Mestrado do Programa de Suporte a Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Passo Fundo/RS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo/RS. Coordenador e Professor dos Cursos de Direito da Faculdade IDEAU-Getúlio Vargas/RS. E-mail: gustavowentz@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

A globalização impõe às nações uma nova forma de pensar a sua soberania, poder antes absoluto, exercido pelos governos locais, vinculando todos os nacionais. Em seu primórdio, imaginava-se que a globalização traria efeitos apenas para o sistema econômico, com poucas alterações para o direito e a administração pública. Atualmente o poder soberano do Estado encontra-se partilhado com outros órgãos e instituições supranacionais.

E tal partilha do poder soberano do Estado conduz uma nova discussão: a influência da globalização para o direito e o papel que os juízes – em especial o Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil – devem cumprir para atender às novas necessidades sociais.

O objetivo geral deste estudo é a análise da atuação do STF, podendo diagnosticar a utilização tanto de legislações internacionais e estrangeiras, bem como a internalização da jurisprudência estrangeira para decidir casos envolvendo direitos e contendedores puramente nacionais. Já os objetivos específicos são: a) conceituar e analisar a soberania estatal; b) conceituar e entender o fenômeno da globalização; c) apresentar a importância da utilização da jurisprudência e da legislação internacional para julgar casos estritamente nacionais; e d) buscar a aplicação destes institutos pelo STF. Para alcançá-los, parte-se do seguinte questionamento: se o STF está preparado e apto para atuar como agente da globalização, aplicando legislações estrangeiras e internalizando jurisprudências estrangeiras para o julgamento de casos nacionais diante de vazios legislativos ou diante da experiência estrangeira já pacificada?

Para responder a esta indagação dois caminhos distintos serão seguidos: o primeiro entende o poder legislativo como soberano e absoluto e a legislação nacional como o último refúgio da soberania; o segundo caminho entende o Poder Judiciário como agente de fomento da globalização, a partir do estreitamento da comunicação entre os juízes de diferentes países, sendo, portanto, válida a utilização de expedientes internacionais para decidir casos complexos, puramente nacionais.

Para desenvolver a presente pesquisa, utilizou-se a metodologia fenomenológica hermenêutica, através da qual, em um primeiro momento, buscou-se pontuar os conceitos operacionais, para, na sequência, analisar a jurisprudência do STF a respeito da matéria. Já a técnica é a da pesquisa bibliográfica, de forma a embasar os conceitos articulados, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

## 2. A SOBERANIA ESTATAL COMO O LIMITE PARA A FORMULAÇÃO E APLICAÇÃO DAS LEIS NO CONTEXTO NACIONAL: O SURGIMENTO DE UMA NOVA REALIDADE

Uma sociedade somente organiza-se e funciona a partir de referenciais e de limites. Esses limites podem surgir tanto do reconhecimento internacional (como são as fronteiras), no seio da própria sociedade (como a família) ou mesmo das relações sociais (como os grupos associativos e ONGs). São tais limites e referências que orientam os governantes, tanto em nos trabalhos executivos, quanto na função legislativa. Portanto, toda a ação estatal está pautada por tais referências e circundada pelos limites. (ARNAUD, 2007, p. 18).

De início, pode-se extrair um conceito básico de soberania, entendendo-a como o poder que emana de um povo e que constitui uma nação, dotada de características como a auto-organização, a exclusividade do poder de gerência, da força e de formulação legislativa, com limites territoriais definidos e aspectos culturais e históricos próprios e característicos. Esse conceito primário do termo soberania decorre de uma leitura conjunta e sistêmica do Preâmbulo, artigo 1º, inciso I e artigo 14 da Constituição Federal Brasileira. (BRASIL, 1988).

Tanto no inconsciente jurídico quanto no inconsciente político, pode-se conceituar a soberania como aquelas pessoas ou instituições dotadas da autoridade final dentro de um determinado território

e sobre uma determinada comunidade. No contexto interno, pode-se entender a soberania como a existência de um *summa potestas* na estrutura social. Já no contexto externo, aplica-se nas relações entre as comunidades políticas, caracterizado pela inexistência de autoridades supremas. Trata-se de um dos elementos formais do Estado situado ao lado da ordem jurídica (ACQUAVIVA, 2000, p. 1209). Paradoxalmente, a anarquia nas relações entre estados soberanos (absoluta igualdade) é tanto o reverso quanto a consequência lógica da instauração da ordem interna (absoluta supremacia) nas relações de cada um deles com os respectivos súditos (BARRETTO, 2006, p. 763).

Dessa forma, a partir dos três conceitos expostos, pode-se concluir que da ação sincrônica do Estado territorial, da nação e da economia constituída dentro das fronteiras nacionais, formou-se uma constelação histórica na qual o processo democrático assumiu uma figura institucional convincente (e em muitos países, determinante). Também, apenas no âmbito do Estado nacional, é que a sociedade, constituída democraticamente, pode atuar de forma reflexa, ou seja, um Estado nacional e soberano sempre será o reflexo de seu povo. (HABERMAS, 2001, p. 78).

A soberania delimita-se pelas fronteiras políticas (mas não resumidas a elas), e ultrapassar tais limites só deve ocorrer em casos específicos e, ainda assim, com extrema prudência, sob pena de desestabilizar as próprias instituições, ou seja, são realmente as fronteiras territoriais que determinam os contornos e os limites da soberania dos países de forma tenaz (ARNAUD, 2007, p. 19). Até hoje, toda vez que um Estado ultrapassa as suas fronteiras soberanas dá ensejo ao início de um conflito. Não é comum que estados soberanos aceitem pacificamente a interferência de outro Estado estrangeiro em sua política, segurança, cultura ou ofensa à integridade física e moral de sua população. O atual caso envolvendo a Crimeia, onde a Federação Russa arma e incentiva a população a exigir a independência da Ucrânia e a sua incorporação a Federação Russa, pode ser elencado como um exemplo.

Por outro lado, há o exemplo do Estado Livre Associado de Porto Rico, caracterizado como um território dependente dos Estados Unidos, mas sem personalidade jurídica própria. Atualmente, a população de Porto Rico está requerendo a sua anexação aos Estados Unidos da América, para ser reconhecido como o 51º Estado Americano, o que, porém, ainda está pendente de aprovação pelo Congresso Norte-Americano, revendo a própria posição de 1998, quando a população já havia decidido manter-se como Estado Livre Associado. Ou seja, haviam decidido que não queriam tornar-se um Estado Americano, mas também não queriam ser independentes dos Estados Unidos da América (EUA). Nesse caso, temos um Estado que, ao invés de buscar a sua independência, e por via reflexa a sua soberania, busca a sua definitiva anexação ao território americano. É um caso em que o povo quer entregar a sua soberania a outro Estado.

No contexto interno (nacional), não basta à sociedade simplesmente existir como um fenômeno aleatório dentro de um espaço determinado; é preciso que se desenvolva de forma ordenada e coordenada. Para tanto, é necessária a existência de regulamentações normativas, que instituem desde padrões mínimos de comportamento até a forma da organização dos governos, sua eleição e atuação. Ou seja, uma sociedade democrática e soberana somente sobrevive a partir do estabelecimento de normas, o que deve ser feito a partir de um procedimento predeterminado, formal e democraticamente escolhido.

A tomada de decisão é uma escolha política tanto no sentido comum quanto no sentido nobre: uma escolha de sociedade através dos órgãos que essa sociedade se dotou para geri-la politicamente. Mas essa escolha política só adquirirá validade se tiver passado pela forma do direito, se tiver sido formalizada por ele e de acordo com as regras jurídicas (geralmente constitucionais). (ARNAUD, 2007, p. 26).

Dessa forma, pode-se destacar a existência de um núcleo duro de toda e qualquer sociedade (e em especial daquelas democraticamente constituídas), qual seja, a edição, aplicação e imposição



da normatização estatal. Tal normatização é, talvez, a principal expressão da soberania de uma nação. Essas normas encontram as suas forças, em princípio, nas fronteiras geográficas, mas também servem para fortificá-las e defendê-las contra ameaças e turbações de outros países. Daí, podemos reforçar que soberania não é apenas um conceito social, histórico ou geográfico, mas também é um conceito político.

Pouco a pouco, entretanto, esse conceito duro de soberania vem sendo modificado, em decorrência da necessidade de as sociedades se adaptarem a uma nova ordem, que até então era voltada para o interno, para a hegemonia do Estado e com forte sentimento nacionalista, mas que agora se tornou globalizadora. São várias as correntes de pensamento que tentam explicar este fenômeno da modificação do conceito de soberania para a mundialização, porém a primeira delas, e talvez a mais apropriada, caracteriza tal fenômeno como uma ruptura, podendo gerar desigualdades e novas divisões estruturais nos conceitos primários de sociedade e de poder. (MASSEY, 2007, p. 154).

Esse procedimento para a sintonização, universalização e construção dos interesses comuns (expresso pela globalização), contudo, jamais será consumado na figura de um Estado mundial. Esse processo terá não apenas de considerar, mas também respeitar a independência (*Eigenständigkeit*), os caprichos (*Eigenwilligkeit*) e as peculiaridades (*Eigenart*) dos Estados soberanos (HABERMAS, 2001. p. 74). Essa “construção mundial” deverá ocorrer de forma sincrônica nas nações independentes, e não de forma cogente e centralizada. Talvez seja este o maior desafio ainda a ser superado e o principal ponto de ataque daqueles ainda céticos quanto à mundialização e os seus benefícios, especialmente para as pautas comuns de discussão mundial (clima, meio ambiente, segurança alimentar, combate ao terrorismo, dentre tantas outras).

Tudo isso deixa claro que, mesmo diante de um mundo globalizado e inter-relacionado, os princípios da soberania e da territorialidade, que resultam da separação das relações internacionais do âmbito ainda existente e importante da soberania nacional, mantêm-se em certo ponto hígidos e válidos, pois a soberania dos estados funda-se a partir do reconhecimento internacional recíproco, como do respeito das fronteiras. Somente é reconhecido como soberano um estado que detém o poder de proteger suas fronteiras contra agressões externas e mantém a lei e a ordem em um contexto interno. (HABERMAS, 2001. p. 82)

Todo esse processo de globalização não pôs fim à soberania dos estados, mas exigiu uma modificação nas suas estruturas e atuações. Adaptações são constantemente realizadas de forma a adequar a realidade dos governos à nova realidade da sociedade. A velocidade atual com que bens, serviços, pessoas e informações circulam torna o processo ainda mais acelerado e exige um maior cuidado e atenção de todos os ramos do conhecimento.

E, como consequência, até mesmo o Poder Legislativo (e porque não dizer o direito) vem sofrendo mutações: os eixos de pressão e as fontes normativas vêm sofrendo um alargamento, provocado tanto pela globalização jurídica quanto pelo transnacionalismo. O surgimento de novos instrumentos jurídicos a partir de agentes transnacionais e que surtem efeitos diretos, tanto no Estado, quanto na população, faz com que o processo legislativo tradicional fique, muitas vezes, relegado a um segundo plano. E, assim, cede espaço para as relações negociais e arbitrais, antes comuns apenas em questões comerciais, mas que hoje envolvem até mesmo questões de direitos humanos e segurança internacional. (STAFFEN, 2015, p. 36).

Pode-se afirmar ainda que mesmo sendo o direito, ao mesmo tempo, um produto, uma característica e a maior expressão da soberania de uma nação, cada vez mais se transforma em um bem intercambiável, um produto de exportação. E, desse modo, transpõe as fronteiras nacionais, adentrando em outros estados igualmente soberanos e servindo para a formulação do direito e a aplicação das leis em países estrangeiros. (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 07).

### **3. A GLOBALIZAÇÃO E OS EFEITOS NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NACIONAL: A NOVA SOBERANIA E A FIGURA DOS JUÍZES COMO ATORES GLOBALIZANTES**

No desenrolar do século XX, pudemos vivenciar uma nova ordem mundial, ainda não totalmente consolidada, mas, certamente, definitivamente estabelecida e, porque não dizer, irreversível. Essa nova ordem mundial é marcada pela multilateralidade, pela internacionalização das relações políticas e comerciais e no processo pujante de integração de valores tanto econômico quanto morais e culturais, conduzindo a um processo de uniformização das nações (BECHARA, 2001, p.1). Uma nova ordem em contraponto ao antigo sistema da exclusiva soberania nacional, vivenciado por vários séculos e sob diversos sistemas políticos.

Esse processo, que se revela promissor e benéfico por facilitar a integração de sociedades distintas, circulação de bens e serviços tem outra faceta, decorrente de seu modelo utilitarista, surgida a partir das novas instituições morais e intelectuais, passando a visualizar sempre o maior rendimento do aparelho produtivo e a conseqüente maior lucratividade. Antes, as sociedades moviam-se conforme a vontade de seus "heróis"; hoje, devido às tendências organizadoras decorrentes do utilitarismo, observa-se a existência de cidadãos e sociedades standardizadas (MELLO, 2001, p. 60). Em outras palavras, o cidadão (base da sociedade) tornou-se apenas mão de obra, perdeu suas particularidades, e o seu valor é medido pelo quanto ele pode produzir, isto é, sua inserção neste sistema depende da sua produção.

Nesse novo contexto, toda padronização do modo de pensar e agir do cidadão e da sociedade gera efeitos muito além das fronteiras nacionais, com profundos impactos na subjetividade coletiva de cada nação, acelerado, justamente, pela velocidade com que ocorrem as interconexões e as trocas de modelos entre as nações (MELLO, 2001, p. 60). Isso não significa que em outros tempos os cidadãos, mesmo inseridos em um sistema social nacional forte, também não fossem medidos pelo seu trabalho, mas hoje pouco importa o que é feito pela nação. O importante é o que se faz em nível global. E todo esse processo pode fazer com que alguns aspectos culturais e algumas identidades nacionais se percam com o tempo, o que ocasionará um prejuízo imensurável às nações, pois o seu patrimônio histórico e cultural também deve ser protegido.

Em poucas palavras, o processo de globalização/mundialização apresenta duas facetas ambíguas entre si. Se de um lado favorece o intercâmbio de pessoas e culturas, a circulação de bens e produtos, reduzindo distâncias e derrubando barreiras, de outro, é forma de facilitar a dominação pelo utilitarismo da produção. A migração desses modelos, muitas vezes, não segue a vontade da sociedade ou dos governos soberanos, mas a vontade produtiva do sistema econômico mundial.

Pode-se caracterizar o mundo globalizado não somente como uma grande mistura abstrusa e híbrida, mas também como uma quebra metódica do pensamento tanto sobre a soberania quanto sobre a independência estatal, cujas conseqüências surgem em decorrência direta de sua existência e interação com as demais nações igualmente soberanas. (MASSEY, 2007, p. 154).

E nesta quebra metódica, pela mitigação da soberania frente à globalização, também o sistema legislativo nacional (um dos grandes expoentes da soberania estatal e detentor do poder de representação da nação) sofre ingerências estrangeiras, necessitando adequar-se a novas realidades, surgidas não somente pela circulação de modelos, mas também pela circulação de pessoas e mercadorias.

O soberano poder estatal, decorrente dos ordenamentos jurídicos internos de produzir o próprio direito, está gradualmente se redimensionando e reformulando a própria política da soberania nacional na direção de uma multiplicidade de raízes. O direito global pode ser dividido em dois níveis distintos de atuação: o primeiro, tido como mais raso, preocupa-se com os assuntos estritamente nacionais; o segundo, mais amplo e profundo, preocupa-se com a cooperação dos agentes, tanto no nível nacional quanto internacional (consubstanciando-se, verdadeiramente, em um cenário transnacional). (STAFFEN, 2015, p. 27).

E até mesmos os juízes são influenciados pela globalização. Quando já não lhes basta ser a “boca da lei”, ou por não encontrar na legislação a resposta adequada, ou ainda por não existir previsão legal para o fato em discussão, são obrigados a encontrar novas soluções, mesmo que fora dos limites de suas outorgas (ARNAUD, 2007, p. 126). Ou seja, o próprio juiz, neste processo de globalização, vale-se dos seus benefícios para solucionar possível omissão ou injustiça decorrente da lei nacional e soberana e, desse modo, cumprir o seu papel na sociedade.

Esse fenômeno, também chamado de “comércio entre juízes”, se intensifica a partir do sentimento de proteção a um patrimônio democrático comum, bem como pela existência de silêncios normativos do direito positivo e da necessidade de uma maior regulamentação do mercado internacional. Assim, os juízes constituem-se agentes de primeiro plano na mundialização do direito. (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 30).

Apesar de tudo isso, o princípio da soberania não é abolido, uma vez que são os juízes que, parcialmente, a detêm. Esta transferência de poder para os juízes não significa a inexistência de qualquer controle ou a implementação de um automatismo tão elevado como em direito interno. Na verdade, o sucesso do mecanismo depende do grau de confiança estabelecido entre os vários sistemas de justiça. O risco consiste na eventualidade de as autoridades judiciais executivas não se transformarem em juízes do sistema jurídico e processual do Estado que emitiu o mandado e não aplicarem as suas normas específicas. Daí a necessidade não só de um conhecimento mas também de um reconhecimento mútuos, os quais constituem, de alguma forma, a condição prévia de qualquer intercâmbio. Os sistemas não entram em concorrência mas sim numa situação de avaliação recíproca e permanente. Torna-se, portanto, difícil a cada um deles reivindicar o isolamento supremo que a soberania nacional outrora procurava alcançar. (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 27).

Tudo isso serve para demonstrar que a globalização não detém apenas uma natureza econômica (como se imaginava lá em seu primórdio), mas que existem outros tantos atores sociais e áreas de atuação interligadas. Cada vez mais se observa o acanhamento dos teatros sociais, o caráter público dos riscos e a complexidade dos destinos coletivos. As distâncias temporais e espaciais atrofiam-se em decorrência direta da aceleração e da condensação da comunicação e do tráfego, os mercados atingem as fronteiras do planeta, e a exploração dos recursos, infelizmente, alcança o limite da natureza, expondo outra característica negativa marcante do processo de globalização. (HABERMAS, 2001, p.72).

A partir dessas colocações, analisam-se dois novos subsídios ofertados ao Poder Judiciário: a importação legislativa (seja de normas de direito internacional, seja de normas estrangeiras, ou mesmo, de normatizações de organismos internacionais); e a jurisprudência estrangeira, como ferramenta de auxílio no convencimento dos juízes e dos tribunais e, até mesmo, como forma de suprir a falta de regulamentação pela legislação nacional.

### **3.1 A importação legislativa**

Mesmo diante de toda a discussão feita a partir dos benefícios e dos prejuízos que a globalização vem impondo à humanidade, algumas questões ainda parecem sensíveis. Uma delas diz respeito às normas internas das nações, decorrentes diretamente da soberania e do exercício regular do direito da força, prerrogativas das quais não é dotado o direito no cenário transnacional. Desse modo, são regularmente incluídas nas pautas de discussão instrumentos jurídicos que possam garantir legitimidade transnacional, a partir de discussões nacionais, como é o caso do meio ambiente, que hoje não é discutido tão somente pelo viés ambiental, mas também por expedientes comerciais e arbitrais. (STAFFEN, 2015, p. 31).

São casos que envolvem tanto danos a patrimônios supranacionais, como os oceanos ou a

camada de ozônio, como também discussão de danos ou possíveis danos ocasionados por empresas transnacionais, que exploram o ambiente nacional e estão lotadas em países estrangeiros, submetidas a legislações diversas, por força de contratos (como foi o caso da Eurodisney na França) ou por prerrogativas legais.

Esse tipo de situação é comumente vivenciada quando se está diante de assuntos de alcance global. Discutir formas de tornar cogentes essas verdadeiras normas transnacionais é uma pauta de intensa negociação, mas ainda de relativa efetividade. Porém, para os fins aos quais se dedica este estudo, há necessidade de concentrar-se e analisar-se as importações legislativas sobre outro viés. Não de encontrar formas de tornar as legislações mundiais aplicáveis, mas da ocorrência de solução de problemas internos, a partir da aplicação das normas estrangeiras ou mesmo internacionais a casos estritamente nacionais.

É igualmente cada vez mais comum o facto de juizes nacionais nomeados para determinado processo consultarem, por sua livre iniciativa, decisões tomadas pelos seus homólogos estrangeiros a fim de encontrarem a melhor solução possível para o problema em causa. Esta atitude pode ser nomeadamente encontrada em processos considerados muito difíceis, que os teóricos americanos denominam de *hard cases*. (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 23).

Esse novo panorama de circulação dos modelos jurídicos impõe duas novas realidades para a soberania dos estados. De um lado, apresenta uma nova faceta prática, de forma a possibilitar e facilitar a circulação de objetos (materiais e imateriais) e de pessoas. E, de outro lado, um viés mais político, especialmente no que tange à proteção e promoção dos direitos fundamentais, discussão a qual se dá, atualmente, tanto no âmbito interno (decorrente do poder constituinte), quanto no direito internacional, pelo significativo movimento de formalização de instrumentos jurídicos multilaterais de proteção aos Direitos Fundamentais. (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 103).

Ademais, não se pode considerar este verdadeiro comércio entre os juizes como um conluio dos juizes em desfavor da soberania dos estados, mas, sim, uma forma de garantir-se tanto o aprimoramento da justiça interna, como de respeito e aplicação dos compromissos internacionalmente assumidos por este mesmo Estado soberano. Esses juizes mundialmente engajados apenas cumprem a função de pôr em prática o direito soberanamente instituído pelo Estado ao qual estão adstritos e pelo qual foram legitimamente investidos. (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 103).

Diferente seria o enfrentamento da matéria, caso fosse o Poder Legislativo influenciado pela legislação de países estrangeiros e modificasse as normas de direito interno, uma vez que estaria apenas tornando preceitos estrangeiros em normas válidas nacionais. Aqui se tem a figura do juiz, buscando a solução de um litígio envolvendo nacionais, por meio de uma lei estrangeira ou supranacional, sem que tal matéria tenha sido posta à apreciação e sem o crivo do Poder Legislativo.

### 3.2 Internalização da jurisprudência estrangeira

Como já mencionado, com o desenvolvimento cada vez mais acelerado de pautas internacionais comuns, como a ecologia, a economia, a cultura e a segurança alimentar, torna-se cada vez mais raro encontrar uma relação direta entre as legislações nacionais e as pessoas por elas afetadas. E isso faz também com que as decisões dos órgãos competentes (em especial do Poder Judiciário) tenham um papel mais efetivo em buscar maior similitude com o restante da comunidade mundial interdependente. (HABERMAS, 2001, p. 89).

Essa nova preocupação faz com que os juizes e os tribunais busquem uma maior conectividade com os seus pares de outros países, de forma a compartilharem suas decisões e para não ficarem

neutros em questões imprescindíveis, indiferentemente da competência nacional. Esse contato não necessita, estritamente, de uma atuação estatal ou de convênios internacionais, e é feito a partir de expedientes simples de circulação de modelos jurídicos, o que torna a aplicação do direito mais ágil e menos falível. (STAFFEN, 2015, p. 40).

A referência a jurisprudências estrangeiras (sentença, decisão ou parecer) não pode servir como única regra exemplar e autoaplicável no âmbito interno, mas deve estabelecer um exemplo de como casos análogos são decididos em outros países que possuam proximidades por razões históricas, pela tradição ou pelos seus costumes políticos e jurídicos (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 82-83). Esses exemplos podem ser tanto negativos, quanto positivos, devendo o juiz observar a real efetividade da decisão para o caso a que se presta e a extensão de seu alcance no país estrangeiro. Ou seja, pode o juiz, antes de aplicar a lei ao caso, visualizar se a ocorrência surtiu ou não os efeitos esperados em outros países e, assim, impor maior certeza e correção aos seus julgados.

Pode o juiz, ainda, ao utilizar a jurisprudência estrangeira, também deixar de aplicar lei ou preceito nacional, visionando justamente a diminuição das diferenças entre as decisões nacionais e as decisões internacionais. Isso ocorre especialmente em matérias que envolvam direitos humanos fundamentais, de forma a tentar equipará-las ao máximo em âmbito global, ou mesmo local, tendo em vista a existência de blocos associativos regionais.

E, quando se fala em blocos associativos regionais, a utilização da jurisprudência estrangeira cresce em importância. Sabidamente, um dos grandes empecilhos ao desenvolvimento de blocos regionais (como é o caso do MERCOSUL) é a dificuldade do processo de sensibilização legislativa, ou seja, o processo de aproximação das leis dos países-membros, especialmente em matérias de comércio, trabalho e tributação. Nesse contexto, os tribunais podem passar a acelerar esse processo, ao aproximarem as suas jurisprudências às dos demais países-membros ou, simplesmente, pelo desenvolvimento das relações acadêmicas entre juízes de diferentes países.

#### **4. AS IMPORTAÇÕES LEGISLATIVAS E A INTERNALIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA NO BRASIL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DESTES DOIS INSTITUTOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF NO ANO DE 2015**

Entendida a importância dos fenômenos globalizantes para a legislação nacional, parece importante averiguar como o STF vem utilizando tanto a legislação quanto a jurisprudência estrangeira para decidir casos complexos. Para tanto, realizou-se uma busca, no site do STF, de todos os julgados do ano de 2015, em que uma lei ou uma jurisprudência estrangeira foi utilizada para fundamentar um voto.

Desse resultado foram excluídos os casos de extradição, nos quais, por obrigação da própria legislação interna, o Supremo Tribunal é obrigado a manifestar-se, bem como outros casos, em que a legislação estrangeira aparece tão somente na indexação do julgado e não no transcrito dos votos.

Dessa pesquisa, foram localizados e analisados 7 julgados do STF que utilizam como base para a fundamentação tanto leis quanto jurisprudências estrangeiras. Os resultados serão apresentados em ordem cronológica inversa, iniciando pelo mais recente e findando com o mais antigo.

Um dos selecionados foi o julgamento dos Embargos Declaratórios do Recurso Extraordinário com Agravo de Instrumento nº. 891.647/SP (BRASIL, STF, 2015). Ao decidir caso de abuso de direito de livre expressão, cometido por jornalista de renome nacional, que acabou por ofender a honra de outrem, é citado o julgamento do caso Schenck X United States, pela Suprema Corte Norte-Americana, no ano de 1919, em especial o posicionamento do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., o qual afirmou que a liberdade de expressão prescrita na Primeira Emenda da Constituição Americana não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo em um teatro, causando pânico nos presentes.

O eminente relator, Ministro Celso de Mello, cita outro julgamento da Suprema Corte Norte



-America, também da lavra do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr. (mostrando ser um grande entusiasta daquele jurista), no caso United State X Rosika Schwimmer, o qualificando como um “*dictum*” imorredouro fundado na Primeira Emenda”, citando-o literalmente. Encerra o seu voto, citando um terceiro julgamento da Suprema Corte Norte-Americana (Virginia X Black *et al.*), para afirmar que, mesmo que a Corte Suprema reconheça na Primeira Emenda uma liberdade quase absoluta, jamais poderia autorizar comportamentos que induzam ou que instiguem atos criminosos.

O próprio julgamento deste processo, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo faz expressa menção à Primeira Emenda da Constituição Federal dos EUA, como a grande inspiradora mundial da liberdade de expressão, mas que também não protege os abusos em seu nome, citando, inclusive, a já pacificada jurisprudência Norte-Americana quanto ao tema.

O que fica claro é que o próprio STF embasou o seu posicionamento nas decisões proferidas pela Suprema Corte Norte-Americana e, por decorrência, na Primeira Emenda da Constituição daquele país, deixando de aplicar tão somente a Constituição Federal Brasileira e a Jurisprudência da Própria Corte, que possui posicionamento idêntico ao do tribunal estrangeiro citado. E mais: a expressa citação tanto do STF quanto do TJSP da Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana deixa clara a existência de um novo norte para as discussões quanto à liberdade no Brasil, visionando agora, não apenas, as liberdades e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal Brasileira, mas também as garantias e liberdades ofertadas aos cidadãos norte-americanos, decorrentes da sua Primeira Emenda.

Já no julgamento do Habeas Corpus nº. 125.101/SP (BRASIL, STF, 2015) se observa o seguinte: na impossibilidade do transcurso de ação penal, na esfera comum, diante do arquivamento de ação penal militar, pela então Justiça Militar, envolvendo os mesmos fatos, o STF cita a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Radilla-Pacheco X México, para suprir a falta de regulamentação específica na legislação nacional quanto à participação, ou a maior participação, do ofendido na fase investigativa do inquérito policial, podendo e devendo participar ativamente da colheita das provas.

A decisão cita também o art. 8º, n. 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, para justificar o princípio do “*ne bis in idem*” e o artigo 4º, Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem, datada de 1989, para justificar que o surgimento de fato novo, permite a reabertura de ação penal, independentemente de julgamento anterior, por tratar-se de fato diverso ao qual anteriormente o Poder Judiciário já havia julgado. Assim, vencido o relator, o Habeas Corpus restou denegado.

Nesse caso, o STF buscou embasar sua decisão em legislações internacionais, independentemente do fato de o Brasil ter ratificado o seu texto. Essa decisão demonstra a preocupação que deve envolver o julgador, ao deixar de lado as suas concepções pessoais e buscar, mesmo no direito estrangeiro, soluções para vazios legislativos nacionais.

No Recurso Extraordinário nº. 593.727/MG (BRASIL, STF, 2015), que tratou da competência do Ministério Público dos Estados para proceder investigações de forma independente, a Ministra Rosa Weber, ao justificar a sua posição favorável à competência investigativa do Ministério Público, diante da existência de uma competência constitucional não explícita no artigo 129, inciso I da Constituição Federal Brasileira, citou a decisão do caso McCulloch vs. Maryland, da Suprema Corte dos EUA. Tratava-se da criação de um Banco Federal, mesmo sem expressa autorização da Constituição Federal Norte-Americana, mas que acabou por cunhar a doutrina dos poderes implícitos nas constituições.

Para justificar tal posicionamento no julgamento desse caso, o Tribunal Norte-Americano valeu-se da denominada “*necessary and proper clause*” (artigo 1, seção 8, cláusula 18), que autoriza o Congresso a editar normas capazes de possibilitar ao Governo Federal executar as funções constitucionalmente atribuídas, uma vez que uma constituição não pode ser demasiadamente longa, con-

cluindo, por fim, que todos os meios são válidos para alcançar um fim legítimo.

Nesse julgamento fez-se menção expressa a uma jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, que tratou de regulamentar um artigo da Constituição Norte-Americana, para, então, justificar a existência de uma competência não explícita na Constituição Federal Brasileira, em flagrante caso de internalização da jurisprudência estrangeira. Tanto na legislação Brasileira quanto na Norte-Americana, não há previsão expressa para os casos julgados, porém, isto não impediu que a Suprema Corte Norte-Americana, a partir de um entendimento da constituição, decidisse pela constitucionalidade da criação do referido banco. Valendo-se dessa experiência positiva, o STF entende existir na Constituição Federal Brasileira algumas competências implícitas, dentre elas, a do poder de investigação do Ministério Público dos Estados.

No julgamento do Habeas Corpus nº. 127.186/PR (BRASIL, STF, 2015), um dos tantos envolvendo as prisões ocorridas durante as investigações da Operação Lava-Jato, o Ministro Gilmar Mendes, ao posicionar-se favoravelmente pela concessão da medida, substituindo a prisão preventiva por medidas restritivas de direito, assevera quanto ao clamor social, em especial, quanto à impossibilidade de que o clamor social impeça os Tribunais de aplicarem a lei de forma justa. Fundamenta a sua concepção citando passagem do julgamento do caso *United State vs. Rabinowitz*, julgado ainda em 1950, parafraseando tradução feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence: “Pode-se resumir bem a história das garantias da liberdade afirmando-se que foram forjadas em disputas envolvendo pessoas não tão apreciáveis”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 127.186/PR. p. 63).

O Ministro buscou na jurisprudência estrangeira, novamente na norte-americana, fundamento para justificar a aplicação da lei nacional. Nesse caso, valeu-se da experiência de julgamento da Suprema Corte Norte-Americana, para concluir que a opinião e o clamor público não podem influenciar no julgamento de um processo. Esse preceito já é recorrente no direito brasileiro, mas precisou ser justificado a partir de legislação estrangeira, diante da grandiosidade do caso em comento.

Já no julgamento da Ação Direita da Inconstitucionalidade nº. 5163/GO (BRASIL, STF, 2015), o STF enfrentou a constitucionalidade de Lei Estadual que permite a contratação de policiais militares temporários, sem prestação de concurso público, o que afronta diretamente a Constituição Federal brasileira. A questão principal, quanto à inconstitucionalidade da Lei 17.882/2.012 do Estado de Goiás, restou julgada a partir de preceitos da própria Constituição, restando apenas uma discussão de fundo, quanto à modulação dos efeitos do julgamento, uma vez que afetaria mais de 1.700 pessoas diretamente, além de gerar imediatos problemas na segurança pública daquele Estado.

O Ministro Luís Roberto Barroso citou o julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*, julgado ainda em 1954, quando a Suprema Corte Norte-Americana não determinou a aplicação de imediato do fim da segregação racial nas escolas públicas americanas, mas determinou que fosse respeitado um prazo razoável, mesmo não determinando qual seria este prazo. Mesmo com as considerações do Ministro, não se alcançou o mínimo de votos para a modulação pretendida, sendo aplicável de plano a inconstitucionalidade da lei, obrigando o Estado a exonerar todos os Policiais Militares nomeados sem prestação de concurso público.

Em março de 2015, o STF enfrentou a matéria contida no Mandado de Segurança Preventivo nº. 25845/DF (BRASIL, STF, 2015), impetrado pela União contra o Presidente do Tribunal de Contas da União, visando à desobrigação do pagamento de parcelas (quintos) decorrentes do exercício de função comissionada no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 e a Medida Provisória nº. 2.225-48/2001. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, além de analisar os fundamentos do Mandado de Segurança, entendeu por bem trazer à discussão uma questão constitucional, que segundo a sua posição, independentemente, do resultado do MS, deve ser decidida, por ser uma questão “*incidenter tantum*”. Trata-se da ausência de fundamentação legal (lei que autorizasse o pagamento naquele lapso temporal) no Acórdão do Tribunal de Contas da União que ensejou o referido Mandado

de Segurança Preventivo.

Reconhece o Ministro que a falta de fundamentação legal no Acórdão do TCU ofende não apenas as partes envolvidas no processo, mas, sim, afronta a Constituição Federal do Brasil, em especial os direitos fundamentais nela esculpido, bem como o princípio da legalidade e, por tal motivo, a questão em comento teria fundo constitucional. Para justificar o seu posicionamento, o Ministro recorre tanto à vasta Doutrina Alemã em relação à matéria, quanto ao julgamento do Tribunal Constitucional Alemão (BverfGE 7, 198 (207); 12, 113 (124); 13, 318 (325) – BverfGE 18, 85 (92s.)). Consigna também que o Supremo Tribunal Federal pode agir, neste caso, como Tribunal de Revisão, e declara a inconstitucionalidade do Acórdão do Tribunal de Contas da União que não carregou consigo qualquer fundamentação legal que o sustentasse. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº. 25.845/DF, p. 64).

Mesmo diante de todas as brilhantes considerações trazidas pelo Ministro Gilmar Mendes, por unanimidade o Mandado de Segurança Preventivo restou julgado prejudicado, e a questão constitucional aventada não foi apreciada. Porém, interessante é observar que ao justificar a necessidade de apreciação da matéria constitucional, o Ministro Mendes buscou embasamento em um sistema totalmente diverso ao brasileiro, mas que impõe a sua realidade uma resposta ágil e positiva, inclusive, equiparando a função daquele Tribunal ao STF para o caso em especial.

Analisando a mesma matéria, no entanto, agora nos autos do Recurso Extraordinário nº. 638115/CE (BRASIL, STF, 2015), o Ministro Gilmar Mendes novamente evoca os julgados do Tribunal Constitucional Alemão. E os emprega para justificar a declaração de inconstitucionalidade, neste caso, diretamente pelo recebimento de vantagens (quinto) recebido por servidores públicos em cargos de chefia, uma vez que o receberam sem que houvesse legislação que assim o permitisse, desde o ano de 1997, mesmo não sendo este o objeto final do Recurso em apresso.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que fora construído no decorrer do presente trabalho, conclui-se que a soberania nacional, poder antes incontestável e absoluto, conferido aos governos e aos governantes, vem sofrendo recorrentes mitigações diante do fenômeno da globalização. Porém, essas mitigações ainda não têm o condão de aniquilar o poder soberano do Estado, especialmente, em algumas questões sensíveis ao sentimento patriótico nacional.

Por outro lado, a globalização apresenta dois polos distintos, um benéfico, consubstanciando-se na facilitação da circulação de bens, serviços, pessoas e modelos jurídicos, no intercâmbio entre culturas e na discussão de assuntos de interesse internacional (pautas globais como o meio ambiente e a segurança contra guerras biológicas.). Porém, no polo distinto, temos um viés prejudicial, caracterizado pelo utilitarismo produtivo, em que o cidadão deixa de ter o seu valor aferido pelo seu papel social, e passa a ser medido pelo quanto pode produzir, tornando a sociedade um mero instrumento do sistema produtivo internacional. Mesmo tendo esses dois lados ambigualmente postos, pelo exposto neste arrazoado, pode-se concluir que a globalização traz mais vantagens do que dissabores ao mundo.

Mas a globalização, cada vez mais, impõe necessárias modificações na estrutura do funcionamento do próprio Estado e afeta institutos que antes poderiam ser considerados como baluartes da soberania. E esse é o caso do Poder Legislativo e do Poder Judiciário local. Para os fins que se pretende, analisa-se a postura do Poder Judiciário e o seu novo papel como agente globalizante. Dessa forma, conclui-se que os Juízes e os Tribunais têm importante papel nesta nova sociedade globalizada, devendo as suas atuações também ser pautadas por esses novos atores sociais. Ao julgar, um Juiz ou Ministro deve não só mensurar os efeitos de sua decisão no contexto interno, mas também preocupar-se com uma coesão internacional das decisões. Uma sentença proferida no Brasil pode servir de parâmetro

para um julgado na Nova Zelândia, assim como uma decisão de um Tribunal Japonês pode influenciar radicalmente na vida de um brasileiro que lá reside. Como antes mencionado, a lei já não influencia só na vida do nacional, mas também de todos aqueles que ali circulam, encorajados pela globalização.

Em especial, pode-se concluir que o STF, órgão máximo do Poder Judiciário estatal, está, lentamente, adaptando-se a essa nova realidade e buscando respostas a questões nacionais tanto na legislação quanto na jurisprudência estrangeira. Essa posição adotada pelo STF faz com que os tribunais inferiores e também os juízes sintam-se à vontade para buscar a resolução de contendas ou mesmo a fundamentação para aplicação do direito nacional nos julgados estrangeiros, trazendo não só maior segurança jurídica, como também diminuindo o espaço para o ativismo judicial.

Da análise dos julgados do ano de 2015, resta claro que o Supremo Tribunal volta-se, especialmente, para dois tribunais estrangeiros, a Suprema Corte Norte-Americana e a Corte Constitucional Alemã, mesmo tendo esses dois tribunais funções, competências e estruturas bem diversas ao do Tribunal Pátrio. Outro ponto que chama a atenção é o fato de que os julgados citados pelos ministros do STF, em sua maioria, remontam à metade do século XX, mas que, mesmo assim, foram capazes de elucidar, com brilhantismo, casos omissos ou obscuros na legislação pátria. Isso não demonstra que o Judiciário brasileiro se encontra atrasado em relação aos tribunais utilizados como paradigmas, mas, sim, que a história construída pelas cortes estrangeiras já se mostra suficientemente pacificada, e a sua aplicação no contexto nacional, certamente, trará ao direito pátrio a mesma segurança jurídica já obtida em outras nações.

Pode-se concluir, então, pela importância tanto da interiorização da jurisprudência de tribunais estrangeiros, como da aplicação de legislações internacionais para a resolução de conflitos nacionais. Ressalta-se também que o STF vem, paulatinamente, valendo-se de tais institutos para resolver casos falhos na legislação nacional, agindo como um importante agente de globalização, tornando a aplicação da legislação em solo pátrio mais condizente com o direito atualmente aplicado em outros lugares do mundo. O direito, por meio do STF, dá importantes passos rumo à globalização.

## REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Instituto Piaget: Porto Alegre, 2006.

ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras: entre a globalização e a pós-globalização. Crítica da razão jurídica*. Volume 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BECHARA, Carlos Henrique Trajan; REDENSCHI, Ronaldo. *A solução de controvérsias no Mercosul: o litígio Brasil X Argentina no Mercosul, o caso Embraer na OMC – Brasil X Canadá*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 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: 11 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos Declaratórios em Recurso Extraordinário com Agravo de Instrumento nº. 891.647/SP*. Embargante: Paulo Henrique dos Santos Amorim. Embargado: Merval Soares Pereira Filho. Min. Relator: Celso de Mello. Julgado em 15 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9412755>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 125.101/SP*. Paciente: Marcus Antonio de Souza. Impetrante: Marcelo Fernandez Urani. Min. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 25 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9363697>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 593.727/MG*. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Min. Relator: Cezar Peluso. Julgado em 14 de maio de 2.015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=9336233>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º. 127.186/PR*. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e Outros. Paciente: Ricardo Ribeiro Pessoa. Min. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 28 de abril de 2.015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9015980>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 5163/GO*. Requerente: Procuradoria Geral de República. Min. Relator: Luiz Fux. Julgado em 08 de abril de 2.015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8481099>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n.º. 25.845/DF*. Impetrante: União. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Min. Relator: Joaquim Barbosa. Julgado em 19 de março de 2.015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630143>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º. 638115/CE*. Recorrente: União. Recorrido: Francisco Ricardo Lopes Matias e Outros. Min. Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 19 de março de 2.015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016170>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Litera Mundo, 2001.

MASSEY, Doreen. Imaginando a globalização: geometrias de poder tempo e espaço. *Revista Discente Expressão Geográfica*. Florianópolis. n. 3. 142-155. 2007. Disponível em <<http://www.geograficas.cfh.ufsc.br/arquivo/ed03/artigo05.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

MELLO, Alex Fiuza de. *Mundialização e política em Gramsci*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SOBERANIA. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coordenador Vicente de Paulo Barretto. São Leopoldo/RS: UNISINOS, 2006, p.763.

SOBERANIA. In: *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. Marcus Cláudio Acquaviva. 11 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000. p. 1209.

STAFFEN, Marcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

---

**Recebido em:** 01/11/2016

**Aprovado em:** 14/02/2017



# AS OBRIGAÇÕES ASSOCIATIVAS DO IMPÉRIO DO DIREITO À JUSTIÇA PARA OURIÇOS

## THE ASSOCIATIVE OBLIGATIONS FROM LAW ´S EMPIRE TO JUSTICE FOR HEDGEHOGS

JOÃO VÍCTOR MARTINS<sup>1</sup>

**RESUMO:** No presente artigo, o autor realiza uma profunda análise da relevância do conceito de “obrigações associativas” para a contemporânea Teoria do Direito, buscando, por meio desta análise, demonstrar o quão impactante a alteração do entendimento das obrigações associativas se revelou para as diferentes concepções do Direito – tanto para aquelas positivistas, quanto para aquelas não positivistas. Para empreender dita tarefa, este artigo se debruça sobre a evolução da construção do conceito de obrigações associativas nos trabalhos do renomado filósofo do direito Ronald Dworkin, percorrendo um caminho desde a sua obra “O Império do Direito” até a mais recente obra “Justiça para Ouriços”.

**Palavras chave:** “Justiça para Ouriços”; Obrigações Associativas; “O Império do Direito”; Ronald Dworkin.

**ABSTRACT:** In this article, the author makes a deep analysis of the relevance of the concept of “associative obligations” to the contemporary Theory of Law, seeking, through this analysis, to demonstrate how impacting the alteration of the understanding of associative obligations was revealed for the different conceptions of Law - for both positivists and non-positivists. In order to undertake this task, this article focuses on the evolution of the construction of the concept of associative obligations in the works of the renowned philosopher Ronald Dworkin, going from his work “Law ´s Empire” to the most recent work “Justice for Hedgehogs”.

**Keywords:** Associative Obligations; “Justice for Hedgehogs”; “Law ´s Empire”; Ronald Dworkin.

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Bolsista CAPES. Professor Adjunto de Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira (FUNCESI/MG). Advogado. E-mail: joao\_victormartins@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

Para a formulação do presente artigo, o autor lançou mão de detida análise das obras de Dworkin, sobretudo *O Império do Direito e Justice for Hedgehogs*, fazendo uso, ainda, dos resultados de pesquisas complementares, como aquelas realizadas por Stephen Guest e por Ronaldo Porto Macedo.

Em suma, o presente trabalho se propõe a analisar contundência da crítica tecida por Ronald Dworkin, em sua teoria não (ou pós) positivista, ao positivismo jurídico, à luz do desenvolvimento da sua ideia de *obrigações associativas*.

Para empreender dita tarefa, no segundo capítulo deste artigo, será analisada a concepção de *obrigações associativas* desenvolvida originalmente na obra *O Império do Direito*, por Ronald Dworkin, suas condições e sua natureza.

Já no terceiro capítulo, será analisada a concepção de *obrigações associativas* desenvolvida na obra *Justice for Hedgehogs*, suas condições e sua natureza. A forma através da qual Dworkin atrela as obrigações associativas às convenções sociais e a consequência dessa correção será objeto de atenta análise.

Por fim, procurar-se-á demonstrar quão forte é o impacto dessa nova concepção de *obrigações associativas*, necessariamente atrelada às convenções e aos fatos sociais, à famosa crítica originalmente tecida por Dworkin, a partir de sua teoria não positivista do Direito, ao convencionalismo jurídico – sobretudo à Teoria de Hart – em sua obra mais proeminente: *O Império do Direito*.

Diante deste cenário, pode-se afirmar que o presente trabalho se demonstra relevante a partir do momento em que problematiza um dos principais pilares da mais contundente crítica realizada por um filósofo do direito ao Positivismo Jurídico.

## 2. AS OBRIGAÇÕES ASSOCIATIVAS NO IMPÉRIO DO DIREITO

Em seu trabalho de maior exposição mundial, *O Império do Direito* (2007), Ronald Dworkin deu à luz uma concepção de *obrigações associativas ou comunitárias*. Ao fazer menção à referida expressão, Dworkin (2007, p.237) disse estar se referindo “às responsabilidades especiais que a prática social atribui ao fato de se pertencer a algum grupo biológico ou social, como as responsabilidades de família, amigos ou vizinhos.”

Ao fazer menção ao termo *obrigações associativas*, Dworkin tratava, portanto, daquelas obrigações inerentes às relações humanas que se formam em sociedade, como o dever de lealdade, de urbanidade, de polidez, de cuidado para com os amigos e parentes, entre outras.

Proposta a ideia inicial de *obrigações associativas*, Dworkin (2007, p. 249) buscou interpretar a natureza ou a origem de ditas obrigações associativas, de modo a demonstrar que “a obrigação política – inclusive a obrigação de obedecer ao direito – é uma forma de obrigação associativa.”

Segundo Dworkin, há um pensamento disseminado segundo o qual as obrigações associativas derivam simplesmente do fato de pertencerem a um grupo, o que, obviamente, não deriva necessariamente de um ato voluntário de escolha. Por outro lado, as obrigações políticas são popularmente reconhecidas como obrigações derivadas de um ato de vontade, ou seja, de escolha quanto ao pertencimento à determinada sociedade – daí a aceitação quase unânime da ideia de contrato social. Ocorre que, se aceitas as duas teses ora expostas, seria inconcebível tratar as obrigações políticas enquanto obrigações associativas, visto que as primeiras derivariam de um ato de vontade enquanto as segundas não (DWORKIN, 2007).

Dworkin, então, refuta a tese segundo a qual há uma relação necessária entre as obrigações políticas e o ato de escolha. Para ele, “a relação que conhecemos entre obrigação comunitária e esco-

lha é muito mais complexa, e bem mais uma questão de grau que varia de uma forma de associação comunitária a outra” (DWORKIN, 2007, p. 239).

Conforme resume Stephen Guest (2012, p. 107), “Dworkin pensa que as obrigações comunitárias, das quais as obrigações políticas fazem parte, são muito mais profundas do que permitem a mera ideia de participação ou de escolha. Elas são, de fato, obrigações associativas<sup>2</sup>.”

As obrigações associativas dependeriam, então, de certas condições e atitudes que poderiam densificar a concepção proposta em *O Império do Direito*. A condição a qual Dworkin atribui maior relevância é a reciprocidade:

A reciprocidade que exigimos para as obrigações associativas deve ser mais abstrata, mais uma questão de aceitar um tipo de responsabilidade que, para ser explicada, precisa das ideias do outro sobre integridade e interpretação. (...). As obrigações associativas podem ser mantidas entre pessoas que compartilham uma ideia geral e difusa dos direitos e das responsabilidades especiais que os membros devem pôr em prática entre si, uma ideia do tipo e do nível de sacrifício que suas relações mútuas devem pressupor (DWORKIN, 2007, p. 241).

Além da condição imposta pela reciprocidade, Dworkin ainda enumera quatro atitudes que devem ser adotadas pelos membros de uma comunidade de modo a tornar viável a assunção de obrigações associativas. Em primeiro lugar, esses membros “devem considerar as obrigações do grupo como especiais, dotadas de caráter distintivo dentro do grupo, e não como deveres gerais que seus membros devem, igualmente, a pessoas que não pertencem a ele” (DWORKIN, 2007, p. 242).

Em segundo lugar, os membros do grupo devem adotar essas responsabilidades especiais enquanto responsabilidades pessoais, ou seja, dirigidas diretamente a um segundo membro do grupo e não de forma genérica, dirigida a todos. Cada qual dos indivíduos deve merecer consideração e respeito.

Mas, em terceiro lugar, os membros do grupo devem tratar “essas responsabilidades como decorrentes de uma responsabilidade mais geral, o interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros do grupo” (DWORKIN, 2007, p. 242). Por fim, os membros de um grupo devem adotar a atitude segundo a qual toda e cada ação de um membro deve denotar igual interesse por todos os membros daquele grupo (DWORKIN, 2007).

A partir dessas condições e interesses, Dworkin (2007, p. 244) constrói uma concepção de *obrigações associativas* que não pressupõe um ato psicológico de escolha e aderência dos indivíduos que assumem essas obrigações, mas um interesse, uma “propriedade interpretativa das práticas que permitem ao grupo a afirmação e o reconhecimento das responsabilidades.”

A partir dessa concepção, então, Dworkin (2007, p. 244) conclui que as obrigações políticas são sim obrigações associativas, tendo em vista que a mera escolha de participação em uma sociedade não pode funcionar como um critério para se definir as obrigações associativas.

### **3. AS OBRIGAÇÕES ASSOCIATIVAS NA JUSTIÇA PARA OURIÇOS E O ARREFECIMENTO DA CRÍTICA AO CONVENCIONALISMO**

Também em sua obra *Justice for Hedgehogs* (2014), Dworkin dedica algum tempo à análise daquelas *obrigações associativas* que já haviam sido merecedores de sua atenção em *O Império do Direito*. Entre os temas abordados naquela extensa obra, Dworkin se debruça sobre os desafios éticos e morais que são impostos às pessoas quando é possível, com algum custo, ajudar pessoas que

<sup>2</sup> Tradução livre do original em inglês: “Dworkin thinks that communal obligations, of which political obligations are a part, are far deeper than the mere idea of ‘joining in’ or choice will allow. They are, instead, ‘associative’ obligations”.

guardam determinada espécie particular de relação com a pessoa que se dispõe a ajudar. Segundo Dworkin (2014), essa relação especial pode se apresentar de duas formas: como relações performativas ou como relações associativas. As relações performativas derivam de atos voluntários e isolados, como uma promessa, enquanto as relações associativas derivam de um laço especial, um laço associativo, como a família.

Ambas as espécies de relações – performativas e associativas – dão origem a deveres ou obrigações. A principal questão levantada por Dworkin (2014), entretanto, se resume a entender como os deveres e obrigações vinculados às nossas relações especiais são derivados da nossa ideia sobre o valor ético do bem viver<sup>3</sup> e como elas afetam essa ideia.

Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin vai partir, então, da tese segundo a qual as obrigações associativas são derivadas da nossa ideia de *bem viver*, ou seja, vai defender que as obrigações associativas derivam de um ato de interpretação. Mas, por outro lado, Dworkin admite que as obrigações – sejam performativas ou associativas – são drasticamente afetadas pelos fatos sociais. As convenções contingentes, dependentes do contexto social, do tempo e local, alteram as obrigações associativas.

Tanto as obrigações performativas quanto as associativas são drasticamente afetadas pelos fatos sociais. A definição de uma promessa ou de um motivo suficiente para que a promessa seja ignorada varia segundo o contexto, o lugar e o tempo. As variações são nítidas e evidentes quando os atos performativos mudam as relações jurídicas – segundo as leis que regem os contratos, o matrimônio e as relações de emprego, por exemplo –, mas também são bastante claras mesmo quando só envolvem obrigações morais. As obrigações que os pais, os filhos, os colegas de profissão e os cidadãos têm em razão desses papéis sociais também são definidas por convenções contingentes (DWORKIN, 2014, p. 460).

Ocorre que as convenções são uma questão de fato e nada mais e, portanto, à luz do Princípio de Hume – segundo o qual não se pode derivar um *dever ser* de um *ser*, ou seja, um fato não pode determinar um padrão de conduta – as convenções não poderiam criar e moldar deveres morais (DWORKIN, 2014).

Segundo Dworkin, para enfrentar esse desafio, muitos filósofos criaram princípios morais que poderiam atribuir força moral aos fatos contingentes. Dizem eles que as convenções dão origem a expectativas e que as pessoas teriam o direito moral à proteção de suas expectativas. Outros filósofos citam o dever moral geral de respeitarmos as instituições sociais úteis e justas. Outros ainda sustentam que os princípios gerais de equidade mandam não tirarmos vantagem das instituições sociais sem respeitar os fardos dessas instituições. Dworkin (2014), entretanto, entende que todas essas concepções são incompletas e, para demonstrar isso, o autor lança mão do instituto da promessa. Segundo ele, precisamos de uma explicação melhor da força moral das promessas e das convenções ligadas aos papéis sociais e poderemos encontra-la nos dois princípios básicos da dignidade: o de que devemos respeitar a igual importância das vidas humanas e o de que temos uma responsabilidade especial pela nossa vida.

De acordo com Dworkin, é comumente aceitável a ideia de que as promessas criam obrigações, mas essa afirmação pode ser bastante acrítica quando não devidamente analisada, conforme muito bem acentuou Hume:

Devo observar que, visto que cada nova promessa impõe uma nova obrigação moral a quem a faz, e visto que essa nova obrigação nasce de sua vontade, essa é uma das

---

3 “Viver bem significa esforçar-se para criar uma boa vida, mas somente dentro de certos limites essenciais para a dignidade humana” (DWORKIN, 2014, p. 298).

operações mais misteriosas e incompreensíveis que se possam imaginar, e pode até ser comparada a uma transubstanciação ou ao sacramento da ordem, onde certa forma de palavras, aliada a certa intenção, muda completamente a natureza de um objeto externo e até de uma criatura humana. (HUME *apud* DWORKIN, 2014, p. 463)

Com efeito, é difícil explicar, sem recorrer à circularidade, a razão pela qual a promessa cria uma obrigação. Segundo Dworkin, sentimos a tentação de dizer que, ao prometer, criamos uma expectativa no promissário de que o objeto prometido será efetiva e irrefutavelmente cumprido. Mas o promissário não tem nenhuma razão para ter a expectativa de que a promessa seja cumprida senão em razão do fato de enxergá-la como uma obrigação. De acordo com Dworkin (2014), esses problemas só surgem porque muitos filósofos encaram o ato de prometer como uma fonte independente e distinta da moral. Segundo ele, devemos abandonar este mau hábito.

O ato de prometer, para Dworkin, não é uma fonte independente de um tipo característico de dever moral, mas faz parte de uma responsabilidade mais geral: a responsabilidade de não causar dano a outras pessoas. Temos a responsabilidade geral de não causar dano às outras pessoas e, em virtude disso, temos a responsabilidade de atendermos às expectativas que deliberadamente estimulamos nessas pessoas. Assim não podemos causar dano às pessoas, fazendo-as crer que agiremos de um modo e frustrando a expectativa que estimulamos naquelas pessoas, recusando-nos a agir do modo esperado (DWORKIN, 2014).

Para explicar melhor este conceito, Dworkin (2014) desenvolve a ideia de estímulo. Segundo ele, nós não podemos viver sem estimular as pessoas a fazer previsões sobre como vamos agir e a confiar nessas previsões. Se eu faço um convite a uma determinada pessoa para me acompanhar a um evento e deixo de cumprir a minha promessa de que estarei naquele evento, eu tendo a frustrar as expectativas estimuladas naquela pessoa que recebeu o meu convite e, com isso, posso causar dano à dignidade dessa pessoa. Em primeiro lugar, eu crio um risco de dano, e a criação de um risco é ela própria um tipo de dano. O risco de dano “causa dano do mesmo modo que causaria caso dirigisse sem cuidado pela minha rua, mesmo que não me atropelasse” (DWORKIN, 2014, p. 467). Em segundo lugar, causa um dano semelhante ao que causa com a mentira, porque altera a base de informações a partir da qual as pessoas tomam as decisões. O ato de me estimular, a fim de mudar as minhas expectativas e intenções tem uma consequência moral. Não há como você simplesmente ignorá-la. “Você precisa de algum tipo de razão para justificar o ato de não fazer o que me estimulou a pensar que faria” (DWORKIN, 2014, p. 468).

Para explicar como a ideia de promessa influencia o seu argumento, Dworkin lança mão da estratégia utilizada por Thomas Scanlon (Princípio F), frisando haver diferenças entre as abordagens (SCAMLON *apud* DWORKIN, 2014, p. 469):

Se (1) A, voluntária e intencionalmente, leva B a ter a expectativa de que A vá fazer X (a menos que B consinta com que A não o faça); (2) A sabe que B quer que A lhe dê certeza disso; (3) A age com o objetivo de proporcionar essa certeza e tem boas razões para crer que a proporcionou; (4) B sabe que A tem as crenças e intenções acima descritas; (5) A tem a intenção de que B saiba disso e sabe que B o sabe; e (6) B sabe que A tem esse conhecimento e essa intenção – nesse caso, e na ausência de qualquer justificativa especial, A deve fazer a X a menos que B consinta com que A não faça X.

Dworkin sustenta que essa proposição (Princípio F) envolve diversas questões de grau. Segundo ele, as pessoas devem compreender que as circunstâncias mudam e que elas necessariamente correm algum risco quando confiam em previsões, mesmo que estejam deliberadamente cultivadas. Mas se esta incerteza moral fosse tão profunda, haveria uma frustração muito grande. Entretanto, o risco, segundo Dworkin, tende a diminuir à medida que aumenta o grau de estímulo feito pelo promi-



tente ao promissário. De acordo com Dworkin, as convenções do ato de prometer me proporcionam um vocabulário por meio do qual podemos imediatamente elevar o estímulo a um nível tal que torne quase irrelevantes outros fatores que, em circunstâncias diferentes, deporiam contra a responsabilidade. Mas nenhum grau de estímulo seria capaz de eliminar inteiramente os efeitos de outros fatores que poderiam atenuar ou anular a responsabilidade, logo, o ato de prometer tampouco poderia eliminá-los (DWORKIN, 2014).

Uma vez que o ato de prometer não é uma prática isolada que gera obrigações automaticamente, mas depende, antes, do dever muito mais geral de não causar dano a outrem, a interpretação das obrigações advindas das promessas exige uma interpretação das práticas do prometer que situe essas práticas dentro da rede mais amplas de convicções éticas e morais. Assim, pode-se sustentar que o objetivo do ato de prometer é aumentar muito as exigências para que se aceite uma desculpa pelo ato de frustrar deliberadamente uma expectativa estimulada. Uma promessa torna inelegível uma gama de desculpas que seriam suficientes se a confiança tivesse sido estimulada de modo menos intenso. Uma vez que se pressuponha a existência de uma promessa, temos de avaliar as desculpas oferecidas para o seu descumprimento por meio de um critério tão exigente quanto aquele que usamos para verificar as desculpas dos danos indubitáveis (DWORKIN, 2014).

Há que se concluir, portanto, que as promessas, enquanto obrigações performativas, derivam, para Dworkin, de uma obrigação ética e moral maior, mas é fortemente influenciada por fatos e convenções sociais. Ao que tudo indica, Dworkin demonstra a existência desta mesma relação na construção das obrigações associativas.

Ao analisar as obrigações associativas, Dworkin (2014) questiona a razão pela qual o fato de todos os outros membros da minha comunidade pensarem que eu tenho obrigações morais para com os meus parentes, amigos e concidadãos significa que eu efetivamente tenho essas obrigações. A resposta, segundo ele, reside em uma interação criativa entre nossa responsabilidade geral de não causar dano a outrem, por um lado, e as práticas sociais que refinam essa responsabilidade, por outro.

De fato, Dworkin (2014, p. 476) sustenta que a melhor justificação dessa obrigação associativa “evidencia uma relação de confirmação mútua entre a responsabilidade especial que, no caso concreto, temos para com as pessoas com quem mantemos certos relacionamentos, por um lado, e um conjunto de práticas sociais que reduz progressivamente as incertezas inerentes a esse tipo de responsabilidade, por outro”. Na obra *Justice for Hedgehogs*, então, Dworkin (2014, p. 480) sustenta que as obrigações existem enquanto fruto de uma responsabilidade especial, mas admite, explicitamente, que a convenção “intensifica e molda os princípios e responsabilidades mais gerais que pressupõe.”

O objeto das convenções na construção de obrigações associativas seria, então, diminuir o grau de incerteza dos danos que devem ser considerados proibidos nas relações sociais.

Quanto mais detalhadas as convenções, menos incertas elas são quanto aos danos que devem ser considerados proibidos. Na ausência de quaisquer instruções convencionais, eu não saberia com certeza, na melhor das hipóteses, a quem considerar membro da minha família e merecedor de uma consideração especial. Tampouco saberia o que a amizade permite ou exige em matéria de favorecimento profissional. A prática social reduz essas zonas de incerteza; faz isso de diferentes modos nas diferentes culturas e épocas (DWORKIN, 2014, p. 480-481).

Por outro lado, as convenções também aumentam consideravelmente o risco de indignidade quando as responsabilidades por elas refinadas são ignoradas; “aumentam o risco na medida em que atribuem significado social, e não mais apenas pessoal, a qualquer desrespeito para com o relacionamento” (DWORKIN, 2014, p. 481).

Assim, de acordo com Dworkin, as convenções sociais não apenas moldam como também

fortalecem as obrigações decorrentes dos papéis sociais.

Mas essas interações recíprocas entre as responsabilidades e as convenções sociais ainda demonstram uma segunda característica dessas obrigações:

As convenções decorrentes dos papéis sociais não impõem genuínas obrigações associativas de modo automático: é preciso que as próprias convenções atendam a critérios éticos e morais independentes. As práticas sociais só criam obrigações genuínas quando respeitam os dois princípios da dignidade: somente quando são compatíveis com a igual apreciação da importância de todas as vidas humanas e quando não autorizam as espécies de dano aos outros que são proibidas por esse primeiro pressuposto (DWORKIN, 2014, p. 482).

Partindo dessa ideia de obrigação associativa, Dworkin suscita que os filósofos do direito e da política costumam discutir se as pessoas têm obrigação moral de obedecer às leis de sua comunidade pelo simples fato de serem as suas leis (obrigação política). Dworkin, assim como fez em *O Império do Direito* (2007), relembra que, em regra, os filósofos partem da ideia imaginária de contrato social para justificar essa relação. A popularidade dessa ideia, segundo Dworkin (2014, p. 485), ajuda a explicar “a suposição disseminada, mas errônea, de que a legitimidade do Estado depende do consenso unânime dos governados e, portanto, de alguma ficção histórica fantástica a respeito desse consenso.”

A questão da obrigação política se torna mais clara quando não há nenhuma outra razão para eu obedecer a uma determinada lei senão o fato de ela ter sido aprovada pelas autoridades. Segundo Dworkin (2014), os anarquistas negam que o simples fato de uma lei ter sido aprovada, mesmo numa comunidade cujas estruturas e leis são justas de modo geral, forneça uma razão moral independente para que tal lei seja obedecida. Para eles, teríamos que obedecer às leis quando existe um argumento independente em favor disso: se a lei aperfeiçoa a justiça social, por exemplo. Os anarquistas costumam se apoiar na seguinte tese filosófica geral: creem que ninguém é obrigado a nada a menos que aceite voluntariamente a obrigação.

Em *Justice for Hedgehogs*, entretanto, assim como havia feito em *O Império do Direito*, Dworkin defende que a popular suposição de que toda obrigação genuína e voluntária é, ela própria, insustentável. “Por trás de qualquer obrigação voluntária jaz uma obrigação involuntária” (DWORKIN, 2014, p. 487).

Para Dworkin, se, de fato, temos obrigações políticas, estas devem ser um caso especial das obrigações associativas. “Temos obrigações porque nos relacionamos com nossos concidadãos de modo especial que confere a cada um de nós responsabilidades especiais para com todos os outros independentemente de qualquer consentimento” (DWORKIN, 2014, p.488). “A obrigação política deflui da associação política do mesmo modo que as outras obrigações associativas defluem de outros tipos de associação” (DWORKIN, 2014, p. 488).

Em outros termos, Dworkin alcança em *Justice for Hedgehogs* a mesma conclusão alcançada em *O Império do Direito*: as obrigações políticas são obrigações associativas. Ocorre que, conforme expressamente enunciado em *O Império do Direito*, Dworkin (2007, p. 249) aduz tratar-se de uma obrigação política a obrigação de obedecer ao direito. Essa afirmação não encontra qualquer óbice dentro da ideia de obrigações associativas desenvolvida por Dworkin na primeira obra ora analisada. Por outro lado, comporta um grande desafio se levada em consideração a ideia de obrigações associativas desenvolvida em *Justice for Hedgehogs*.

Conforme já abordado, Dworkin (2014, p. 476) sustenta nesta obra que a obrigação associativa:

[...] evidencia uma relação de confirmação mútua entre a responsabilidade especial que, no caso concreto, temos para com as pessoas com quem mantemos certos relacionamentos, por um lado, e um conjunto de práticas sociais que reduz progressivamente as incertezas inerentes a esse tipo de responsabilidade, por outro.

Em outros termos, Dworkin admite que as convenções ou fatos sociais exercem um papel extremamente relevante na construção das obrigações associativas, das obrigações políticas e, em última instância, do próprio direito.

Ocorre que, se Dworkin (2014, p. 480) admite que a criação do direito é fortemente influenciada pelas convenções ou fatos sociais, ele arrefece em um grau relevante a sua crítica ao convencionalismo. Com razão, se as convenções podem “intensificar e moldar os princípios e responsabilidades mais gerais que pressupõem”, se reduzem “essas zonas de incerteza” (DWORKIN, 2014, p. 480-481) e se “atribuem significado social, e não mais apenas pessoal” às obrigações associativas e, consequentemente, às obrigações políticas e ao direito, as convenções sociais limitam de maneira drástica o âmbito da atividade interpretativa que, segundo Dworkin, diferenciaria as teorias semânticas do direito da teoria interpretativa do direito defendida por Dworkin.

Talvez seja prudente dedicar algum tempo a retomar essa crítica desenvolvida pelo autor. Conforme enuncia Dworkin (2007, p. 08), as teorias semânticas do direito entendem o direito como um fato social constatado empiricamente, objeto de uma análise imparcial e objetiva e não como o fruto de um debate teórico. Esses positivistas sustentam, então, teorias semânticas do direito, segundo as quais as divergências que os teóricos do direito enfrentam na busca pela determinação e conceituação do direito são tão somente verbais, ou seja, perpassam apenas pelas dificuldades de consenso acerca do significado de determinados enunciados jurídicos.

As teorias semânticas pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito. Essas teorias divergem sobre quais critérios os advogados de fato compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam. Os estudantes de direito aprendem a classificar as teorias semânticas segundo o esquema aproximado que apresentamos a seguir. As teorias semânticas mais influentes sustentam que os critérios comuns levam a verdade das proposições jurídicas a depender de certos eventos históricos específicos. Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas. As teorias positivistas, contudo, diferem entre si sobre quais fatos históricos são cruciais [...] (DWORKIN, 2007, p.41).

Dworkin (2007, p.53) entende, então, que todos os “filósofos da teoria semântica sofrem de algum bloqueio”. A esse bloqueio Dworkin dá o nome de agulhão (ou ferrão) semântico:

Chamarei de agulhão semântico o argumento que descrevi há pouco, e que tem causado tantos problemas à filosofia do direito. Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não se possa afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses. (...). Ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som. O segundo termo desse dilema parece absurdo. Portanto, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fundamentais ocultas que *devem* estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Eles produzem e discutem as teorias semânticas do direito (DWORKIN, 2007, p. 55-56).

Dworkin defende, então, que as divergências enfrentadas pelos teóricos do direito não poderiam ser meramente linguísticas ou semânticas. Seriam certamente divergências interpretativas. Os teóricos do direito propõem, cada um ao seu modo, a melhor forma de interpretar uma prática social, fundados que estão em suas experiências e vivências próprias.

O direito, sob essa ótica, seria o fruto de um emaranhado de divergências teóricas, que são constantemente debatidas, defendidas e criticadas pelos teóricos do direito. Essas divergências permitiriam aos intérpretes formular diferentes concepções acerca dos fundamentos desta prática social conhecida como direito.

A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto. (DWORKIN, 2007, p. 63-64).

A teoria do direito seria, então, para Dworkin, fruto de uma constante interpretação construtiva, no sentido em que o intérprete do direito se preocupa com os seus propósitos, com a ideia que ele tem do ordenamento normativo. Mas essa ideia deriva do fato de que “(...) a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis deste último (...) (DWORKIN, 2007, p. 64)”, “segundo esse ponto de vista, um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica” (DWORKIN, 2007, p. 64).

Conforme ressalta Ronaldo Porto Macedo:

Ronald Dworkin e outros procuraram mostrar que a resposta que damos à pergunta “o que é o direito?” é fundamental em nossas práticas jurídicas centrais. Para ele, muitos dos desacordos que encontrarmos nas práticas argumentativas típicas de nossos tribunais envolvem o que ele denomina de desacordos teóricos, isto é, desacordos entre proposições jurídicas cujo valor de verdade depende do significado atribuído ao direito. Esse tipo de desacordo é importante tanto do ponto de vista prático como do ponto de vista teórico “descritivo” e será objeto de detida análise neste trabalho. Mas qual é a estrutura desses desacordos teóricos? Como se expressam? Qual é a sua natureza? Em primeiro lugar, é importante notar que os desacordos que encontramos na prática do direito se expressam por argumentos. O direito é, por esse mesmo motivo, essencialmente uma prática argumentativa. Qualquer descrição do direito que ignorasse essa relevante característica das práticas que o constituem estaria se afastando significativamente daquilo que socialmente designamos e reconhecemos como direito. Os advogados, quando atuam em defesa dos seus representados, buscam apresentar a melhor justificação para seus pleitos perante o Judiciário. Também os juízes, em seus esforços argumentativos, agem intencionalmente orientados para apresentar a melhor interpretação do direito e nisso reconhecem a sua obrigação como juízes. (MACEDO JUNIOR, 2015, p. 135).

A crítica dworkiniana às teorias semânticas do direito, portanto, encontra o seu cerne na ideia de que o direito seria interpretativo, como fruto em grande parte do ponto de vista adotado pelo seu

intérprete, e não o fruto do “ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas” (DWORKIN, 2007, p. 41).

Ocorre que, se Dworkin, conforme já sustentado, admite que as convenções sociais podem “intensificar e moldar os princípios e responsabilidades mais gerais que pressupõem” (2014, p. 480), se podem reduzir “essas zonas de incerteza” (DWORKIN, 2014, p.480-481) e se “atribuem significado social, e não mais apenas pessoal” às obrigações associativas e, conseqüentemente, às obrigações políticas e ao direito, então, as próprias convenções vão, em muitas oportunidades, limitar o exercício da interpretação. Dessa forma, Dworkin atribui às convenções sociais enorme papel no processo de interpretação.

Em outros termos, Ronald Dworkin parece admitir, em *Justice for Hedgehogs*, ainda que por via indireta, que o processo de interpretação será, muitas vezes, ainda que em parte, fruto das próprias convenções sociais que moldaram a ideia da obrigação associativa objeto de análise.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o presente trabalho procurou demonstrar, Ronald Dworkin foi o filósofo do Direito responsável pela construção de uma concepção fascinante de *obrigações associativas* em sua obra *O Império do Direito*, concepção esta desenvolvida com maestria em *Justice for Hedgehogs*. Essa ideia de *obrigações associativas*, desde o seu nascimento, envolvia, para Ronald Dworkin, as obrigações políticas e, inclusive, a obrigação de respeitar as normas jurídicas.

Como demonstrado, no desenvolvimento da concepção de *obrigações associativas* em sua obra *Justice for Hedgehogs*, Dworkin propõe uma série de alterações em relação à sua ideia original e passa a atrelar a construção das *obrigações associativas* não apenas a uma responsabilidade ética e moral mais genérica, mas também às chamadas convenções sociais.

Ocorre que, ao fazê-lo, Dworkin permite, ainda que involuntariamente, uma ligação necessária entre o direito e as convenções sociais, algo que, como é sabido, ele pretendeu desconstruir de forma contundente ao criticar o convencionalismo como um representante das teorias semânticas do direito.

De fato, a teoria interpretativa do direito de Dworkin, inicialmente, afastava a possibilidade de as convenções sociais funcionarem como fundamento para o Direito, como defendido pelas teorias convencionalistas – para as quais “o que permitiria dizer qual é o valor de verdade de uma proposição jurídica seria a existência de uma fonte social, uma convenção, como o seu fundamento. No caso do direito, uma regra de reconhecimento funcionaria como critério que permite reconhecer o que é uma regra jurídica” (MACEDO JUNIOR, 2015, p. 143).

Mas, ao admitir que as convenções sociais exercem influência considerável sobre a construção do próprio processo de interpretação, não há como Dworkin refutar a importância das convenções sociais na fundamentação do Direito.

Assim, ao que tudo indica, a relação entre as convenções sociais e o Direito aparenta ser mais estreita do que a postulada por Dworkin ao formular a crítica até hoje mais veemente já sofrida pelo positivismo jurídico.

#### REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.



GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Stanford: Stanford University Press, 2012.

HART, Herbert L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, 1958.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A crítica de Dworkin ao convencionalismo e sua relevância: um esquema de crítica conceitual. *Direito, Estado e Sociedade* (Impresso), v. 47, p.128-155, 2015.

---

**Recebido em:** 23/01/2017

**Aprovado em:** 13/02/2017





Quem se prepara, não para.