

DIREITO & PAZ

DIREITO & PAZ

Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014 - Lorena/SP
ISSN 1518-7047 - CDU - 34

APOIO - UNISAL
Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Direito & Paz – Ano XVI. N.º 31 (2014)
Lorena: Editoria: Pablo Jiménez Serrano, 2014

Semestral

ISSN 1518-7047

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

CDU - 34

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

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

Endereço para correspondência:

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

Endereço para permuta:

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

DIREITO & PAZ

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

Ano XVI- N.º 31 – 2.º Semestre/2014 – p. 640 – 20,5 cm
ISSN 1518-7047 – CDU – 34

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

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

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

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

Pró-Reitor Administrativo: *Nilson Leis*

Secretaria Geral: *Valquiria Vieira de Souza*

LICEU CORAÇÃO DE JESUS – ENTIDADE MANTENEDORA

Presidente: *P. José Adão Rodrigues da Silva*

COORDENADOR DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Dra. Grasiela Augusta Ferreira Nascimento

CONSELHO EDITORIAL

Presidente: *Grasiela Augusta Ferreira Nascimento*

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

MEMBROS

Angel Rafael Marinho Castellano

Doutor em Direito. Professor e pesquisador da UFES.

Antonio Lopez Diaz

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

Cleber Francisco Alves

Doutor em Direito. Professor da Universidade Católica de Petrópolis - UCP

Consuelo Yatsuda Morimizato Yoshida

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

Maria Aparecida Alkimin

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

Maria Ether Martínez Quinteiro

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

Pilar Jiménez Tello

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

Raúl Cervini

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

Rosana Siqueira Bertucci

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

Soraya Lunardi

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

CONSELHO CIENTÍFICO-TÉCNICO:

Editor Responsável: *Pablo Jiménez Serrano*

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

Revisão Editorial: *Marcilene Rodrigues Pereira Bueno*

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

Tradução: *Julio Sudario De Biasi*

Projeto gráfico da capa: *Camila Martinelli Rocha*

Pede-se permuta.

We request exchange. Se solicita canje.

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

Sumário

EDITORIAL

Conselho Editorial 9

1. O Empregado Portador de Doença Infectocontagiosa.
• *Grasiele Augusta Ferreira Nascimento*
• *Alex de Araújo Pimenta* 11

2. La Homoafectividad en la Realidad Argentina:
Reflexiones abiertas.
• *Damián R. Pizarro* 49

3. Da constitucionalidade à inconstitucionalidade do art. 20,
§ 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social:
uma análise jurisprudencial.
• *Leandro da Silva Carneiro*
• *Consuelo Yatsuda M. Yoshida* 89

4. Presupuestos jurídicos vinculados al control ecológico
como actividad de los servicios públicos ambientales.
Una mirada desde el sector empresarial estatal cubano.
• *Alcides Francisco Antúnez Sánchez*
• *Elena Polo Maceiras*
• *Yomisel Galindo Rodríguez* 121

5. Mistanásia: Uma questão de políticas públicas,
direito e cidadania.
• *Antonio José Franco de Souza Pêcego*
• *Ticiani Garbellini Barbosa Lima* 181

6. El Sobreendeudamiento de las Familias en Brasil y Argentina.	
• <i>Dario Aragoño Neto</i>	203
7. Globalização: Fator de inclusão ou exclusão do trabalhador.	
• <i>Maria Cristina Alves Delgado de Ávila</i>	227
8 O Direito Fundamental à Motivação das Decisões Judiciais em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo.	
• <i>Matheus Vidal Gomes Monteiro</i>	269
9 Marco Civil Da Internet – Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Aspectos pontuais da Responsabilidade Civil dos Provedores.	
• <i>Ilka Ramos</i>	
• <i>Felipe Marquette de Sousa</i>	301
10. Caso HISSÈNE HABRÉ e a Convenção de Tortura da ONU.	
• <i>David Augusto Fernandes</i>	335
11. A Manutenção da Ordem Econômica e a Economia Solidária: Estudo de Caso da Cooperativa de Marília.	
• <i>Marcela Andresa Semeghini Pereira</i>	369
12. Anotação, numa perspectiva de Direito Penal Constitucional, de Criminologia e de Política Criminal.	
• <i>Gonçalo S. de Melo Bandeira</i>	421
13. Direito fundamental à garantia de emprego: uma análise sobre a ausência de regulamentação do dispositivo constitucional que o abriga.	
• <i>Aline Carneiro Magalhães</i>	
• <i>Roberta Freitas Guerra</i>	545
14. O Direito Social Fundamental à Alimentação e à Nutrição Adequada na Região da Amazônia Legal.	
• <i>Cláudia Ribeiro Pereira Nunes</i>	591
Informações sobre a Revista Direito & Paz e os Procedimentos para Publicação	625
Edição e coedições recentes do UNISAL	633

Editorial

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

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

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

O Conselho Editorial

O Empregado Portador de Doença Infectocontagiosa.

Employee Carrying Contagious Disease.

Artigo recebido em 10/04/2014.

Revisado em 08/05/2014.

Aceito para publicação em 15/06/2014.

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento

Pós-doutoranda em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Ius Gentium Conimbrigae, Doutora em Direito - PUC/SP, Mestre em Direito - PUC/SP. Professora Universitária.

Alex de Araújo Pimenta

Mestrando em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos - UNISAL/SP. Especialista em Direito Público e em Sociologia - UGF/RJ. Procurador Público Municipal. Professor Universitário.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

O Empregado Portador de Doença Infectocontagiosa. - pp. 11-47

NASCIMENTO G. A. F. / PIMENTA A. de A. A.

Resumo

O artigo aborda os efeitos trabalhistas decorrentes da situação dos empregados portadores de doenças infectocontagiosas. Passada a conceituação dessas doenças, são abordados os princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana, contextualizando a evoluções e conjunturas sociais, especialmente a partir do HIV. Este figura como principal referência do trabalho para análise doutrinária e jurisprudencial, frente a questões como estabilidade; reintegração, acidente de trabalho, além de exames admissionais e periódicos.

Palavras-chave

Portadores de doenças infectocontagiosas. Efeitos trabalhistas. Discriminação. Dignidade da pessoa humana.

Abstract

The article discusses the labor effects due to the situation of employees carrying contagious diseases. After the conceptualization of these diseases, the principles of non-discrimination and dignity of the human person were addressed, contextual developments and social contexts, especially from HIV, which is the main reference work for doctrinal and jurisprudential

analysis, facing issues such as stability, reintegration, work accident, placement and periodic examinations.

Keywords

Carriers of contagious diseases, labor effects, discrimination, human dignity.

Sumário

Introdução. 1. Definições e tipos de doenças infectocontagiosas 2. Discriminação dos portadores de doenças infectocontagiosas no local de trabalho e seus efeitos. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

O objetivo do presente estudo é dar um panorama acerca das implicações jurídicas do empregado acometido por doenças infectocontagiosas, seja na admissão, na manutenção do labor, nos efeitos de seu afastamento para tratamento e na demissão.

Para tanto, busca-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação o cerne para protegê-los, frente à ausência de legislação específica, tornando a jurisprudência pátria fonte ainda mais importante para a garantia de preceitos há muitos discutidos, mas pouco concretizados, dadas as frequentes

condutas ilícitas de grande parte de empregadores, agentes estatais e de pessoas que os cercam.

Assim, o preconceito a grupos minoritários não pode deixar de ser abordado, na medida em que historicamente o ser humano tendeu a repulsar os diferentes e aqueles que eventualmente fossem capazes de lhe gerar algum mal nas esferas financeira, de poder ou de status, pelo que não seria diferente com os que supostamente molestariam a saúde.

Diante disso, muito embora tais questões foquem mais os portadores do HIV, dada à farta doutrina e jurisprudência sobre esta – que, aliás, é o símbolo das doenças infectocontagiosas contemporâneas – buscou-se ressaltar que historicamente outras já estiveram em evidência, bem como aumentar o rol, ressaltando, por exemplo, que o risco de infecção por hepatite, mesmo pouco divulgado ao cidadão médio, é ainda mais temido que aquela, pelos que detêm o conhecimento das ciências da saúde.

1. Definições e tipos de doenças infectocontagiosas

Doença é definida no artigo 1º da Portaria nº 104, de 25 de janeiro de 2005¹ como:

uma enfermidade ou estado clínico, independentemente de origem ou fonte, que represente ou possa representar um dano significativo para os seres humanos.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

O Empregado Portador de Doença Infectocontagiosa. - pp. 11-47

NASCIMENTO G. A. F. / PIMENTA A. de A. A.

Por sua vez, o termo infectocontagioso vem disposto no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa como aquele que “produz infecção e se propaga por contágio.” (2010, p.360).

Em monografia apresentada no ano de 2008 à Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, denominado “Doenças Infecciosas – O Desafio da Clínica”, dezesseis médicos de diversas especialidades relataram as seguintes enfermidades, das quais se destacam para fins do presente artigo: hepatites; tuberculose; meningites; herpes; toxoplasmose; sífilis; amebiose, dentre outras, além do HIV, mencionado em grande parte dos trabalhos científicos voltados às doenças dessa natureza.

2. Discriminação dos portadores de doenças infectocontagiosas no local de trabalho e seus efeitos.

A discriminação é assunto constante no mundo jurídico e tratada por inúmeros autores, dentre eles Flávia Piovesan que assim ensina:

Discriminação significa toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro

campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade. (2010, p. 243)

Nessa esteira, Firmino Alves Lima (2006, p. 133) conclui: “*um ato discriminatório é uma distinção desfavorável fundada em um determinado motivo, de cunho antijurídico e desprovida de razoabilidade e racionalidade.*”

Regiane Margonar (2006, p. 167) ao dissecar a discriminação, lembra que: “afere que há alguns elementos em sua composição, a saber: a) o preconceito; b) a separação; c) a personificação”.

A mesma autora, fulcrada nos ensinamentos de Egídia Maria de Almeida Aiexe, ensina sobre o primeiro de tais elementos: “consiste em julgar ou conceituar alguém mediante uma generalização, uma banalização ou uma mistificação” (2006, p. 167).

O conceito de discriminação para fins trabalhistas reside no artigo 1º da Convenção nº III da Organização Internacional do trabalho – OIT, adotada no Brasil por intermédio do Decreto nº 62.150, de 1968, senão vejamos:

ARTIGO 1º: 1. Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, côr, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
2. As distinção, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.
 3. Para os fins da presente convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

Doutrinariamente, extrai-se o seguinte conceito de discriminação em âmbito trabalhista, construído por Firmino Alves Lima (2006, p.135):

(...) há discriminação nas relações de trabalho quando um ato ou comportamento do empregador, ocorrido antes, durante e depois da relação de trabalho, implica uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável e justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens trabalhistas as-

seguradas, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho.

Deve-se frisar que além do aspecto puramente relacionado à saúde, muitas das doenças ora tratadas - especialmente a AIDS - tem um caráter de estigmatizar o indivíduo portador, transcendendo o risco ou até o medo irracional de contágio por parte dos que com ele convivem, a preconceitos de ordem social, inclusive no tocante ao seu caráter, mais uma vez afetando-o quanto à sua dignidade, ainda que sob outro viés.

Assim, pode-se pensar no estigma do “aidético”, que no imaginário popular de plano leva a concepção de alguém que conduz vida socialmente considerada desregrada, promíscua, remetida a práticas sexuais não convencionais ou regada a drogas ilícitas, desconsiderando, num primeiro plano, até mesmo outros fatores passíveis de transmissão da doença.

Notório foi o ocorrido nos EUA com o garoto norte-americano Ryan Wayne White, então com 13 anos de idade, que virou símbolo contra a discriminação de portadores do vírus HIV. Diagnosticado com hemofilia do tipo A, dias após o nascimento, passou uma infância saudável mediante tratamento com transfusões de Fator VIII, cujo produto à época era um derivado sanguíneo, ora substituído por elementos sintéticos. Em 1984, porém, após uma pneumonia pela qual se submeteu à cirurgia para retirada parcial do pulmão, foi diagnosticado com a então pouco conhecida SIDA (AIDS). Somente depois de extensa luta em esfera judi-

cial, contra a resistência dos responsáveis pelas escolas de seu Condado e boa parte da opinião pública, bem como dos pais dos colegas, que se negavam a admitir aquele suposto risco a seus filhos, obteve vitória no tribunal e pode voltar a frequentar a escola.²

Diante desse caso ocorrido num país desenvolvido, não é difícil imaginar o estigma num país como o Brasil, onde a maioria dos trabalhadores advém de um sistema educacional deficiente. O Ministério da Saúde detectou, em pesquisa realizada no ano de 1998, que ainda persistiam crenças erradas acerca das formas de contágio.

Persistem crenças errôneas quanto à transmissão da AIDS, com proporções significativas de trabalhadores afirmando que a doação de sangue, picada de inseto, uso de vaso sanitário, compartilhamento de copos, pratos, roupas e uso de piscinas são formas de transmissão. (*in*, MARGONAR, 2006, p.174)

Aliás, a mesma deficiência informativa que invoca crenças erradas acerca das formas de contágio, permite que em dados de 1997, coletados pelo mesmo Ministério, apontem que 73% dos diagnósticos de SIDA ocorreram entre pessoas com até 1º grau de escolaridade. (SOARES)

Além das crenças erradas acerca das formas de contágio, agrava a discriminação a forte fobia a homossexuais, então primeiramente relacionados ao surgimento do HIV, na década de 1980, quando chegou a ser

identificado como “peste gay” ou “câncer gay” - típico de homossexuais masculinos.

Aliás, um dos motivos de ligação do homossexualismo ao HIV se deu pelo fato dos grupos homossexuais terem sido os primeiros a se organizar para enfrentar a doença. Somente após terem sido detectados casos de mulheres infectadas e de hemofílicos que a população até então não considerada grupo de risco, passou a preocupar-se com ela. (MARGONAR, p. 174-175)

Porém, para grupos religiosos mais fanáticos, os homossexuais foram por anos pechados como os únicos passíveis de contrair esse verdadeiro castigo divino.

Nessa esteira, voltando à pesquisa supracitada, realizada no Brasil tem-se que:

Desde o surgimento dos primeiros casos de AIDS, nos EUA, no início dos anos 80, entre grupos homossexuais, a sociedade em geral reagiu com preconceito, já que a doença atingia grupos específicos com comportamento de risco, estando, assim, as demais pessoas protegidas de qualquer possibilidade de contágio. Essa visão da doença era reducionista e menosprezava seu impacto sobre a população em geral e seus efeitos no campo econômico e social.

(DST e AIDS no local de trabalho: um estudo sobre conhecimentos, atitudes e práticas nas empresas trabalhadas pelo SESI/Coordenação Nacional de DST e AIDS. Brasília: Ministério da Saúde, 1998, p.54. In, MARGONAR, 2006, p. 174)

Alexandre Augusto Gualazzi (2005, p.88) refresca a memória quanto aos leprosos ou lazarentos e aos sífilicos, cujas denominações tornaram-se sinônimos de xingamentos que remetem a uma condição de saúde.

Frente a isso, a não discriminação de portadores de vírus HIV é ressaltada na Organização Internacional do Trabalho - OIT como princípio-chave.

4. PRINCÍPIOS-CHAVE

4.1 (...)

4.2 NÃO DISCRIMINAÇÃO

No espírito de trabalho decente e em respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa infectada ou afetada pelo HIV/Aids, não deve haver discriminação de trabalhadores com base em situação real ou presumida de HIV. A discriminação e a estigmatização de pessoas que vivem com HIV/Aids inibem os esforços para a promoção da prevenção contra o HIV/Aids.”³

Ressalta-se que a discriminação toma proporções ainda mais severas em sociedades atingidas muito diretamente pela globalização, o neoliberalismo e a consequente precarização do mercado de trabalho, o que torna ainda mais pernicioso a situação dos portadores de doenças. Como pondera Raquel Cavalcante Soares, em artigo denominado “PACIENTES DE AIDS/PORTADORES DE HIV E EXCLUSÃO SOCIAL: a experiência do Serviço Social no Hospital Universitário Oswaldo Cruz (HUOC/UPE)”.

As mudanças no mundo do trabalho (superexploração do trabalhador, alto índice de desemprego, precarização das condições de trabalho) no caso dos pacientes de AIDS e portadores de HIV são duplamente excludentes, devido ao preconceito e a estigmatização que esta doença tem na sociedade. (p.12)

Sendo assim, se já é difícil um trabalhador de baixa escolaridade conseguir um emprego com boas condições de trabalho e remuneração razoável, isto é ainda pior para um paciente/portador de AIDS/HIV, mesmo tendo uma legislação social que lhe garante acesso igualitário ao trabalho, dentre outros direitos.

Nessa esteira, a dignidade da pessoa humana não poderia deixar de ser tratada também como fundamento para ojerizar a discriminação. A Constituição Federal em seu artigo 1º, incisos III e IV é clara ao elencar, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, pelo que a relação daquele princípio com o Direito do Trabalho se expressa por duas vertentes, nos termos ensinados pelo Dr. Firmino Alves da Silva em sua obra *Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de Trabalho* (ALVES DA SILVA, 2006, p. 36).

No mesmo sentido “o princípio da dignidade da pessoa humana é a própria razão de ser dos princípios do Direito do Trabalho” (MARGONAR, 2004, p.110).

O ordenamento pátrio prevê na Lei nº 9.029/1995 - que visa proteger o empregado de atos discriminató-

rios - a proibição de sua discriminação em função de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvados apenas os casos de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

Percebe-se que a mencionada lei não mencionou expressamente a discriminação relacionada à doença, pelo que Sérgio Pinto Martins (2013, p.17) entende que não faz *jus* o doente, especialmente de AIDS, à garantia de emprego e a retornar ao labor perante o empregador, a exceção da hipótese de estar em benefício previdenciário, pelo que resta suspenso o contrato, como se verá adiante.

Todavia, há que entenda que tal hipótese está abarcada, na medida em que a lista apontada no referido dispositivo é meramente exemplificativa. É o caso de Paulo Jakutis (2006, p. 159).

Ao traçar um minucioso estudo sobre os diplomas legais que tratam de discriminação, no intuito de buscar sua definição expressa – supracitada no primeiro capítulo - Firmino Alves Lima, partindo do direito comparado e de definições extraídas de documentos e de convenções internacionais, conclui que as enumerações de motivos lá presentes não são exaustivas, limitativas, exceto quando uma norma seja específica a atacar uma motivação discriminatória. (2006, p. 78-115).

Assim, muito embora não se perceba um conceito acabado de discriminação no trabalho, nota-se que o caminho está aberto à inclusão das doenças no rol de motivos a ensejar a discriminação.

Em linhas semelhantes, Mauro Cesar Martins de

Souza, no artigo “Estabilidade Provisória do Trabalhador Aidético: posição jurisprudencial e efetividade do processo” ensina:

Ora, a Lei n° 9.025/1995 protege todos os empregados, sem distinção, de práticas discriminatórias limitativas do acesso à relação de emprego, ou a sua manutenção. Referido texto legal deve ser interpretado no contexto protetivo ao hipossuficiente, princípio que dá suporte e é a própria razão do Direito do Trabalho. Assim, embora omissa a legislação em específico aos aidéticos, tendo em vista os princípios invocados, aplica-se por extensão e analogia (CLT, arts. 8° e 852-1 § 1° c/c CPC, arts. 126 e 335 c/c LICC, art. 4°) o quanto disposto no art. 4°, inc. I, da invocada Lei n° 9.029, de 13 de abril de 1995: “o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, faculta ao empregado... a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais. (2001, p. 245)

O mesmo autor, aliás, expõe na obra em referência diversas decisões proferidas por tribunais regionais do trabalho, além do TST - Tribunal Superior do Trabalho, que consideram arbitrárias tais despedidas imotivadas, passíveis ainda de reintegração liminar em reclamationárias, inclusive com antecipação de tutela jurisdicional, a exemplo das que se seguem.

Reintegração. Empregado portador do vírus da AIDS. Não obstante inexista no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV - Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no caput do artigo quinto da Constituição Federal.” (TST nos ERR n° 20535911995, ac. da SBDI 1, rel. Min. Leonaldo Silva, in DJ-U de 14/05/1999, p. 43)

AIDS. PORTADORA DE HIV TEM DIREITO À ESTABILIDADE NO EMPREGO. DISPENSA IMOTIVADA PRESUMIDA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO DETERMINADA. Os direitos à vida, à dignidade humana e ao trabalho, levam à presunção de que qualquer dispensa imotivada de trabalhadora contaminada com o vírus HIV é discriminatória e atenta contra os princípios constitucionais insculpidos nos arts. art. 1°, incs. III e IV, 3° inc. IV, 5° caput e inc. XLI, 170, 193. A obreira faz jus à estabilidade no emprego enquanto apta para trabalhar, eis que vedada a despedida arbitrária (art. 7°, inc. I, da Constituição Federal). Reintegração determinada enquanto apta para trabalhar. Aplicação dos arts. 1° e 4° inc. 1, da Lei n° 9.029, de 13 de abril de

1995 (cf CLT, art. 8º c/c CPC, art. 126 c/c LICC, art. 4º). Os riscos da atividade econômica são da empresa empregadora (CLT, art. 20), sendo irrelevante eventual queda na produção, pois a recessão é um mal que atinge todo o país (in DO-E-SP de 15/08/2000).

A 4ª Turma do TRF-4, em acórdão publicado em 31.05.2005, confirmou sentença de primeira instância, concluindo que: “*manutenção do posto de trabalho do empregado portador de vírus HIV confere não só a possibilidade de sentir-se útil, capaz, mas garante também a sua subsistência*”, após fundamentar em dispositivos como o artigo 7º, inciso I da CRFB/1988; na aplicação analógica da supracitada Lei Federal; no princípio da função social do contrato previsto no artigo 421 do Código Civil brasileiro; nas Convenções nº 111 e 142 da OIT, bem como nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O que também chama atenção nessa decisão é que foi acatada a tese do reclamante, mesmo restando comprovado que a ciência da portação da doença, por parte da empresa reclamada, se deu posteriormente à decisão da direção de demiti-lo, sob o esqueque de uma discriminação oculta.

Dentre as ressalvas que Paulo Jakutis (2006, p. 163) fez acerca da referida decisão, uma delas objetivamente encontra eco em decisões posteriores que são aquelas relacionadas à necessidade de demonstração nos autos da conduta discriminatória, a exemplo do que já havia se manifestado o TST no RR número 638757, publicado um pouco antes daquela, em 19.11.2004.

Sérgio Pinto Martins (2013, p.13), porém, ao tratar da suspensão do contrato de trabalho por fruição de benefício previdenciário, remetendo à Lei 7.670/1988⁴, adverte que se tal doença ainda não se manifestou, de forma que a pessoa é apenas portadora do HIV, pode ser demitida mesmo sem justa causa, afastando-se o direito a reintegração, eis que a contaminação pelo vírus, por si só, não a impossibilita de trabalhar. O contrário se extrai de quando já está recebendo benefício por efeitos da doença ou poder ser obstado do recebimento pela dispensa.

Projeto de lei, de nº 267, chegou a ser aprovado pelo legislativo em 2001, incluindo na CLT o artigo 492-A, com a seguinte redação: “*O empregado portador de vírus HIV não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas*”. Entretanto foi vetado⁵ pelo então presidente da república Fernando Henrique Cardoso, sob o argumento de que a criação desta estabilidade de cunho permanente não mais se coaduna com o novo ordenamento constitucional, que prevê indenização contra despedida imotivada e o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Este veto manteve-se, em análise legislativa ocorrida em 2004⁶.

Firmino Alves Lima, ao comentar a não efetiva necessidade de existirem motivos para a configuração do ato discriminatório, cita o posicionamento contrário do professor belga Marc Boyssut, ao abordar decisões nesse sentido da Corte de Direitos Humanos Europeia. Ele entende que “*o motivo é elemento necessário e primordial, ainda que não suficiente, para a caracterização da discriminação*”, (2006, p. 116)

Por sua vez, ele cita Danièle Lochak, Alice Monteiro de Barros, Rodolfo Pamplona Filho e Rémy Heranu que defendem que os motivos são prescindíveis, bastando o arbítrio por parte do agente discriminador. (2006, p. 116).

Porém, o mesmo autor difere arbítrio de discriminação, afirmando que:

toda discriminação é arbitrária, pois desprovida de razoabilidade, embora nem toda ação arbitrária seja discriminatória, eis que carente de um motivo específico a justificar a distinção efetuada (p.122)

E baseado nisso conclui:

(...) a discriminação depende claramente de um motivo, e do estudo desse aspecto emergem questões muito importantes para a consideração de um ato como discriminatório. Sem motivo algum, a diferenciação não autorizada será meramente arbitrária, com um motivo poderá ser considerada discriminatória, dependendo de outros fatores ainda a serem levados em conta. (p.123)

Assim, o objetivo ou efeito da ação ou comportamento discriminatório é a violação a igualdade de tratamento frente a um trabalhador ou a um determinado grupo, de forma a não reconhecer direitos e vantagens trabalhistas devidas aos demais. (p.126)

Há ainda que se reconhecer a discriminação sem intenção, para boa parte da doutrina, especialmente europeia, denominada de discriminação indireta, que, aliás, não deve ser confundida com a discriminação oculta, eis que nesta há necessariamente o dolo do agente. Em ambas o trabalhador deve ser tutelado. (LIMA, 2006)

No tocante a preservação da vida privada do portador do vírus HIV, nota-se que o Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o vírus HIV/AIDS e o mundo do trabalho, embora não seja de aplicação obrigatória como nos casos de Convenções Internacionais, prevê apenas três hipóteses passíveis de se exigir o teste de HIV ao empregado: no contexto de estudo epidemiológico, desde que não haja possibilidade do anonimato ser quebrado; após uma exposição a risco ocupacional, a exemplo de um incidente que gerou contato com sangue humano, fluidos, tecidos corpóreos ou, ainda, pelo pedido do próprio empregado através de um consentimento informado, preferencialmente fora do local de trabalho.

De qualquer forma, há sempre que se respeitar o sigilo das informações, tanto por parte dos profissionais médicos - vide tipificação no artigo 154 do Código Penal; das empresas a que eventualmente estão vinculados e dos órgãos públicos obrigados a ser informados. A Lei Federal nº 6.259/1975 (Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências), obriga a informação aos órgãos

de saúde competentes, sob pena de incorrer, inclusive, no artigo 269 do Código Penal. Atualmente, tais doenças estão relacionadas na já citada Portaria nº 104, de 25 de janeiro de 2011.

Não obstante, deve-se frisar que a proteção à vida privada do empregado é resguardada antes mesmo de ser admitido, pelo que deve ser vedada e exigência de teste de HIV em exames admissionais.

O teste de HIV não deve ser exigido na ocasião de seleção ou como condição para continuidade no emprego. Todo exame médico de rotina, como o de aptidão feito antes do início do contrato ou regularmente para os trabalhadores, não deve incluir teste obrigatório de HIV.

Para alguns estudiosos, como Alice Monteiro de Barros (2001, p.271), tal exigência pode vir a ser considerada legítima quando houver possibilidade de transmissão e contágio na função que o empregado irá desempenhar, desde que o mesmo tenha ciência e consentido a realização do exame.

E assim também ela preleciona (BARROS, 1997, p.93 e 94):

a defesa do contágio por doenças infecto-contagiosas corresponde não só a um interesse geral e social, mas a um verdadeiro direito subjetivo de cada cidadão de ser preservado dos sujeitos portadores de um mal, ao qual corresponde um dever inderrogável de solidariedade social, que

torna exigíveis de todos os cidadãos formas de colaboração (voluntária ou coagida) com fins da proteção do bem comum.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga justifica a realização de exames dessa natureza na fase pré-contratual em situações em que o trabalhador possa expor a comunidade a contágio, senão vejamos:

A empresa somente pode estabelecer como um dos requisitos ao exercício da função a apresentação do teste de HIV de sorologia negativa em se tratando das seguintes funções: médicos, enfermeiros, dentistas, cirurgiões, laboratorista, que trabalha na coleta de sangue em laboratório e profissionais do sexo que laboram na realização de filmes de pornografia. São portanto, situações em que trabalhadores poderão expor a comunidade ao risco de contágio de doenças. (2013, p. 23)

Eis decisão nesse sentido acerca de uma candidata a concurso público para o cargo de técnico em enfermagem, reprovada em exame médico admissional por ser portadora do vírus da hepatite B, em que a 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso ordinário da reclamante.

EMENTA: AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. REPROVAÇÃO

NO EXAME ADMISSIONAL DE CANDIDATO PORTADOR DO VÍRUS DA HEPATITE B. DESLIGAMENTO EM OUTRO EMPREGO. Não evidenciado ato discriminatório por parte de instituição hospitalar quando não admite em seu quadro funcional candidato reprovado no exame médico admissional em face de ser portador de vírus da hepatite B. Tampouco pode ser imputado ao reclamado eventuais danos materiais decorrentes de desligamento voluntário do autor em outro emprego. Negado provimento.

Nesse caso, nota-se que a candidata ao cargo já tinha ciência de que deveria se submeter a tal exame, eis que inscrita em concurso público, certame onde são imprescindíveis no edital a relação de exames admissionais que serão exigidos.

Além disso, nas hipóteses de profissionais da saúde, tal questão é mais complexa na medida em que envolve, não somente eventual impedimento para o exercício das atribuições inerentes à profissão, como o direito do paciente saber ou não da condição daquele médico; dentista; enfermeiro; fisioterapeuta; fonoaudiólogo etc, que em boa parte dos casos nele atuará de forma invasiva. Assim, poderia o empregador de tais profissionais fiscalizar as condições físicas do empregado da área de saúde.

Em sentido contrário, tomam-se emprestadas as palavras de Regiane Margonar (2006, p. 208) no sentido que não há motivos para se exigir do empregado da área de saúde o teste de HIV.

Destarte, em nosso sentir, estão descartadas tanto a proibição do exercício profissional na área de saúde pelos portadores do vírus HIV, quando a comunicação aos pacientes, acerca da soropositividade de determinado profissional, pelo empregador. Tais práticas não detêm embasamento em nosso ordenamento jurídico, já que violam o direito fundamental da liberdade da profissão, o respeito à vida privada e a dignidade da pessoa humana. Ademais, afrontam o princípio da razoabilidade, pois não atende ao bom senso o sacrifício de bens jurídicos valiosos (privacidade, liberdade de profissão, dignidade da pessoa humana), diante de chances praticamente nulas de transmissão do vírus HIV, quando atendidas as medidas de precauções universais.

Por oportuno, há que se lembrar que embora o vírus da AIDS seja uma das doenças infectocontagiosas mais temidas, a Hepatite “B” (HBV), por exemplo, tem uma taxa de infecção muito maior e seus sintomas são em geral mais letais, como mencionado no primeiro capítulo e alertado por Susan L. DiMaggio em parte do estudo transcrito e traduzido por Margonar (2006, p. 201-202).

Entretanto, Margonar, citando ainda João Hilário Valentim e Vera Lúcia Chagas, é enfática ao defender que nem mesmo a autorização expressa do candidato ou empregado é capaz de afastar a conduta ilícita do empregador no caso. (p. 123-124)

Vide assertiva de Valentim citada por tal autora:

(...) o empregador não pode exigir do empregado a realização do teste anti-HIV, seja na admissão, na constância da prestação do serviço ou por ocasião da dispensa, pois o risco de transmissão não é eliminado com a realização do teste. O empregado pode infectar-se a qualquer momento, inclusive após a sua contratação. Ademais, há um lapso temporal, denominado de “janela imunológica”, no qual o vírus não é detectado pelos atuais testes, mas o portador já pode ter condições de transmiti-lo para outras pessoas. Dessa forma, não obstante o empregador este obrigado a realizar exames de admissão, periódicos, de demissão, entre outros (art. 168, da CLT e NR-7), estes não podem incluir os testes de sorologia, ante a incapacidade do empregado soropositivo para o trabalho.⁸

Decisões juntadas pela mesma autora (p. 125) confirmam a tese de ilicitude do teste para o HIV em candidatos a emprego, seja no regime celetista, quanto no estatutário.

MANDADO DE SEGURANÇA - Objetivo - Reincorporação de policial militar à Academia de Polícia - Admissibilidade - Afastamento de nítido caráter discriminatório - Impetrante portador de vírus HIV - Ofensa ao princípio da isonomia - Aptidão física demonstrada - Atestado que revela condições plenas de saúde - Doença

não manifesta – Exigência de teste sorológico, ademais, descabida em exames pré-admissionais – Sentença concedida – voto vencido. A exigência de teste sorológico nos exames pré-admissionais é descabida e discriminatória, caracterizando interferência indevida na intimidade dos trabalhadores. Além disso, o soro positivo para o HIV não é doente, diferente do portador de AIDS, que manifesta a doença. (Apelação cível n.216.708-1 – São Paulo – Relator: Mattos Faria – j. 08/11/94)

DANO MORAL – Indenização – Empresa que submete candidato à vaga de emprego a exame de AIDS, sem a anuência do interessado – Ato que demonstra a prévia intenção discriminatória do empregador – Constatação equivocada de tratar-se o candidato portador do HIV – Hipótese em que a verba deve ser majorada, tendo em vista a grande dor moral experimentada pelo autor (TJSP – Apelação Cível n. 144.419.4/8-00 – 9ª Câm. – DJ. 27/04/04 – Relator: Silveira Netto).

Como efeito, para aqueles que julgam possível a exigência de teste de HIV para profissionais da saúde, tanto a admissão, quanto a manutenção do contrato de trabalho poderiam ser obstadas pela soropositividade, nunca havendo que se falar em justa causa, eis que desprovida até mesmo de previsão legal. A exceção ficaria na negativa do empregado em realizar ou revelar o resultado do aludido exame.

Conseqüentemente, para aqueles que julgam indevida qualquer previsão contratual no sentido de compulsoriedade do teste para o HIV, a negativa do empregado não poderá acarretar-lhe quaisquer conseqüências.

Não obstante, em sendo detectado o vírus nos exames periódicos, seria possível a extinção do contrato de trabalho por justa causa, certamente na hipótese de negativa de realização do mesmo.

Neste sentido, mais uma vez as palavras de Regiane Margonar:

Nosso pensamento situa-se na segunda consideração, pois a compulsoriedade na realização de testes para o HIV fere diversos direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de não sofrer discriminação e o direito à vida privada. Destarte, não pode o empregador, a qualquer pretexto, exigir, via contrato, que o empregado, ainda que da área de saúde, realize o teste para o HIV de forma compulsória. Portanto, em nosso sentir, não há que se falar em justa causa quando há negativa por parte do empregado em cumprir convenção que não alcançou efeitos legais. (p.211)

Do ponto de vista médico, dois médicos atuantes em Minas Gerais - Dirceu B. Greco e Mosar de Castra Neues - expõem em artigo denominado "O Profissional de Saúde Infectado pelo HIV - Direitos e Deveres" que os riscos de transmissão entre profissionais de saúde

e paciente são ínfimos, muito embora considerarem a possibilidade teórica de transmissão do HIV e de outras doenças infectocontagiosas, como o a Hepatite B, conforme relatado pelo Centro de Controle de Doenças dos Estados Unidos (CDC).

Para isso existem diversas precauções, como simples lavagem das mãos antes e após contato com cada paciente e a utilização de luvas, até protocolos rigorosos em cirurgias, como o uso de equipamentos de proteção dos pés (botas); óculos e coordenação de toda a equipe envolvida.

Inúmeras críticas podem ser feitas às últimas recomendações do CDC (5): a realização de sorologia anti-HIV rotineira dos profissionais de saúde fere o direito de privacidade dos mesmos; a necessidade de comunicar ao paciente o estado sorológico do profissional abre o precedente para a solicitação prévia de sorologia anti-HIV das pessoas candidatas a procedimentos cirúrgicos (10); o impedimento de profissionais infectados pelo HIV de trabalharem poderá dificultar ainda mais o acesso dos pacientes ao sistema de saúde, além de afetar a carreira de número considerável de trabalhadores. Lembrar ainda que a AIDS é uma doença espectral, ou seja, existem vários níveis na infecção pelo HIV: desde o indivíduo assintomático até a doença AIDS, sendo, portanto, impossível generalizar situações de possível risco.

Importa salientar os argumentos dos mesmos profissionais contrários ao exame de pacientes e de médicos, no sentido de se saber o estado de HIV, o que de acordo com os mesmos vem sendo exigido em vários hospitais do mundo.

- a. do paciente: trará falsa sensação de segurança por parte da equipe cirúrgica nos casos de sorologia positiva, e risco de diminuir os cuidados naqueles soro-negativos; levará à quebra do sigilo em relação ao paciente;
- b. do médico: levará à segregação, e até pressão para o afastamento do trabalho, tanto pelos pacientes como pelos próprios colegas, apesar dos baixíssimos riscos de contaminação. Criará a falsa sensação de segurança nos pacientes em relação aos verdadeiramente soro-negativos ou com teste falso negativo. (GRECO, Dirceu B. e NEUES).

Por fim, há que levantar a hipótese do empregado doméstico portador de HIV. Da mesma forma apreendida acima, a exigência de testes de admissão e periódicos são rechaçadas, assim como a ausência de justa causa em função do porte da doença.

Eis uma ocasião em que, ocorrendo a dispensa em função do direito potestativo do empregador, enseja meramente a indenização por danos materiais e morais, a exemplo dos demais trabalhadores, ainda mais com a igualização promovida pela Emenda Constitucional nº 72/2013. Mais do que nunca não se mostraria razoável o instituto da reintegração, em função

do empregador necessariamente ser pessoa física ou a família, que invariavelmente também não poderia ser compelida a suportar a presença de pessoa estranha no âmbito residencial, a qual em seu imaginário poderia lhe oferecer risco.

Interessante ressaltar também a aquisição da doença no local de trabalho, como por meio de acidente no exercício de suas atribuições por um profissional da saúde. A AIDS não é catalogada como doença profissional na Lei Federal nº 8.213/1991 e no Decreto nº 2.172/97, o que não impede o operador do direito de assim considerá-la para fins de estabilidade provisória prevista no artigo 118 da referida Lei Federal, algo que em geral se daria a profissionais da área de saúde, em tese mais propensos à contaminação.

Da mesma maneira, nada impede o enquadramento como doença ou acidente de trabalho do empregado - mesmo que de outra área que não a saúde - que foi acometido com a doença a partir de uma transfusão de sangue, por exemplo, a que foi levado a fazer em função de um acidente de trabalho comum, como objetivamente ensina o Professor Alexandre Augusto Guazzini (p. 40) em sua obra “AIDS” e Direito do Trabalho.

No mesmo sentido, já decidiu a 30ª Vara do Trabalho de Porto Alegre - RS:

EMENTA: CONTAMINAÇÃO POR VÍRUS HTLV-I. CONTATO ACIDENTAL COM AGULHA CONTAMINADA. ACIDENTE DO TRABALHO. As agulhas utilizadas em hospital ou centro de saúde são foco potencial de contaminação por diversos agentes

biológicos patológicos. O contato acidental com agulhas usadas é uma das diversas formas de contaminação com o vírus HTLV e a sua ocorrência durante a prestação de atividades configura acidente de trabalho. TRT-4 - RECURSO ORDINARIO: RO 318001320065040030 RS 0031800-13.2006.5.04.0030, 14/04/2010. Rel. Maria Cristina Schaan Ferreira.

Proposição sobre o vírus da “Gripe A (H1N1)” res-
tou levantada por Zeno Simm.

(...) incumbe ao empregador manter um ambiente de trabalho saudável e livre de agentes agressores à saúde do trabalhador, orientando-o em relação às medidas preventivas recomendadas para o caso.

Uma vez contraída a gripe A no ambiente laboral e assim caracterizado o evento legalmente equiparado a acidente de trabalho, daí emergem algumas consequências de ordem trabalhista. Uma delas é o direito do empregado à garantia do emprego pelo prazo mínimo de 12 meses a contar da cessação do auxílio-doença acidentário (se concedido pelo INSS) assegurada pelo art. 118 da Lei nº 8.213/91. (2009, p. 567)

Estudos como o da Juíza do Trabalho Sara Lúcia Davi Sousa, do TRT da 3ª. Região - A Estabilidade Provisória nos Acidentes Biológicos sem afastamento previdenciário como instrumento de garantia do princípio da dignidade da pessoa humana face aos riscos

inerentes ao meio ambiente laboral - ainda remetem a uma possibilidade pouco levantada. Trata-se da estabilidade provisória do supracitado artigo 118, no período de latência, vale dizer, aquele compreendido entre o momento do suposto contágio e o da efetiva comprovação do contágio no profissional.

Pois bem: “o acidente ocupacional com material biológico é aquele que ocorre com trabalhadores expostos a sangue ou outros fluídos corpóreos que possam conter vírus de hepatite B, hepatite C ou HIV, assim como outras doenças infecto-contagiosas” nos termos que a mesma ensina. (SOUZA)

Porém, há doenças que necessitam de um período para ser confirmado o contágio. E pior: ainda requerem tratamento preventivo, a exemplo do HIV, em que o possível infectado por uma picada de agulha, ainda tem que passar por quimioprofilaxia com remédios, que muito além dos efeitos colaterais, gera a angústia pela possibilidade de ser portador de uma doença incurável, que possui período de incubação de semanas.

A fim de que se adquira o direito à estabilidade provisória prevista no artigo 118, da Lei que regula o Regime Geral de Previdência, necessita-se do recebimento do auxílio doença acidentário e do afastamento das atividades laborativas por período superior a 15 dias.

Porém não há previsão legal de estabilidade provisória ao trabalhador da saúde no período em questão, o que em tese permitiria sua demissão sem justa causa, o que se mostra atentatório à dignidade da pessoa humana e pede solução ao judiciário enquanto não regulamentado, como afirma SOUZA.

Importa com isso dizer que, na ausência de norma legal dispendo especificamente sobre o assunto, e em garantia à dignidade do trabalhador, cabe aos aplicadores do Direito, notadamente aos Juízes, com suporte no artigo 8º, da CLT, e utilizando-se do método de interpretação extensiva, tornar mais efetivas as garantias previstas, concedendo aos trabalhadores em situações como tais, a extensão da garantia contida no art. 118 da Lei 8.213/91, a partir do término do período de latência para manifestação da doença. Por todo o exposto, proponho a declaração de nulidade da dispensa ocorrida durante o período de latência da doença, por discriminatória, bem como a concessão da estabilidade de 12 meses após seu término, nos termos do art. 118 da Lei 8.213/91, por congruente com os princípios da dignidade da pessoa humana, não discriminação e valorização social do trabalho, constitucionalmente previstos.

Ari Possidonio Beltran (2002, p. 222) ao tratar da dignidade da pessoa e a bioética, cita João Carlos Casella (CASELLA, 1996 *apud* BELTRAN, 2002):

Mesmo investigações sobre a saúde do candidato devem ser entrevistas com cautela. Nossa lei impõe exames médico admissional, periódico e demissional, mas só com o propósito de proteger a saúde do empregado, na medida em que guardam relação com as funções objeto do contrato de trabalho ou possam prevenir epidemias.

Assim abre-se nova hipótese de análise tendo como foco não apenas os preceitos legais, mas princípios que transcendem a regulamentação específica, desde que como norte o portador de doenças infecto-contagiosas, a exemplo do HIV.

Conclusão

A análise das implicações trabalhistas para aqueles que são portadores de doenças infectocontagiosas invariavelmente passa pelo estudo da discriminação e da dignidade da pessoa humana, fundamentos para a defesa dos acometidos por tais enfermidades.

Nota-se que o preconceito, que no caso brasileiro está mais ligado às informações ainda deficientes, decorrentes de um sistema educacional precário, tem bases distintas daquele que despontou nos EUA na década de 1980, quando do alarde da AIDS. Lá, muitas vezes a falta de conhecimento sobre a forma de contágio era motivo secundário, frente à pecha das minorias com bases em concepções reacionárias e fundamentalismos religiosos, especialmente contra os homossexuais.

De qualquer maneira, o Direito não tem como se dissociar dos efeitos sociais e até mesmo psicológicos no indivíduo, decorrentes de atos jurídicos que, muito além de injustos, são vistos como ilícitos por grande parte dos estudiosos e aplicadores.

Para tanto, basta imaginar as consequências para aqueles que, além de portar doenças graves, muitas das quais incuráveis, como a AIDS, sentem-se inúteis e isolados - profissional e socialmente - sem que

haja motivos para tal segregação. Tais sentimentos são passíveis de motivar o sucesso ou não da recuperação do enfermo.

Além disso, não se mostra razoável desprover de verbas o empregado justamente num momento em que precisa despende quantias extras necessárias ao tratamento. Daí se extrai a importância da manutenção da estabilidade provisória, da assistência pela previdência social e das indenizações decorrentes de extinção do contrato de trabalho sem justa causa.

Nessa esteira, nota-se que a problemática dos profissionais de saúde mostra-se ainda mais controversa, dadas as características das atividades, onde são imprescindíveis procedimentos próximos entre as partes, por vezes invasivos, ficando aqueles tanto na condição de possíveis transmissores, como na de infectados. Aqui, a questão ainda resta nebulosa, quando se leva em consideração os fundamentos dos que advogam a realização de exames admissionais e periódicos que englobem a análise de tais doenças, como medida de segurança a profissionais e pacientes - a exemplo de alguns países - frente aos que ponderam com a ofensa à privacidade, à liberdade de profissão e à dignidade da pessoa humana.

Portanto, resta um longo caminho para a efetivação dos direitos daqueles que, independentemente dos motivos, adquiriram moléstias contagiosas, eis que é inconcebível que no atual grau de desenvolvimento humano e científico referendado por uma sociedade democrática e de Direitos, que, aliás, tanto prezam o indivíduo, haja conformação com flagelos humanos que remetem aos leproso dos tempos bíblicos.

Notas

1. Define as terminologias adotadas em legislação nacional, conforme o disposto no Regulamento Sanitário Internacional 2005 (RSI 2005), a relação de doenças, agravos e eventos em saúde pública de notificação compulsória em todo o território nacional e estabelece fluxo, critérios, responsabilidades e atribuições aos profissionais e serviços de saúde.
2. Mais informações podem ser extraídas do tele-filme “The Ryan White Story” produzido e transmitido pela BBC.
3. Mais dados disponíveis em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/hiv_aids/pub/repertorio_hivaid_2010_278.pdf> Acesso em 21 abr. 2013
4. Estende aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS os benefícios que especifica e dá outras providências.
5. <<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=11&data=07/12/2001>> Acesso em 18 Abr. 2013.
6. <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=49127> Acesso em 18 Abr. 2013.

Referências

- AIEXE, Egídia Maria de Almeida. “Uma conversa sobre direitos humanos, visão da justiça e discriminação”. *In: Discriminação*. Luíz Otávio Linhares e Márcio Túlio Viana (coords.) São Paulo: LTr, 2000, p.329, in Margonar (2006, p. 167)
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Os Direitos da Personalidade e o trabalhador portador do vírus HIV. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, n. 288, p. 18 – 33, jun. 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de. “AIDS no local de trabalho: um enfoque de direito internacional e comparado”. São Paulo: **Revista LTr**, vol. LXV, nº 03, 2001, *op. cit.* MARGONAR, 2006, p.122-123.
- BARROS, Alice Monteiro de. **AIDS NO LOCAL DE TRABALHO UM ENFOQUE DE DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO**. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_amb_01.asp> acesso em 20/04/2013.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.
- BRASIL. **Diário Oficial da República Federativa**. Veto presidencial. Disponível em: < <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=11&data=07/12/2001>> acesso em 20/04/2013.

- BRASIL. Portaria nº 104, de 25 de janeiro de 2011- Define as terminologias adotadas em legislação nacional, conforme o disposto no Regulamento Sanitário Internacional 2005 (RSI 2005), a relação de doenças, agravos e eventos em saúde pública de notificação compulsória em todo o território nacional e estabelece fluxo, critérios, responsabilidades e atribuições aos profissionais e serviços de saúde. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0104_25_01_2011.htm> acesso em 20/04/2013.
- CASELLA, João Carlos. “Proteção à intimidade do trabalhador”, in **Direito e Processo do Trabalho – Estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano, coord. Estêvão Mallet e Luiz Carlos Amorim Robortella**. São Paulo, Ltr, 1996, p.485. *apud* BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: 2002, Ltr, p.222.
- CUNHA, Maria Beatriz; JÚNIOR TERTO, Veriano; PIMENTA, Maria Cristina; PRADO, Moema; VALENTIM, João Hilário. **HIV/AIDS no mundo do trabalho: as ações e a legislação brasileira**. Brasília: organização Internacional do Trabalho, 2002, p. 112, *op. cit.* MARGONAR, 2006, p.124.
- CUNHA, Saraiva da et al. DOENÇAS INFECCIOSAS O desafio da Clínica. **Coimbra**. 2008. 142 p. Disponível em: <<http://www.saudedireta.com.br/docsupload/1332104755DoencasInfecciosas.pdf>> Acesso em 12. Dez. 2013.
- CUNHA, Saraiva da. **DOENÇAS INFECCIOSAS**, O desafio da Clínica. Coimbra, 2008. Disponível em <<http://rihuc.huc.min-saude.pt/bitstream/10400.4/716/1/Doen%C3%A7as%20infecciosas%20Monografia.pdf>> Acesso em 06 set. 2013.
- DIMAGGIO, Susan L. “State regulations and the HIV-positive health care professional: a response to a problem that does not exist”. In: *American journal of law & medicine*. Vol. XIX, issue n.4, 1993, p.500. Tradução livre da autora.
- DST e AIDS no local de trabalho: um estudo sobre conhecimentos, atitudes e práticas nas empresas trabalhadas pelo SESI/Coordenação Nacional de DST e AIDS. Brasília: Ministério da Saúde, 1998, p.54. in, MARGONAR, 2006, p. 174
- DST e AIDS no local de trabalho: um estudo sobre conhecimentos, atitudes e práticas nas empresas trabalhadas pelo SESI/Coordenação Nacional de DST e AIDS. Brasília: Ministério da Saúde, 1998, p.54. in MARGONAR, 2006, p. 174.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. São Paulo: Positivo. 5ª ed. 2010.
- GRECO, Dirceu B.; NEUES, Mosar de C. **O Profissional de Saúde Infectado pelo HIV—Direitos e Deveres**. Disponível em <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/476> Acesso em 06 set. 2013.
- GUALAZZI, Alexandre A. **“AIDS” e o Direito do Trabalho. Questões de Direito Material e Processual**. São Paulo: Ltr, 2005.
- JAKUTIS, Paulo. **Manual de estudo de discriminação no trabalho: estudos sobre Discriminação, Assédio Sexual...** / São Paulo: Ltr, 2006.
- LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de emprego**. São Paulo: Ltr, 2006.
- MARGONAR, Regiane. **O Empregado Portador do Vírus HIV/AIDS**. São Paulo: Ltr, 2006.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Dispensa do Doente de AIDS e Reintegração no Emprego. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, n. 288, p. 9 - 17, jun. 2013.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SIMM, Zeno. A Gripe A (H1N1) como doença ocupacional e seus efeitos no contrato de trabalho. **Ltr Sup. Trab.**, São Paulo, 120/09, p.567-569.2009.
- SOARES, Raquel C. **PACIENTES DE AIDS/ PORTADORES DE HIV E EXCLUSÃO SOCIAL**: a experiência do Serviço Social no Hospital Universitário Oswaldo Cruz (HUOC/UPE). Disponível em: <<http://www.ets.unc.edu.ar/xxseminario/datos/antiores/binarios/congresos/reg/slets/slets-016-033.pdf>> Acesso em 06 set. 2013.
- SOUZA, Lucia Davi. **A Estabilidade Provisória nos Acidentes Biológicos sem afastamento previdenciário como instrumento de garantia do princípio da dignidade da pessoa humana face aos riscos inerentes ao meio ambiente laboral**. Disponível em: <www.conamat.com.br/teses/12032008093230.doc> Acesso em 12 dez. 2013.
- SOUZA, Mauro Cesar Martins de Souza. *Estabilidade Provisória do Trabalhador Aidético: posição jurisprudencial e efetividade do processo*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. **Divisão Jurídica**. Instituição Toledo de Ensino, Bauru - SP, abril a julho de 2001, p. 241-250. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/ripe_arquivos/ripe31.pdf#page=238> Acesso em 22 Ago. 2013.

La Homoafectividad en la Realidad Argentina: Reflexiones abiertas.

Homosexuality in Argentina: Open Reflections.

Artigo recebido em 15/04/2014.

Revisado em 08/05/2014.

Aceito para publicação em 15/06/2014.

Damián R. Pizarro

DRP, Abogado (con especialización en Derecho Público),
Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
Cursante de Doctorado en Derecho Constitucional (Modalidad
Intensiva), Facultad de Derecho (UBA). Docente Invitado de la
Escuela de Abogados del Estado, Especialización en Derecho
Procesal, Procuración del Tesoro de la Nación. Profesor adjunto
(Int.) Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, (UBA).
Profesor adjunto (Int.) Derecho Público, Facultad de Ciencias
Económicas, (UBA). Auxiliar docente en la Facultad de Derecho
de la Universidad de Buenos Aires, y en la Universidad de Lomas
de Zamora. Coordinador Editorial de obras jurídicas,
Redacción, Editorial La Ley. Miembro Asociado de la
Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

La Homoafectividad en la Realidad Argentina: Reflexiones abiertas. - pp. 48-88

PIZARRO D. R.

Resumen

El presente trabajo intenta abordar la noción de la *homoafectividad*, y de cómo se ha visto incluido e interpretado, finalmente, el reconocimiento del Estado, y sus instituciones, del derecho de las personas, libres y pensantes, a optar en la diversidad. Dentro del amplio y abierto marco de los derechos humanos, desde la unión libre de dos personas del mismo sexo hasta la posibilidad de recurrir al instituto de la adopción para conformar un seno familiar regulado y constituido por el derecho en igualdad. También, podemos decir un pequeño homenaje a la norma, y sus cuatro años de vigencia, personificada en aquellos que han visto cumplido su deseo y anhelo de reconocimiento y respeto social y jurídico de su condición.

Palabras-clave

Adopción. Código Civil. Cónyuge. Divorcio vincular. Matrimonio entre personas del mismo sexo.

Abstract

In the present work the notion of homosexuality in the face of its recognition by the State and the possibility that people are free to opt for diversity. In a broad context, in a humanistic approach, the possibility of marriage between people of the same sex

is addressed and questions adoption as an intention to equal rights. Thus, the objective is to homage the fourth year of this norm which has embodied in those whom experienced the fulfillment of its yearning for recognition.

Keywords

Adoption. Civil Code. Partner. Marriage between people of the same sex

Sumario

Introducción. 1. El derecho argentino y la diversidad. 2. Apéndice jurisprudencial y doctrinario. Conclusión. Notas. Referencias.

Introducción

El tema sobre el que nos interesa hacer una cavilación requiere un abordaje tridimensional. Para referirse a la llamada homoafectividad, no puede darse, sólo con una mirada del derecho privado, aunque se tratase sobre relaciones privadas entre personas, sean o no del mismo sexo, aunque pareciere que tal disquisición es de suma importancia e interés para el Estado, los gobiernos y sus normas. Por lo que, para retomar el tratamiento, debemos orientar nuestro abordaje desde

el Derecho Civil de Familia, el Derecho Público Constitucional, y de los Derechos Humanos.

En estas palabras trataremos de aproximarnos a la diversidad en su concepto más pleno, puro en lo que significa y amplio en eso que nos representa, que nos iguala en nuestras diferencias.

El planteo acerca de la diversidad y sus modos podrían llevarnos por vastos caminos y, en lo que hace a este trabajo, se excede por mucho del alcance que quiere darse. Por lo que trataré de acotarlo a aquello que, como dije anteriormente, hace a una reflexión tal vez académica, por momentos más dura, que procurará ser interdisciplinaria, pero con el respeto que merecen tanto médicos, doctrinarios, humanistas, militantes, abogados y víctimas, que han combatido porque la justicia social sea un camino para todos y todas.

Como el lector podrá imaginarse, el derecho civil argentino no inventó la distinción entre hombre y mujer, ni el derecho constitucional generó la agresividad contra aquellos que optaren enlazarse libremente con quien eligieren, ni los tratados de derechos humanos han profesado la innecesaridad de ser feliz, como fin del hombre. Pero podemos obtener de la historia que no han hecho lo suficiente para que aquellos anhelos y deseos de libertad, felicidad y justicia sean oídos, respetados y logrados desde que nacemos. De hecho, algunos han muerto por esperarlo, o por llevarlo a cabo en el arrebató de sus libres convicciones.

La misma humanidad se ha dedicado a crear diferencias, sean estas culturales, raciales, económicas o sociales, pero siempre artificiales.

Con ello, el derecho como resultado social y a veces de *backup* de la misma sociedad, prefiere optar por el status quo, mantener las cosas como están, la clase política elige no imbuirse en cuestiones que pongan en juego su “banquillo” o hegemonía, y pueblos inactivos sometidos a un régimen vetusto que prefiere la paz “imperfecta” antes que la libertad en su estado más pleno.

Pero todo sistema tiene fugas, y requiere una corrección política. Por ello, se activa al derecho, su herramienta de poder más deliberado pero justificado por sí mismo, que en tres pasos procesales (cree) solucionará la insurrección que se plantea.

Impulsadas por la estrategia nacional de las organizaciones de la sociedad civil, en forma sistemática, parejas de hombres y mujeres requirieron que la judicatura reparase en la proyección horizontal de los derechos fundamentales, razonándola con un grado de afectación alto para sus vidas. Toda vez que en sus amparos argumentaron que el matrimonio civil, como institución jurídica, tutela determinadas circunstancias humanas y sociales esenciales; que la falta de reconocimiento por parte del Estado de las parejas conformadas por personas de igual sexo vulnera no sólo el derecho a la igualdad y dignidad de quienes las componen, sino también otro tipo de derechos, haciendo especial hincapié en que el matrimonio no es una institución insustancial, ya que tiene connotaciones prácticas innegables en el devenir periódico de la pareja.¹

Propiamente, la **homoafectividad** se encuentra implicada en la intención de dos personas del mismo sexo que pudiendo expresar su amor mutuo deciden, solicitan e instan al Estado, que los habilite y los despenalice. Ello, que para algunos pudiere parecer casi un capricho no es más que la libertad que todos merecemos y nos corresponde tener.

Un análisis sobre si el Estado es quien debe o no determinar, habilitar o prohibir nuestras relaciones sociales, privadas, y que de ningún modo menoscaban la moral y las buenas costumbres, excedería al presente trabajo. Sólo corresponde la mera mención que la duda cabe en la determinación del autor del presente. Forma parte del planteo que el Estado a través de la ley “castiga” a quien sustrajere o se apropiare de aquello que no le corresponde o cometiere otro hecho calificado como delito por sí.

De este modo, y para evitar que pequeños copos de nieve se conviertan en aludes, los estados despliegan sus instituciones burocráticas y de dominación creando permisos legales.²

1. El derecho argentino y la diversidad

A mediados del año 2010, el ordenamiento jurídico argentino y latinoamericano dio un importante paso, tal vez ya ineludible³, en el ámbito de las libertades personales y fundamentales del hombre. Estas que hacen al sujeto, a la persona, al hombre o mujer, los define, los conforma, y hasta en un estrato superior,

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

La Homoafectividad en la Realidad Argentina: Reflexiones abiertas. - pp. 48-88

PIZARRO D. R.

los acerca a la idea de felicidad.⁴ Aunque lejos de ello, tomamos por ejemplo a el Estado de Brasil que quiere avanzar sobre este concepto necesario para solventarlo en la misma Constitución.⁵

El 15 de julio del año 2010, el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, sancionan la mencionada Ley 26.618 “de Matrimonio Civil”⁶, modificando esencialmente aquellas que hacen a la igualdad de derechos para todos y todas.⁷

Así entonces, el lector podrá apreciar las modificaciones que se practicaron.

El Estado está obligado a no distinguir por su orientación sexual a las personas en el ejercicio de derechos. Hacerlo sería discriminar. Se trata de remover obstáculos para garantizar la protección de derechos fundamentales como la libertad y la igualdad de las personas, reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a la misma.

Quiere esto decir que la remoción de la barrera de desigualdad debe empezar por encontrar el lugar de reconocimiento y protección de esas parejas y familias en el Código Civil, y proyectarse en todas las instituciones en las que el matrimonio resulta una institución jurídica relevante: el derecho de familia, el derecho a la libre asociación y a la herencia.

Consiguientemente, también se produce una afectación respecto del régimen jurídico de la adopción, así como en otras instituciones ajenas al Código Civil pero incardinadas igualmente en la configuración institucional de la familia. Las parejas que acceden al derecho al matrimonio gozan de beneficios tales como los referidos a la seguridad social: pensión de viudez, auxilio por defunción, asistencia sanitaria, etc.; el derecho de habitación y el hereditario del cónyuge supérstite, todo el régimen jurídico de bienes y económico matrimonial, protección en caso de disolución de la pareja, el derecho de alimentos entre cónyuges de corresponder, etc. o los derechos migratorios en el caso de los/as extranjeros/as que contrajeran matrimonio con ciudadano/a argentino/a o aquellas parejas que, habiendo contraído matrimonio en otros países que hoy sí lo permiten, decidan emigrar hacia el país, entre otros.⁸

En primer caso, cabe mencionar las que recayeron sobre el régimen vigente del Código Civil:

- **Artículo 144, Inciso 1°:** Cualquiera de los cónyuges no separado personalmente o divorciado vincularmente.
- **Artículo 172:** Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

- **Artículo 188:** El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales.

Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos. En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio.

El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto.

- **Artículo 206:** Separados por sentencia firme,

cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.

Los hijos menores de CINCO (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

- **Artículo 212:** El cónyuge que no dio causa a la separación personal, y que no demandó ésta en los supuestos que prevén los artículos 203 y 204, podrá revocar las donaciones hechas al otro cónyuge en convención matrimonial.
- **Artículo 220, Inciso 1°:** Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 5 del artículo 166. La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. No podrá demandarse la nulidad después de que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, si hubieren concebido.

- **Artículo 264, Inciso 1°:** En el caso de los hijos matrimoniales, a los cónyuges conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 264 quáter, o cuando mediare expresa oposición.
- **Artículo 264 ter:** En caso de desacuerdo entre los padres, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de DOS (2) años.
- **Artículo 272:** Si cualquiera de los padres faltare a esta obligación, podrá ser demandado por la prestación de alimentos por el propio hijo, si fuese adulto, asistido por un tutor especial, por cualquiera de los parientes, o por el ministerio de menores.
- **Artículo 287:** Los padres tienen el usufructo de

los bienes de sus hijos matrimoniales o extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes:

- 1. Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres.
 2. Los heredados por motivo de la indignidad o desheredación de sus padres.
 3. Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo.

- **Artículo 291:** Las cargas del usufructo legal de los padres son:
 1. Las que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de afianzar.
 2. Los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción a la importancia del usufructo.
 3. El pago de los intereses de los capitales que vencen durante el usufructo.
 4. Los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los del entierro y funerales del que hubiese instituido por heredero al hijo.

- **Artículo 294:** La administración de los bienes de los hijos será ejercida en común por los padres cuando ambos estén en ejercicio de la patria potestad. Los actos conservatorios pueden ser

otorgados indistintamente por cualquiera de los padres.

Los padres podrán designar de común acuerdo a uno de ellos administrador de los bienes de los hijos, pero en ese caso el administrador necesitará el consentimiento expreso del otro para todos los actos que requieran también la autorización judicial. En caso de graves o persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de los padres podrá requerir al juez competente que designe a uno de ellos administrador.

- **Artículo 296:** En los TRES (3) meses subsiguientes al fallecimiento de uno de los padres, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio, y determinarse en él los bienes que correspondan a los hijos, so pena de no tener el usufructo de los bienes de los hijos menores.
- **Artículo 307:** Cualquiera de los padres queda privado de la patria potestad:
 1. Por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo.
 2. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por otro progenitor o un tercero.

3. Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.
- **Artículo 324:** Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al sobreviviente y el hijo adoptivo lo será del matrimonio.
 - **Artículo 326:** El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación.

En caso que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente.

En uno y otro caso podrá el adoptado después de los DIECIOCHO (18) años solicitar esta adición.

Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.

Si él o la adoptante fuese viuda o viudo y su cónyuge no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido del primero, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el del cónyuge premuerto.

- **Artículo 332:** La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los DIECIOCHO (18) años.

El cónyuge sobreviviente adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su cónyuge premuerto si existen causas justificadas.

- **Artículo 354:** La primera línea colateral parte de los ascendientes en el primer grado, es decir de cada uno de los padres de la persona de que se trate, y comprende a sus hermanos y hermanas y a su posteridad.
- **Artículo 355:** La segunda, parte de los ascendientes en segundo grado, es decir de cada uno de los abuelos de la persona de que se trate, y comprende al tío, el primo hermano, y así los demás.
- **Artículo 356:** La tercera línea colateral parte de los ascendientes en tercer grado, es decir de cada uno de los bisabuelos de la persona de que se trate, y comprende sus descendientes. De la misma

manera se procede para establecer las otras líneas colaterales, partiendo de los ascendientes más remotos.

- **Artículo 360:** Los hermanos se distinguen en bilaterales y unilaterales. Son hermanos bilaterales los que proceden de los mismos padres. Son hermanos unilaterales los que proceden de un mismo ascendiente en primer grado, difiriendo en el otro.
- **Artículo 476:** El cónyuge es el curador legítimo y necesario de su consorte, declarado incapaz.
- **Artículo 478:** Cualquiera de los padres es curador de sus hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan hijos mayores de edad, que puedan desempeñar la curatela.
- **Artículo 1.217, Inciso 3°:** Las donaciones que un futuro cónyuge hiciere al otro.
- **Artículo 1.275, inciso 2°:** Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares de cualquiera de los cónyuges.
- **Artículo 1.299:** Decretada la separación de bienes, queda extinguida la sociedad conyugal. Cada uno de los integrantes de la misma recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad.
- **Artículo 1.300:** Durante la separación, cada uno de los cónyuges debe contribuir a su propio mantenimiento, y a los alimentos y educación de los hijos, en proporción a sus respectivos bienes.
- **Artículo 1.301:** Después de la separación de bie-

nes, los cónyuges no tendrán parte alguna en lo que en adelante ganare el otro cónyuge.

- **Artículo 1.315:** Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre los cónyuges, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos.
- **Artículo 1.358:** El contrato de venta no puede tener lugar entre cónyuges, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos.
- **Artículo 1.807, Inciso 2°:** El cónyuge, sin el consentimiento del otro, o autorización suplementaria del juez, de los bienes raíces del matrimonio.
- **Artículo 2.560:** El tesoro encontrado por uno de los cónyuges en predio del otro, o la parte que correspondiese al propietario del tesoro hallado por un tercero en predio de uno de los cónyuges, corresponde a ambos como ganancial.
- **Artículo 3.292:** Es también indigno de suceder, el heredero mayor de edad que es sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión y que no la denuncia a los jueces en el término de UN (1) mes, cuando sobre ella no se hubiese procedido de oficio. Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar.
- **Artículo 3.969:** La prescripción no corre entre cónyuges, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente.

- **Artículo 3.970:** La prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de uno de los cónyuges hubiere de recaer contra el otro, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses.

También, en la misma ley 26.618, se impulsan modificaciones a otras leyes complementarias. A saber:

- **Artículo 36, Inciso c), Ley 26.413:** El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta;
- **Artículo 4, Ley 18.248:** Los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado desear llevar el apellido compuesto del padre, o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años. Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno

de ellos. A pedido de éstos podrá inscribirse el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido, o el del otro cónyuge, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años.

Una vez adicionado el apellido no podrá suprimirse.

Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.

- **Artículo 8, Ley 18.248:** Será optativo para la mujer casada con un hombre añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición “de”. En caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, será optativo para cada cónyuge añadir a su apellido el de su cónyuge, precedido por la preposición “de”.
- **Artículo 9, Ley 18.248:** Decretada la separación personal, será optativo para la mujer casada con un hombre llevar el apellido del marido.

Cuando existieren motivos graves los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer sepa-

rada el uso del apellido marital. Si la mujer hubiera optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades.

Decretada la separación personal, será optativo para cada cónyuge de un matrimonio entre personas del mismo sexo llevar el apellido del otro.

Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido de uno de los cónyuges, podrán prohibir al otro separado el uso del apellido marital. Si el cónyuge hubiere optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida/o por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades.

- **Artículo 10, Ley 18.248:** La viuda o el viudo está autorizada/o para requerir ante el Registro del Estado Civil la supresión del apellido marital. Si contrajere nuevas nupcias, perderá el apellido de su anterior cónyuge.
- **Artículo 12, Ley 18.248:** Los hijos adoptivos llevarán el apellido del adoptante, pudiendo a pedido de éste, agregarse el de origen. El adoptado podrá solicitar su adición ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años.

Si mediare reconocimiento posterior de los padres de sangre, se aplicará la misma regla.

Cuando los adoptantes fueren cónyuges, regirá lo dispuesto en el artículo 4º.

Si se tratare de una mujer casada con un hombre cuyo marido no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera de la adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido.

Si se tratare de una mujer o un hombre casada/o con una persona del mismo sexo cuyo cónyuge no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera/o del adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido.

Cuando la adoptante fuere viuda o viudo, el adoptado llevará su apellido de soltera/o, salvo que existieren causas justificadas para imponerle el de casada/o.

Además, agrega como cláusula complementaria:

- **Artículo 42, Ley 26.618º:** Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico ar-

gentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.

Dicho recorrido modificatorio del régimen que existía al momento, y dejado de lado en parte por la sanción y vigencia de la ley citada, entendemos tiene por fin (y aún más acentuado por lo establecido en la cláusula complementaria), se disemine que el respeto, la vigencia y aplicación de esta norma debe ser basados en el principio *pro homine*, y así que las personas del mismo sexo y las personas de distinto sexo tengan completamente garantizados la protección de sus derechos en igualdad de condiciones, en beneficios, cargas y disfrute.

En el mismo sentido, Solari entiende que “El tercer y último párrafo de la norma, consagra claramente la interpretación que deberá efectuarse de las normas del derecho positivo, en cuanto establece que ambas especies de uniones se encuentran en un pie de igualdad, teniendo el mismo alcance y contenido en su aplicación práctica”.¹⁰

Lejos de esto, entendemos se encuentran aquellas opiniones que pueden compartir lo siguiente:

(...) el matrimonio en su concepción tradicional es una institución milenaria, profundamente insertada en la cultura en sentido amplio y protegida por la legislación. Esto fue así incluso en civilizaciones, como la griega y la romana, en las

cuales las prácticas homosexuales eran admitidas y toleradas. No obstante, estas actividades se realizaban fuera de la unión conyugal.

El interés que tiene para la sociedad sostener el matrimonio tal como se lo ha concebido durante muchos siglos tiene una motivación sobresaliente que no es prioritariamente la satisfacción de aspiraciones y deseos de los adultos, sino la provisión del ambiente para la procreación y crianza de los niños que conduzca a su crecimiento y desarrollo armónico en todos los aspectos: físico, psicológico, social, moral y espiritual.

Como toda institución humana, la familia constituida por padre y madre y sus hijos biológicos tiene defectos. Sin embargo, es indisputablemente el ambiente que brinda la mayor probabilidad de desarrollo armónico para los niños. En un informe que analiza exhaustivamente la importancia de la complementariedad de géneros en la crianza de los niños, se afirma que en este aspecto hay perfecta coincidencia entre la tradición y la ciencia, pues el padre y la madre posibilitan un óptimo desarrollo. Las investigaciones muestran claramente que los niños dan importancia a la estructura familiar, y la estructura familiar que más ayuda a los niños es una familia encabezada por dos progenitores biológicos que comparten un matrimonio poco conflictivo. Incluso si la evidencia existente no

se considerase, exponer a los niños a un vasto experimento de ingeniería social de resultados inciertos viola no solamente los derechos de los niños sino las normas internacionales de experimentación en seres humanos.

Ampliar la concepción tradicional de matrimonio para incluir uniones entre personas homosexuales no solamente carece de fundamento tradicional, social y legislativo, sino que supone la unión conyugal como algo radicalmente diferente. Si se concediera esta infundada pretensión, quedaría abierta la puerta a posibilidades no contempladas.

(...) quieren que la sociedad argentina se corra de ciertos límites que las leyes sanamente nos han impuesto, pero con el peligro que la defensa de algunos derechos dañen a la sociedad en su totalidad y en especial al futuro de nuestra Nación, me refiero a nuestros niños abandonados y a nuestros niños por nacer.¹¹

Así también, se renueva y fortalece la institución de la familia, no a través de las tipicidades arraigadas, sino del modo que las mujeres y hombres del mundo lo decidan, y así se respete el derecho humano, civil, constitucional fundamental de conformar una familia, sin discriminación alguna ni fobia posible a aquello que nos distingue o nos iguala ante los ojos de Dios.

2. Apéndice jurisprudencial y doctrinario

Para poder afrontar la fecha que nos trae e invita a escribir este trabajo, se trata del cumplimiento de los cuatro años de escrita, publicada y puesta en vigencia de la norma. Para ello, acompaño algunas citas jurisprudenciales que pudieren servir de utilidad y de actualidad, de nuestros tribunales y del exterior.

- Tribunal en lo Criminal n° 4 departamental, Causa n° 4431, “N., V. A. y otra c/ Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) s/ Amparo”.¹²

Teniendo en cuenta la actualidad del caso, me sirvo en mencionar los hechos del mismo. Ya que se da en el mencionado que las Sras. V. A. N. y S. B., promueven Acción de Amparo contra IOMA (Instituto Obra Médico Asistencial de la Pcia. de Buenos Aires) ante la denegatoria de la mencionado institución de la cobertura de fertilización in vitro de alta complejidad con donación de ovarios y espermatozoides que requiere la patología de infertilidad que padecen la actoras.

A esta petición, el Tribunal mencionado entendió que debía hacer lugar a la acción interpuesta por la actora, igualando en sus derechos de una pareja de personas del mismo sexo a una heterosexual, y así ordenando al accionado otorgue, por los medios que corresponda, “... *la cobertura de fertilización in vitro de alta complejidad con donación ovocitaria (ovodonación) y espermatozoides que requiere la patología de infertilidad que padecen la actoras en su integralidad y mien-*

tras se mantenga la prescripción de atención médica que ha sido indicada, o la que se prescriba. Oportunamente, se ofrezca a las actoras, a los fines de su elección, lista de nosocomios que estén autorizados, para el adecuado asesoramiento, pertinentes tratamientos previos, acceso según su caso a los bancos de donación de ovocitos y esperma, y fertilización propiamente dicha, en todas sus etapas; o toda otra medida necesaria a los fines aquí resueltos; todo lo cual operará de inmediato, atento lo reglado por el art. 17 y cc. de la Ley 13.928.”

- Suprema Corte de Estados Unidos, United States c. Windsor, 28/08/2013.¹³

- “1 - La Ley Federal de Defensa del Matrimonio — DOMA—, en cuanto define el matrimonio limitándolo a la unión de hombre y mujer, es inconstitucional por contrariar la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, pues indica a todos los agentes federales y a las personas que interactúan con parejas del mismo sexo —incluyendo a sus propios hijos— que el vínculo matrimonial de éstos es menos digno que el de otros, a la vez que aparta a una clase de personas que tienen derecho a ser protegidas y reconocidas para alcanzar su propia libertad.
- 2 - La Ley Federal de Defensa del Matrimonio — DOMA—, en cuanto define las uniones maritales excluyendo a las parejas del mismo sexo, rechaza el precepto establecido de que los incidentes, beneficios y obligaciones del matrimonio son

uniformes para todas las parejas casadas, aun cuando puedan variar, de un Estado al otro, sujetándose a las garantías constitucionales.

- 3 - La Ley Federal de Defensa del Matrimonio — DOMA—, en cuanto define el matrimonio limitándolo a la unión de hombre y mujer, tiene el expreso objetivo y el práctico efecto de imponer una desventaja, un status separado y, por ende, un estigma sobre todos los que decidieron conformar matrimonios del mismo sexo que fueron legalizados por la incuestionable autoridad de los Estados en el ejercicio de su poder soberano.
- 4 - La Ley Federal de Defensa del Matrimonio —DOMA—, en cuanto define las uniones matrimoniales excluyendo a las parejas del mismo sexo, disminuye la estabilidad y predictibilidad de las relaciones personales básicas que el Estado decidió reconocer y proteger, pues crea dos regímenes matrimoniales contradictorios, forzando a o bien a vivir como casados para los propósitos de las leyes estatales y como no casados para los propósitos de las leyes federales.
- 5 - La Ley Federal de Defensa del Matrimonio — DOMA—, en cuanto define el matrimonio limitándolo a la unión de hombre y mujer, causa un daño financiero a los hijos de parejas homosexuales, pues aumenta el costo de la atención médica de la familia mediante la imposición de impuestos a los beneficios de salud provistos por los empleadores a los trabajadores casados con personas del mismo sexo, a la vez que deniega o reduce be-

neficios reconocidos ante la muerte de un esposo y padre, que son parte integral de la seguridad familiar.

- 6 - *Las leyes que definen y regulan el matrimonio deben respetar los derechos constitucionales de las personas.*
- 7 - *La Ley Federal de Defensa del Matrimonio — DOMA—, en cuanto define el matrimonio limitándolo a la unión de hombre y mujer, no invade las prerrogativas de los Estados, pues no les prohíbe reconocer dichas uniones o extenderles a ellas algún derecho, privilegio, beneficio u obligación proveniente de las leyes estatales, sino que solo define la clase de individuos a los que las leyes federales reconocerán beneficios especiales e impondrán determinadas cargas (del voto en disidencia del Juez Alito).*
- 8 - *La Corte Suprema de Estados Unidos carece de competencia para resolver respecto a la constitucionalidad de la Ley Federal de Defensa del Matrimonio —DOMA—, por cuanto no se postuló ante ella la petición de que decida si el Estado, en el ejercicio de su autoridad esencial e histórica de definir las uniones maritales, debe continuar utilizando la definición tradicional de matrimonio (del voto en disidencia del Juez Roberts).*
- 9 - *Si bien un cambio respecto a las características del matrimonio puede ser elegido por la Sociedad, es improcedente que un Tribunal de Justicia imponga esa mutación adjudicando a aquéllos que se opondan el carácter de enemigos de la raza*

humana —la mayoría declaró inconstitucional la sección 3 de la Ley de Defensa del Matrimonio, que define el matrimonio excluyendo a las parejas del mismo sexo— (del voto en disidencia del Juez Scalia).”¹⁴

- Suprema Corte de Estados Unidos, *Hollingsworth et al c. Perry et al*, 26/06/2013.¹⁵

“1 - Quienes propusieron la iniciativa popular conocida como “Propuesta 8”, por la que se decidió enmendar la Constitución del Estado de California para que definiera al matrimonio como unión entre hombre y mujer, no tienen legitimación para apelar la decisión que la declaró inconstitucional y ordenó al Gobernador y a otros oficiales públicos cumplir la ley, pues no tienen ningún agravio que reparar, en tanto no les fue ordenado ni prohibido hacer nada, y quienes fueron condenados decidieron no recurrir la sentencia(...)

3 - Una parte privada no tiene legitimación para perseguir la reparación de un agravio generalizado, pues el requerimiento del art. 3 de la Constitución de Estados Unidos de América de que cada parte que invoque la jurisdicción de una corte federal persiga la reparación de un agravio personal y particularizado responde a vitales intereses referentes al rol de la judicatura en el sistema federal de división de poderes.

4 - La decisión de nulificar la decisión de la Suprema Corte de California, que autoriza al pro-

ponente de una consulta popular a defender la ley cuando los representantes legales del Estado se niegan a hacerlo, frustra las premisas básicas del proceso de iniciativas populares, mediante las cuales el pueblo ha ejercitado su propio derecho soberano a gobernarse a sí mismo por más de un siglo (del voto en disidencia del Juez Kennedy, al que adhieren los Jueces Thomas, Alito y Sotomayor).¹⁶

- Juzgado Federal de la Instancia de San Carlos de Bariloche, E., P. J. c. ANSES s/amparo, 13/04/2012.¹⁷

“1 - La ANSES debe abonar a una persona que contrajo nupcias con otra del mismo sexo la Asignación por Cónyuge, pues no parece razonable que, encontrándose en plena vigencia la Ley 26.618 que reconoce el matrimonio igualitario, se le cercene un derecho de naturaleza alimentaria en razón de una alegada falta de adaptación del sistema informático de la mencionada repartición estatal.¹⁸

- Juzgado en lo Contenciosoadministrativo y Tributario Nro. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, V.A.F. y otros c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) · 24/06/2011.¹⁹

“1 - El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe inscribir el reconocimiento efec-

tuado por una mujer respecto del hijo de su esposa, que nació y fue concebido mediante inseminación artificial previamente a la celebración de su matrimonio pues, si el varón integrante de una pareja no casada puede asumir formalmente una paternidad que biológicamente no le corresponde, dicha potestad debe ser aplicada analógicamente a los casos de doble maternidad, frente a la ausencia de normas que los regulen.

- 2 - Son inconstitucionales los arts. 250 del Cód. Civil y 45 de la ley 26.413, en cuanto impiden inscribir reconocimientos sucesivos de una persona por progenitores de un mismo sexo pues, siendo que el instituto de la filiación se estructura en función del mejor interés del hijo, este queda mejor protegido con la constitución de una doble relación jurídica de filiación que le otorgue los derechos derivados de ella respecto de ambas personas con las que mantenga efectivamente un trato filial.
- 3 - Toda vez que el reconocimiento de un hijo por un varón se entiende como una asunción de paternidad a los efectos legales y sociales, y no como expresión de la existencia de una relación biológica, es procedente reconocer, como título de atribución de la filiación, el consentimiento que una mujer presenta al tiempo del sometimiento de su pareja del mismo sexo a un tratamiento de reproducción asistida con semen de un donante, asumiendo la maternidad del hijo que nazca.”

- Corte Europea de Derechos Humanos, Schalk and Kopf c. Austria, 24/06/2010.²⁰

“1 - El art 12 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales no impone a los Estados Parte la obligación de garantizar a las parejas del mismo sexo, el acceso al matrimonio.

2 - Si bien la inhabilidad de una pareja para concebir no puede ser considerada per se para eliminar el derecho a casarse, sin embargo de ello no puede derivarse una conclusión relativa a la cuestión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

3 - El art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea delega en los Estados Partes la decisión relacionada con permitir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo.

4 - Resulta improcedente considerar que el derecho a contraer matrimonio, consagrado en el art 12 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se limita en todos los casos a las parejas entre dos personas de sexo opuesto.

5 - Toda vez que el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente arraigadas, que pueden diferir de una sociedad a otra, la cuestión relativa a permitir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, debe ser regulada por la ley interna de los Estados Parte.

6 - Las parejas del mismo sexo que cohabitan en

forma estable se encuentran comprendidas en la noción de “vida familiar” establecida en el art. 8 Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

- 7 - *El reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo debe considerarse como un derecho en evolución sin consenso establecido, respecto del cual los Estados Partes disponen de un margen de apreciación en cuanto al tiempo de introducción de modificaciones legislativas.*
 - 8 - *El art 12 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales resulta inaplicable a las personas del mismo sexo. (Del voto de los jueces Malinverni y Kovler)*
 - 9 - *Visto que el Estado Parte demandado no brindó ningún argumento que justifique la diferencia de tratamiento entre las parejas compuestas por personas del mismo sexo, y aquellas integradas por personas de sexos opuestos, debe considerarse que media una violación de lo establecido en los arts. 14 y 8 Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. (Del voto en disidencia de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens).²¹*
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *María de la Cruz Rachid y otro c. Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas*, 24/08/2010.²²

- “1 - Resulta inoficioso que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncie sobre la cuestión federal planteada, relativa a la inconstitucionalidad de los arts. 172, 188 y cc del Cód. Civil, en cuanto establecen el requisito de heterosexualidad para contraer matrimonio, ante el dictado de la ley 26.618 de matrimonio igualitario, que ya no contempla esa restricción, pues las sentencias del Tribunal deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso federal.”²³
- Juzgado en lo Contenciosoadministrativo y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, M. del P. C. y otra c. GCBA · 07/04/2011.²⁴
- “1 - Corresponde rectificar la partida de nacimiento de un menor, debiendo consignarse que es hijo de quien lo dio a luz y de la mujer que es su pareja y donó el óvulo para que se produjera la fecundación pues, una solución contraria implicaría asentar registralmente una filiación que no corresponde a su verdadero mapa biológico, como así también aceptar una situación de clara discriminación por la condición sexual de la pareja, todo lo cual vulneraría los derechos fundamentales a la identidad y a la autonomía personal.”²⁵

Conclusión

Para concluir esta participación en la temática, me sirvo de citar importantes doctrinarios que han desarrollado teorías y avances sobre la materia, a fin de lograr satisfacer la necesidad social en la medida que se comprenda su importancia como medida ejemplificativa.

Es el profesor norteamericano de Derecho Constitucional Laurence Tribe quien escribió que

La característica de la homosexualidad o de la heterosexualidad no solo es central para las identidades personales de aquéllos que son alcanzados por las leyes basadas en la orientación sexual, sino que los homosexuales en particular parecen satisfacer todos los criterios implícitos de la Corte [Suprema estadounidense] de categoría sospechosa. Al haber sido objeto de una larga discriminación y desaprobación, los homosexuales forman una minoría discreta e insular. Su orientación sexual es, muy probablemente, ‘una característica determinada por causas que no pueden controlar’ y, si bien no es inmutable, por los menos es ‘extremadamente difícil de alterar’. Además, y a diferencia con una característica como el retardo mental, la homosexualidad no guarda relación alguna con la capacidad del individuo de contribuir plenamente a la sociedad. Por eso, la homosexualidad debería ser agregada —y en forma abierta— a la lista de clasificacio-

nes que fundan un control judicial más estricto. (El énfasis nos pertenece).²⁶

Nos servimos también de lo que explica la Profesora Cecilia Medina Quiroga, fue integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002-2009), tribunal en el cual se desempeñó como presidente (2008-2009),

Si tenemos en consideración que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que ambos apuntan a la protección de los derechos humanos, no puede sino concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo (interpretación pro persona). Siendo esto así, se sigue que la formulación y el alcance de los derechos debe interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva. Esto ha sido reiterado con frecuencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que expresó en el primer asunto del que conoció que ‘...el equilibrio de la interpretación se obtiene en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema’. La interpretación pro persona es, así, una característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento.²⁷

Por último pero no menos importante, acompaño las palabras de nuestra colega doctora Carolina Von Opiela,

Nos encontramos frente a un cambio legal, dado en un estado de derecho y encauzado mediante sus instituciones. Pero tal vez la nota más relevante de ese cambio halle su armonía en el hecho de ser producto del reclamo social, de la voluntad y la lucha de quienes han procurado, con éxito, llevar el conjunto un paso más cerca del respeto por el otro, de la autonomía y la igualdad. Argentina fue el primer país en Latinoamérica y el décimo en el mundo en **alcanzar el matrimonio igualitario.**” (El resaltado nos pertenece).²⁸

Los cambios normativos realizados antes mencionados tenían por fin permitir que las parejas, principalmente homoafectivas, puedan formalizar sus relaciones y así obtener los “beneficios” legítimos de un matrimonio legalmente reconocido.

Los primeros dos años de vigencia de la ley en cuestión trajo más de seis mil uniones civiles entre personas del igual sexo, lo cual denota que ha cumplido con una demanda existente y de naturaleza popular relevante. Las personas, aquellas agrupaciones comprometidas y movimientos más activos, advirtieron el momento justo del país para dar curso definitivo a sus reclamos y demandas. Años después, parte de esos gru-

pos y personas más implicadas colaboraron en nuevos avances y progresos al momento de reconocer derechos de género como derechos humanos legítimos y necesarios.

A cuatro años, notamos que aún quedan pedidos por atender de todos los sectores más vulnerables. Esperemos el próximo reclamo no demore en ser subsanado ni requiera de inmensas movilizaciones o luchas.

Notas

1. Von Opiela, Carolina, “Los mismos derechos con los mismos nombres. Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y en el mundo”, en Solari, Néstor y Von Opiela, Carolina, *Matrimonio entre Personas del mismo sexo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 149.
2. “Ningún copo de nieve se siente responsable del alud que provoca”, de Stanislaw Jerzy Lec.
3. Utilizo el término ineludible, por tratarse de una instancia única, dada como resultante de ciertos movimientos sociales, doctrinarios, políticos y académicos, que propulsaron y promovieron la sanción de la Ley 26.618, de matrimonio entre personas del mismo sexo.
4. Un estudio sobre la “FELICIDAD” parte del interrogante ¿Cuáles instituciones coadyuvan a que las personas sean más felices? Para más información, ver: Roemer, Andrés (comp.), *Felicidad: Un enfoque de derecho y economía*, Themis-Revista de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
5. Smink, Verónica, En Brasil, la felicidad podría ser un derecho, BBC Mundo, Cono Sur, http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2011/02/110217_brasil_derecho_felicidad_mr.shtml, último acceso 2/09/2013.
6. Boletín Oficial N° 31.949, 22 de julio de 2010.
7. Participaron del debate las comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia han considerado el proyecto de ley de los señores diputados Augsburguer, Di Tullio, Gorbacz, Ro-

- dríguez (M. V.), Rico, Carlotto, Macaluse, Morandini, Lozano, Areta, César, Bonasso, Cortina y Barrios sobre modificaciones al Código Civil, sobre matrimonio, y el proyecto de ley de los señores diputados Ibarra (V. L.), Iturraspe, Stolbizer, Storani, Merchán, Sabbatella, Rossi (A. O.), Parada, Basteyro y Rivas, sobre modificaciones al Código Civil sobre matrimonio. También, otras modificaciones de las leyes 18.248 y 26.413, teniendo a la vista el proyecto de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales (LGBT).
8. Informe de la Señora Diputada Vilma L. Ibarra, Dictámenes de Comisiones, orden del día n° 197/2010.
 9. Proyecto de la diputada Augsburguer y otros, considerado y aprobado con modificaciones por la Cámara de Diputados en la sesión del 4 de mayo de 2010 y considerado y sancionado por el Senado en la sesión del 14 de julio de 2010. Ver trámite legislativo en Antecedentes Parlamentarios, Revista 7/2010, 7.
 10. Solari, Néstor E., Comentario a la CLAUSULA COMPLEMENTARIA, La Ley Online.
 11. Fundamentos de la disidencia total de la Señora Diputada Cynthia Hotton, Dictámenes de las Comisiones, orden del día n° 197/2010.
 12. Tribunal en lo Criminal n° 4 departamental, “N., V. A. y otra c/ Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) s/ Amparo”, causa n° 4431, La Plata, 18/06/2014.
 13. La Ley Online, US/JUR/2/2013.
 14. LA LEY 28/08/2013, 5 · LA LEY 28/08/2013, 5.
 15. La Ley Online, US/JUR/3/2013.
 16. LA LEY 28/08/2013, 6 · LA LEY 28/08/2013, 6.
 17. La Ley Online, AR/JUR/7868/2012.
 18. ED 2013-02-15, 8 · ED 251, 236.
 19. La Ley Online, AR/JUR/27511/2011.
 20. FIRST SECTION CASE OF SCHALK AND KOPF v. AUSTRIA (Application no. 30141/04) JUDGMENT, STRASBOURG, 24 June 2010.
 21. La Ley Online, AR/JUR/27332/2010.
 22. Fallos: 333:1474 - La Ley Online, AR/JUR/44017/2010.
 23. LA LEY 30/08/2010, 9 · LA LEY 13/09/2010, 11 · LA LEY 2010-E, 105.
 24. La Ley Online, AR/JUR/15967/2011.
 25. LA LEY 26/05/2011, 5 con nota de Mercedes Ales Uría · LA LEY 2011-C, 370 con nota de Mercedes Ales Uría · LA LEY 07/06/2011, 7 con nota de Eduardo A. Sambrizzi · LA LEY 2011-C, 474 con nota de Edu-

- ardo A. Sambrizzi · LLCABA 2011 (junio) , 281 con nota de Karina A. Bigliardi; María A. Donato · DJ · DFyP 2011 (julio) , 47 con nota de Jorge Nicolás Lafferrère; Ursula C. Basset; Ignacio González Magaña · DFyP 2011 (septiembre) , 298.
26. American Constitutional Law, 2ª edición, 1988, The Foundation Press, Nueva York, pág. 1616.
27. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, página 9;
28. Von Opiela, Carolina, “Los mismos derechos con los mismos nombres. Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y en el mundo”, en Solari, Néstor y Von Opiela, Carolina, Matrimonio entre Personas del mismo sexo, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 134.

Referencias

- American Constitutional Law, 2. ed., The Foundation Press, Nueva York, 1988.
- Antecedentes Parlamentarios, Revista 7, La Ley, 2010.
- Boletín Oficial No 31.949, 22 de julio de 2010.
- Dictámenes de Comisiones, orden del día n° 197/2010, Honorable Congreso de la Nación, Buenos Aires, 2010.
- KRASNOW, Adriana (Dir.). **Matrimonio Civil entre Personas de igual sexo**. Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2011.
- La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.
- ROEMER, Andrés (comp.). **Felicidad: Un enfoque de derecho y economía**, Themis-Revista de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- SMINK, Verónica. **En Brasil, la felicidad podría ser un derecho**, BBC Mundo, Cono Sur, http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2011/02/110217_brasil_derecho_felicidad_mr.shtml, último acceso 2/10/2014.
- SOLARI, Néstor y Von Opiela, Carolina (Dir.), **Matrimonio entre Personas del mismo sexo**. Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2011.

Da constitucionalidade à inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social: uma análise jurisprudencial.

*From Constitutionality to
unconstitutionality of the article
20 paragraph 3, of the Organic
Law of Social Assistance:
A jurisprudential analysis.*

Artigo recebido em 16/04/2014.

Revisado em 08/05/2014.

Aceito para publicação em 15/06/2014.

Leandro da Silva Carneiro

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário
Salesiano de São Paulo, Unisal-Lorena

Consuelo Yatsuda M. Yoshida

Professora doutora do Mestrado em Direito do Centro
Universitário Salesiano de São Paulo, Unisal-Lorena

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Da constitucionalidade à inconstitucionalidade do art. 20, § 3º,
da Lei Orgânica da Assistência Social: uma análise jurisprudencial. - pp. 89-120
CARNEIRO L. da S. / YOSHIDA C. Y. M.

Resumo

O benefício assistencial de amparo ao idoso e ao deficiente, garantido pela Constituição Federal de 1988, gerou no mundo jurídico variadas discussões, principalmente após a regulamentação legal para sua concessão, sendo a mais calorosa delas a natureza do critério legal estabelecido para se aferir a necessidade dos beneficiários (a renda). O objetivo deste comentário é demonstrar a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da (in)constitucionalidade desse critério legal, previsto no art. 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social.

Palavras-chave

Benefício Assistencial. Renda. Inconstitucionalidade. Evolução.

Abstract

The welfare benefit of support to the elderly and disabled, guaranteed by the Constitution of 1988, led to discussions on legal grounds, especially after the legal regulations for its grant, the warmest of them being the nature of the legal criteria established to assess the need of the beneficiaries (income). The purpose of this review is to demonstrate the evolution of understanding of the Supreme Court about the (un)constitu-

tionality of this legal criteria, established in article 20, paragraph 3, of the Organic Law of Social Assistance.

Keywords

Care Benefit. Income. Unconstitutionality. Evolution.

Sumário

Introdução. 1. A construção da jurisprudência. 1.1 Análise das Jurisprudências. 2. O julgamento da Rcl 4374 MC / PE e o início da mudança da Jurisprudência. Conclusão. Nota. Referências.

Introdução

Muito se tem discutido acerca do critério estabelecido pela legislação infraconstitucional para se apurar a necessidade da pessoa idosa ou deficiente, para concessão do benefício assistencial previsto na Constituição Federal (art. 203, V).

O propósito deste trabalho é **analisar a interpretação evolutiva dada ao § 3º, do art. 20, da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS**, que considera incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa, a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário míni-

mo, requisito renda ou miserabilidade, um dos requisitos para obtenção do benefício assistencial.

Há evidente divergência de entendimentos sobre o tema, inclusive mudança no paradigma estabelecido inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal, que partiu da constitucionalidade do dispositivo legal – um critério objetivo – à sua inconstitucionalidade, ampliando-se os meios de se apurar a necessidade (subjetividade do intérprete ante o caso concreto).

O paradigma inicialmente estabelecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sofreu recente alteração, agora com interpretação mais próxima dos vetores dos direitos humanos fundamentais.

1. A construção da jurisprudência

Em síntese, para melhor compreensão do tema, importante lembrar que o atual BPC foi precedido pelo chamado benefício Renda Mensal Vitalícia, criado em 1974, com o advento da Lei nº 6.179, Lei do Amparo Previdenciário. O benefício da Renda Mensal Vitalícia, a cargo do INPS ou do FUNRURAL, era destinado a maiores de 70 anos de idade e a inválidos, desde que preenchidos os requisitos legais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o benefício da Renda Mensal Vitalícia ganhou nova roupagem. O texto constitucional, desde a origem, previu a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria ma-

nutrição ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A parte final da redação (conforme dispuser a lei), como se denota, dá ao dispositivo constitucional natureza de norma de eficácia limitada, pois, para produção de efeitos, mister a existência de norma que o regulamente. As normas de eficácia limitada “*são aquelas que não produzem todos os seus efeitos de imediato, necessitando de um comportamento legislativo infra-constitucional ou da ação dos administradores para seu integral cumprimento*” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008, p. 20).

Em que pese as teses contrárias, buscando a natureza de eficácia plena ou contida do preceito constitucional instituidor do benefício, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da eficácia limitada.

EMENTA: Embargos de declaração em recurso extraordinário. 2. Decisão monocrática do relator. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Previdenciário. Renda Mensal Vitalícia. Art. 203, V, da Constituição Federal. Dispositivo não auto-aplicável. 4. Eficácia após edição da Lei nº 8.742, de 07.12.93. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF. RE 401127 ED / SP - EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJ. 30/11/2004, D.P. 17-12-2004).

No mesmo sentido resultou o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

PREVIDENCIÁRIO - EMBARGOS INFRINGENTES - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - MARCO INICIAL - AUTO-APLICABILIDADE DO ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - RECURSO PROVIDO. - Divergência restringe-se à concessão do benefício assistencial, previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, desde a data da citação (07.11.1991), conforme posto na sentença (fl. 39) ou a partir de 7 de dezembro de 1993, data do advento da Lei nº 8.742/93. - A norma contida no artigo 203, inciso V da Constituição Federal, não é de eficácia plena, necessitando de integração legislativa, para complementação e outorga de eficácia ao preceito. - O termo inicial do benefício assistencial deve ser fixado a partir da edição da Lei nº 8.742/93 (art. 20), reguladora da garantia, nos termos do voto divergente. - Embargos infringentes providos (TRF 3. AC - APELAÇÃO CÍVEL - 101469, Rel. Des. Fed. EVA REGINA, Terceira Seção, DJ. 25/07/2007, D.P. 30/08/2007).

No aguardo da referida lei reguladora, a Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/1991), já díspar da Assistência Social, manteve o benefício Renda Mensal Vitalícia, majorando o seu valor para os novos benefícios e para os já concedidos, para adequação ao texto da Norma Maior.

Art. 139. A Renda Mensal Vitalícia continuará integrando o elenco de benefícios da Previdência Social, até que seja regulamentado o inciso V do art. 203 da Constituição Federal.

(...)

§ 2º O valor da Renda Mensal Vitalícia, inclusive para as concedidas antes da entrada em vigor desta lei, será de 1 (um) salário mínimo.

O art. 139 da Lei nº 8.213/91 foi revogado expressamente pela Lei nº 9.528/97, em virtude da promulgação da lei específica que passou a disciplinar o benefício.

A lei promulgada para regulamentar o dispositivo constitucional entrou em vigor somente em 1993, estabelecendo novas regras para sua concessão. Trata-se da Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), que substituiu tanto o *nomen juris* do benefício, passando a chamar Benefício de Prestação Continuada – BPC, como também o critério para aferição da necessidade (requisito renda ou miserabilidade).

A *novatio legis* estabeleceu, portanto, novos requisitos para concessão do benefício. Apesar de não entender a existência de retrocesso, Tatiana Sada Jordão, ao comparar os requisitos para concessão da Renda Mensal Vitalícia e do BPC, comenta:

Verifica-se, no que tange ao critério da renda, que houve a criação de critérios mais seletivos para o direito ao BPC se comparado à RMV. A concessão a RMV fica condicionada a quem tem

renda inferior a \square salário-mínimo. Já o BPC fica restrito à pessoa que possua renda inferior a 1/4 do salário-mínimo. Sem sombras de dúvidas, houve minimização quanto ao critério renda (JORDÃO, 2010, p. 211).

Uma década depois da vigência da LOAS foi promulgado o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), que também reserva uma parte para regulamentar o BPC para o idoso. Segundo o Estatuto (art. 34), aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de um salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS. O Estatuto do Idoso, em linhas gerais, repetiu as diretrizes da LOAS, acrescentando dois pontos novos. O primeiro diz respeito à idade, pois estabeleceu nova faixa etária, sessenta e cinco anos. A segunda inovação refere-se à exclusão do cômputo da renda do grupo familiar, do valor decorrente de outro benefício pago a idoso do mesmo grupo familiar.

O outro requisito introduzido pela LOAS – além da idade ou deficiência – é referente à renda do grupo familiar. Para a Lei, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa, a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo (art. 20, § 3º).

Esses são, pois, os requisitos cumulativos para que o idoso e o deficiente tenham direito à obtenção do BPC:

- I – Idade: superior a 65 (sessenta e cinco) anos ou deficiência;
- II – Miserabilidade: renda mensal *per capita* do grupo familiar inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

Sobre o segundo requisito – miserabilidade – acirradas foram, desde a promulgação da LOAS, as discussões se tal critério era de natureza objetiva ou se são admitidos outros meios probatórios da hipossuficiência (critério subjetivo).

O Supremo Tribunal Federal, no início, posicionou-se pela constitucionalidade do critério legal, mas tal entendimento sofreu alterações no passar dos anos, como será analisado.

A decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes (Supremo Tribunal Federal) na Reclamação Rcl 4374 MC/PE, uma das jurisprudências em comento, resume bem a mudança do entendimento da Suprema Corte acerca da natureza do critério estabelecido pela Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (art. 20, § 3º), para se definir quem são os necessitados que fazem jus ao benefício assistencial de um salário mínimo.

A presente análise jurisprudencial tem por objeto principalmente três relevantes decisões do STF, iniciando-se pela ADI 1232 até chegar aos fundamentos da Rcl 4374 e das recentes decisões proferidas nos Recursos Extraordinários nº 567.985/MT e 580.963/PR.

1.1 Análise das Jurisprudências

Em 1995, foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade, com o intuito de se declarar inconstitucional o § 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, por limitar o direito previsto no texto constitucional (art. 203, V, CF), para concessão do benefício assistencial no valor de 01 salário mínimo.

ADI 1232

Autoria: Procurador-Geral da República

Objeto: Lei nº 8.742/93 (art. 20, § 3º):

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

[...]

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

A tese defendida foi que o texto da *Lex Mater* indica o direito a tal benefício a quem dele necessitar, isto é à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Assim, o requisito imposto da renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo, como critério absoluto, seria flagrantemente

limitador ao direito ilimitado, pois deve ser concedido a quem necessitar.

No mesmo ano foi indeferida a liminar, por unanimidade.

Na decisão da ADI, o voto do Ministro Relator Ilmar Galvão foi no sentido de que o requisito não limita os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado idoso ou deficiente, devendo a Ação ser julgada parcialmente procedente, para tal interpretação. Nesse sentido também foi o voto do Ministro Néri da Silveira. Os demais, entretanto, não acompanharam o entendimento do relator e votaram pela improcedência da Ação, que resultou na seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(STF. ADI 1232 / DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Rel. p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, DJ. 27/08/1998, D.P. 01/06/2001).

O Supremo Tribunal Federal, então, em 1998 definiu tratar-se de critério objetivo o requisito da renda familiar inferior a 1/4 do salário mínimo previsto na LOAS, sem afronta à Constituição Federal, o que impossibilitaria a discricionariedade do magistrado em averiguar casos em que a necessidade se comprovasse, porém com a renda limite superada. Só teriam direito ao benefício aqueles destinatários com renda per capita familiar inferior ao imposto pela lei, independente de outras condições específicas inerentes ao caso concreto, como doenças e gastos com tratamento, despesas com aluguéis, outros membros da família deficientes, etc.

Mesmo com o precedente da Corte Máxima, a aplicação da *decisum* aos mais variados e peculiares casos em demanda no Poder Judiciário restou aparentemente injusta. Uma família composta por uma mãe, com renda de um salário mínimo e dois filhos deficientes, com gastos exorbitantes, v.g., não ensejaria o direito ao BPC de amparo à pessoa com deficiência, considerando o requisito como critério objetivo, como o fez o STF.

Neste cenário de injustiça legal, diversas foram (e ainda o são) as decisões que contrariavam o precedente, com o fundamento de que o critério para mediar a miserabilidade não é objetivo, mas subjetivo. Assim, em 14 de abril de 2004, veio a lume o verbete da Súmula nº 11 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais com o seguinte enunciado “*A renda mensal, per capita, familiar, superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a*

miserabilidade do postulante”. Tal súmula, entretanto, foi cancelada dois anos após a sua edição.

Segundo os preceitos da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a decisão nas ações de controle concentrado ou abstrato de normas, proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do dispositivo ou da norma impugnada, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. A referida Lei encontra respaldo no art. 102, § 2º, da Constituição Federal, inclusive após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Vale a lembrança de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas ao mencionar que

O efeito vinculante atinge todos os órgãos do Poder Judiciário, e também a Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Não vinculam, entretanto, o Poder Legislativo*. Com efeito, é pacífico que o Legislativo não está impedido de elaborar nova lei, em conformidade com as regras do processo legislativo, ainda que contrariamente ao que restou decidido em controle concentrado de constitucionalidade (DANTAS, 2009, p. 217).

Os demais órgãos do Poder Judiciário estavam, a partir da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, vinculados ao acolhimento do critério objetivo apresentado pela Lei Orgânica da Assistência Social. Todavia, tal respeito não imperou, como ainda não, na prática.

O STF, por sua vez, mantendo-se coerente com o julgado na ADI 1.232/DF, continuou a proferir decisão acolhendo como objetivo o critério da renda familiar *per capita*.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. DEFICIENTE OU IDOSO. CF, ART. 203, V. LEI 8.742/93, ART. 20, § 3º. CONSTITUCIONALIDADE.

- I. - A Constituição, art. 203, V, garante à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei, um salário-mínimo. A Lei 8.742/93, art. 20, § 3º, exige, para que se considere incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa, que a renda familiar mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, disposição legal que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade (ADI 1.232/DF).
- II. - RE conhecido e provido. Agravo não provido. (STF. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 461.722-6-SP, Rel. MIN. CARLOS VELLOSO, D.J. 22/11/2005, D.P. 16/12/2005).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no entendimento no sentido da Súmula nº 11 da Turma de Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, ou seja, contrário à decisão do STF. Como exemplo e evidência segue o trecho utilizado pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, na decisão proferida no AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.140.015-SP, em 09/02/2010, que demonstra a posição pacífica do STJ, ao transcrever a redação do seguinte julgado:

“A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo” (STJ. REsp 1.112.557/MG, Terceira Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 20/11/09).

No mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A

RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR
FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO.
RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.
3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).
4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.
6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.
7. Recurso Especial provido.

(STJ. REsp nº 1.112.557-MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJ. 28/10/2009 D.P. 20/11/2009).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOAS. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR MÃE DO AUTOR NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO. CÔMPUTO

DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISE-
RABILIDADE. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO
DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS
PELO TRIBUNAL LOCAL. REEXAME DE PRO-
VA PELO STJ. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº
7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRE-
CEDENTES.

1. Este Superior Tribunal pacificou o entendi-
mento no sentido de que o critério de aferição
da renda mensal previsto no § 3.º do art. 20 da
Lei n.º 8.742/93 deverá ser observado como um
mínimo, não excluindo a possibilidade de que o
juiz, ao analisar o caso concreto, lance mão
de outros elementos probatórios que afirmem a
condição de miserabilidade da parte e de sua fa-
mília.
2. No caso concreto, as instâncias ordinárias con-
sideraram o autor hipossuficiente. Assim, modi-
ficar o entendimento adotado pelas instâncias
ordinárias demandaria, invariavelmente, o ree-
xame do conjunto fático-probatório dos autos, o
que é vedado pela Súmula n.º 7 do Superior Tri-
bunal de Justiça.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ. AgRg no AI nº 1.150.734 – RS, Relator Min.
OG FERNANDES, D.J. 05/11/2009, D.P. 23/11/2009).

AGRAVO INTERNO. ASSISTÊNCIA SOCIAL.
POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABI-
LIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES.

1. É possível, para fins de concessão do benefício assistencial, a aferição da condição de hipossuficiência econômica do idoso, ou do portador de deficiência, por outros meios além da comprovação da renda familiar mensal “per capita” inferior a 1/4 do salário mínimo.
2. Agravo interno ao qual se nega provimento.

(STJ. AgRg no AgRg no Recurso Especial nº 664.151 - SP, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP) DJ. 27/10/2009, D.P. 26/11/2009).

Muitas foram as críticas à decisão do STF. Assim, a doutrina de Marisa Ferreira dos Santos:

Ao fixar em 1/4 do salário mínimo o fato discriminante para aferição da necessidade, o legislador elegeu *discrimen* inconstitucional porque deu aos necessitados conceito diferente de bem-estar social, presumindo que a renda *per capita* superior a 1/4 do mínimo seria a necessária e suficiente para a sua manutenção, ou seja, quanto menos têm, menos precisam ter! (SANTOS, 2011, p. 105).

Apesar das críticas à r. *decisum* prolatada pela cúpula judiciária brasileira, o entendimento diverso aplicado por outros órgãos da Justiça não se coaduna com o primado da segurança jurídica. Se o efeito é vinculante, conforme expressão da própria *Lex Mater*, é

para se vincular e não para se contrariar. “O *stare decisis* – *stare decisis et non quieta movere* – que significa mantenha-se a decisão e não perturbe o que foi decidido *colabora para que se intensifique a tendência dos juízes de imitarem, voluntariamente, os precedentes da Suprema Corte*” (MELO, 2008, p. 890). Quando a lei determina, no entanto, a vinculação ao *stare decisis* (precedente obrigatório), a voluntariedade cede a vez para a obrigatoriedade em se repetir o já decidido.

A teoria do precedente vem evoluindo no sistema jurídico brasileiro. A jurisprudência como fonte do Direito, as decisões vinculantes do STF, as súmulas impeditivas de recurso e, mais recente, a súmula vinculante são exemplos da incidência de institutos da *Common Law* no Direito Pátrio, que tem por base família antagonica (*Civil Law*).

Ao adotar tais institutos, o intérprete, outrossim, não pode se furtrar de mecanismos análogos do sistema estrangeiro. Para superar, *v. g.* o *precedent*, existem os chamados *distinguishing* (quando se verifica a distinção da *ratio decidendi* no caso a ser julgado) e o *overruling* (que é a mudança da regra, da *ratio decidendi*, do entendimento do Tribunal).

O *overruling* pode ocorrer tanto no âmbito do próprio Tribunal que veicula o entendimento jurisprudencial dominante quando este o modifica, ou por parte das instâncias inferiores: *overruling* de entendimento não vinculante e o *overruling* de entendimento vinculante.

Quando não respeitada, por outro órgão, a decisão vinculante do STF (*overruling* de entendimento vinculante), a própria Constituição Federal apresenta

um instrumento para se firmar ou restabelecer a segurança jurídica. Trata-se da *Reclamação*, para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do Supremo (art. 102, I, “I”, CF).

A Reclamação é, pois, um instrumento que pode levar a Suprema Corte à mudança de entendimento. O próprio STF já pacificou o entendimento de ser possível a reapreciação de norma declarada, por ele, constitucional/inconstitucional, modificando-se o entendimento. Para tanto, “*a alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevaletentes...*” (STF. Ag. Reg. ADI nº 4.071-5 / DF, Rel. Min. Menezes Direito, DJ. 22/04/2009, D.P. 15/10/2009).

E foi através da Reclamação que o Supremo Tribunal Federal iniciou o processo de modificação de seu entendimento quanto ao critério para aferição da miserabilidade, para concessão do benefício assistencial de amparo ao idoso e ao deficiente.

2. O julgamento da Rcl 4374 MC / PE e o início da mudança da Jurisprudência

Com uma novel composição, o Supremo Tribunal Federal iniciou novos debates sobre o tema, ao julgar as Reclamações propostas em virtude das instâncias inferiores não acatarem o decidido na ADI¹.

É possível entender que o *overruling* ocorrido seja exemplo de mutação constitucional. Isso porque

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Da constitucionalidade à inconstitucionalidade do art. 20, § 3º,
da Lei Orgânica da Assistência Social: uma análise jurisprudencial. - pp. 89-120
CARNEIRO L. da S. / YOSHIDA C. Y. M.

se pode defender que houve alteração da interpretação da Constituição, além da própria norma infraconstitucional. Mutação constitucional, nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos “ o processo informal de mudana das constituioes que atribui novos sentidos aos seus preceitos, significados e conteúdos dantes não contemplados” (BULOS, 2009, p. 340). Como destaca o próprio Ministro Gilmar Mendes, em seu julgamento, “a reinterpretac o do art. 203 da Constituiao, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalizaao do  3o do art. 20 da Lei n  8.742/93”.

Em 2007, a Suprema Corte, ao apreciar a Rcl 4374 MC / PE, pareceu trilhar para formaao de novo posicionamento acerca do tema. Seguem transcritos alguns trechos da decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes:

Rcl 4374 MC / PE
MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAAO
Relator(a): Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 01/02/2007
Publicaao: **DJ 06/02/2007**

Desde então, o Tribunal passou a julgar procedentes as reclamaoes ajuizadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para cassar decisões proferidas pelas instâncias jurisdicionais inferiores que concediam o benefício assistencial entendendo que o requisito definido pelo é 3o do art. 20 da Lei n  8.742/93 não é exaustivo e que, portanto, o estado de miserabilidade pode-

ria ser comprovado por outros meios de prova. A questão foi amplamente debatida no julgamento da Rcl - AgR 2.303/RS, Rel. Min. Ellen Gracie (DJ 1.4.2005), na qual firmou-se o entendimento segundo o qual na decisão proferida na ADI n° 1.232 o Tribunal definiu que o critério de 1/4 do salário mínimo é objetivo e não pode ser conjugado com outros fatores indicativos da miserabilidade do indivíduo e de seu grupo familiar, cabendo ao legislador, e não ao juiz na solução do caso concreto, a criação de outros requisitos para a aferição do estado de pobreza daquele que pleiteia o benefício assistencial.

[...]

O Tribunal manteve tal entendimento mesmo nas reclamações ajuizadas contra decisões que, procedendo a uma interpretação sistemática das leis sobre a matéria, concediam o benefício assistencial com base em outros critérios estabelecidos por alterações legislativas posteriores (Lei n° 10.836/2004 - Bolsa Família; Lei n° 10.689/2003 - Programa Nacional de Acesso à Alimentação; Lei n° 9.533/97 - autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas). Assim decidiu o Tribunal na Rcl n° 2.323/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJ 20.5.2005.

Como curiosidade, sobre o argumento da interpretação sistemática acima esposado, que demanda do intérprete a consideração de todo o conteúdo legis-

lativo assistencial, o II FOREPREV (Fórum de Juizes Federais Previdenciários), promovido pela Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF), realizado nos dias 3 e 4 de dezembro de 2009, resultou na edição do Enunciado nº 22, que estabelece: “O advento de leis tratando de benefícios assistenciais específicos, tais como bolsa-escola e bolsa-família (Leis 9.533/97, 10.219/01 e 10.836/04), com critérios próprios para o deferimento destes, não alterou o critério firmado pelo art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada (1/4 do salário mínimo). Provavelmente tal enunciado foi editado com o intuito de se preservar a decisão vinculante do STF na ADI.

O novo entendimento do STF, sobretudo, pode ser evidenciado na sequência da decisão do Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação em análise:

(...)

Tenho observado, porém, que algumas decisões monocráticas recentes têm dado tratamento diferenciado ao tema.

[...]

De fato, não se pode negar que a superveniência de legislação que estabeleceu novos critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais - como a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Muni-

cípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; assim como o Estatuto do Idoso (Lei n° 10.741/03) - está a revelar que o próprio legislador tem reinterpretado o art. 203 da Constituição da República.

[...]

Os inúmeros casos concretos que são objeto do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país, e chegam a este Tribunal pela via da reclamação ou do recurso extraordinário, têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei n° 8.742/93 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Em verdade, como ressaltou a Ministra Cármen Lúcia, “a constitucionalidade da norma legal, assim, não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar a assistência social ‘a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social’, tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.” (Rcl n° 3.805/SP, DJ 18.10.2006).

[...]

Portanto, mantendo-se firme o posicionamento

do Tribunal em relação à constitucionalidade do § 3o do art. 20 da Lei n° 8.742/93, tal como esposado no julgamento da ADI 1.232, o mesmo não se poderia afirmar em relação ao que decidido na Rcl - AgR 2.303/RS, Rel. Min. Ellen Gracie (DJ 1.4.2005).

[...]

O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição.

Entendimento contrário, ou seja, no sentido da manutenção da decisão proferida na Rcl 2.303/RS, ressaltaria ao menos a inconstitucionalidade por omissão do § 3o do art. 20 da Lei n° 8.742/93, diante da insuficiência de critérios para se aferir se o deficiente ou o idoso não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, como exige o art. 203, inciso V, da Constituição.

A meu ver, toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3o do art. 20 da Lei n° 8.742/93.

Diante de todas essas perplexidades sobre o tema, é certo que o Plenário do Tribunal terá que enfrentá-lo novamente.

Ademais, o próprio caráter alimentar do benefício em referência torna injustificada a alegada urgência da pretensão cautelar em casos como este.

Ante o exposto, indefiro o pedido de medida liminar.

(STF. Rcl 4374 MC / PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ. 01/02/2007, D.P. 06/02/2007).

Pelo que se denota, o STF iniciou, então, sua rendição aos ditames da justiça social.

Mesmo diante do *precedent* da cúpula jurisdicional brasileira, os causídicos não mediram esforços para argumentar a necessidade do *overruling*. Toda retórica, desde o advento da LOAS, se dá sob o manto da dignidade da pessoa humana. Como bem salienta Lafayette Pazzoli, ao abordar o tema da inclusão social do deficiente no Brasil, as leis parecem não ser satisfatórias para que todos os segmentos sociais tenham a devida atenção (PAZZOLI, 2009, p. 262), o que exige do magistrado uma técnica de interpretação bem apurada, sob pena de se ocasionar a injustiça social, em contraponto aos ditames constitucionais.

A proposta, a partir de 2007, levantada pelo Ministro Gilmar Mendes é de se entender pela inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS, porém sem se declarar a nulidade do dispositivo, revendo o Supremo aquilo que fora firmado no passado. Essa mudança levaria à natureza subjetiva do critério miserabilidade, ou seja, o Poder Público, no procedimento administrativo, somente concederia o benefício à pessoa com deficiência ou idosa cuja renda mensal *per capita* da famí-

lia fosse inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, mas admitiria, na via judicial, a análise da miserabilidade por outros meios de prova, sem que os demais magistrados estejam vinculados à decisão da ADI.

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade evitaria a retirada do parâmetro utilizado pela Autarquia que gerencia a concessão do benefício (INSS). O critério previsto na lei seria constitucional para a concessão, mas não impeditivo de se averiguar a real necessidade da pessoa idosa ou deficiente postulante. Dar-se-ia, com tal decisão, o que a doutrina denomina de *interpretação conforme a constituição*, o que prescindiria a declaração de inconstitucionalidade, com conseqüente nulidade da norma.

Pela interpretação conforme a Constituição enfatiza-se a supremacia desta, mas, de outra parte, reconhece-se a legitimidade das leis e de sua origem, de forma que sua anulação só ocorra quando única solução viável, vale dizer, como última *ratio* para a ocorrência (TAVARES, 2008, p. 263).

A interpretação conforme a constituição é uma técnica de hermenêutica que visa preservar, sempre que possível, a norma em vigor no sistema jurídico com a presunção de validade (SIQUEIRA JR, 2011, p. 275).

Novo passo significativo foi o julgamento, em conjunto, dos REs 567985 e 580963, com resultado favorável à nova hermenêutica. O julgamento teve início em 06/06/2012, mas foi suspenso após o pedido de vista do Ministro Luiz Fux. O RE 567985/MT confrontava

a (in)constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS, restando declarada *incidenter tantum*, por maioria de votos, a sua inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade. A proposta cogitada na sessão foi pela modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015, mas não foi alcançado o quórum exigido de 2/3 para a modulação dos efeitos da r. *decisum*.

O RE 580963/PR, além de apreciar e decidir pela inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade do art. 20, § 3º, da LOAS, também enfrentou e decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o qual dispõe que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Apesar de excluir o valor do BPC para fins de concessão de outro a idoso, não previu a exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Para o STF, não há justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo, o que demandou a declaração da omissão parcial inconstitucional, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso. Como o julgamento ocorreu em conjunto com o Recurso Extraordinário supracitado, também não houve quórum para a modulação dos efeitos da decisão.

A exegese atual é que, enfim, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade dos artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 e 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/03, que dispõem sobre o requisito renda, para concessão do BPC. Assim,

[...] a definição dos critérios a serem observados para a concessão do benefício assistencial depende de apurado estudo e deve ser verificada de acordo com as reais condições sociais e econômicas de cada candidato a beneficiário, não sendo o critério objetivo de renda per capita o único legítimo para se aferir a condição de miserabilidade (STF. Rcl 4154 AgR / SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, D. J. 19/09/2013, D. P. 21/11/2013).

Como se observa, foi uma forte polêmica jurisprudencial acerca do critério estabelecido pela lei, para se averiguar a necessidade do idoso ou deficiente, para concessão do BPC.

Conclusão

A proteção e o exercício dos direitos sociais e individuais, dentre os quais, a assistência social pertence, está expresso logo no início da Constituição de 1988, em seu preâmbulo. A assistência aos desamparados é dever da família, da sociedade e, sobretudo, do Estado, quando os entes mais próximos não forem efetivos em suas possíveis ações.

Apesar de já existir o benefício pecuniário em

favor do idoso e do deficiente antes da Constituição Cidadã, foi a partir de sua promulgação que a natureza de assistência social ficou evidente, com perfeita distinção da natureza previdenciária. Com o advento da LOAS, regulamentando o texto da Carta Magna, o amparo ao idoso e ao deficiente tomou forma mais robusta, estabelecendo-se novos mecanismos de proteção a essa espécie de minoria.

Apesar da existência de conflitos entre as decisões do Judiciário acerca dos requisitos do BPC, observa-se que a tendência dos Tribunais é no sentido de sedimentar a justiça social, com interpretações das normas de forma mais benéfica aos idosos e deficientes hipossuficientes, seguindo o novo precedente do STF.

A natureza da assistência social é amparar os necessitados. Logo, restringir a *ratio legis*, em exegese prejudicial àqueles que dela necessitam, pode ocasionar flagrante e muitas vezes irreparável afronta à dignidade da pessoa humana.

Nota

1. Na síntese de Ivan Kertzman: “O STF havia pacificado o entendimento com base em diversos julgados fundamentados na decisão da ADI 1.232/98 de que é inadmissível a concessão do benefício assistencial a necessitado quando a renda familiar per capita for superior ao estabelecido na Lei. Em recentes decisões, todavia, o Supremo Tribunal começou a alterar o entendimento anteriormente consolidado, julgando ser possível a flexibilização do critério estabelecido pela Lei, se restar provado no processo a falta de condição de sustento” (KERTZMAN, 2011, p. 453).

Referências

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Legislação. Disponível em: www.planalto.gov.br.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: www.stj.jus.br.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: www.stf.jus.br.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Jurisprudência. Disponível em: www.trf3.jus.br.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- JORDÃO, Tatiana Sada. Benefício de Prestação Continuada: um estudo sobre o Critério da Miserabilidade. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v.21, n. 258, p. dezembro 2010.
- KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.
- MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- PAZZOLI, Lafayette. Reflexo das normas internacionais e da Constituição Federal de 1988 nas Políticas Públicas de Inclusão Social no Brasil: a Pessoa com Deficiência. In MINHOTO, Antonio Celso Baeta (org.). **Constituição, Minorias e Inclusão Social**. São Paulo: Rideel, 2009, p. 259-276.
- SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

**Presupuestos jurídicos
vinculados al control ecológico
como actividad de los servicios
públicos ambientales.
Una mirada desde el sector
empresarial estatal cubano.**

*Legal assumptions related to
ecological control as public
environmental activity services.
A glance at Cuban
state business sector.*

Artigo recebido em 09/04/2014.

Revisado em 08/05/2014.

Aceito para publicação em 15/06/2014.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Presupuestos jurídicos vinculados al control ecológico como actividad
de los servicios públicos ambientales. Una mirada desde el sector empresarial estatal cubano. - pp. 121-179
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P. / RODRÍGUEZ Y. G.

Alcides Francisco Antúnez Sánchez.

Profesor Auxiliar. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.
Universidad de Granma. República de Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu

Elena Polo Maceiras.

Profesora Titular. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente.
República de Cuba. Email: epolo@fd.uo.edu.cu

Yomisel Galindo Rodríguez.

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

Resumen

El control ambiental en Cuba parte de la aprobación de las normativas relacionados con la materia ambiental a partir del triunfo del proyecto revolucionario en el año 1959 del pasado siglo, pasó por todo el período de institucionalización al reorganizarse el Estado y con ello la Administración Pública, trazándose políticas y estrategias en pos de la preservación de los recursos naturales, con la promulgación de la Ley No. 33, sustituida posteriormente por la Ley No. 81, concediéndole atribuciones al Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente en esta función estatal. Con la implementación de la actividad de la auditoría en el país como mecanismo de control, con la Oficina Nacional de Auditoría dentro del Ministerio de Finanzas y Precios y luego a nivel superior como Ministerio

de Auditoría y Control, y finalmente en la Contraloría General de la República como órgano de control, ejerciendo a tenor de la Ley No. 107 el más alto control estatal en el país y con ello el *control ambiental* a través de la auditoría como una de las herramientas de gestión ambiental. El derecho administrativo, como eje transversal de la actividad pública estatal, irradia para la consecución de las funciones públicas a ejercitar por parte de la Administración hacia sus administrados, en este caso relacionado con el control ecológico en pos del desarrollo sostenible, tributario al desarrollo local en correspondencia con la política trazada en el modelo económico del país a través de los Lineamientos adoptados en el 6to Congreso del Partido Comunista de Cuba del año 2012, los que se implementan en el desarrollo local. Nos apoyamos para la ejecución del artículo en los métodos científicos de apoyo a la investigación el histórico lógico, el exegético-jurídico, el análisis y revisión de documentos científicos relacionados con la economía, las ciencias sociales y las jurídicas.

Palabras claves

Control ambiental. Servicios públicos. Auditoría ambiental.

Abstract

Environmental control in Cuba commences with the approval of regulations on environmental is-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Presupuestos jurídicos vinculados al control ecológico como actividad de los servicios públicos ambientales. Una mirada desde el sector empresarial estatal cubano. - pp. 121-179
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P. / RODRÍGUEZ Y. G.

sues since the triumph of the revolutionary project in 1959, went throughout the period of institutionalization to reorganize the state and, therefore, the Public Administration, outlining policies and strategies for the preservation of natural resources, with the enactment of Law No. 33, subsequently replaced by Law No. 81, which empowers the Ministry of Science, Technology and Environment in this state function. With the implementation of auditing activity in the country as a control mechanism the National Audit Office of the Ministry of Finance and Prices and then at a higher level, as the Department of Audit and Control, and finally, the Office of the General Chief as the supervisory body, exercising in accordance with the Law No. 107 the highest state control in the country and thus, environmental control through auditing as an instrument of environmental management. The administrative law as the cornerstone of the state's public activity, irradiated to achieve the public service to be exercised by the State to their managers, here related to environmental monitoring for sustainable development, taxed at local development according to the policy described in the economic model of the country through the guidelines adopted at the 6th Congress of the Cuban Communist Party in 2012, which are applied to local development. We defend the application of the article in scientific research methods to support the historical sense, the exegetical and legal, analysis and review of scientific articles related to economics, social sciences and law.

Keywords

Environmental control. Public Services. Environmental Auditing.

Sumario

Introducción. 1. El control ambiental en Cuba. 2. Los servicios públicos. Conclusión. Notas. Referencias.

Introducción

La Constitución de 1976 institucional y jurídicamente asume la tutela en materia de protección de la naturaleza y de sus recursos naturales por el Estado en Cuba¹, como por los ciudadanos con un sentido socializador en consonancia con lo aprobado en la Cumbre de Río de Janeiro en el año 1992², contextualizado en los derechos internos de cada país, como se constata en toda la región de Latinoamérica y en Cuba.³

En correspondencia al mandato internacional que en materia ambiental el país es firmante, por lo que la organización de la Administración Central del Estado en la Ley No. 1323 de 1976 como expresión jurídica, le atribuyó al Comité Estatal de Ciencia y Técnica el establecimiento, dirección y control del Sistema Nacional de Protección del Medio Ambiente y el Uso Racional de los Recursos Naturales, creándose la Comisión Nacional para la Protección del Medio Ambiente y el uso de los Recursos Naturales en Cuba.⁴

En 1980, el Decreto Ley No. 31 dictó las funciones del Comité Estatal de Ciencias y Técnica, delegadas a la Academia de Ciencias adscribiéndosele a ella la Comisión Nacional de Protección del Medio Ambiente y Conservación de los Recursos Naturales, bases que coadyuvaron a la aprobación de la Ley No. 33, hecho jurídico que permitió que Cuba por vez primera regulara en una ley esta materia como Estado parte de los Tratados internacionales del Derecho Ambiental Internacional como se señalara con anterioridad.⁵

A inicios de la década de los 90 del siglo pasado, se reorganizan los Organismos de la Administración Central del Estado (en lo adelante OACEs), cesando la Comisión Nacional de Protección al Medio Ambiente, atribuciones que fueron delegadas al Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), quien dirige, ejecuta y controla la política del Estado y el Gobierno en esta esfera. Se deroga la Ley No. 33 por la Ley No. 81, quedando delimitadas en ella las facultades de los OACEs, de los Órganos Locales del Poder Popular, de la Fiscalía General de la República (FGR), y del Ministerio de la Agricultura (MINAGRI); unidas a legislaciones sustantivas que se han ido instrumentando en política tributaria, agraria, inversión extranjera, salud, protección e higiene, derecho administrativo sancionador, de energía y minas, hacen que hoy contemos con una adecuada normativa jurídica medioambiental, que a juicio de estos autores no están excluyentes de una actualización que permita estar en mejores condiciones de dar un tratamiento a un nivel superior a los problemas ambientales que nos aconte-

cen, en correspondencia con los resultados científicos, de los que las ciencias sociales no están ajenas, como se puntualiza en los Lineamientos del VI Congreso de Partido Comunista de Cuba para el modelo económico que se implementa.⁶

Los autores pretenden contextualizar las acciones que se realizan en materia de control a los recursos naturales y su pertinencia en pos del desarrollo local, en cumplimiento a la carta magna, para el *desarrollo sustentable*.⁷ Toda vez que consideramos que la actual normativa ambiental no reconoce a la auditoría ambiental, a la evaluación ambiental estratégica, a las producciones más limpias como parte de los instrumentos de gestión, no contextualizando su actuación bajo las directrices que se implementaran por la Contraloría General de la República, relacionadas con el control ambiental y los servicios públicos en este caso los relacionados con la temática ambiental.⁸

1. El control ambiental en Cuba. Análisis histórico legislativo.

El control ecológico aparece regulado en la *Ley No. 81*, relacionado con las *herramientas de gestión ambiental* y en particular con el ejercicio de la *inspección estatal* ambiental, ejercitada por el CITMA, ejecutada en los tres niveles en relación con lo regulado administrativamente para este tipo de acción ambiental a los recursos naturales en pos de preservar al bien jurídico ambiental.⁹

Como organismo rector de la política ambiental que por mandato se colige; consideran estos autores la existencia de una posible *dualidad al control medioambiental*; ante el mandato que la Ley No. 107 al concederle a la CGR, ejercitar acciones para proteger al medioambiente al más alto nivel, con normativas jurídicas en pos de alcanzar un derecho al desarrollo sustentable, de la sociedad presente y futura, con el auxilio de especialistas del CITMA y de otras áreas del saber que así se considere pertinentes cuando se ejercite este tipo de control a través de la *auditoría ambiental*.¹⁰

Ha permitido a estos autores considerar criterios vertidos sobre el tema por *Traba Armada y Aguilera Mesa*, quienes desde estudios científicos y prácticos han formulado presupuestos teóricos para su concreción en el país desde los saberes *contable-administrativos* acerca de la tutela de la auditoría ambiental, como mecanismo del control ambiental por parte de los servicios de la Administración Pública.¹¹

Que de una manera u otra coadyuvarán a la recuperación económica, tributando a una base sólida en pos de avanzar en el establecimiento e implementación de la Estrategia Ambiental Nacional delimitando la problemática ambiental declarada por el CITMA, presupuestos que conducirán a un estadio superior en la protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, teniendo en cuenta los limitados recursos financieros y materiales dispuestos por el Estado, que imponen como alternativa más viable su materialización gradual, siguiendo prioridades en estrecha vinculación con los problemas de desarrollo

socioeconómico a nivel local, con una nueva mirada a través de la normativa tributaria, la que contribuirá a la creación de fondos dinerarios para mitigar la problemática ambiental declarada por el Estado, al aplicar impuestos fiscales para su futura concreción (vertido ambiental).¹²

Cuba irradia como exponente de una política ambiental adecuada a tono con los nuevos paradigmas, en consecuencia con lo existente en el área jurídica medioambiental en Latinoamérica y Europa en materia de protección medioambiental. Cumple con sus deberes estipulados en los convenios de protección en que participa y es parte, creando políticas ambientales de protección ambiental dirigidas a garantizar el bienestar del hombre y de la comunidad en general, para el logro de una mejor gestión que facilite el desarrollo económico social sostenible, en atención a las limitaciones económicas como país bloqueado y ser tributaria las acciones protectoras al medioambiente de recursos financieros suficientes hoy no disponibles por la Administración Pública para su actuación.¹³

Pero es menester significar por estos autores que nuestra ley marco en materia ambiental está necesitada de una actualización y evolución, apreciamos un desfase con lo que concurre en materia ambiental en el área de Latinoamérica y en otros bloques geográficos contrastados en cuestiones relacionadas con la contabilidad verde, el seguro ambiental, la justicia ambiental, la auditoría ambiental, el tratamiento a la responsabilidad ambiental en la norma adjetiva y sustantiva, como lo relacionado con el derecho administrativo

sancionador y el desarrollo doctrinal del derecho administrativo ambiental.¹⁴

Contextualizado en los principios de la política ambiental cubana, como: el derecho a un medio ambiente sano es un derecho fundamental de todos los ciudadanos; la protección del medio ambiente es un deber ciudadano, la gestión ambiental es integral y transectorial y en ella participan de modo coordinado, los órganos y organismos estatales, otras entidades e instituciones, la sociedad y los ciudadanos en general, de acuerdo con sus respectivas competencias y capacidades.¹⁵

1.1. Las herramientas de gestión ambiental, el control medioambiental a través de la auditoría y la inspección estatal.

Sus antecedentes, inicio y punto de partida están basados en los *procesos tecnificados de la producción*, acarreando la problemática ambiental hoy reconocida. Las imágenes de cientos de chimeneas arrojando humo representaron por mucho tiempo el símbolo del progreso y la consolidación del poder económico (Desde 1789, han sido muchos años de indiferencia ecológica y “violencia ecológica”).¹⁶

Es criterio de estos autores que hoy ya no existe esta percepción, el mundo y con ello sus estadistas se han dado cuenta que la protección al ambiente es una cuestión prioritaria a resolver y consolidar, que tendrá que funcionar con un nuevo pensamiento en las soluciones que se aborden por parte del Derecho Ambien-

tal, hasta hoy no resueltas ante este período de crisis ambiental que coexiste.¹⁷

La auditoría es reconocida como función en evolución en todos los sectores de sociedades desarrolladas. Con limitaciones, impuestas por el influjo del entorno cultural, institucional y regulador en cada país, deduciéndose principios generales a fin de formar una base para el desarrollo de una *teoría de aplicación general. Acción de control* que se ha ocupado durante siglos del registro contable honrado y preciso de dinero y propiedades en asuntos estatales, en los servicios de organismos gubernamentales centrales, locales y misceláneos, en los asuntos de negocios de comerciantes, terratenientes, empresarios de riesgo, manufactureros y personas dedicadas a toda forma de empresa comercial e industrial, y en transacciones de otras instituciones y organizaciones grandes y pequeñas.

Su *objeto*, es el cumplimiento de deberes por las personas responsables de la tutela y rendición de cuentas con respecto a la custodia de dinero y otros recursos, a la administración de haciendas, establecimientos de comercio y manufacturas, al suministro de servicios y a otras actividades. Para lograr que sea hecho con la competencia y autoridad necesarias para cumplir su *objeto social*, tanto el proceso de la auditoría como el acceso a la información deben ser por lo menos iguales a los de aquéllos que son auditados. Aunque se consiguen otros beneficios de la auditoría, el principal es el *informe y la opinión de los auditores* como resultado de la investigación.¹⁸

Este control ecológico o ambiental es instru-

mentado en las *normas técnicas ISO 14000*,¹⁹ definiendo medioambiente, son normas técnicas del sistema de gestión ambiental, como estructura organizativa, actividades de planificación, responsabilidades, prácticas, procedimientos, procesos y recursos para desarrollar, implementar, realizar, revisar y mantener la política ambiental, diagnosticando la problemática ambiental con un carácter multidisciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario, estableciendo el nivel de responsabilidades, apoyada en la legislación y políticas vigentes, partiendo de un proceso de toma de decisiones y de la participación ciudadana, relacionado con el impacto ambiental, produciendo una determinada acción sobre el medioambiente; vinculada a la *auditoría ambiental*, como proceso de verificación sistemático y documentado, para obtener y evaluar objetivamente la evidencia de las actividades, incidentes, condiciones y sistemas de gestión ambiental especificados o la información que sobre estos temas cumplen con los criterios del control, realizado por el CITMA a través de la *inspección estatal*, a tenor de la Ley No. 81 y las normas administrativas sustantivas.²⁰

Le corresponderá a la CGR, ejercitar la más alta tutela al control medioambiental, a través de programas de auditoría (directrices)²¹, como un *servicio público* de la Administración Estatal, que parte del reconocimiento que tiene el medioambiente desde el derecho constitucional, aún no desligado de la *función administrativa* que se ejercitaba por el extinto Ministerio de Auditoría y Control a través del Control gubernamental a los OACEs.

Actividad en correspondencia con la Evaluación del Impacto Ambiental por ser este el fin de la auditoría ambiental, relacionada con las tecnologías utilizadas por el empresariado cubano hoy no limpias, por la actual obsolescencia industrial y heterogeneidad de más de 50 años, el cómo evitar o prevenir estos impactos, tributarios a un adecuado equilibrio ecológico como situación esperada, con el auxilio del CITMA, quien deberá insertarse en la ejecución de este control ambiental con la ejecución de la auditoría.²²

El CITMA, OACE que ejecuta el control al medio ambiente a través de la *Inspección Estatal*, amparada en la Ley No. 81, y en las normas sustantivas que la contextualizan en el orden administrativo a través del control gubernamental, utilizando para ello las normas técnicas ISO en el control al medioambiente como lo hace la CGR, ejercitada por sus tres niveles en todo el territorio nacional, en atención al programa diseñado, en correspondencia con los principales problemas medioambientales que tengan mayor preponderancia recogido en la Estrategia Ambiental Nacional. Vinculada con la aplicación de las herramientas de gestión ambiental como una *política pública*, en muchas ocasiones cumpliendo lo establecido en materia de control Gubernamental.²³

En este participan equipos multidisciplinarios de otros OACEs, es el caso de la inspección forestal del Ministerio de la Agricultura, de la inspección sanitaria del Ministerio de Salud Pública, de la inspección sobre seguridad y salud laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Ministerio del Interior, entre al-

gunos de los organismos vinculados a la actividad de la inspección estatal. Participan en esta acción de control medioambiental de conjunto con el CITMA como especialistas certificando las conclusiones a que arriban en sus evaluaciones.²⁴

Acciones consideradas por estos autores, tanto la de la inspección como la de la auditoría tienen una respuesta adecuada a la protección del *bien jurídico ambiental*, con la exigencia de los tipos de *responsabilidad ambiental*, aplicada en sus tres aristas: *la civil, la penal y la administrativa*; esta última la mayormente utilizada por los controladores en el ejercicio como *función pública estatal*.²⁵ Al aplicársele la *responsabilidad objetiva*, no establecida de forma adecuada en nuestro ordenamiento jurídico aún en torno a la materia procesal.²⁶

1.2. Tendencias actuales relacionadas con la tutela ambiental en relación a la protección del medioambiente y el control ambiental en el derecho comparado.

La rápida evolución de la problemática medioambiental y de los conceptos sobre los que asientan las políticas ambientales, sino también de los problemas que ha sido necesario enfrentar por el hombre como ser social, han acabado por convertir en naturales los procesos de transformación institucional que han venido a tener lugar en los últimos años y que podrán ocurrir en el futuro. Estas transformaciones no se refieren sólo a las estructuras orgánicas de las instituciones de la

Administración sino también a todos los mecanismos de articulación entre el Estado y la sociedad civil.

Para distinguir la auditoría ambiental de otros servicios, consultamos la definición de auditoría, dada por la Asociación Americana de Contabilidad y citamos: “proceso sistemático para obtener y evaluar objetivamente evidencia con relación a una afirmación verificable acerca de actividades y eventos para cerciorarse del grado de correspondencia entre la afirmación y los criterios establecidos y luego comunicar los resultados a los usuarios interesados”²⁷

La Cámara Internacional de Comercio, define la ecoauditoría 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 medioambientales y declarar el cumplimiento de la política de la compañía de acuerdo con la normativa medioambiental”.²⁸

Este concepto, se introduce por vez primera en los Estados Unidos, en respuesta a la legislación ambiental cada vez más restrictiva y a las pesadas penas asociadas a las infracciones de manera voluntaria. En una primera fase los objetivos consistían en asegurar que la empresa cumpliera de forma metódica y global las disposiciones legales. Disposición preventiva que evolucionó en la década de los ochenta del pasado siglo hacia una posición defensiva, y así comenzaron a ser vistas como instrumentos capaces de promover una utilización inmejorable de los recursos, permitien-

do mejorar la imagen de la empresa en el mercado y contribuir a su competitividad.²⁹

A finales de los años setenta del pasado siglo, cuando una serie de empresas implantaron programas de auditoría, llegando a utilizar auditorías ambientales de seguridad e higiene (EHS) para analizar el cumplimiento de las normas gubernamentales y las normas internas.³⁰ Concluyendo los ochenta surgió un tercer factor relacionado con el desarrollo de auditorías EHS que traducía el deseo creciente de la opinión pública de que las empresas prestasen una información completa sobre su incidencia y actuación sobre el medioambiente. En los últimos años las empresas químicas, petrolíferas e industriales han ido intentando responder con la publicación de informes medioambientales públicos. En la actualidad se discute entre los profesionales que ejecutan el *control ambiental*, en torno a los objetivos y estrategias destinados a prestar información sobre el grado de cumplimiento de las normas sobre medioambiente y sobre sus riesgos.

La Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, consideró obligatoria la implantación de auditorías medioambientales independientes, fue a partir de ahí cuando las normas norteamericanas comenzaron a exigirles a las empresas la publicación de algunos datos. (Superfund Amendments and Reauthorization Act (SARA), Título III, Sec. 313, obliga a que las empresas informen sobre las cantidades de sustancias tóxicas que emiten). En la Unión Europea, las normas ambientales que una empresa debe cumplir varían considerablemente según el país de implantación.

El Reglamento de la Comunidad de Estados Europeos 1836/93, aplicado a partir de abril de 1995, trata de atenuar las referidas diferencias, establece normas de gestión medioambiental, exige que las empresas promuevan la realización de auditorías medioambientales y que elaboren informes ambientales para el gobierno de su país, y éste, a su vez, proceda a su divulgación.³¹

Considerando un vasto conjunto de temas ambientales, entre los que se incluyen la emisión de contaminantes, la producción de residuos, el ruido y consumo de materias primas, el consumo de energía y del agua. Hoy toda la gestión medioambiental se transforma, las empresas acabarán por constituir una función independiente que tendrá que repartir sus prioridades con otros procesos, hasta convertirse en una función cada vez más integrada en esos procesos. Un cuarto factor hoy se visualiza con: la creciente confianza de los directivos en la utilidad de esta disciplina como instrumento de medida que valora y ayuda a cambiar y a mejorar la actuación EHS, cerrando así un ciclo completo en relación al tratamiento que se le da a esta institución.³²

Estos autores estiman, que fue la industria la primera que sintió la necesidad de prever los aspectos ambientales de sus operaciones y ahora es también ella la que espera que la auditoría desempeñe un papel importante en la próxima fase de la gestión medioambiental.

Confirmándolo con los resultados de investigadores desde el área contable-financiera de países consultados de la Unión Europea y Latinoamérica, como

Gaz, Casals, Malheiros, Eyer, Iribarrem, Malaxecharría, Dense Pinheiro, y Garay, al definirla como: “proceso de investigación realizado por un auditor independiente dirigido a determinar el grado de eficiencia empresarial, con relación al grado de satisfacción experimentado por la comunidad y su hábitat, señalado en su informe de auditoría a los agentes degradantes del medio ambiente y la magnitud de la degradación producida”, “investigación sistemática, ejecutada por especialistas, destinada al sistema de gestión ambiental y sus resultados.”³³

Otros autores contrastados desde los saberes jurídicos de los países consultados en materia de derecho comparado, como: Carmona Lara³⁴, De Bessa Antunes³⁵, Iribarren³⁶, Bustamante Alsina³⁷, Fernández de Gatta Sanchez³⁸, Di Trindade Arnado³⁹, De Medeiros Garcia⁴⁰, Beltrao⁴¹, Martin⁴², Meier⁴³, Bustamante Alsina⁴⁴, Lopez Sela y Ferro Negrete⁴⁵, Quintana Valtierra⁴⁶, Morales Lamberti⁴⁷, Lorenzetii⁴⁸, Bustamante Alsina⁴⁹, Morales Lamberti⁵⁰, Novak⁵¹, y Sales⁵², coinciden en señalar que entre los modos de actuación de la Administración Pública, esta acción de control es una actividad de *limitación o policía*, es una prestación de un *servicio público*, una actividad de *gestión o económica*, con la *inspección* y la *potestad sancionadora* o de *policía* desde la perspectiva que asumen las *Administraciones Públicas*, de sus funcionarios ante sus faltas y por cometer daños a los recursos naturales, con el consabido incumplimiento de las políticas ambientales implementadas en pos del desarrollo sostenible o sustentable.

En Cuba, las investigaciones realizadas por especialistas del área contable financiera, como *Armada Traba*⁵³, *Font Aranda*⁵⁴, *Pelegrin Mesa*⁵⁵, *Pérez Bello*⁵⁶ y *Aguilera Mesa*⁵⁷, quienes desde esta arista han demostrado insuficiencias en la consecución de esta herramienta de gestión relacionada con la contabilidad verde, la falta de cultura ambiental, la no exigencia de la responsabilidad ambiental, la reparación del daño ambiental y su relación con los costes ambientales, la falta de un seguro ambiental obligatorio que permita la indemnización de los perjuicios que se ocasionen ante daños al ambiente. Otros académicos cubanos, que desde las ciencias jurídicas, han investigado sobre el tema, son: *Viamontes Guilbeaux*⁵⁸, *Caraballo Maqueira*⁵⁹, *Rubio-Legrá*⁶⁰, *Rey Santos*⁶¹, *Fournier Duharte*⁶², *Monzón Brugera*⁶³, *Elías Vega*⁶⁴, y *Cánovas González*⁶⁵ entre otros; realizando aportes al *Derecho del Medio Ambiente*, relacionados con la protección medioambiental, la tutela de la responsabilidad ambiental, las herramientas de gestión, el Manejo Integral de las Zonas Costeras, el tratamiento de la justicia ambiental, el derecho administrativo ambiental desde 1980. Existiendo insuficiencias en el análisis relacionado con el tratamiento al *control ambiental*, en el orden *teórico, doctrinal y legislativo*.

Los autores al contextualizar todos estos criterios vertidos en su definición, le consideran como: *el instrumento de la administración de la empresa que se ocupa de las rutinas de trabajo y procedimientos de esta, o de uno de sus sectores, referidos a la gestión ambiental, al nivel de cumplimiento con las leyes ambientales*

y la política de la empresa misma, es un procedimiento ordenado que tiene por objetivos básicos el examen y evaluación, periódica u ocasional, de los aspectos legales, técnicos y administrativos, relacionados con las actividades ambientales de la empresa, como un instrumento de análisis de su desempeño ambiental y de las acciones relativas a esos empeños, es además un instrumento de gestión que nos permite hacer una evaluación sistemática, periódica y documentada y objetiva de los sistemas de gestión y desempeño de los equipos (equipamientos) instalados en el establecimiento de una empresa, por fiscalizar y limitar el impacto de sus actividades sobre el medio ambiente.

Como componente o compartimiento de la auditoría social que consta en un examen o evaluación independiente, sistemático, periódico, documentado y objetivo, realizado por un equipo interdisciplinario de auditores ambientalistas (profesionales especializados en los campos contable-financiero-económico, de ciencias ambientales de biología, de ingeniería, de derecho, de ciencias sociales, y de experto generalista de la industria o del gobierno) todos ellos con conocimiento de las normas y capacitación en la aplicación de los respectivos procedimientos de las auditorías financieras y de gestión.

Es una evaluación sistemática para determinar si el sistema de control ambiental y el desempeño ambiental están de acuerdo con los programas de acción y el sistema está siendo efectivamente implantado y es adecuado para la política ambiental de la empresa. Es una evaluación objetiva y documentada del impacto

de sus actividades del negocio sobre el ambiente, tiene por objeto apreciar, en un momento dado, el impacto que todo o parte de la producción o de la existencia de una empresa es susceptible de acarrear en el ambiente y aparece como una herramienta de gestión, que permite monitorear el avance de la gestión ambiental y destacar en forma temprana los riesgos potenciales.

Considerando finalmente, que existe consenso en que es *una herramienta de gestión* para conocer la gestión ambiental en una empresa, sus riesgos potenciales, su dimensión social, ejecutada por equipos multidisciplinarios, para determinar el grado de eficiencia en materia medioambiental. En Cuba se ve contextualizada en el sector empresarial que tiene implementado el sistema de perfeccionamiento, en la carpeta de *gestión ambiental*, no así en otras áreas del sector empresarial estatal y el no estatal, donde no se implementan de manera adecuada las políticas relacionadas con la protección al medio ambiente.

Pudimos analizar lo dispuesto por la organización internacional que agrupa a las Entidades Fiscalizadoras Superiores, la define como: *la herramienta de planificación y gestión que le da una respuesta a las exigencias que requiere cualquier tipo de tratamiento del medio ambiente urbano, sirve para hacer un análisis seguido de la interpretación de la situación y el funcionamiento de entidades tales como una empresa o un municipio, analizando la interacción de todos los aspectos requerido para identificar aquellos puntos tanto débiles como fuertes en los que se debe incidir para poder conseguir un modelo respetable para con el medio ambiente.*

A juicio de estos autores sí señalaríamos el caso de una empresa estatal o no estatal, para qué y por qué realiza una auditoría ambiental de manera voluntaria, lo hace para cuantificar las operaciones industriales, determinando si los efectos de contaminación que produce dicha empresa, están dentro del marco legal de la protección ambiental, para que tribute al desarrollo local esperado con producciones limpias. Algo no muy interiorizado en el empresariado cubano, aún no existe una adecuada *conciencia ambiental* que permita con acciones positivas mitigar la problemática ambiental actual, recogida en la Estrategia Ambiental, aunque tenga como nota distintiva la obligatoriedad a través de un plan.

Estudios probatorios de la Evaluación de Impacto Ambiental, suelen llevarse a cabo para poder determinar si un nuevo desarrollo o una obra de expansión van a cumplir con los reglamentos impuestos durante el proceso de construcción del proyecto. Por lo que los autores la definimos como: la acción de control ambiental realizada por una EFS que permite conocer el resultado del impacto ambiental, en el que podrá monitorearse la gestión ambiental en que concurre una Persona Jurídica y determinar los riesgos en que pueda incurrir, para certificar su tecnología limpia.

Guardando relación con la auditoría de gestión, la auditoría de cumplimiento y la financiera dentro del derecho interno cubano. Los países tomados como referente en materia de derecho comparado, ejecutan esta acción de control por las normas ambientales creadas por la *International Organization for Standardization*;

serie ISO 14 000, de estándares internacionales, que no es ley, pero sí los países la tienen registrada para hacer negocios, el cumplimiento y compromiso con el medioambiente tiene que mostrarse, como requisito para negociar, reconocidos en tratados internacionales, barreras para el desarrollo del comercio internacional.⁶⁶

Continuando con el análisis del derecho del medioambiente y dentro de este, el *control ambiental a los recursos naturales* como protección al bien jurídico ambiental, contamos con el estudio realizado por los profesores e investigadores del área jurídica de Latinoamérica, del Proyecto Planeta Verde, *Caferrata y Rinaldi*, el que concluyendo en su primera fase, sus resultados se coligen: “*casi todos los países de América Latina y el Caribe presentan una estructura legal similar: en la cabeza, cláusulas constitucionales ambientales, luego una Ley General, Ley de Bases, Marco, u Orgánica, del Ambiente, y más abajo, leyes sectoriales ambientales*”.⁶⁷

Coincidente con los estudios anteriores realizados por el profesor *Brañes Ballesteros*; confirmados por el directivo de política ambiental del CITMA, *Rey Santos*, quien afirma, “*las normas constitucionales que se ocupan del medio ambiente constituyen una parte muy relevante del Derecho Ambiental. Ello es así porque dichas normas trazan pautas esenciales de obligada consideración por el legislador y, por tanto, guían el actuar del órgano legislativo. (...) Por otra parte, su carácter de norma estable supone que la modificación o derogación de la constitución está sometida a condiciones especiales, y su condición “rígida” determina que el proceder para tales cambios esté generalmente recogido en la*

propia constitución. Esta estabilidad se trasmite a los presupuestos ambientales que contiene, elementos que convierten a la normativa constitucional en un ámbito particularmente relevante para el análisis de la evolución y marcha del derecho ambiental.”⁶⁸

Brañes Ballesteros, resaltaba en sus estudios que: *“la compleja historia política reciente de gran mayoría de los 20 países que componen América Latina ha llevado a una renovación de sus instituciones, lo que se ha reflejado, entre otras cosas, en cambios constitucionales. Entre 1972 y 1999, 16 de los 20 países de la región se han dado nuevas Constituciones Políticas, que de diversas maneras han procurado incorporar las modernas preocupaciones de la sociedad latinoamericana”.*⁶⁹

Considerando estos autores que lo aquí analizado en un primer resultado nos ha permitido reconocer que en estas nuevas Constituciones figuren un número importante de disposiciones que se refieren a la preocupación por la protección del medioambiente y la promoción de un modelo de desarrollo sostenible, que han venido a enverdecer estas leyes fundamentales desde el pasado siglo hasta el actual, lo que se refuerza con los mecanismos introducidos en relación con el control a los recursos naturales tanto para el sector estatal como el no estatal, tributando al desarrollo sostenible, que no es más que tributar a un desarrollo local adecuado, y que como baluarte se encuentra la de Ecuador, país Latinoamericano, como Estado parte del bloque económico del ALBA.

2. La actividad de servicios públicos.

Podemos señalar que la primera idea de servicio público, al igual que otras instituciones jurídicas administrativas, tienen lugar como mayoritariamente se le reconoce y concuerda la doctrina, en la Francia del siglo XVIII, partiendo desde la consolidación del movimiento revolucionario burgués, frente a la influencia de la nobleza en los cuerpos judiciales de este momento histórico.

Matilla Correa, expresó: *la noción de servicio público no sólo aparece aquí como una técnica que enmarca en el interior del ámbito jurídico administrativo una actividad de gestión, sino como criterio permite, además, evaluar la naturaleza iusadministrativa de otras actuaciones de las entidades públicas.*⁷⁰

No constituye reseñar además que el concepto *servicio público* ha tenido diversas acepciones, en correspondencia con el momento histórico en que se ha escrito sobre el mismo. El nuevo constitucionalismo que se vislumbra en el área Hispanoamericana, de la cual somos parte, ha mostrado cierto interés en el reconocimiento de esta actividad. Siendo de sumo interés para el Estado legitimar en normas su consecución, en correspondencia a las modificaciones que se vienen realizando con los cambios económicos en el *proyecto social cubano*, por ser esta un eslabón fundamental dentro de la actividad administrativa, que aún no se vislumbra con una adecuada construcción doctrinal por parte de los saberes jurídicos en el país.

Dentro del derecho interno, visualizamos la es-

tructuración de organización administrativa cubana, la que encuentra su asidero legal a partir del Decreto Ley 67 de 1983, como regulación jurídica medular de la estructura central de la Administración Pública; modificado posteriormente por el Decreto Ley 147 de 21 de 1994 y otros cuerpos legales que en este sentido han estado unificando actividades en este entramado orgánico-administrativo del país. Los que le permiten funcionalidad al menos general de los OACEs y a los Órganos Locales del Poder Popular a través de sus Consejos de la Administración, siendo los encargados de la dirección de las actividades y servicios que a la Administración Pública les compete.⁷¹

En la determinación de una actividad como servicio público resultan indispensables una serie de elementos que dan al traste con su adecuada configuración. Estos elementos o también denominados características han posibilitado que de conjunto con los criterios y principio enarbolados pueda llegarse a definir con mayor exactitud al servicio público como categoría jurídica. Afortunadamente la doctrina se muestra pacífica y uniforme ante los mismos. Uno de los primeros elementos a tener en cuenta es la necesidad de carácter general; lógicamente si el fin del servicio público viene dado por solventar necesidades públicas, debe de partirse en primer lugar de la existencia de tal necesidad individual que se generaliza, de lo contrario no tendría caso.⁷²

Por otra parte se encuentra el sujeto prestador de la actividad, en este caso es evidente que se hace referencia a los órganos de la Administración Pública o el

sujeto particular encargado de llevar a cabo la prestación.⁷³

Otro de los elementos importantes del servicio público viene dado por la necesidad de una prestación regular, continua y uniforme, para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan.⁷⁴

Entre otros elementos de servicio público, no debe de olvidarse el importante elemento de la titularidad, es decir ¿Quién goza de ser el titular de la actividad que se realiza? En dirección a ello la doctrina responde prácticamente unánime al Estado.⁷⁵ Por último y no menos importante es lo referido al régimen jurídico, según Jèze...*la expresión servicios públicos, conviene reservarla a los casos de satisfacción de necesidades de interés general en que “los agentes públicos puedan recurrir, por los procedimientos del derecho público, a reglas que están fuera de órbita del derecho privado”*⁷⁶

Como se ha podido observar de manera individual se ha pretendido mostrar algunos elementos sustanciales que componen en alguna medida los servicios públicos. Sin embargo no ha faltado en la propia doctrina otros autores que agrupan determinados elementos para configurar al servicio público.

2.1. Presupuestos de la actividad de servicios públicos vinculados con el control a los recursos naturales en Cuba.

Los servicios públicos considerados por estos autores que guardan relación con el control al medio-

ambiente, a tenor de lo establecido en la doctrina analizada en el epígrafe anterior, es considerado por estos autores que los vinculados al derecho ambiental parten de la propia Ley No. 81, están vinculados con las *herramientas de gestión ambiental*, complementado con las normativas reguladas en materia forestal, tributaria y urbanística y en materia de auditoría como expresión jurídica dentro del ordenamiento jurídico, son estas:

- *El ordenamiento ambiental.* (Este lo ejecuta en colaboración con el Ministerio de Economía y Planificación, a través de la Dirección de Planificación Física), utilizando para ello las normas urbanísticas como parte del Derecho Urbanístico. La propia norma señala que tendrá como objetivo principal asegurar el desarrollo sostenible del territorio a partir de considerar integralmente los aspectos ambientales y su vínculo con los factores económicos, demográficos y sociales, a fin de alcanzar la máxima armonía posible en las interrelaciones de la sociedad con la naturaleza.
- *La licencia ambiental.* (La misma es concedida por los especialistas del CITMA, previa inspección ambiental realizada para la actividad que se pretenda ejecutar, en su concesión participan especialistas de otros organismos, como el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio de la Agricultura, las Direcciones de Planificación Física entre otros). La norma le define como toda actividad susceptible de producir efectos significa-

tivos sobre el medio ambiente o que requiera de un debido control a los efectos del cumplimiento de lo establecido por la legislación ambiental vigente, estará sujeta al otorgamiento de una licencia ambiental por el CITMA de conformidad con lo que al respecto estipule este organismo, el que establecerá asimismo los tipos y modalidades de dicha licencia.

- *La evaluación de impacto ambiental.* (Este tipo de acción es realizada por especialistas del CITMA, aunque la ley dispone que pueden participar otros especialistas convocados para realizar dicha evaluación, la que no se ejecuta al 100% de la actividad en el país) la Ley No. 81 en este particular define que será obligatorio someter a la consideración del CITMA, a fin de que se efectúe el proceso de evaluación de impacto ambiental correspondiente, los nuevos proyectos de obras o actividades.
- *El Sistema de Inspección Ambiental Estatal.* (Es un sistema diseñado por el organismo, desde su estructura central, provincia y municipal) Estableciendo que los órganos y organismos estatales que participan en el Sistema de Inspección Ambiental Estatal incluirán en sus sistemas de inspección los aspectos requeridos para garantizar la protección del medio ambiente en sus respectivas esferas, para lo cual actuarán en coordinación con el CITMA.
- *Los regímenes de responsabilidad administrativa, civil y penal.* (Son los que se establecen en

la Ley marco ambiental, que sustantivamente se derivan al ejercitar la responsabilidad en el cumplimiento de lo regulado en el Código Penal, el Código Civil, y en la aplicación del *Derecho Administrativo Sancionador* por los que poseen competencia y jurisdicción).

- *La auditoría ambiental* (acción de control realizada por especialistas de la CGR en sus tres niveles) así como dentro de los OACEs y sociedades civiles acreditadas en el propio órgano, se ejecuta según dispone la doctrina consultada cuyo fin está destinado a certificar las tecnologías limpias de una entidad auditada. Lo cual aparece preceptuado en la Ley No. 107 y en el Acuerdo del Consejo de Estado reglamentando esta actividad. Como en los programas de auditoría establecidos por este órgano de control.

Los autores consideran que existen otros servicios públicos relacionados con la protección a los recursos naturales como son los de la distribución del agua y el de la recolección de los desechos sólidos, entre otros, que de una manera u otra la Administración Pública norma procedimientos hacia sus administrados (ciudadano social), utilizando para ello normativas administrativas, que guardan relación vertical y horizontal con el derecho ambiental. Los que aún no tienen un tratamiento adecuado en los sistemas contables empresariales (subsistema de contabilidad verde) y en el derecho interno.

Hoy dentro del ordenamiento jurídico cubano

tienen una expresión normativa que se fundamenta en un eje administrativo para su cumplimiento por parte de la Administración Pública hacia sus administrados, sesgada sin aún una adecuada construcción doctrinal por parte del área académica en el país. Siendo a criterio de estos autores lo que aún no permiten que exista un reconocimiento del Derecho Administrativo Ambiental.

2.2. El control ambiental, una herramienta de gestión ambiental para el desarrollo local como actividad de los servicios públicos de la Administración.

El control al medioambiente se realiza por los OACEs y los órganos del control del Estado, como por los Consejos de la Administración en cada territorio, en correspondencia con la división político administrativa del país. La Ley No. 81 establece que será el CITMA el organismo que ejercerá el control al medioambiente, señalando por demás que tienen además competencia y jurisdicción en esta actividad otros organismos como son el Ministerio de Salud Pública, quien ejerce la inspección sanitaria estatal, al amparo de lo que dispone la Ley No. 41⁷⁷ y el resto de las normativas y disposiciones administrativas que la complementan.

En el Ministerio de la Agricultura, le corresponde ejercitar la inspección en materia forestal, la que ejerce con su cuerpo de inspectores, amparados en lo que se regula en la Ley No. 85.⁷⁸ Otro organismo que tiene competencias en este sentido es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien a través del control

a la seguridad y salud laboral, ejercita la inspección laboral dentro del sector empresarial. Lo ejecuta en cumplimiento de lo preceptuado en la Ley No. 13 y las disposiciones que le complementan y actualizan en este sentido.⁷⁹

Por lo que a criterio de estos autores son estos tres organismos los que mayor implicancia poseen en el control al medioambiente, estando en correspondencia con lo que se dispone en la Ley marco ambiental cubana vigente.

Ahora, los órganos que tienen vínculo con el control a los recursos naturales, en primer orden se encuentra la FGR, la que cumpliendo el mandato establecido en la Ley No. 83. La ejercitan, al ser la veladora del cumplimiento de la legalidad, lo hace a través de las Verificaciones Fiscales, comprobando el cumplimiento de las políticas establecidas por el Estado en relación a la temática abordada.⁸⁰

El otro órgano con competencia es la CGR, la que al amparo de lo preceptuado en la Ley No. 107 y en el Decreto Ley No. 159⁸¹, ejercerá el más alto control por parte del Estado en cumplimiento de su mandato, a través de la auditoría. Acción esta que no guarda relación con la inspección al discernir en su procedimiento y formas de ejecución, como en la persona que la ejecuta, la que tendrá que contar con una certificación como auditor o contralor.

Los autores concuerdan que esta actividad de la *auditoría ambiental* o ecoauditoría, es un servicio público que presta la Administración Pública a sus administrados y a las personas naturales, partimos del

propio concepto de servicio público y de las características que le distinguen. Destinado dentro del desarrollo local a identificar dentro del sector empresarial a los que contaminan el medioambiente, certificándoles o no su producción como limpia, un reto por la obsolescencia tecnológica de la actual industria del país, con muchas de estas con más de 50 años en explotación y de heterogeneidad en el sistema empresarial, hoy avocados en implementar un modelo económico que permitirá según su diseño evolucionar en el mercado internacional con los productos que seamos capaces de producir debidamente certificados.

Es por ello que la Administración Pública ha concebido en su derecho interno nuevas figuras que de una manera u otra tienen un vínculo con el control ambiental, es el caso de la normativa tributaria, con la Ley No. 113, la que irradia a la aplicación del ecoimpuesto o impuesto ambiental, permitiéndole tomar estrategias en pos de mitigar acciones negativas que contra el medio ambiente se hayan suscitado, al tener un fondo dinerario para tomar acciones para revertir o mitigar la situación adversa ambiental.⁸²

Es criterio de los autores considerar que aún quedan sesgos por implementar en nuestro derecho interno, ejemplo de ello es el caso de la contabilidad dentro del sistema empresarial, la que no recoge los riesgos ambientales en sus asientos contables (contabilidad verde), otro ejemplo es el seguro ambiental, el que permitiría cubrir los riesgos a través de la póliza concertada con las aseguradoras del país⁸³.

Por lo que lejos de reconocerse que la legislación

en materia ambiental en el país es adecuada, está necesitada de actualización y evolución, a tono con las situaciones fácticas implementadas y con solución en otros sistemas de derecho que han sido contrastados por los autores de este material.

Conclusión

La acción de control al medioambiente a través de la auditoría ambiental, como función estatal, será ejercitada al amparo de la Ley No. 107, a través de los programas de control establecidos por la Contraloría General de la República a las personas jurídicas y naturales, con el objeto de certificar la producción+limpia, cuyo resultado será mitigar los problemas medioambientales, haciendo competitiva en el mercado la producción mercantil con su ecoetiqueta, como servicio público de la Administración estatal.

Las ciencias jurídicas y las ciencias contables, deberán marchar unidos en pos de un desarrollo y equilibrio sustentable para preservar el medio ambiente.

La Ley de la Auditoría y la Ley del Medio Ambiente, deberán ser actualizadas atendiendo a que:

- De estas parten la identificación de los principios jurídicos y la consolidación de las técnicas jurídicas relacionadas con la tutela del control ambiental, hoy en contradicción.

- Con la comprensión y regulación jurídica de esta acción de control, permitirán alcanzar las metas y objetivos que orientan la acción de control en respuesta a la función estatal como política pública, en correspondencia con las directrices establecidas por las Entidades Fiscalizadoras Superiores.
- En el derecho interno cubano, no hay un tratamiento adecuado a la contabilidad en relación con la debida protección al medio ambiente, como política pública estatal, relacionada con el desarrollo sustentable, tributario al desarrollo local.
- La norma sustantiva cubana, no establece la póliza de seguro ambiental, relacionada con la comisión del daño ambiental por parte de las personas naturales y jurídicas.
- La ecotributación, modernizada con la implementación a tenor de la Ley No. 113, tendrá que ser contextualizada por el empresariado cubano, para coadyuvar a mitigar los problemas ambientales.
- La educación superior tendrá que proyectar estudios superiores relacionados con estudios en ingeniería ambiental o en ciencias ambientales, que permitan dar una respuesta adecuada a los actuales problemas ambientales.
- Fomentar estudios para el reconocimiento doctrinal sobre los servicios públicos en materia ambiental.

Fomentar estudios académicos que tributen a la conformación en materia doctrinal del derecho administrativo ambiental en el país por parte de los juristas dedicados al estudio de esta rama de las ciencias jurídicas.

Notas

1. HERNANDEZ AGUILAR, Orisel y otros. *“Retos ambientales para la constitución”*. Principales omisiones del texto constitucional en materia ambiental a criterio de la autora, coinciden estos investigadores que deberán abordarse cuando se decida por parte del Estado cubano. Proyecto ECOIURE. UNJC. Cuba. Editora PALCOGRAF.2011. <http://www.unjc.cu> pp.11-27 Son coincidentes REY SANTOS, Orlando. *“Los retos en la implementación del derecho ambiental en Cuba”*. Acerca de los retos y tendencias del Derecho Ambiental contemporáneo. Proyecto ECOIURE-UNJC. Editora Palcograf. Cuba.2011. pp.11-27 Email:rey@citma.cu. 2013. PEREZ HERNANDEZ, Lissette y otros. *“Temas de derecho constitucional cubano”* Editora Félix Varela. Cuba.2002.pp.11-384 ALVAREZ TABIO, Fernando. *“Comentarios a la Constitución Socialista”*. Editora Ciencias Sociales. Cuba.1997.pp.124-125.
2. Documentos aprobados en la CUMBRE DE RIO DE JANEIRO, Brasil en el año 1992. Y los que posteriormente fueron discutidos y aprobados veinte años después en la propia sede por parte de los Estadistas que concurren a este conclave internacional, denominado Rio+20. Son coincidentes CAFERRATA, Néstor Alfredo. *“Introducción al Derecho Ambiental”*. PNUMA. Elementos doctrinales acerca de la cultura ambiental. *“Conferencia para la Protección del Globo”*. *“Declaración de la Haya”*, bajo el lema: *“El derecho a la vida, es la base de todos los demás derechos”*. Editora INE-SEMARNAT, México D.F. 2004.pp.5-37. Son coincidentes ALENZA GARCÍA, Juan. *“Manual de Derecho Ambiental”*. Universidad Pública de Navarra. España.2001.pp.7-39 Vid: DE BESA ANTUNES, Paulo. *“Derecho Ambiental”*.ed. 14, Editora Lumen Juris. Brasil. 2010.p.3 BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. *“Manual de Derecho Ambiental”*.CITMA.Cuba.2000.p.3. CARABALLO

MAQUEIRA, Leonel. "El Derecho Ambiental Cubano: Generalidades". 1era ed. Editora Félix Varela. Cuba.2000.pp.1-82. "Derecho y Medioambiente. Consideraciones generales. Respuesta de las ciencias jurídicas a los problemas ambientales". Editora Pablo de la Torriente Brau. Cuba.2012.pp.11-32 FRANCO, Horacio. "Crítica a la concepción expansiva del Derecho Ambiental". Sobre la autonomía de esta nueva rama del derecho. Revista de Derecho Abeledo Perrot. No. 9 Argentina.2012. [hptt//www.gerencia-ambiental.com](http://www.gerencia-ambiental.com) pp.1-19 ABIDIN, Catalina y otros. "Derecho Ambiental su consideración desde la teoría general del derecho". Acerca de los fines del derecho ambiental. Revista Cartapacio de Derecho. Argentina.pp.1-25 ESTEVE PARDO, José: "Derecho del medio ambiente", 2ª ed., Editora Marcial Pons. España. 2008. pp.11-149 FERNANDEZ, Tomás Ramón. "Grandeza y miseria del Derecho Ambiental." *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Editora Tirant to Blanch. Universidad Complutense de Madrid. España. 2000. p.3423.

3. El nuevo constitucionalismo en América Latina se deduce a la práctica democrática y a la participación ciudadana en los procesos de cada país. Nace a partir de la Constitución colombiana de 1991 y la Constitución de Ecuador de 1998, mostró avances en cuanto al reconocimiento de derechos ciudadanos y luego se da un cambio con la Constitución del 2008, que da al Estado ecuatoriano el carácter de constitucional de derecho. Venezuela 1999, da un proceso originario donde la Constitución nace a partir de la voluntad popular. Bolivia con su Constitución en el año 2009, encaminado a la creación de un Estado democrático, soberano y de participación popular. <http://www.pnuma.org>. PNUMA.2013. Coincidentes con WOLKMER, Antonio Carlos. "Pluralismo Crítico y Nuevo Constitucionalismo en América Latina" 3ª ed. Editora Alfa-Omega.Brasil.2010. QUIROLA SUÁREZ, Diana. "Sumak Kaway. Hacia un Nuevo Pacto Social en Armonía con la Naturaleza". El Buen Vivir: una vía para el desarrollo. Ediciones Abya-Yala, Ecuador. 2009. pp.7-79.
4. Informe sobre la memoria del trabajo realizado por la COMARNA en torno al medio ambiente y los problemas ambientales de nuestro país dentro del período en que la misma ejercitó estas funciones a cargo del Estado Cubano. CITMA.
5. "Cumbre mundial medio ambiente". Brasil. La problemática ambiental que impera en el mundo y las principales acciones a realizar por los países que contaminan con mayor fuerza en pos de preservar

- al hombre. <http://www.onu.org> 1992. Coincidente con CARRILLO FUENTES, Juan Carlos. “Ciencia, ciudadanía y problemas ambientales. Empoderamiento de la Sociedad”. Centro de Derecho Ambiental. México D.F. 2004. <http://www.iiciativadeacceso.org> pp.1-7 “Estrategia mundial de la conservación”. Brasil. 1992. <http://www.onu.org> MA-TEO Ramón Martín, p.80 y ss. Luego varía su posición en T.III p.21 a partir de su utilización por Naciones Unidas y las Declaraciones de la Conferencia de Río 92. “Tratado de Derecho Ambiental”, Editora Trivium. España. 1991. BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. “Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano”. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. 2001. PNUMA., “De Río a Johannesburgo. Perspectivas del Derecho Ambiental en Latinoamérica”, PNUMA, México D. F. 2002. pp.9-114
6. *Lineamientos del partido comunista de Cuba*, aprobados en el 6to Congreso, realizado en La Habana en el año 2012. Editora Política. Cuba.
 7. *Sustentabilidad ambiental*. PNUMA. El desarrollo sostenible o sustentable, combinación de tres aspectos: crecimiento económico que favorezca el progreso y cohesión social y respete el medio ambiente, objetivos que al estar interrelacionados entre sí obligan a tratarlos de forma integrada. La necesidad de un enfoque integrado y estratégico de la dimensión social, económica y ambiental del desarrollo. Valores con visión a largo plazo, la apertura en el diálogo con las partes interesadas, la integridad y responsabilidad social. <http://www.pnuma.org>. Coincide MORENO PLATA, Miguel. “Génesis, evolución y tendencias del paradigma del desarrollo sostenible”. Editora Porrúa. México D.F. 2010.
 8. Ley No. 107. *Ley de la Contraloría General de la Republica de Cuba*. 2013. <http://www.contraloriageneral.cu> p.6 Decreto No. 100, “De la Inspección Estatal”, la Resolución No. 130 del CITMA, “Reglamento para la Inspección Ambiental Estatal”, de fecha 1 de junio de 1995, la Resolución No. 103 del CITMA, “Reglamento de la inspección estatal de la actividad reguladora ambiental”. Agencia del Medio Ambiente. CITMA. Cuba. 2007. Coincidente con FERNANDEZ RAMOS, Severiano. “Inspección Ambiental.” Revista Derecho del Medio Ambiente y Administración Local. Universidad de Cádiz. España. pp.133-158.
 9. Ley No. 81, Ley del medio ambiente. República de Cuba. <http://www.gacetaoficial.cu>.

10. Ley No.107 de la Contraloría General de la República de Cuba. [hptt//www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu). Cuba.
11. ARMADA TRABAS, Dr.C. Elvira. Tesis Doctor en Ciencias Económicas. *Metodología para desarrollar Auditorías de Gestión en Cuba*. INTERAUDIT s.a. Cuba. 1997. Son coincidentes BOJÓRQUEZ-TAPIA, Leonel y otros. “Aspectos metodológicos de la auditoría ambiental”. PEMEX: ambiente y energía. Retos del futuro. Serie E No. 69. UNAM. México D.F. 1998.pp.59-72 BELMONTE MARTIN, Ismael. “La ecoauditoría: un instrumento para la defensa del ambiente.” Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. No. 4. España.2009. pp.57-78 DENEGRI DE DIOS, Fabiola Maribel. “La auditoría ambiental en las Pyme”. La auditoría ambiental en la pequeña y mediana industria. Revista Contaduría y Administración. No. 235.Universidad de Baja California. México D.F.2011.pp.195-215 CONESA FERNÁNDEZ-VITORA, Vicente. “Auditorías medioambientales: guía metodológica”. Editora MUNDI-PRENSA. España. 1997. pp.11-33. FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio. “Principios del Derecho ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental” vinculados a la práctica de la “auditoría ambiental”. Boletín económico ICE. No. 2824. Universidad de Salamanca. España. 2004. pp.27-43. “Evaluación de los sistemas de ecogestión: la auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico.” Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente. N°155, 1997. España.pp.167-211. EGUSQUIZA PEREDA, Carlos. “Auditoría ambiental”. UNAM. México D. F 2006. p.15 VIÑA VIZCAÍNO, Gerardo. “Bases conceptuales de auditoría ambiental como un instrumento de prevención de la contaminación.” Colombia D.C. 2003. GONZÁLEZ MALAXECHEVARRÍA, Ángel. “La auditoría medioambiental, su evolución histórica y entorno político-institucional”. La contabilidad, beneficios para el sector empresarial con la aplicación de las P+L al disminuir costes. España.1997.p.2 GOMEZ GARCIA, Luis Eduardo. “Auditoría ambiental, voluntaria u obligatoria”. La importancia de ejecutar la auditoría ambiental en la industria, beneficios. Revista Orden Público, Estado y Derecho. UNAM. México D.F.2011. pp.27-29 AGUILERA MESA, MSc. Ivvone. Tesis de Master en Contabilidad y Auditoría. *Proyecto de Programas para la realización de auditorías de gestión ambiental*. Contraloría General de la República de Cuba. Revista MAC, No. 12 de 2004. Cuba.
12. Estrategia ambiental nacional. 2010. Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. Cuba. [hptt//www.medioambiente.co.cu](http://www.medioambiente.co.cu).

13. TRIANA CORDOVÍ, Juan. “Un panorama de la economía cubana, las transformaciones en curso sus retos y perspectivas”. DT No. 31.2008. [http/ www.cienciasociales/weblog.com](http://www.cienciasociales/weblog.com), consultado 14 de enero del 2014. pp.12 “La economía cubana: balance de las transformaciones y perspectivas”. IX Encuentro Internacional sobre Comercio Exterior e Inversión Extranjera. Universidad de la Habana. (CDrom) Cuba. 2013. *Cuba: ¿De la actualización del modelo económico al desarrollo?* Revista Nueva Sociedad No 242. 2012. <http://www.nuso.org> pp.7-19
14. VILLEGAS MORENO, José Luis. “Derecho Administrativo Ambiental”. Editora Sin Límite CA. Venezuela.2009.p.545 Coinciden MORA RUIZ, Manuela. “Tendencias del derecho administrativo ambiental: análisis de legislación y jurisprudencia” Revista Derecho y Conocimiento. Vol. 2. Universidad de Huelva. España.2013. pp.419-436 “Tendencias del derecho administrativo. “El derecho administrativo ambiental: transformaciones en el derecho administrativo general” Revista Derecho y Conocimiento. Vol. 1. Universidad de Huelva. España pp.523-532 LOZANO CUTANDA, Blanca. “Derecho Ambiental Administrativo”. 11na ed. Editora Trivium. España.pp.99-514.
15. Ley No. 81, disponible en <http://www.gacetaoficial.cu>
16. FERNANDEZ, Tomás Ramón. “Grandeza y miseria del Derecho Ambiental.” El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Editora Tirant to Blanch. Universidad Complutense de Madrid. España. 2000. p.3423. Son coincidentes CAFERRATA, Néstor Alfredo. “Introducción al Derecho Ambiental”. PNUMA. Elementos doctrinales acerca de la cultura ambiental. “Conferencia para la Protección del Globo”. “Declaración de la Haya”, bajo el lema: “El derecho a la vida, es la base de todos los demás derechos”. Editora INE-SEMARNAT, México D.F. 2004. pp.5-37. Son coincidentes ALENZA GARCÍA, Juan. “Manual de Derecho Ambiental”. Universidad Pública de Navarra. España.2001. pp.7-39 Vid: DE BESA ANTUNES, Paulo. “Derecho Ambiental”. ed. 14, Editora Lumen Juris. Brasil. 2010.p.3 BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. “Manual de Derecho Ambiental”.CITMA.Cuba.2000.p.3. CARABALLO MAQUEIRA, Leonel. “El Derecho Ambiental Cubano: Generalidades”. 1era ed. Editora Félix Varela. Cuba.2000.pp.1-82. “Derecho y Medioambiente. Consideraciones generales. Respuesta de las ciencias jurídicas a los problemas ambientales”. Editora Pablo de la Torriente Brau. Cuba.2012.pp.11-32 SANTOS, Nicolás. “Los principios generales del derecho ambiental y la industrialización” Revista de Derecho.

- Universidad de Montevideo. Uruguay. 2008. <http://tradinco@adinet.com.uy> pp.179-186.
17. Véase los sucesos acaecidos sobre la Revolución Industrial en Inglaterra y su incidencia desde esa época en la agresión al medioambiente, con mayor énfasis en los adelantos científico técnicos generados por el hombre, que a partir de este suceso histórico intensificaron más los adversos ambientales. <http://www.wikipedia>. Consultada el 20 de junio del 2010.
 18. *Auditoría ambiental*, como actividad de control. Ley No. 107. Ley de la Contraloría General de la República de Cuba. 2013. <http://www.contraloriageneral.cu>
 19. Normas ISO 14001:1998 *Sistemas de gestión ambiental*. Especificación y directrices para su uso. Organización Mundial no gubernamental, elabora y aplica los patrones internacionales de calidad; certifican empresas de los sectores comercial, industrial y tecnológico. <http://www.iso.org> p.17 Normas ISO 14001. *Implementa el procedimiento de la auditoría ambiental*. SGMA: Especificaciones y guías de uso. ISO 14004. SGMA: *Directivas generales sobre principios, sistemas y técnicas de apoyo*. ISO 14010. *Pautas para Auditoría Ambiental: Principios generales*. ISO 14011. *Pautas para Auditoría Ambiental: Procedimientos*. ISO 14012. *Pautas para Auditoría Ambiental: Criterios de calificación de auditores ambientales*. ISO 19011. *Fundamentos de la Auditoría Ambiental*. ISO 14020 a 14025. *Ecoetiqueta ambiental* ISO 14034. *Indicadores de desempeño Ambiental* ISO 14040 a 14049. *Análisis del ciclo de vida* ISO 14050. *Vocabulario* ISO 14062. *Ecodiseño* ISO 14064. *Gases efecto invernadero* <http://www.iso.org> Coinciden MENDEZ ORTIZ, Luis. “*Normas ISO 14000 como instrumento de gestión ambiental empresarial*”. Universidad Veracruzana. México D. F. 2009. p.75 HERRERIAS ARISTI, Eduardo. “*Relación de las ISO 14000 y la auditoría ambiental*”. México D.F. 2009.
 20. *Inspección ambiental*, Ley No. 81, Ley del medio ambiente. República de Cuba. <http://www.gacetaoficial.cu>
 21. “*Directrices de la auditoría ambiental*”. En relación a la Ley No. 107 para su ejecución en el país. <http://www.contraloria.cu> p.12
 22. DUGUIT, León. “*Las transformaciones del Derecho Público*”, Editora Colin, 3ª ed. París, 1925, p. 51. Actividad cuyo cumplimiento debe de ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, es indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente

- más que por la intervención de la fuerza gobernante. Son coincidentes GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y otros. “Curso de derecho administrativo”. Editora Marcial Pons. España.2003. “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, Revista de Administración Pública, No.17, 1955. GARRIDO FALLA, Fernando. “El concepto de servicio público en el derecho español” Universidad Complutense de Madrid, Revista de Administración Pública No.135.1994. p.8 Toda actividad técnica realizada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública y gestionada directamente por esta o indirectamente por sujetos independientes autorizados para ello, bajo un régimen jurídico especial y destinado a la satisfacción de un interés general. TOLEDO TOLEDO, Dalia. Tesis maestría: “La calidad en los servicios públicos como una estrategia para legitimar a los gobiernos locales”. Universidad del Ismo. México D.F. (2008). LONGO, Francisco. “La nueva gestión pública en la reforma del núcleo estratégico del gobierno: experiencias latinoamericanas”. Nueva Gestión Pública y regulación en América Latina. CLAD 2001, pp.8-73 CALLAFEL, Jorge. “Los servicios públicos”. Editora Anuario Jurídico. Argentina.2007. pp.1-19
23. GAGO, Ángel. “La reforma fiscal verde. Teoría y práctica de los impuestos ambientales.” Universidad de Madrid. España.1999. p.56 Son coincidentes BOKOBO MOICHE, Salvador. “Gravámenes e incentivos fiscales ambientales”. Revista Trivium. España. 2000. pp.5-47 DÍAZ ARAUJO, Mercedes. “Derecho Ambiental. Poder de policía”. La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora. Revista Doctrina-Jurisprudencia. Argentina.2012, pp.1-20 GARCIA-ARIAS, Juan. “Un nuevo marco de análisis para los bienes públicos: la teoría de los bienes públicos globales” Transformación sustantiva en la justificación y capacidad de actuación del sector público en la economía de mercado. Revista Estudios de Economía Aplicada. Volumen No.22. Universidad de León. España. 2004, pp.187-212. TERAN CONTRERAS, Juan y otros. “Instrumentos fiscales de la gestión ambiental”. Políticas de control de la contaminación ambiental, el sistema de regulaciones, la reducción de los índices contaminantes, el establecimiento de estándares ambientales y la aplicación de sanciones. Revista Estudios de Economía Aplicada. Volumen No.29. Universidad de León. España. 2009, pp.1-12 IBARRARÁN VINIEGRA, María. “Externalidades, Bienes Públicos y Medio Ambiente”. Universidad de las Américas. México D.F. 2010.

pp.1-15 ARIAS MENDOZA, Jhon Jairo. “Bienes y servicios ambientales”. Mercado de los bienes y servicios ambientales, una de las estrategias más adecuadas para alcanzar objetivos de conservación y desarrollo sostenible. Brasil.1992. Vinculado a la economía ambiental, al definirse los “Bienes Ambientales” como: los recursos tangibles utilizados por el ser humano como insumos en la producción o en el consumo final y que se gastan y transforman en el proceso, como madera, frutos, pieles, carne, semillas, medicinas, entre otros que son utilizados por el ser humano para su consumo o comercialización. Revista Estudios de Economía Aplicada. España. 2010. pp.1-9 GARRIDO VÁZQUEZ, Raúl. “Estudio de caso: Cuba. Aplicación de instrumentos económicos en la política y la gestión ambiental”. Anuario Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.pp.33-40. Cuba.2011 GARCINI GUERRA, Héctor. “Derecho Administrativo”, fomento: como estímulo y apoyo conferido por la Administración Pública. Editora Pueblo y Educación.Cuba.1981.pp.174 POLO MACEIRAS, Elena. Tesis doctoral: “Un sistema tributario, de la realidad a la aspiración”, la tributación ambiental vinculada al impuesto sobre el vertido ambiental. Universidad de Oriente. Cuba. (2010). REGUEIRO ALE, Vladimir. “La Legislación tributaria en Cuba”, el cumplimiento de la política tributaria, desde su perspectiva de experto en la ONAT dentro del Ministerio de Finanzas y Precios. Cuba. BONELL COLMENERO, Ramón. “La tributación ambiental y el Protocolo de Kyoto”. GAGO, Alberto y otros. “Impuestos ambientales y reformas fiscales verdes”. La configuración de las políticas ambientales y tributarias. Revista Economía. No. 4. p.91 Universidad de Vigo. España.2010. ALARCÓN GARCÍA, Gloria. ¿Son los tributos ambientales una opción para la financiación de las HHPP? Revista CUIDES. España.2012.pp.201-251 BUÑUEL GONZÁLEZ, Manuel. “Marco General de la Tributación medioambiental: concepto, justificación y base imponible”. En Tributación medioambiental: teoría, práctica y propuestas. Editora Deloitte-Thomson-Civitas. España. pp.41-58. PUIG VENTOSA, Ismael y otros. “La efectividad de los impuestos ambientales sobre el vertido y la incineración de residuos existentes en España.” Documentos del IEF.DOC 9. España. 2012. pp.57-79 FERRÉ OLIVE, Edgardo. “Legislación ambiental y política tributaria”. Editora CECONTA. Argentina. 2010.pp.1-24 VARGAS DELGADO, Iris. “Tributos ambientales para la protección de la atmósfera”. Contraloría General de la República de Chile. 2007.pp.1-5

24. Ley No 81, la responsabilidad civil, penal y administrativa, el derecho

- sustantivo cubano por los organismos de la Administración Pública, tratamiento. <http://www.gacetaoficial.cu> Coincide ARNER GUERRE, Ángel. “*Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental*”. En cumplimiento del Libro Blanco y el Libro Verde de la Unión Europea. Universidad de Zaragoza. España. 2013. pp.123-342
25. Vid: Ley No. 81, Ley del medio ambiente. República de Cuba. <http://www.gacetaoficial.cu>.
26. MORENO MEDINA, Ángel. “*Responsabilidad patrimonial por daño ambiental: propuestas para una reforma*”. La comisión del daño ambiental, políticas regulatorias en el ordenamiento jurídico por la practica de la auditoría ambiental. Universidad Carlos III. España.2007.p.13 Coincidente con JAQUENOD DE ZOGON, Silvia. “*El derecho ambiental y sus principios rectores*”.p.372. Editora Dikynson. España.2009. VILLEGAS MORENO, José Luis. “*Aproximación a la configuración del Derecho Administrativo Ambiental en Venezuela*”. Editora Sin Límite.2009. Venezuela.p.45 OBREGON SANCHEZ, Carolina. “*La responsabilidad ambiental de las empresas*”. Revista Administración. Colombia.2012. <http://www.revista.MMM.org> p.28 LOZANO CUTANDA, Blanca. “*Derecho Ambiental Administrativo*”. 4ªed. Editora Dykinson. España. 2001. pp.9-137 ARNER GUERRE, Ángel. “*Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental*”. En cumplimiento del Libro Blanco y el Libro Verde de la Unión Europea. Universidad de Zaragoza. España. 2013. pp.123-342
27. ANTUNEZ SÁNCHEZ, Alcides. Tesis de Especialidad. 2005. Facultad de Derecho. Cuba. Se hace reseña de las herramientas de gestión, con el uso de la auditoria ambiental. Revista EUMENED. España.
28. Vid: Auditoría ambiental. Ley No. 107. Ley de la Contraloría General de la República de Cuba. 2013. <http://www.contraloriageneral.cu>
29. Etiqueta ecológica”, MERCOSUR, 2003. “*Etiquetas verdes*”, p.91, Series normas técnicas ISO 9000-14000.2000. <http://www.iso.org> Pacto Global de las Naciones Unidas para contribuir a la emergencia de “valores y principios compartidos que den una cara humana al mercado global”. Los participantes ingresan voluntariamente y provee un marco general para fomentar el crecimiento sustentable y la responsabilidad cívica de empresas comprometidas. Posee enfoque preventivo frente a los retos medioambientales, promueve mayor responsabilidad ambiental, alienta el desarrollo y la difusión de tecnologías limpias. <http://www.pactoglobal.org.ar/content>. Consultado 15 agos-

to 2010. Coincide LOZANO CUTANDA, Blanca y otros. “La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea”. Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental No. 2001. España. p.5

30. HARRISON Y MAUTZ, sobre la *Filosofía de la Auditoría*, sentaron pautas desde la teoría de la auditoría, en la introducción a sus propuestas sobre postulados de auditoría, Mautz y Sharaf (1961) citan de Aristóteles (“Los Trece Libros de los Elementos de Euclides”, traducido por Sir Thomas H. Heath, vol. 1, segunda edición, Pág 119): “Toda ciencia demostrativa debe partir de principios no demostrables, o de lo contrario los pasos de demostración serían interminables”. Cuestiones presentes al ejercitar la auditoría, como acción de control de la Administración Pública en relación con su patrimonio. Si bien el propósito primordial de los postulados es establecer una base para la formulación de teoría, también describen ellos las características intrínsecas de la auditoría y definen un modelo con el cual se pueden comparar potenciales situaciones de auditoría. Ya que producirá un beneficio económico o social. La expectativa de la sociedad en relación con la auditoría y las circunstancias en que ha aparecido el fenómeno de la auditoría demuestran sin lugar a duda que una característica definitiva del proceso de auditoría es la de que debe ser independiente en todo sentido de la organización y los miembros de la organización sometidos a la auditoría.
31. *Libro verde*. Fomenta un marco para la *Responsabilidad Social de las Empresas*. Se manifiesta en una responsabilidad interna, incluye aspectos de gestión de recursos humanos, salud y seguridad en el trabajo, adaptaciones a los cambios y gestión del impacto ambiental y de los recursos naturales. La disminución de contaminaciones, del consumo de recursos naturales, de los gastos energéticos o de la generación de residuos para aumentar la rentabilidad y competitividad. Bruselas. 2001.p.1-35 *Libro Blanco*, incrementa la *protección a la salud humana y al medio ambiente*, frente a las exposiciones de sustancias y preparados químicos, mejora la competitividad, la capacidad de innovación del sector químico, en cumplimiento del principio de cautela. 2001. Manual para la formación en medio ambiente. Editora Lex Nova. España. 2008.
32. BERNAL PEDRAZA, Ángel. “*Responsabilidad ambiental de las empresas, un compromiso ético con el desarrollo sostenible*”. Universidad de Colombia.2009.p.23 . Son coincidentes BELMONTE MARTIN, Ismael. “*La ecoauditoría: un instrumento para la defensa del ambiente*.”

- Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. No. 4. España.2009.pp.57-78 Coincide PNUMA. 2012. Temas emergentes: en nuestro medio ambiente mundial. http://www.unep.org/year-book/2012/pdfs/UYB_2012_FULLREPORT_spanish.pdf ARNER GUERRE, Ángel. “Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental”. En cumplimiento del Libro Blanco y el Libro Verde de la Unión Europea. Universidad de Zaragoza. España. 2013. pp.123-342
33. *Gestión ambiental*, Ley No. 81, Ley del medio ambiente. República de Cuba. <http://www.gacetaoficial.cu>.
 34. CARMONA LARA, Dra. Maria del Carmen. *Sobre los aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México*. La autora hace un análisis jurídico de los aspectos de esta acción de control al medioambiente dentro de su país.
 35. DE BESSA ANTUNES, Dr. Paulo. *Direito ambiental*. Editora Lumen Juris LTD. 12 edición. ISBN 978- 85-375-0616-5. 2011. Brasil. El autor ejecuta un análisis sobre la teoría general del Derecho Ambiental. El orden constitucional del medio ambiente. Las competencias constitucionales en materia ambiental. La política y el sistema nacional del medioambiente. El poder de la policía ambiental. Saneamiento ambiental. Responsabilidad ambiental. Educación Ambiental. Con la Evaluación del Impacto Ambiental. El medio ambiente urbano. La protección legal a la diversidad biológica. La política energética y el medio ambiente. Vinculados con el Derecho Administrativo Ambiental.
 36. IRRIBARREN, Dr. Federico, “*Evaluación de impacto ambiental. Su enfoque jurídico*”, pág. 43, Editora Universo, 1997. El autor refiere sobre la auditoría ambiental: tiene por objeto apreciar el impacto que todo o parte de la producción o existencia de una empresa es susceptible de generar sobre el ambiente. Puede tener un objeto de alcance variable.- Puede limitarse su objeto al impacto de un producto o línea de producción. Puede tratarse de un análisis de riesgos presentados por ciertos productos o materias primas, o su producción susceptible de generar tal o cual desecho.- También puede tener por objeto analizar los efectos de un establecimiento industrial en un lugar determinado.-La auditoria tomará en consideración la situación geográfica, económica, sociológica e hidrológica para apreciar las incidencias que el proyecto de implantación sería susceptible de generar en esos medios. Finalmente la auditoría ambiental podrá tener por objeto general, en-

focando un análisis global del impacto ambiental que producirá el funcionamiento de un establecimiento en el lugar.

37. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: “*Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa*” pág. 98 a 101, Editora Abeledo Perrot, 1995 refiere que la auditoría ambiental debe realizarse mientras la empresa permanece activa; el estudio de impacto es previo y está destinado a obtener una autorización administrativa.- tiene un objetivo diferente, apunta a informar a la dirección de la empresa sobre los riesgos que puede correr y la consecuente responsabilidad que pueden generarles y así poder prevenirlos, minimizarlos y evaluarlos.
38. DE GATTA SANCHEZ, Dionisio. Universidad de Salamanca. España, señala los aspectos generales sobre la protección jurídica del medio ambiente, sobre las actividades relacionadas con el derecho administrativo y el control al medio ambiente, con pertinencia en la responsabilidad ambiental.
39. DI TRINDADE ARNADO, Frederico A. *Direito Ambiental Esquematisado*, el ejercicio de la auditoría ambiental y sus presupuestos jurídicos. Editora METODO, Brasil, 2011.
40. DE MEDEIROS GARCIA, Leonardo. *el derecho ambiental constitucional*, Brasil. 2010, Editora JIUS POVIVM
41. BELTRAO, F. G. *Direito Ambiental*, 2011. Brasil.
42. MARTIN, Dr. Leandro Maximiliano. *Apuntes del Derecho Ambiental*, hace un estudio sobre este nuevo derecho, en relación a su problemática, conceptualización por diversos autores como rama del derecho, la evolución de la conciencia ambiental en relación con la problemática ambiental internacional, desde sus orígenes históricos remotos, el vocabulario ambiental, la legislación ambiental, la ecología, el daño ambiental, el cambio climático, la relación del hombre con el ambiente, el biocentrismo jurídico, los modelos de desarrollo, el desarrollo sustentable, y la tutela jurídica del medioambiente.
43. MEIER, Dr. Henrique. Profesor de politología y derecho administrativo, realiza un estudio sobre las relaciones entre el derecho y el medio ambiente, aborda temas como la industrialización, urbanización, latifundio, el concepto de derecho ambiental, las funciones de esta rama del derecho dentro de la sociedad, los factores que intervienen en esta rama del derecho con el Estado en sus relaciones, y su conclusión al denominarle el Derecho que ha de asegurar la vida en el planeta, con su nicho de investigación en la actual Republica Bolivariana de Venezuela. Publicado en el 2007.

44. BUSTAMANTE ALSINA, Dr. Jorge. Aspectos relacionados con el medio ambiente, su preocupación a escala global, la difusión necesaria de la conciencia global en la materia tratada, la necesidad de su institucionalización en materia de protección, los congresos internacionales realizados en relación al derecho del medio ambiente de mayor relevancia que han trazado pautas, el poder de policía de la Administración Pública, la intervención de la Administración Pública y la tutela ambiental, las regulaciones administrativas, la Auditoría Ambiental, la EIA, 2010.
45. LOPEZ SELA Dr. Pedro, Universidad Autónoma de México. estudio de las implicancias del Derecho Ambiental, relacionado con el derecho, la ecología y el medio ambiente, la gestión ambiental, la AUDITORIA AMBIENTAL, responsabilidad jurídica por daños al medioambiente..
46. QUINTANA VALTIERRA, Dr. Jesús. *Derecho Ambiental Mexicano*, Lineamientos generales, 2006. editora Porrúa. 1era edición.
47. MORALES LAMBERTI, Dra. Alicia. *Gestión y Remediación de Pasivos Ambientales*: políticas y atribución de responsabilidad, editora MULTIGRAF, en Argentina en el año 2008. hace un abordaje sobre los pasivos ambientales y su configuración jurídica, en relación con la actividad minera. La actividad de policía ambiental, el seguro ambiental, el control y la fiscalización ambiental, y las concesiones administrativas ambientales.
48. LORENZETTI, Dr. Ricardo Luis. *Teoría del Derecho Ambiental*, sobre el origen de esta nueva rama del derecho, paradigmas teóricos, el seguro ambiental, la seguridad jurídica ambiental, la tributación verde, las técnicas de comando y control, la normativa ambiental argentina, análisis de sentencias internacional ambientales, el paradigma ambiental, incertidumbre y riesgos ambientales. 2008.
49. BUSTAMANTE ALSINA, Dr. Jorge. *Fundamentación normativa del Derecho Ambiental*. Editora Abeledo Perrot. Argentina. Aborda la temática del control al medio ambiente a través de la auditoría ejecutada por la Administración Pública. La diferencia y analogía con la EIA. 2011.
50. MORALES LAMBERTI, Dra. Alicia y autores. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOVA. Argentina. *El control ambiental en la actividad de la minería y su importancia en preservar los recursos naturales*. 2008, Editora ALVERONI.
51. NOVAK, Dr. Frank. *Diplomado en Derecho Ambiental y procesos ambientales*. UNIVERSIDAD LA SALLE. CEJA. México.

52. SALES, Dr. Rodrigo. *La Auditoría ambiental, aspectos jurídicos*. Sao Paulo. Brasil. 2001. Aspectos jurídicos para la concreción de esta herramienta de gestión.
53. Profesora del área de las ciencias contables en la UNIVERSIDAD DE LA HABANA, investigadora en la temática relacionada con la Auditoría ambiental, realizando aportes desde la arista contable financiera, en relación con la tutela y el ejercicio de esta institución jurídica. Cuba.
54. Ilustre profesora del área de las ciencias contables de la UNIVERSIDAD DE MATANZAS, quien desde el Centro de Estudios del Desarrollo para el Turismo, ha desarrollado en investigaciones la pertinencia de esta *herramienta de gestión ambiental* en pos de un desarrollo sustentable. Cuba.
55. Profesor destacado en el área contable financiera en la UNIVERSIDAD DE CAMAGUEY, quien en su autoría y coautoría ha venido desarrollando estudios sobre la temática de la tesis en el centro de estudios dentro de su área académica, sobre la pertinencia de la aplicación de este *herramienta de gestión* en el sector empresarial y del turismo en el país. Cuba.
56. Profesor e investigador en el área contable financiera en la Facultad de Ciencias Empresariales y Económicas, en la UNIVERSIDAD DE GRANMA, ha desarrollado estudios sobre el desarrollo de la *auditoría ambiental* en el territorio de la provincia. Cuba.
57. Directiva de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, quien ha desarrollado investigaciones relacionadas con el control al ambiente, y en especial lo relacionado con la auditoría, la misma trabaja actualmente en lo que será el programa de la auditoría ambiental, a ejercitar por este órgano de control y el CITMA, tal y como lo establece la Ley No. 107. Cuba.
58. Contrastar la obra en materia ambiental publicada por VIAMONTES GUILBEAUX, Dra.C. Eulalia de la Caridad. *Derecho ambiental cubano*, en una compilación de autores. Y otros artículos que en materia ambiental la prestigiosa autora ha incursionado en esta temática. UNIVERSIDAD DE LA HABANA. Cuba.
59. Consultar la obra de CARABALLO MAQUEIRA, Dr.C. Leonel. *El pensamiento ambiental cubano*. Profesor titular. Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD DE LA HABANA. Especialista de la Dirección Jurídica del CITMA. Aborda en su tesis la necesidad de modificar conductas relacionadas con el tema ambiental, en pos del desarrollo sustentable con el medio ambiente. Cuba.

60. FERNANDEZ RUBIO-LEGRA, Dr.C. Ángel. Ver su obra sobre la *Ley del medio ambiente en 150 preguntas y respuestas*. Publicado por el Ministerio de Justicia. Cuba. INSTITUTO DE RELACIONES INTERNACIONALES.
61. REY SANTOS, MSc. Orlando. *Retos en la implementación del derecho ambiental*. Cuba. CITMA. 2006.
62. FOURNIER DUARTE, Dra.C. Niurka. Ver artículo sobre la aplicación de la JUSTICIA AMBIENTAL. Jueza del Tribunal Popular Provincial de Santiago de Cuba. Cuba.
63. MONZON BRUGERA, Dra.C. Yailen. Consultar su tesis doctoral sobre el *Manejo Integrado de Zonas Costeras en Cuba*, donde la autora hace referencia de los presupuestos del Derecho Ambiental. 2012. UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS. Cuba.
64. ELIAS VEGA, MSc. Niobis. Consultar el informe de la tesis sobre *el manejo integrado de zonas costeras*, defendido por la autora en la Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD DE ORIENTE. Cuba.
65. CANOVAS GONZALES, Dr.C Daimar. *Derecho del medio ambiente*, editora Venezolana, donde el autor aborda la problemática de la protección del ambiente, desde su dimensión social. Cuba.
66. *Normas ISO 14001*. Implementa el procedimiento de la auditoría ambiental. SGMA: Especificaciones y guías de uso. ISO 14004. SGMA: Directivas generales sobre principios, sistemas y técnicas de apoyo. ISO 14010. Pautas para Auditoría Ambiental: Principios generales. ISO 14011. Pautas para Auditoría Ambiental: Procedimientos. ISO 14012. Pautas para Auditoría Ambiental: Criterios de calificación de auditores ambientales. ISO 19011. Fundamentos de la Auditoría Ambiental. ISO 14020 a 14025. Ecoetiqueta ambiental ISO 14034. Indicadores de desempeño Ambiental ISO 14040 a 14049. Análisis del ciclo de vida ISO 14050. Vocabulario ISO 14062. Ecodiseño ISO 14064. Gases efecto invernadero <http://www.iso.org>
67. Informe del PNUMA “*Planeta Verde*”, el que hace una relatoría sobre la actual situación legislativa ambiental en la que se encuentra el área geográfica latinoamericana. Liderado por los profesores Dr. Néstor CAFERRATA y el Dr. Gustavo RINALDI. Argentina. 2013.
68. FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio. *Los principios y aspectos generales relacionados con la protección al medioambiente*”, la responsabilidad social corporativa y la auditoría ambiental. Universidad de Salamanca. España.2009.p.12 Coinciden LOPERENA ROTA, Demetrio. “*Los principios del Derecho Ambiental*.” España.1998.p.13 CANOSA

USERA, Raúl. "Protección jurídica del medio ambiente". Editora Fundación para el Análisis y Estudios Sociales. España. 2010. pp.5-79

69. *Ibidem* No. 55.

70. MATILLA CORREA, Andry. "Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica". Revista jurídica UNAM, México D. F. p.402. Universidad de La Habana. [hptt/www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). 2013. Es criterio de este autor sobre este tipo de actividad al considerarle como una actividad de control, en el caso de Cuba puede también entenderse como servicio público. En otros países este tipo de actividad la realizan sujetos privados, es una típica expresión de ejercicio de funciones públicas por parte de los privados, requieren ciertos títulos habilitantes para ello. En Cuba existe una confusión con el término servicio público, de ahí que muchos no lo entiendan como tal, desde su perspectiva la actividad de auditoría en Cuba es un servicio público que se concreta en cierta actividad de control en su contenido, es de titularidad pública, la realiza una entidad pública en función de un interés y se concreta en ciertas prestaciones que el contenido de control. En el país existe mucha asistemática y fragmentación en esa articulación. Hay que conocer bien esas categorías para poder articularlas y llegar a conclusiones a partir de lo complejo de nuestro andamiaje normativo, que por demás no tiene detrás un pensamiento de este tipo y no cree hoy que en la práctica cubana se logre entender eso Son coincidentes DUGUIT, León. "Las transformaciones del Derecho Público", Editora Colin, 3ª ed. París, 1925, p. 51. Actividad cuyo cumplimiento debe de ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, es indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y otros. "Curso de derecho administrativo". Editora Marcial Pons. España. 2003. "La actividad industrial y mercantil de los municipios", Revista de Administración Pública, No.17, 1955. GARRIDO FALLA, Fernando. "El concepto de servicio público en el derecho español" Universidad Complutense de Madrid, Revista de Administración Pública No.135.1994. p.8 Toda actividad técnica realizada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública y gestionada directamente por esta o indirectamente por sujetos independientes autorizados para ello, bajo un régimen jurídico especial y destinado a la satisfacción de un interés general. TOLEDO TOLEDO,

- Dalia. Tesis maestría: “*La calidad en los servicios públicos como una estrategia para legitimar a los gobiernos locales*”. Universidad del Ismo. México D.F. (2008). LONGO, Francisco. “*La nueva gestión pública en la reforma del núcleo estratégico del gobierno: experiencias latinoamericanas*”. Nueva Gestión Pública y regulación en América Latina. CLAD 2001.pp.8-73 CALLAFEL, Jorge. “*Los servicios públicos*”. Editora Anuario Jurídico. Argentina.2007.pp.1-19
71. MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en <http://www.gacetaoficial.cu>, podrá consultar las normas jurídicas relacionadas con los Organismos de la Administración Pública en el país y el actuar de los Consejos de las Administraciones de cada territorio.
72. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. “Panorama...” Ob. cit., p. 115. Son coincidentes REYNA ALFARO, Luis Miguel y otros...los servicios públicos provienen del interés público por sus actividades, y se traduce principalmente en control de tarifas y servicios... en Colectivo de autores. “Actualidad de los...Ob. cit.” (“*Los servicios públicos en el Perú: Una visión preliminar*”), p. 595. BOQUERA OLIVER, José. “*Derecho Administrativo*”, 10 edición, civitas, Madrid, 1996, p. 71.
73. REYNA ALFARO, Luis y otros... su prestación puede ser hecha tanto por un organismo público como por particulares, pero bajo la autorización, control, vigilancia y fiscalización del Estado con estricto apego al ordenamiento jurídico pertinente. Coincide ISLAS COLIN, Alfredo...el citado autor define este elemento bajo la calificación de orgánico, argumentando...En los servicios públicos los elementos orgánicos consisten en el aseguramiento de dicha actividad por un órgano de la Administración Pública, pero el Derecho Administrativo clásico permite, por una parte, que una persona privada pueda prestar el servicio público. en Colectivo de autores. “Actualidad de los...Ob. cit.” (los servicios públicos en el Perú: una visión preliminar), p. 589.
74. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “*Principios de Derecho Público Económico*. (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)”. Universidad Autónoma de Madrid, Granada, 2001, p 522.
75. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Principios de...Ob.cit., p. 531.
76. GASTÓN JÉZE. “*Principios generales...* Ob.cit., p. 9. Coincidente con BOQUERA OLIVER, José María cuando destaca la condición sine qua non para que pueda crearse un servicio público, es decir que el legislador debe haber calificado de público el fin que será atendido, de esta manera el legislador y la Administración Pública decidirán cuales

serán esos servicios sin contar aquellos en los que la Ley impone su creación a la Administración Pública por ser considerado necesario para satisfacer necesidades de carácter colectivo; y en los que se le deja discrecionalmente su creación, (servicios voluntarios). en “Derecho Administrativo”, volumen I, 3ra Edición, Editorial Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1979, pp. 234-235.

77. Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en [hptt//www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu), en cuanto a la Ley de la Salud Pública, en relación con el actuar del Ministerio de Salud Pública y en especial la Inspección Sanitaria Estatal.
78. Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en [hptt//www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu), en relación con las funciones del Ministerio de la Agricultura en la política forestal, a través de la Ley Forestal y el actuar de sus cuerpos de inspección estatal, vinculados al derecho administrativo sancionador.
79. Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en [hptt//www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu), en relación con la inspección estatal en materia de seguridad y salud, ejercitada por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
80. Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en [hptt//www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu), en relación con la Ley de la Fiscalía General de la República de Cuba.
81. Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en [hptt//www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu), actual normativa en Cuba que regula la auditoria y su ejercicio en el territorio nacional.
82. Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en [hptt//www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu), relacionada con la actual política tributaria del país.
83. A través de la ESEN o la ESICUBA, actuales empresas en materia de seguros establecidas en Cuba. Legitimada a tenor del Decreto Ley No. 263 y las normativas sustantivas de esta actividad. Son coincidentes VIGURI PEREA, Ángel. “*La responsabilidad en materia ambiental: el seguro ambiental*”. La importancia de adquirir la póliza contra los ad-

versos ambientales en la empresa. Universidad de Pittsburgh. Estados Unidos de América. 2011. p.53. CABEZA ARES, Alberto. "Los seguros de responsabilidad civil medioambiental en la obligación de reponer y restaurar el medioambiente alterado". Editora Universidad de León. España. 2003. p.67

Referencias

- ARMADA TRABAS. *Metodología para desarrollar Auditorías de Gestión en Cuba*. Tesis en Opción al grado científico de Doctor en ciencias económicas. La Habana, Cuba: Editora Ministerio de Educación Superior, 1997.
- _____. *Curso Teoría de la auditoría*. Universidad de La Habana. Ministerio de Educación Superior, 2011.
- AGUILERA MESA, MSc. I. *Proyecto de Programas para la realización de auditorías de gestión ambiental*. Tesis en opción al grado científico de Master en Contabilidad y Auditoría. Revista de Auditoría y Control. Contraloría de la República. No. 12. La Habana. Cuba. 2004
- ANTUNEZ SANCHEZ, MSc. A. F. *La auditoría en Cuba*. Tesina del Diplomado Derecho de Empresas. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Cuba. 2002.
- _____. *Los problemas ambientales en Granma. La auditoría ambiental como herramienta de Gestión*. Tesis de la Especialidad Derecho de Empresas. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Cuba. 2005
- Aspectos generales del medio ambiente y de la gestión ambiental empresarial*. Grupo de trabajo estatal. Bahía Habana. Autores: Socarras Stable, Johanna y otros. *Producciones más limpia, consumo sustentable*. p.49. *Auditorías ambientales. Derecho urbanístico*. Cuba. 2009
- ANTUNES, Paulo de Besa. *Direito Ambiental*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ÁGUILA CARRALERO, A. y otros. *Consideraciones sobre la tributación ecológica como una alternativa para la protección ambiental*. Facultad de Derecho. Universidad de Camaguey. Cuba. 2012.
- ARIÑO ORTIZ /J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ/J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "Significado actual de la noción de servicio público". en la obra "El nuevo servicio público", M. Pons, Madrid, 1997.
- BRAÑES BALLESTEROS. Dr. R. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. Edición CITMA. La Habana. Cuba. 2005.

- _____: *Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano*. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, PNUMA, México D.F. 2001.
- _____. *La fundación del Derecho Ambiental en América Latina*. Chile. 2003.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. *Servicio público y derechos fundamentales*. Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 21, 2003.
- BREWER-CARIÁS, A. *Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*. Comentarios monográficos. Universidad Central de Venezuela, 2010.
- BERNAL PISFIL, F. *Auditoría Ambiental o Ecoauditoría*. Revista Actualidad Empresarial, N° 201. Colombia. 2010.
- BELTRAO, A.F.G. *Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.
- BELLORIO, D. *Tratado de Derecho ambiental*. Argentina: Editora AdHoc s.r.l. 1997.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. *Derecho Ambiental. Fundamentación normativa*. España: Editora Montecorvo, 2010.
- CARABALLO MAQUEIRA, Dr.C. L. *El pensamiento ambiental cubano*. Especialista principal de la Dirección Jurídica del CITMA. Cuba, 2000
- _____. *La presencia de la concepción de producción más limpia en la legislación ambiental cubana*. Cub@: Medio Ambiente y Desarrollo; Revista electrónica de la Agencia de Medio Ambiente. Cuba. 2005.
- CAFFERATA, Dr. N. A. *Introducción al Derecho Ambiental*, México D.F.: Editora INE- Semarnat, 2004.
- CANOVAS GONZALEZ, Dr.C. D. *Estudios sobre Derecho del Ambiente*. Valencia, Venezuela: Editora Vadell hermanos, 2011.
- COMA, M. *Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales*, núm. 84, septiembre-diciembre 1977.
- COUZINET, P. *La fiscalización de la actividad administrativa de las autoridades locales en Francia*. 19(56) 313-27.
- CRUZ SARDIÑAS, T. *El derecho al desarrollo sostenible. Una actualización obligada para la doctrina del Derecho Ambiental*. I Congreso Política, Derecho y Justicia Ambiental. 9ª Convención Internacional sobre Desarrollo y Medio Ambiente. La Habana. Cuba. 2013.
- DROMI, R. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- DUGUIT, L. *Las transformaciones del Derecho Público*. Traducción de

- Adolfo POSADA y Ramón JEAN. Segunda ed. un volumen en 8.º pesetas 6.
- ESCRIBANO COLLADO, P. *El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica*, núm. 82, enero-abril 1977.
- FONT ARANDA, Dra.C. M. y autores. *La auditoría ambiental, una perspectiva global y nacional*. Centro de Estudios del Instituto de Turismo Matanzas. Universidad de Matanzas. Cuba. 2011.
- FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Dr.C. Á. *Ley 81 en más de 150 preguntas y respuestas*. La Habana, Cuba: Editora MINJUS, 1999.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J. *Teoría del Estado*, Primera Parte. La Habana: Editorial Félix Varela, 2004.
- _____. *Teoría del Derecho*. Primera Parte. La Habana: , Editorial Félix Varela, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Dr. E. *Curso de Derecho Administrativo*. Parte 1 y 2. La Habana, Cuba: Editora Félix Varela, 2007.
- GARCINI GUERRA, Dr. H. *Derecho Administrativo*. La Habana, Cuba: Editora Pueblo y Educación, 1986.
- GARRIDO VÁSQUEZ, R. *¿La economía verde o la economía del desarrollo sostenible? Retos actuales y respuestas a los lineamientos del 6to Congreso del Partido Comunista de Cuba*. I Congreso de Política, Derecho y Justicia. 9na Convención Internacional sobre Desarrollo y Medio Ambiente. Cuba. 2013.
- GONZÁLEZ MALAXECHEVARRÍA. A. *La Auditoría medioambiental, su evolución histórica y entorno político-institucional*. Madrid. España: [s.e.], 1997
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, Revista de Administración Pública, núm. 17, 1955.
- _____. *El servicio público en los transportes urbanos*, núm. 10, enero-abril 1953.
- _____. *Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos*, núm. 12, septiembre-diciembre 1953.
- HERNÁNDEZ AGUILAR, O. y otros. *Fundamentos jurídicos constitucionales de la gestión ambiental en Cuba*. Propuestas para su perfeccionamiento desde una perspectiva integral. I Congreso de Política, Derecho y Justicia Ambiental. 9na Convención Internacional sobre Desarrollo y Medio Ambiente. Cuba. 2013.
- ISLAS COLIN. A. en Colectivo de autores. *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. (El servicio público en el Derecho francés”). Universidad Autónoma de México, 2008.

- JAQUENOD DE ZSOGON, Dra. S. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. 3. ed. U.S.: Editora Dykinson, S.L, 1991.
- _____. *Derecho ambiental*. Editora Dykinson. España. 2004.
- JUSTE RUIZ, Dr. José. *La evolución del Derecho Internacional del medio ambiente*. Universidad de Valencia. España. 2007.
- _____. *La evolución del Derecho Internacional del medio ambiente*. Universidad de Valencia. España. 2007.
- JORDANO FRAGA, Dr. J., *El Derecho Ambiental del Siglo XXI*. Revista Electrónica de Derecho Ambiental, 09, julio 2003. En: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/09/dcho_amb2_XXI.htm (visitado el 18 de enero de 2009). España.
- La inspección ambiental estatal*. Agencia del Medio Ambiente. CITMA. Criterios sobre la auditoría ambiental y sobre la inspección estatal. CITMA. Cuba. 2007.
- La fiscalización superior en los umbrales del siglo xxi*. Auditoría ecológica, revista OLACEFS. Volumen I, no. 4. pp. 3-25. Autora: Martínez Sanz, Maria Luz. 1993.
- LOZANO CUTANDA, B. *Derecho Ambiental Administrativo*, 5ta ed, Editora Dykinson. España. 2004.
- MATILLA CORREA, Dr.C A, *Comentarios sobre las fuentes del derecho administrativo cubano (excepto el reglamento)*”, en Castanedo Abay, A y otros., *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, T I, Editora Félix Varela, La Habana, Cuba. 2004.
- MATILLA CORREA, A. *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*. La Habana: Editorial universitaria, 2009.
- _____. en Colectivo de autores. “*Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*”. (Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica). Universidad Autónoma de México, 1ª ed. 2008.
- _____. *Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano*, en AA. VV., *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- _____. *Observaciones sobre el régimen legal vigente de las concesiones administrativas en Cuba*”. www.juridicas.unam 2012.
- MARTÍN MATEO, R. *Manual de Derecho Ambiental*, 2. ed. Madrid, España: Editora Trivium, S. A., 2001.
- _____. *Tratado de Derecho Ambiental*, Volumen I, Madrid, España: Editora Trivium S.A., 1991.

- MARTÍN MATEO, R. *Derecho administrativo*. Tomo I, 6. ed. España: Editora Trivium, 1997.
- MORA RUIZ, M. *Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: Transformaciones en el Derecho Administrativo general*. Revista Derecho y Conocimiento. Universidad de Huelva. España. 2012.
- MEMBIELA GUAITA, A. *La municipalización de servicios públicos. Especialmente referida al abastecimiento de agua de las poblaciones*. Prólogo del Excmo. Sr. D. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local, 1950.
- MOEELL OCAÑA, L. *La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria*. 63(70) 131-65.
- Normas de auditoría*. Contraloría General de la República de Cuba. Actualizadas por las normas de las EFS (INTOSAI) y las Normas Internacionales de Auditoría. 2012.
- NIETO, Dr. A. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. España: Editora TECNOS, 1994.
- OJEDA MESTRE, R. *Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental*. México. Las cien caras del Derecho Ambiental. México. 2012.
- Prácticas de producción más limpias*. Colectivo de autores. Manual de formación ambiental básica. La Habana: Cuba. Capacidad 21. PNUD-CITMA. 2007
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Servicios públicos y usuarios de servicios*. Revista de Administración Pública. Enero-agosto 2005.
- PEREZ VAQUERO, C. *Diez claves para entender el Medio Ambiente*. UNIVERSIDAD DE VALLADOLID. España. 2012.
- PARÉS SALAS, A. *El contencioso de los servicios públicos*. Consideraciones en torno al artículo 259 de la Constitución y a derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos. Revista de Derecho Administrativo. N° 12.
- REY SANTOS, O. *Evaluación sobre la implementación de la Ley 81/97 Del Medio Ambiente a ocho años de su promulgación*, en Di Cagno, V., La Protección del Medio Ambiente en Cuba. La Habana: Editora Ciencias Sociales, Cuba, 2005.
- _____. *Instrumentos de la gestión ambiental*, en Viamontes Guilbeaux, E. C y otros., Derecho Ambiental cubano, 2. ed. La Habana, Cuba: Editora Félix Varela, 2007.
- REYNA ALFARO y Karen VENTURA SAAVEDRA. en Colectivo de

- autores. *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. (“Los servicios públicos en el Perú: Una visión preliminar”). Universidad Autónoma de México, 2008.
- RIVERO Y SERN, E. *La protección del usuario a los servicios públicos*, núm 87, septiembre-diciembre 1978.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. en Colectivo de autores. *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. (Sobre el servicio público universal en materia de telecomunicaciones). Universidad Autónoma de México, 2008.
- QUINTERO TIRADO, M. *El derecho procesal ambiental y la tutela efectiva*. España. 2012.
- VILLEGAS MORENO, J. L. *Derecho Administrativo Ambiental*. Editora Sin Límite CA. Venezuela. 2009.
- VIAMONTES GUILBEAUX, Dra.C. E. *Compendio de Legislación Ambiental*. Tomo I. Editora Félix Varela. Cuba. 1998.
- _____, E. C y otros. *Derecho Ambiental cubano* 2. ed. La Habana, Cuba: Editora Félix Varela, 2007.
- Vita Roso, J. *La auditoría jurídica como actividad multidisciplinaria y el uso de tecnologías modernas*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales Universidad Tecnológica del Perú. 2009.
- VALLS HERNÁNDEZ, S. en Colectivo de autores. *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. (La noción del servicio público en el Estado Social de Derecho). Universidad Autónoma de México, 2008.
- VILLABELLA ARMENGOL C. M. *Historia Constitucional y Poder Político en Cuba!*, Ácana, Camaguey, 2009.
- _____. *La investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica*. ed. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 2009.
- _____. *Selección de Constituciones iberoamericanas*. La Habana: Félix Varela, 2004.
- VILLAR EZCURRA, J. L. *El derecho a la educación como servicio público*, núm. 88, enero-abril 1979.
- WALINE, M. *“La noción de servicio público”*, en LL, t. 75.
- ZANOBINI, G *“Curso de Derecho Administrativo”*, Volumen I. Parte General. Ediciones ARAYÚ. Buenos Aires. 1954.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. España: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

Mistanásia: Uma questão de políticas públicas, direito e cidadania.

Mistanásia: A matter of public policy, collective right and citizenship.

Artigo recebido em 11/05/2014.

Revisado em 08/06/2014.

Aceito para publicação em 15/06/2014.

Antonio José Franco de Souza Pêcego

Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. UNAERP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera. UNIDERP/REDE LFG. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MINAS. Professor de Graduação (FPU) e Pós-Graduação em Direito (Pitágoras). Pesquisador pelo CNPq. Juiz de Direito de Entrância Final em Minas Gerais – TJMG. antoniopecego@hotmail.com

Ticiani Garbellini Barbosa Lima

Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Advogada inscrita na OAB/SP. ticiani@adv.oabsp.org.br.

Resumo

A saúde pública, como espécie do gênero saúde, integra os direitos sociais fundamentais de segunda dimensão que implicam numa obrigatória prestação positiva por parte do Estado, contudo há um descaso estatal com a questão que ao longo do tempo vem se agravando por omissão ou ineficiência do Estado que, assim, deixa de assegurar a contento o exercício desse direito coletivo concedendo apenas uma cidadania tutelada.

Palavras-chave

Saúde pública. Direito coletivo. Cidadania. Mistanásia.

Abstract

Public health, as a species of the genus health, integrates the basic social rights of second dimension involving a mandatory positive provision by the state, however there is a state disregard for the issue that over time has been aggravated by inefficiency or failure of the State which thus, fails to ensure the satisfaction of exercise of this collective right granting citizenship only one ward.

Keywords

Public health. Collective right. Citizenship. Mistanásia.

Sumário

Introdução. 1. Mistanásia e direitos fundamentais. 2. Dignidade da pessoa humana, cidadania e direito coletivo à saúde pública. 3. Políticas públicas e sua efetivação. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

De longa data se noticia, com relativa frequência, que houve a morte de uma pessoa na porta, corredor ou vão de entrada de um hospital, não quando de sua entrada, mas sim por falta de leitos, médicos e instalações para o devido atendimento público médico-hospitalar emergencial.

Veio a denominada Constituição-Cidadã de 1988 e a cidadania se institucionalizou como um princípio fundamental do nosso Estado Democrático de Direito, mas sem mecanismos concretos de se materializar essa cidadania tutelada, passados mais 25 anos do novo Estado, constatamos que ainda não alcançamos uma real democracia.

Esse atuar deficiente do Estado no viés social fomenta a desigualdade social e a discriminação daque-

les que são reféns da saúde pública em detrimento dos que podem se valer da saúde privada, sobrepondo aos interesses sociais os econômicos privados que tanto interessam a uma globalização hegemônica neoliberal, fomentadora da exclusão social, deixando assim, os entes públicos, de cumprir no social com os seus fins constitucionais.

Esse descaso com a saúde pública tem levado muitas pessoas ao desespero nas portas dos hospitais públicos, havendo até pontuais *dias de fúria* por parte de algum integrante do corpo médico ou de familiares/ amigos que quando não desabafam perante as câmaras de televisão sobre o caos da saúde pública, promovem verdadeiro quebra-quebra no local.

Esse fato é de extrema gravidade na medida em que incumbe ao Estado prestar uma saúde pública a contento que, por não a realizar desse modo, acaba, por via oblíqua, negando esse essencial direito social coletivo e, em consequência, o exercício de uma cidadania moderna, promovendo uma verdadeira higienização social e efetiva exclusão social por meio do óbito a des- tempo que atinge aquelas camadas da sociedade mais vulneráveis.

Essa ação nefasta se denomina *mistanásia* por ser uma morte prematura, miserável dos que vivem em precárias condições de vida na sociedade, o que reclama uma releitura dos direitos sociais, como direitos fundamentais que integram o catálogo da nossa Constituição Federal de 1988 e dos fins do Estado numa democracia.

O caminho a ser perseguido repousa numa maior participação popular na gestão e políticas pú-

blicas, propiciando um controle social da eficiência, transparência, moralidade e legitimidade da Administração, atuar que vai ao encontro das aspirações democráticas em que se devem estruturar as instituições públicas, fomentando por meio de mecanismos próprios a concretude plena de uma cidadania moderna, com respeito efetivo aos direitos fundamentais individuais e coletivos em todos os níveis da nossa federação.

Para tanto, não mais se justifica a existência de cidadãos-servos como “os sujeitos dos *direitos sem poder*” por confiarem apenas ao Estado a proteção de seus direitos e garantias, suportando “uma democratização falsa e insuficiente que não impede o poder político privado modelar a ‘vontade estatal’, que facilita o crescimento, supra-estatal e extra-estatal, desse poder privado” (CAPELLA, 1998, p. 147) e, em consequência, faz com que o Estado deixe de lado o social em detrimento de interesses econômicos hegemônicos que alimentam o sistema capitalista selvagem neoliberal decorrente do fenômeno da globalização, uma vez que *todo o poder emana do povo*. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, pretendemos abordar ¹ essas questões fundamentais e apontar as possíveis soluções diante do *caos* da saúde pública no país, fato público e notório que, como direito coletivo e social fundamental que reclama um atuar positivo, tem o Estado a obrigação de atender os fins constitucionais de concretizar essa prestação que tem reflexos diretos na dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de um Estado Democrático e Social de Direito e direito fundamental que serve de vetor para todos os demais direitos.

1. Mistanásia e direitos fundamentais

Mistanásia também conhecida como eutanásia social, “é a morte do miserável por falta de assistência (a vítima nem sequer ingressa no sistema de saúde ou ingressa e não recebe a assistência devida)”, restringindo-se essa ocorrência às camadas mais carentes e necessitadas da sociedade, ou seja, àquelas mais vulneráveis socialmente que acabam por serem excluídas do contexto social por meio de uma morte prematura e miserável. (GOMES, 2009).

Ao se falar de morte indesejada, obrigatoriamente temos que abordar o direito à vida, direito fundamental de primeira dimensão, diria, de maior importância universal, cabendo ao Estado se abster de realizar condutas comissivas ou omissivas que violem esse direito individual, e prestar as que viabilizem um bem-viver por meio de ações positivas nos direitos sociais, no caso, do direito à saúde, direito fundamental de segunda dimensão de alcance individual e coletivo.

Sobre os direitos fundamentais, Ferrajoli (2009, p. 19) nos apresenta interessante definição teórica desse conceito:

Propongo una definición *teórica*, puramente *formal o estructural*, de “derechos fundamentales”: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier

expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de um sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Em face da dimensão desse direito à saúde, obrigatoriamente o Estado tem que prestar esse direito social de forma satisfatória visando minimizar as mazelas das causas decorrentes da falta de saneamento básico em algumas comunidades, de médicos, leitos e atendimento médico-hospitalar digno, bem como de condições razoáveis de moradia, todavia ao longo do tempo só vem tratando dos efeitos que custam enganosamente menos ao longo do tempo aos cofres públicos, mas tem um maior efeito simbólico de uma ação política positiva perante a sociedade.

Tal atuar promove permanentemente a exclusão social das camadas invisíveis da população em detrimento de interesses econômicos que alimentam a elite numa visão individualista do século XIX que ainda perdura em face da política neoliberal dominante, violando flagrantemente direitos humanos fundamentais.

Sobre esse aspecto, Neves aponta (2009, p. 251-252), *mutatis mutandis*:

Assim como a reação a violações escandalosas e flagrantes aos direitos humanos que se manifestam, por exemplo, na tortura e no genocídio,

constitui um dos “mais importantes indícios de um sistema jurídico mundial”, não se pode negar que também a falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da população na sociedade mundial de hoje, implicando como que uma exclusão social absoluta dos respectivos grupos humanos, também tem sido vista como violação gritante e escandalosa à dignidade humana e, pois, aos direitos humanos enquanto inclusão jurídica generalizada.

Para minimizar esse grave problema social da saúde, bem como atender parte desses direitos coletivos fundamentais, o legislador constituinte originário criou o Sistema Único de Saúde (CF; art. 200) e estabeleceu a sua competência, vindo posteriormente, o legislador infraconstitucional, por meio da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (“*Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*”) disciplinar o seu funcionamento, dispondo em seu artigo 3º e parágrafo único:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013).

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (BRASIL, 1990)

É certo, como disciplina expressamente o próprio parágrafo segundo do artigo 2º da Lei n. 8.080/1990, numa sociedade pluralista, o *dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade*, contudo empiricamente não temos constatado um atuar do SUS que promova a inclusão social de forma a que cada um dos atores acima citados possam cumprir a contento com o seu dever, afinal um Estado Democrático e Social de Direito existe para servir ao povo e não ao contrário, uma vez que tem como um dos seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana.

O *sistema de regulação* do SUS, que é aquele em que um paciente em risco de vida necessita de transferência para uma Unidade de Tratamento Intensivo ou Centro de Tratamento Intensivo, tem se demonstrado seletivo de forma discriminatória em face da carência de leitos disponíveis, mas num nível que se aproxima da denominada eutanásia social ou mistanásia, uma vez que idosos nessas condições são preteridos em detrimento dos mais jovens, o que causa uma assimetria social por não ser esse atuar a exceção, mas sim a regra.

Dessa forma, constatamos que esse instrumento (SUS)² no decorrer do tempo, na falta de reais investimentos contínuos ao longo desses quase vinte e quatro anos de sua criação, perde referencial e simbolicamen-

te só está tratando dos efeitos e não das causas que lhe compete constitucionalmente participar, executar e incrementar, justamente por falta de políticas públicas concretas de maior investimento no social em detrimento de interesses econômicos privados.

2. Dignidade da pessoa humana, cidadania e direito coletivo à saúde pública.

A dignidade da pessoa humana e a cidadania, dentre outros, são princípios fundamentais do nosso Estado Democrático e Social de Direito (CF; art. 1º, II e III), fazendo assim com que o ente público sirva ao povo e não ao contrário, afinal é o povo, que detém o poder, que por meio de seus representantes cria e estrutura o funcionamento do Estado a cada nova Constituição Democrática, com direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos que impõem uma ação e/ou abstenção estatal; vale dizer, o governo, conglomerado de representantes eleitos direta ou indiretamente pelo povo, tem na servidão aos governados a sua razão de existir, devendo atuar sempre na busca do bem-estar da sociedade, com respeito aos direitos humanos e sociais previstos na Constituição.

A ideia de cidadania, que não se pode abordar por um viés reducionista para se tratar como um “conjunto de direitos e obrigações sob o ângulo exclusivamente jurídico” (BARRETO, 2013, p. 179), está interligada aos direitos humanos fundamentais, por essa razão se aclara que:

A noção de direitos do homem ou direitos humanos, quando surgiu no âmbito das revoluções liberais, distinguiu-se do conceito de cidadania. Enquanto a primeira referia-se a direitos de toda e qualquer pessoa humana, o segundo dizia respeito aos direitos dos membros de uma determinada coletividade política e, mais precisamente, de um Estado. Porém a ideia de direitos humanos importava também o direito de toda e qualquer pessoa de ter cidadania (“um direito a ter direitos”). Essa situação passou a ter uma certa relevância na semântica mais recente dos direitos humanos, conforme a qual esses direitos implicam direitos civis (“liberdades negativas”), políticos (“liberdades positivas”), sociais (“direitos a prestação em sentido estrito” ou “*droits-créances*”). (NEVES, 2009, p. 249-250). **(grifo do autor)**.

Dessa forma, no nosso Estado Democrático e Social de Direito, constituído a partir de 5 de outubro de 1988, não há espaço, a partir de então, para uma cidadania liberal, mas sim para uma cidadania moderna ou plena em que se concretizem, por meio de instrumentos ou mecanismos próprios, os direitos civis do século XVIII, os políticos do século XIX e os sociais do século XX (MARSHAL, 1967, cap. 3, p. 66), sob pena de não passar da denominada cidadania institucionalizada que não passa de um viés acentuado da cidadania tutelada que inibe o controle social do poder político. (PASSOS, 2005, p. 40-41).

Sobre esse aspecto, Calmon de Passos (2005, p. 13), ao tratar da cidadania plena, consigna:

Em nosso século, algo foi acrescido a esse binômio – direitos civis, direitos políticos: os denominados direitos sociais. Se antes os direitos políticos de participação objetivavam a compartilhada definição dos interesses tutelados e a institucionalização do direito de resistir às ingerências do poder na esfera da autonomia privada – dever de abstenção – a dimensão nova dos direitos sociais amplia o âmbito do poder político, que se mantendo como direito à participação, abrange, agora, também, o direito de exigir do Estado prestações asseguradoras de condições sociais que propiciem a igualdade substancial entre os cidadãos, somada àquela igualdade formal antes já proclamada e assegurada.

Assim, não mais se admite uma prestação deficiente do Estado no campo da saúde pública, direito coletivo e social (CF; art. 6º) que negado ou prestado de forma precária ou falha, obsta às camadas mais necessitadas da população o exercício da cidadania, “como base para o direito a ter direitos” (LAFER, 1988, p. 154), promovendo assim, uma verdadeira higienização e exclusão social; aumentando o número de cidadãos invisíveis, não sujeitos de direitos e garantias fundamentais, roupagem que serve aos regimes totalitários e/ou às falsas democracias.

Sobre o respeito à igualdade, o acesso ao serviço público e à cidadania, registra Lafer (1988, p. 152):

Na esfera do público, que diz respeito ao mundo que compartilhamos com os Outros e que, portanto, não é propriedade privada de indivíduos e/ou do poder estatal, deve prevalecer, para se alcançar a democracia, o princípio da igualdade. Este não é dado pois as pessoas não nascem iguais e não são iguais nas suas vidas. A igualdade resulta da organização humana. Ela é um meio de se igualizar as diferenças através das instituições. É o caso da *polis*, que torna os homens iguais por meio da lei - *nomos*. Por isso, perder o acesso à esfera do público significa perder o acesso à igualdade. Aquele que se vê destituído da cidadania, ao ver-se limitado à esfera do privado fica *privado* de direitos, pois estes só existem em função da pluralidade dos homens, ou seja, da garantia tácita de que os membros de uma comunidade dão-se uns aos outros. (**grifo do autor**).

Nessa linha, concretizar a cidadania plena é permitir a igualdade substancial num exercício pleno de liberdade nas dimensões política (participação), civil (autodeterminação) e social (prestações públicas positivas), sob pena de não se passar de uma cidadania tutelada que se expressa por aquela concedida formalmente, mas sem os mecanismos ou instrumentos que permitam a sua materialização.

Por isso mesmo, aponta Dallari (2004, p. 22) que:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar

ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. Por extensão, a cidadania pode designar o conjunto das pessoas que gozam daqueles direitos.

Uma atuação ineficiente ou omissa do Estado no trato da saúde pública obsta o exercício de uma cidadania moderna que dá sustentação às democracias, macula a dignidade da pessoa humana como “valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio” (SARLET, 2012, p. 95), não se podendo negar que todo aquele que vem a óbito prematuramente por ineficiência estatal em dar instrumentos para a materialização da dimensão social da cidadania, dentro desse processo que chamamos de higienização social, tem maculado o seu direito à vida, direito fundamental de primeira dimensão que tem direta correspondência com o direito a ter uma vida digna garantida pelo Estado.

3. Políticas públicas e sua efetivação.

Na busca de uma cidadania plena num Estado Democrático de Direito, fundamental se faz a participação da sociedade na administração pública, no desenvolvimento de políticas públicas, no caso, em prol da saúde por meio de, dentre outros meios, audiências públicas e concretização de uma política descentralizadora e responsável para com o social.

Ao contrário de Max Weber, ao invés de funcionar a administração pública sobre o trinômio *burocracia, eficiência e legitimidade*, deve a mesma funcionar com base na *participação, eficiência e legitimidade*, já que a participação serve para justamente romper com o distanciamento entre a sociedade e a Administração Pública que a burocracia proporciona, aproximando-a dos conflitos sociais e políticos de forma a proporcionar uma gestão responsável, dinâmica, atenta à pluralidade dos interesses sociais, com vistas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais, afinal, se espera numa democracia que se façam “*políticas públicas do povo, pelo povo e para o povo*”. (PEREZ, 2006, p. 168-170).

Tal agir administrativo permitirá transparência, controle e participação do cidadão na gestão da saúde pública, propiciando atingir os fins constitucionais de uma política adequada a uma democracia em que se deve fomentar uma prestação positiva e eficiente desse direito social.

O implemento de políticas públicas, meio pelo qual se pode concretizar os fins constitucionais de forma sistemática e ampla, envolve necessariamente gasto de recursos públicos que são limitados e reclamam, por parte do administrador, fazer escolhas, razão pela qual

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de superioridade *hierárquica* e de *centralidade* no sistema, não haveria mais sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públi-

cas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas limitação do primeiro pelo segundo. (BARCELLOS, 2007, p. 14). (**grifo da autora**).

Nessa linha, disciplina a questão dos recursos a serem aplicados na saúde o § 2º do art. 198 da Constituição Federal ao preceituar:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

...

§ 2.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, I, *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, I, *b* e § 3º.

Como bem salienta Barcellos (2007, p. 19), para fins de controle social, basta apurar quais são esses percentuais que devem ser aplicados na saúde, considerando a arrecadação dos impostos e o total da receita gerada por essas contribuições e, em seguida, verificar se efetivamente estão sendo aplicados ao fim a que se destinam por imperativo constitucional.

A não observância dos fins constitucionais com o gasto com a saúde pública poderá levar o administrador a responder ações de improbidade administrativa e até mesmo criminais com as sanções inerentes, podendo o cidadão e as organizações não governamentais exercer o seu direito de petição (CF; art. 5º, XXXIII), ingressarem com ações populares, assim como o Ministério Público, na qualidade de guardião da sociedade, ajuizar ações civis públicas para um maior controle do cumprimento dos fins constitucionais por parte dos entes públicos, na esperança que o Judiciário do século XXI, como o grande gestor da tutela de uma cidadania plena, possa dar concretude a esses direitos fundamentais.

O que não se pode mais admitir é o descaso com a saúde pública em detrimento da privada, ao não se contratar médicos suficientes, ter instalações decentes e equipamento médico-hospitalar apropriados e a contento para atender a imensurável camada de pessoas necessitadas de atendimento médico fornecido pelo Estado, que continuam a serem vítimas de interesses inconfessáveis que estão fora do âmbito do social, sendo tratados como “sujeitos dos direitos sem poder” (CAPPELLA, 1988, p. 147) que integram um processo de exclusão social, porque não dizer, de higienização social em que se agrava a exclusão do cidadão da sociedade.

Tentando minimizar essa problemática social, o governo federal recentemente instituiu o polêmico *Programa Mais Médicos* (BRASIL, 2013) com o intuito de fazer investimentos na infraestrutura médico-hospitalar e se ter mais médicos para atendimento à população, com a importação de inúmeros médicos cubanos após tentativa em vão de recrutar médicos brasileiros que tivessem interesse em atuar nas mais difíceis localidades do nosso continente, contudo essa política pública careceu de maior participação dos governados, de transparência, inviabilizando um efetivo controle social fiscalizatório e limitador dos gastos públicos na gestão como se espera em uma cidadania moderna de um Estado Democrático de Direito, tendo tido até o momento, um aparente contorno mais simbólico que efetivo.

Outro exemplo, agora recentíssimo, de falta de transparência e controle social das políticas públicas da saúde, foi o corte no orçamento da Secretaria Municipal da Saúde do Rio de Janeiro na ordem de duzentos e dezesseis milhões de reais, o que afeta quatro grandes hospitais e políticas públicas como Clínicas da Família (ODIA, 2014), sem que a sociedade saiba efetivamente qual a razão, ou seja, o cidadão em estado grave que, na emergência do Hospital Salgado Filho é atendido em cômoda como se cama fosse por falta de leitos disponíveis, continua a ser vítima em potencial da mistanásia em face do descaso e irresponsabilidade do administrador público que atua na gestão pública sem um efetivo controle social que permita a fiscalização da eficiência e moralidade que legitima um governo democrático *do povo, pelo povo e para o povo*³.

Não nos podemos deixar de ressaltar que:

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Mistanásia: Uma questão de políticas públicas, direito e cidadania. - pp. 181-202

PÉCEGO A. J. F. de S. / LIMA T. G. B.

À cidadania corresponde, portanto, um feixe de privilégios, decorrentes da condição da titularidade da coisa pública. Desses, os mais conspícuos estão na imunidade jurídica aos excessos estatais, no direito à resistência aos abusos, na prerrogativa de responsabilizar os agentes excessivos e no direito à tutela jurisdicional contra os mesmos. A cidadania, criando o poder, ao mesmo tempo estabelece quais são os seus limites, ou o perímetro dentro do qual tal poder há de circunscrever-se. Assim, a plenitude do princípio em matéria de direito público, assume radical universalidade, quando se trata de matéria constitucional (definição das liberdades públicas e organização do poder à vista de sua promoção e proteção mediante organização estatal). (GARCIA, 2004, cap. 4, p. 148).

Dessa forma, se viabiliza uma maior eficácia nos fins constitucionais de concreção dos direitos coletivos e da dignidade da pessoa humana por intermédio da promoção e tutela dos direitos fundamentais, dentre os quais se incluem os sociais que tem na saúde pública um de seus sustentáculos.

Conclusão

A saúde pública encontra-se num caos social há tempos, com o Estado se mostrando ineficiente em cumprir com as suas prestações positivas por razões que reclamam um aprofundamento que este espaço

não permite, todavia é fato que se impõe, passados 25 anos da denominada Constituição Cidadã, uma releitura dos princípios e direitos humanos fundamentais, porque não mais vivemos no século XIX, mas sim num novo século em que os direitos coletivos hão de preponderar de forma a concretizar a função social do Estado, sob pena de não solidificarmos a democracia por meio de instrumentos que permitam a materialização da cidadania que, assim, continua a ser tutelada ao invés de plena.

Faz-se necessário um maior respeito ao direito fundamental e coletivo à saúde pública, fornecendo o Estado suporte necessário à sua tutela social por meios de políticas públicas que tenham, na sua criação e gestão, a participação efetiva da sociedade civil e organizada por meio de audiências públicas e outros mecanismos, viabilizando um concreto e transparente controle social dessas políticas do bem-estar coletivo e, em consequência, a conquista de uma cidadania plena pelo povo.

Em sendo assim, uma gestão pública mais transparente e participativa é mais responsável e dá mais legitimidade a atuação de um governo democrático perante os seus governados, permitindo um efetivo controle social que limite, fiscalize e oriente os gastos da coisa pública de acordo com a razão de existir do Estado e seus fins constitucionais, coisa que uma democracia mais participativa permite por fornecer meios que viabilizem uma cidadania plena em que os direitos humanos individuais e coletivos, catalogados ou não como fundamentais na Lei Maior, sejam efetivamen-

te respeitados para se dar solidez aos fundamentos de existência e validade do nosso Estado Democrático e Social de Direito.

Notas

1. Não de forma exaustiva como se reclama e este limitado espaço não nos permite.
2. Tem sido visto como uma das melhores reformas na área social nesse nosso regime democrático, tendo em vista o seu perfil universal e igualitário.
3. Parafraseando Abraham Lincoln.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. nº 15, jan/fev/mar/2007, Bahia, p. 1-31.
- BARRETO, Vicente de Paulo Barretto. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2. ed., rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria DO ADVOGADO Editora, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, 2010, p. 19-63.
- BASTIAN JÚNIOR, Aguiel José. **Saúde e a nota da ACM: Mistanásia – A Morte Miserável**. Disponível em: < <http://www.acm.org.br/greve-e-a-nota-da-acm-mistanasia-a-morte-miseravel-2/>>. Acesso em: 25 maio 2013.
- BRASIL. **Programa Mais Médicos**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/mais-medicos>>. Acesso em: 13 fev 2014.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o

- funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 14 fev 2014.
- CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e cidadania**. 2. ed., reform., São Paulo: Moderna, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- GARCIA, Maria. Liberdade e cidadania. In: _____. **Desobediência Civil: Direito Fundamental**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. Cap. 4, p. 125-150.
- GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia e o novo código de ética médica**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 28 set 2012.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: _____. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Cadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. Cap. 3, p. 57-114.
- PASSOS, J.J. Calmon. Cidadania Tutelada. In: FERREIRA, Luis Alexandre (org.). **Hermenêutica, Cidadania e Direito**. Campinas: Millennium, 2005, p. 1-44.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.
- SAÚDE DO RIO tem corte de R\$ 216 milhões. **O DIA**, Rio de Janeiro, 15 fev 2014. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2014-02-15/saude-do-rio-tem-corte-de-r-216-milhoes.html>>. Acesso em: 15 fev 2014.
- VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Mistanásia - um novo instituto para um problema milenar**. Disponível em: < <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao7/Mistan%C3%A1sia%20-%20porfirio.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2013.

El Sobreendeudamiento de las Familias en Brasil y Argentina.

The over-indebtedness of Families in Brazil and Argentina.

Artigo recebido em 10/04/2014.

Revisado em 08/05/2014.

Aceito para publicação em 15/06/2014.

Dario Aragão Neto

Doutorando em Direito na Universidade de Buenos Aires.
Professor e pesquisador do Centro Universitário
de Volta Redonda - UniFOA.

Resumen

El capitalismo de consumo y la excesiva oferta publicitaria constituyeron una nueva relación del individuo con los bienes materiales, creando un nuevo paradigma, la sociedad del hiperconsumismo. En este sentido, éste artículo busca abordar las cuestiones relativas al fenómeno del sobreendeudamiento de las familias en Brasil y Argentina, trazando el perfil de los sobreendeudados y sus características, comunes y peculiares de cada sociedad. El presente texto busca además hacer un breve análisis de la tutela legal ofrecida por el ordenamiento jurídico nacional a los ciudadanos en ambos países, como solución a éste fenómeno.

Palabras-claves

Hiperconsumo. Políticas públicas. Sobreendeudamiento.

Abstract

The capitalism of consumption and the excessive advertising offers had constituted a new relation of the individual with goods, creating a new paradigm; the society of hyper consumption. In this sense, the present article looks for approach the issues concerning the phenomenon of the over indebtedness of families in Brazil and Argentina, tracing the common and

the peculiar characteristics of each society. The present text still aims to make a brief analysis of the legal guardianship offered by the national legal system to the citizens in both the countries, as solution to this phenomenon.

Keywords

Hyper consumption. Public policy. Over indebtedness.

Sumario

Introducción. 1. El Estado y los sobreendeudados. 2. El fenómeno del sobreendeudamiento de las familias. 3. El sobreendeudamiento brasileño. 4. Tutela legal contra el sobreendeudamiento en Brasil. 5. El sobreendeudado argentino. 6. Tutela legal contra el sobreendeudamiento en Argentina. 7. Prevención contra el sobreendeudamiento en Argentina. 8. La prevención contra el sobreendeudamiento en Brasil: La Reforma del CDC. Conclusión. Referencias.

Introducción

Se vive hoy, en una nueva modernidad, en la cual el capitalismo de consumo asumió el liderazgo de las economías de producción. El incitamiento perpetuo de

búsqueda, de comercialización y de la multiplicación indefinida de necesidades, son hoy, las orientaciones indisociables a este nuevo fenómeno, más intenso y más presente en nuestros hábitos de vida. De una sociedad esencialmente de consumo, nos tornamos, ahora, individuos participantes de una sociedad de hiperconsumo.

La vida, en el presente, se sobrepuso a las expectativas del futuro histórico, y el placer individual, a las militancias políticas; la fiebre de comodidad ocupó el lugar de las pasiones nacionalistas y los placeres substituyeron la revolución (LIPOVETSKY, 2010).

Por otro lado, la publicidad que alimenta el consumo en masa desenfrenado, está cada vez más presente en nuestras vidas, a través de los numerosos vehículos de publicidad a la que somos expuestos cotidianamente y no hay como controlar o vedar la difusión de éste material, principalmente en las regiones fronterizas.

La actual y creciente demanda de publicidad que atinge la sociedad, en especial el público infantil y su internacionalización a través de la televisión abierta y abonada y por la Internet constituye un enorme problema para nuestra sociedad.

Este cuadro que se viene desarrollando desde mediados del siglo XX, trajo el consumo un lugar de amplio destaque en la sociedad, donde una convulsión colectiva más cualitativa, de políticas de marcas, en la cual quien no consume, casi no puede ser considerado un verdadero ciudadano.

“Todas as pessoas, independente de origem, raça,

sexo, cor, idade ou de sua condição econômica têm em comum também o fato de serem consumidores ativos ou em potencial. Em outras palavras, não se vive em sociedade sem ser consumidor. Trata-se de pressuposto lógico não apenas da condição de sobrevivência física, como também da necessidade de circulação de riqueza. Nada mais adequado, portanto, do que proteger constitucionalmente essa condição. Essa é, justamente, a função do direito fundamental de proteção do consumidor, na forma de um dever de proteção estatal.” (DUQUE, 2009, p.149).

Viviéndose hoy, un momento donde el dinero y el crédito asumen el protagonismo en la vida de los ciudadanos. La base de la estructura social, del poder y del *status* es el dinero, entonces éste ha sido un poderoso lenguaje en la sociedad a través de los siglos.

El dinero es por sí sólo un lenguaje de trueque:

Money is a powerful language in society—and it has been for centuries. Money is the basis for social structure, for power (or lack of power), and for status. It is how we measure who we are; it is how we compare ourselves to others. Money is, in essence, as basic and as fundamental as written or spoken language; it is how we communicate with each other and with ourselves. Indeed, money is itself a language—the language of exchange. It is no wonder, then, that the loss of money—for both the debtor and the creditor—cuts right to the core of our identity. (GROSS, 1999).

De hecho, esta importancia del crédito en la vida del ciudadano. Sin crédito, la persona no vive la plenitud de sus derechos sociales, constitucionales, tales como el derecho al trabajo, derecho a morada, entre otros. Y también “el mayor fracaso del consumidor es la falta de dinero, que es el medio que garante la filiación (asociación) del individuo a los ciclos sociales y, por eso, la importancia del crédito” (BAUMAN, 2008).

Es tan importante tener hoy el crédito limpio, cuanto el hecho de ser libre en la Edad Antigua, por ejemplo, aunque la habilitación al crédito consista sin duda, una forma plena de ciudadanía desde aquella época.

El sobreendeudamiento hiere el derecho a la honra de la persona, que es el derecho de la personalidad, es aquí donde el creedor confunde el plano económico del deudor con el plano personal íntimo, del amor propio, que es la honra, los bienes de la personalidad perteneciente al deudor y que debe ser resguardado, protegido en la relación de consumo. Los propios catastros de protección al crédito citados pueden ser considerados como atentatorios a la dignidad humana, pero éste, delante de lo complejo y varias opiniones existentes sobre el asunto, es tema para ser abordado en otro trabajo (COSTA, 2002).

En un sistema capitalista, de consumo de bienes y servicios, no se puede, por así decir, vivir la plenitud de la ciudadanía, sin que el individuo pueda disfrutar de la integridad y disponibilidad de crédito. Por consiguiente, su inaccesibilidad a este instituto, lo transforma en un individuo que no vive esta ciudadanía integralmente, colocándolo al margen de la sociedad.

Sin embargo, el resultado de este fenómeno es que, tanto en Brasil como en Argentina (así como en casi todos los países occidentales), un gran contingente de consumidores se encuentra en estado de inopia total, comprometidos por toda una gama de obligaciones financieras, que, muchas veces, los colocan debajo de la línea de dignidad que el derecho ampara, excluidos y volviéndolos incapaces de mantener la convivencia social. No es raro, encontrar sujetos que, en razón a la vergüenza producida por la situación de insolvencia con que convive el endeudado, intentan hasta el suicidio para librarse de esta situación tan crítica.

El sobreendeudamiento viene devastando parte de la sociedad civil, un subproducto de la nefasta combinación entre la ausencia de políticas públicas educacionales, educación básica, exceso de publicidad y el denominado asedio de consumo, los cuales desequilibran las relaciones entre proveedores y consumidores, ampliando la degeneración de las relaciones de consumo y la vulnerabilidad de la sociedad en general.

1. El Estado y los sobreendeudados.

La discriminación a los insolventes es un tema que debe ser regido por los principios de orden pública y de interés social y preocupa, hace mucho, el Estado brasileño así como el gobierno argentino.

Como políticas atenuantes para este problema, se pueden citar la educación financiera y la protección contra el sobreendeudamiento de las familias, herra-

mientas públicas en el combate a esta situación, la cual merece la tutela del Estado, ya que:

“un conjunto de derechos y deberes fundamentales que aseguren a la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante y deshumano, que le garanticen las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable” y, como tal, merece la tutela del Estado. Sobre todo, por ser contemplado en la Constitución Federal de Brasil el principio de dignidad de la persona (COMPARATO, 2011).

2. El fenómeno del sobreendeudamiento de las familias.

El fenómeno del sobreendeudamiento abarca factores sociales, jurídicos y económicos.

Segundo, el sobreendeudamiento consiste en una condición en que se encuentra un individuo que posee un pasivo (deudas) mayor que el activo (renta y patrimonio personal), y necesita de auxilio para reconstruir su vida económica financiera (CARPENA, CAVALAZZI, 2006, p.329).

Se sabe que en Brasil, el crédito de consumo superó el crédito empresarial, hecho inédito a lo largo de la historia nacional. Millares de brasileños tuvieron un real aumento de renta, y, por consiguiente, pasaron a tener amplio acceso al mercado de consumo, creciendo la demanda del crédito. La clase “C” izó cerca de 30

millones de brasileños de las clases “D” y “E”. Pesquisas revelan que la estructura social brasileña debe sufrir una onda de ascensión social todavía mayor, que llevará a la procura de nuevos productos y servicios, siempre proyectando el aumento de consumo por parte de nuestros compatriotas. No es por acaso, que Brasil es considerado por las multinacionales como la “niña regalona” de los mercados de consumo.

El gran crecimiento de esta demanda, entretanto, no pasa desapercibida a los ojos de las autoridades brasileñas, felizmente. Hay, sobretodo, el interés gubernamental en buscar una legislación que traiga más equilibrio y transparencia, en las relaciones de consumo, basados en la buena fe, para la prevención en los casos de sobreendeudamiento.

3. El sobreendeudamiento brasileño.

Para obtener el perfil del sobreendeudado tanto en Brasil como en Argentina, se adoptó el siguiente universo: análisis del sistema judicial brasileño y argentino, en especial a los que rigen las relaciones de consumo y el perfil social del consumidor de cada país.

La corriente dogmática adoptada, en ambos casos, para este análisis fue basada en el principio del *favor debilis*, y del derecho privado solidario, con vista, únicamente, al consumidor como persona física, la gran víctima de este fenómeno global.

En la segunda tomada de estudios de datos sobre el endeudamiento, el cual analiza el perfil sociológico

del consumidor brasileño, se tiene, que la gran mayoría de los sobreendeudados pertenece a las clases denominadas C, D y E, recién oriundos de la ascendencia económica brasileña.

(...) mesmo excluída do universo do trabalho, a população dos centros de cidade e dos subúrbios desqualificados partilha os valores individualistas e consumistas das classes médias, a preocupação com personalidade individual e auto-realização (...) o consumo é, nas condições presentes, o que constrói uma grande parte de sua identidade: quando faltam outras vias de reconhecimento, 'torrar a grana' e consumir impõem-se com finalidades preeminentes. (...) o consumo é igualmente revestido do que permite escapar ao desprezo social e à imagem negativa de si. (LIPOVETSKY, 2007, p.192) .

Hay estudios que subdividen los consumidores pertenecientes a estas clases como hipervulnerables, por el grado de instrucción y experiencia con el crédito, mientras que los demás son considerados, unánimemente por la doctrina patria como vulnerables, por la propia naturaleza de las relaciones de consumo.

Según la pesquisa realizada y divulgada por la Asociación Paulista de Supermercados, por la primera vez en la serie histórica iniciada en 2006, el gasto medio superó la renta, con un endeudamiento medio de 1%. La renta mensual media nacional en 2010 fue de R\$ 2.146, mientras que el gasto fue de R\$ 2.171.

Esta misma pesquisa, con fecha de mayo de 2011, muestra que, en relación al año 2009, los gastos mensuales presentaron alta de 16%, mientras la renta media subió 13%. El levantamiento fue hecho por medio de cuestionario aplicado en julio de 2010.

Es importante resaltar que, cuanto al perfil de los sobreendeudados, la mayoría de las pesquisas realizadas en territorio brasileño, se destaca la presencia significativa de funcionarios públicos y jubilados, los principales albos de la cartera de clientes de las Instituciones financieras, hecho este que, como veremos es semejante al caso argentino.

Pasado el frenesí económico, surge el momento de establecer un mayor equilibrio en estas relaciones, como forma de prevención y protección a la sociedad de consumo. Esta preocupación ya viene siendo demostrada en algunos juzgados de los Tribunales de Justicia en Brasil:

(...) É crescente a preocupação da Doutrina e da Jurisprudência com as causas e os efeitos do “superendividamento”, tendo sido reconhecida, como ilícita, a conduta abusiva e irresponsável de algumas instituições financeiras que - se valendo da ingenuidade de gente humilde, especialmente, aposentados - com base em maciça campanha publicitária oferecem crédito fácil a quem não pode pagar, sem grave prejuízo de seu sustento. O ABUSO DO DIREITO DE OFERECER EMPRÉSTIMOS, SEM UMA CUIDADOSA E RESPONSÁVEL ANÁLISE DA CAPACIDA-

DE DE ENDIVIDAMENTO DO TOMADOR, VIOLA O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E NÃO PODE CONTAR COM O BENEPLÁCITO DO JUDICIÁRIO. (...) (parte del decisión em Agravo de Instrumento n. 2005.002.27037 - Des. Marco Antonio Ibrahim - Sentencia: 17/01/2006 - Décima Oitava Câmara Cível).

4. Tutela legal contra el sobreendeudamiento en Brasil.

En primera instancia, fueron contemplados los dispositivos jurídicos que aseguren al endeudado el derecho de sanear sus finanzas. Se sabe que en Brasil, no hay una ley específica para cuidar de la quiebra individual, como ocurre con las persona jurídicas amparadas por la Ley de Quiebras (Ley n° 11.101/2005). Siendo así, el Código de Defensa del Consumidor (Ley n° 8.078/1990) se vuelve el arma más indicada para tratar de tutelar las situaciones de sobreendeudamiento, tanto en la fase anterior al contrato (CDC, arts. 29 a 44), como el pos-contrato (CDC, arts. 81 a 105), así como en la fase de contrato propiamente dicha (CDC, arts. 46 a 54).

Entretanto, como será abordado más adelante, nuevas medidas de prevención están siendo estudiadas por el Poder Legislativo, con el objetivo de tutelar con más eficacia los derechos de los consumidores brasileños.

5. El sobreendeudado argentino.

Para describir el perfil del consumidor sobreendeudado argentino, se podrían adoptar diferentes estrategias, pero sin duda, el análisis del sistema judicial argentino, en especial los que rigen las relaciones de consumo y el perfil social de éste consumidor, de la misma forma como tratado al ciudadano brasileño podría volcar esta misión menos difícil y complicada.

Este abordaje tiene dos referencias: de un lado, una visión, colocando el consumidor como protagonista de las relaciones, vislumbrándose todas las posibilidades jurídicas por su propia iniciativa.

Por otro lado, se busca cuales las medidas gubernamentales que están siendo tomadas por el Estado Argentino, buscado dar una mayor protección gubernamental a los más vulnerables.

Una pesquisa promovida por la Universidad Nacional del Litoral (Argentina) y del Grupo de Pesquisa del CNPQ MERCOSUL y Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil), revela que en Argentina hay un considerable porcentaje de pedidos autónomos de quiebras, o “*quiebras propias*”, o sea, a pedido del propio deudor, que la mayoría de las veces se trata de personas físicas. También tanto en Brasil como en Argentina, la mayoría de los sobreendeudados son jubilados o funcionarios públicos, lo que demuestra el patrón internacional del origen de estas deudas y de la actuación de las Instituciones Financieras que venden crédito personal, siempre buscando un “puerto seguro” para sus productos, conforme ya mencionado, como en el caso brasileño.

6. Tutela legal contra el sobreendeudamiento en Argentina.

En Argentina no existe un régimen jurídico que trate de forma específica el problema referente al sobreendeudamiento de los consumidores. Mientras no haya una ley más específica sobre el tema, el consumidor argentino es amparado por las siguientes normas legislativas: Ley n° 24.240/93 (“*Ley de Defensa Del Consumidor*”), con las modificaciones provenientes de las Leyes 24.787, 24.999 y 26.361, y reglamentación del Decreto n° 1789/94. Ley de Defensa de Competencia, de n° 25.156, con modificaciones oriundas de los Decretos 1019/99 y 396/2001, con reglamentación por el Dec. 89/2001 y, finalmente, la más utilizada, la Ley 24.522, (*Ley de Concursos y Quiebras, LCQ*).

Por está razón, los consumidores sobreendeados tienen como mejor alternativa, someterse a las disposiciones de la ley de quiebras de aquel país (LCQ). Esta es la única posibilidad legal del ciudadano argentino recomenzar su vida financiera.

Sucintamente, en el proceso de quiebras argentino (*Régimen Concursal Argentino*), solamente son habilitados para actuar los jueces de la justicia ordinaria (justicia común).

Este proceso será eminentemente inquisitivo, de acuerdo con la propia doctrina argentina (DE CÉSARIS, 2010).

El proceso será provocado siempre, por la parte creadora o deudora, así como ocurre en Brasil, y podrá, al fin, tener una sentencia declaratoria constituyendo

la quiebra del deudor, generando diversos efectos personales y patrimoniales al, ahora denominado “fallido” o insolvente, para nuestra legislación.

7. Prevención contra el sobreendeudamiento en Argentina.

El Estado Argentino se preocupa con la situación financiera de los ciudadanos, que es diferente de Brasil, el problema del sobreendeudamiento en Argentina está prevista en el texto constitucional, y debe ser analizada de forma sistemática, a partir de la redacción del capítulo que dispone sobre los nuevos derechos y garantías, como declara el artículo 42, de aquella Constitución: Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de con-

sumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

La doctrina argentina viene firmando un entendimiento en el sentido de que existe la necesidad urgente de reformas en el proceso de quiebras existente en el país, por este se presentar inadecuado para dar una respuesta a altura del complejo problema que hace mucho viene atungiendo la sociedad civil.

Argentina necesita rápido, así como Brasil, de una legislación específica que proteja los ciudadanos comunes, de las trampas financieras y de la seducción consumista a la que hoy somos diariamente sometidos por la publicidad por el “*american life style*”, por lo tanto:

O princípio democrático acha-se então transferido de uma igualdade real, das capacidades, responsabilidades e possibilidades sociais, da felicidade (no sentido pleno da palavra) para a igualdade diante do objeto e outros signos evidentes do êxito social e da felicidade. É a democracia do ‘standing’, a democracia da TV, do automóvel e da instalação estereofônica, democracia aparentemente concreta, mas também inteiramente formal, correspondendo para das contradições e desigualdades sociais à democracia formal inscrita na constituição. (BAU-DRILLARD, 1995, p. 48).

8. La prevención contra el sobreendeudamiento en Brasil: La Reforma del CDC.

Como se ha dicho, mientras sepamos que dentro de la perspectiva jurídica la definición clásica de crédito sea oriunda de las relaciones económicas, comerciales y afines, el crédito al consumidor es base y sustentáculo de los sistemas económicos de consumo en países industrializados y actualmente, se encuentra en franco desarrollo y ascensión en Brasil. Como consecuencia, el tema que aborda la prevención del sobreendeudamiento de los consumidores, gana terreno y dimensiones más profundas en el área jurídica, así que se trata de un problema común a todas las sociedades de consumo consolidadas y saludables. Constituye un tema nuevo, sin embargo oriundo del fenómeno caracterizado por el crecimiento de la economía brasileña y del democrático acceso al crédito a productos y servicios en nuestro mercado.

La compra compulsiva y descontrolada puede parecer ventajosa para los comerciantes, sin embargo esto no es verdad, puesto que la compra conducida por tales elementos, la mayoría resulta en insolvencia y perjuicio para el proveedor (SCHIMIDT NETO, 2009, p. 25).

Es importante aun mencionar, que a veces el analfabetismo funcional puede ser un caso que se configure en sobreendeudamiento activo inconsciente, relacionado al nivel cultural o de conocimiento que posee, no le ofrece subsidios para establecer una relación social de consumo segura.(BERTONCELLO, 2006, p. 58).

Dentro de este contexto, el Estado brasileño propuso normas que visan una mejor preparación del mercado de consumo y de la propia sociedad civil nacional para el momento actual y para los próximos años, reforzando los derechos que orbitan las relaciones de consumo y la oferta de crédito, tales como el derecho de información, de lealtad y de transparencia, así como el de cooperación en estas relaciones que envuelven el crédito, de forma directa o indirectamente, para el proveimiento de productos y servicios a los consumidores, además de la aplicación del instituto de buena fe objetiva y de función social en los contratos correlacionados.

La propuesta del Gobierno brasileño también tiene como objetivo actualizar los dispositivos legales ya existentes en el Código de Defensa del Consumidor en lo que concierne a los derechos del consumidor y a la prescripción y aún más hace una complementación de las demás normas ya existentes, incluyendo una nueva sección, en el Capítulo V: de Protección Contractual.

Esta nueva sección del CDC tiene, por consiguiente, según la justificativa presentada por los autores del proyecto, “el propósito de prevenir el sobreendeudamiento de personas físicas, promover el acceso al crédito responsable y a la educación financiera del consumidor, de manera que evite su exclusión social y el comprometimiento de su mínimo existencial”.

De lo expuesto, se puede deducir que la mayor finalidad es buscar la prevención del sobreendeuda-

miento es, indudablemente, mantener inmaculado el crédito del ciudadano, ya que, viviendo en una sociedad preconizada por el sistema capitalista de consumo, la ausencia de crédito, o mismo el comprometimiento de su renta con deudas pasa a configurar amenaza directa, no solamente a su honra, pero también a su dignidad como ser humano.

Con efecto, fundamentada siempre en los principios de buena fe objetiva, de la función social del crédito al consumidor y del respeto a la dignidad de la persona humana, la alteración normativa busca regular y equalizar los derechos a la información, a la publicidad (un ejemplo de práctica que puede auxiliar estos derechos son la entrega de la copia del contrato y la inclusión en el texto contractual y en la publicidad de informaciones obligatorias que permitan a los consumidores decidir de forma reflexionada sobre la necesidad del crédito), además de la intermediación de la oferta de crédito y facilitación en la negociación de deudas de los consumidores, de manera que los conduzca al “puerto seguro” del consumo de crédito consciente y sustentable.

Otro cambio interesante en la propuesta del CDC brasileño es la creación de la figura de asedio al consumo, con la finalidad de proteger especialmente los consumidores ancianos y analfabetos, considerados hipervulnerables, de modo que la publicidad no sea omisa en lo relativo al gravamen de contratación de financiamientos.

Conclusión

El tema que envuelve el sobreendeudamiento, en una visión más Kantiana que Hobbesiana, transciende naciones, movimientos económicos y sociales, aspectos culturales y todo lo que más pudiese apartar o dar acentos al fenómeno. Es un problema global, originado del pujante mercado de consumo y sistema capitalista que hoy vivenciamos. El “tener” arriba del “ser”, el carácter materialista, al asedio publicitario, entre otros son factores que imponen a los consumidores el deber de consumir.

De cualquier manera, lo importante es destacar que el fenómeno del sobreendeudamiento, tanto en Brasil, como en Argentina, es fruto directo de la democratización del crédito, o sea, del incremento de las relaciones de consumo que trajo sin duda ninguna, un increíble aumento de la masa de consumo, y, consecuentemente, de clientes de productos crediticios promovidos en larga escala por las Instituciones Financieras, ya que:

A necessidade de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), bem assim, o objetivo da República em erradicar a marginalização (artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal), e que o superendividamento é um fenômeno de exclusão social dos consumidores pessoas físicas e suas famí-

lias, pois o benefício da falência é reservado aos comerciantes. Também a necessidade da preservação de quantia mínima capaz de assegurar a vida digna do indivíduo e seu núcleo familiar destinada à manutenção das despesas de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação, saúde, educação, entre outros, (LIMA, 2010).

Tratándose de una condición casi que esencial al buen desenvolvimiento de la ciudadanía, y del poder de disfrutar en su totalidad, de derechos y deberes, aun más, dentro de un sistema de mercado, en que la ausencia del poder de consumo lleva al individuo, a la exclusión social, casi que a la marginalización y discriminación de este mismo sistema, se presenta que, el sobreendeudamiento trae enorme daño a su personalidad y su condición social como elemento integrante de una sociedad.

En las palabras de (FERNANDES, 2010):

“[...] nas modernas sociedades, tipicamente consumistas, não há dúvidas de que o superendividamento do consumidor acarreta em prejuízos à sua dignidade como pessoa humana. O consumidor superendividado tem como resultado imediato do acúmulo das dívidas a perda do crédito cristalizada, sobretudo, na conhecida negativação de seu nome no rol dos maus pagadores. São os denominados bancos de dados de proteção ao crédito.”

La doctrina consumerista, hace mucho viene sustentando la necesidad de formular una legislación específica para la prevención y tratamiento de los casos de sobreendeudamiento. Sin embargo, se sabe que independientemente de la legislación, uno de los mayores motivos de desamparo a los ciudadanos sobreendeudados, todavía es el acceso y la lentitud de la Justicia. En Argentina, como ya mencionado, la crisis frena el colapso total de la sociedad de consumo endeudada. En Brasil, la burbuja de consumo, alimentada por las ganancias de renta de las clases C, D y E, se vuelve cada vez se más enrarecido, sin saberse hasta cuando podrá sustentarse. Resta saber, lo que vendrá primero: las soluciones jurídicas efectivas que puedan venir a mitigar este problema o el colapso de las familias sobreendeudadas.

Referencias

- ARGENTINA. **Constitución de la Nación**. Buenos Aires: Scotti, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. vol.I. Coimbra: Coimbra, 1998.
- BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman. **Prefácio**. in: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.
- BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e dever de negociação**. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, UFRGS, 2006.

- COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COMTE-SPONVILLE, André. **A Sabedoria dos Modernos**. São Paulo: Martins Fontes. 1999.
- _____. **Apresentação da Filosofia**. São Paulo : Martins Fontes. 2002.
- COSTA, Geraldo de Faria Martins da **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DE CÉSARIS, M.C.**La Magistratura concursal**. In: ITURRASPE, Jorge Mosset.Homenage ao Prof. Dr. Ricardo S. Prono. Santa Fé: Universidad Nacional Del Litoral, 2010.
- DUQUE, Marcelo Schenk. **A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional**. In: MARQUES, Cláudia Lima. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2009. Pg. 149.
- FERNANDES, Carolina Curi. **A tutela do consumidor superendividado e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2619, 2 set. 2010.
- LIMA, Clarisse Costa de; MARQUES, Cláudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick. **Anteprojeto de Lei dispendo sobre a prevenção e o tratamento das situações de superendividamento de consumidores pessoas físicas de boa-fé**. Florianópolis, 2010.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 192.
- MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Rt, 2006.
- Projeto de Investigação CAI+D 2009 PE; **Sobreendeudamiento de los consumidores**. Universidad Nacional Del Litoral (Argentina) e do Grupo de Pesquisa do CNPQ MERCOSUL e Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil).
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHMIDT NETO, André Perin. **Superendividamento do Consumidor: conceito, pressupostos e classificação**. In: MARQUES, Cláudia Lima. Revista de Direito do Consumidor 71. São Paulo: Ed. RT, jul-set 2009, p. 25.

DIRECCIONES DE INTERNET

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE SUPERMERCADOS; **Estudo divulgado em maio de 2011.** Disponible en http://g1.globo.com/economia/seudinheiro/noticia/2011/05/gasto-medio-da-familias-supera-renda-em-53-doslares-dizpesquisa.html?utm_source=g1&utm_medium=email&utm_campaign=share-this. Acceso en 13, may. 2012.

html?utm_source=g1&utm_medium=email&utm_campaign=share-this. Acceso en 13, may. 2012.

SIMOETTI, T. G.. **A vulnerabilidade como princípio norteador nas relações de consumo.** Disponible en <http://www.ffadvogados.adv.br/detalhes.php?ID=29>. Acceso en 13 may. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Trecho da decisão do agravo de instrumento n. 2005.002.27037.** Des. Marco Antonio Ibrahim - Julgamento: 17/01/2006. Décima Oitava Câmara Cível. Disponible em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/consultas>. Acceso en 01 dez. 2012.

Globalização: Fator de inclusão ou exclusão do trabalhador.

Globalization: An inclusion or exclusion factor of employees.

Artigo recebido em 11/05/2014.

Revisado em 09/06/2014.

Aceito para publicação em 15/06/2014.

Maria Cristina Alves Delgado de Ávila

Mestre em Direito. Especialista em Direito Civil e Processo Civil e Direitos Fundamentais pelo Centro Universitário de Barra Mansa (UBM), Professora do Curso de Direito, Ciências Contábeis, Gestão em Recursos Humanos e Engenharia de Produção (Graduação) do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM)

Resumo

O trabalho tem como objetivo expor sucintamente se a globalização fere ou não o princípio da dignidade humana, em vista das modificações introduzidas pela grande evolução tecnológica, que trouxe um novo paradigma econômico social, que reflete nas relações individuais de trabalho, com crescente índice de desempregados e vários conflitos, onde se discute se a globalização é ou não fator de inclusão ou exclusão do trabalhador, com manutenção da dignidade nas relações de trabalho.

Palavras-chave

Globalização. Dignidade. Relação de emprego. Inclusão. Exclusão.

Abstract

This article aims to present, in a succinct way, whether globalization hurts or not the principle of human dignity, regarding the changes that were introduced by a great technology evolution, which has brought a new social economic paradigm that reflects in the individual employment relationships, with increasing rate of unemployed and various conflicts, where it is discussed if globalization represents worker's inclusion or exclusion factor, maintaining dignity in employment relationship.

Keywords

Globalization. Dignity. Employment relationship. Inclusion. Exclusion.

Sumário

Introdução. 1. Globalização e sua relação com os direitos fundamentais. 2. O impacto nas relações de trabalho. Conclusão. Referências.

Introdução

A globalização que o mundo vive faz com que a competitividade entre empresas aumente, acarretando em consequência a aceleração em massa da revolução tecnológica, para que os capitais tenham condições de competir no mercado globalizado, o que, repercute no aumento do índice do desemprego, pois o volume de postos de trabalhos extintos em função da substituição do homem pela tecnologia é em número maior do que a procura, fazendo com que o desemprego aumente de forma acelerada, bem como, que ocorra a desvalorização do trabalho do ser humano, que se vê preso a situações de troca totalmente injustas, que sem dúvida ferem os direitos fundamentais.

Assim, as relações individuais de trabalho têm sofrido várias e profundas modificações nos últimos anos, refletindo o impacto das transformações frutos

da globalização da economia, internacionalização dos mercados, e mesmo a necessidade de adaptação do mundo do trabalho às novas concepções tecnológicas de que não pode fugir.

Nesse artigo, pretende-se fazer uma rápida reflexão quanto aos efeitos da globalização e se a mesma atende ou não os direitos fundamentais, conjugado com o princípio da dignidade humana, enfatizando seus impactos na relação de trabalho, como meio de inclusão ou exclusão, no sentido da valorização do trabalhador.

Para tanto, no capítulo primeiro se fala da globalização em sua essência, enquanto no segundo capítulo se relaciona a globalização com a dignidade da pessoa humana e no terceiro e último capítulo se fala no impacto da globalização nas relações de trabalho, caracterizando se a mesma devido as suas repercussões é forma de exclusão e/ou inclusão do trabalhador

Não se quer de forma alguma esgotar o tema, ao contrário, pretende-se demonstrar em linhas gerais alguns fatos que valem ser ressaltados, inclusive parte da controvérsia que existe em relação ao tema, onde não há uma definição ou mesmo opinião única em termos da visão geral de doutrinadores, sociólogos, filósofos e economistas em relação à aldeia global.

1. A visão globalizada.

O mundo ao longo das três últimas décadas vem passando por crescentes transformações em todos os

níveis, principalmente econômicos, culturais, ambientais, comerciais, além de outros.

Pode-se afirmar que sem dúvida a globalização é parte desse processo, traduzindo-se numa nova cultura, dentro do quadro das transformações do capitalismo liberal, propiciadas pela tecnologia das áreas de informática e das comunicações. Entretanto, não se pode dizer que a globalização tenha um conceito jurídico, posto que não definido pela lei, e sim é antes de tudo tem um conceito econômico e político, o que, porém, não deixa de refletir diretamente nas relações jurídicas, principalmente nas questões que envolvem as relações de trabalho, posto que faz parte do dia-a-dia das pessoas, gerando interesses não só para todos aqueles que vivem em sociedade, mas também para os operadores do Direito.

Bourdieu (2000, p. 54), ao comentar sobre a globalização é enfático ao afirmar:

Em suma, a globalização não é uma homogeneização, mas, ao contrário, é a extensão do domínio de um pequeno número de nações dominantes sobre o conjunto das praças financeiras nacionais. Daí resulta uma redefinição parcial da divisão do trabalho internacional, cujas consequências atingem os trabalhadores europeus, por exemplo ao transferir capitais e indústrias para os países de mão-de-obra barata.

Historicamente, segundo Bentran (2001a, p. 146), a globalização teve como marco:

O grande marco histórico da globalização, tecnicamente falando, é o Tratado de Paris de 1951, que criou a chamada Comunidade Européia do Carvão e do Aço, Tratado CECA. Antes desse, podemos ainda considerar, do ponto de vista técnico, uma união aduaneira que houve em três países pequenos em 1948 — seria o que é o Mercosul hoje —, o Benelux, que atingia Bélgica, os Países Baixos e Luxemburgo. Um pouco mais remotamente, existiu uma união aduaneira, chamada Zollverein, nos Estados germânicos, por volta de 1950.

Esses são antecedentes históricos, reconhecidos tecnicamente pela doutrina, inclusive por Pierre Pescatore, um Juiz do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, considerado um dos maiores doutrinadores em termos de Direito Comunitário ou Direito da Integração.

Até a Revolução Industrial foi vagaroso o processo de mundialização da economia, levando-se em consideração as limitações nos transportes e nas comunicações, porém, a partir daí, somado a liberação do capitalismo em suas plenas possibilidades de expansão, se tem que a globalização deu um salto qualitativo e significativo, devido à ampliação dos espaços de lucro, que conseqüentemente leva à globalização, levando e gerando efeitos até os nossos dias.

Cassar (2010, p. 25) bem pondera quanto ao tema ao colocar que:

A globalização é parte de um todo formado pelo neoliberalismo, privatizações, multinacionais, dentre outros elementos que concernem à estrutura e atribuições do Estado e de sua organização política, suas relações internacionais e à ordem socioeconômica nacional e mundial.

É um processo, uma “onda” que traduz uma nova cultura no quadro das transformações do capitalismo liberal. É um produto inevitável da tecnologia nas áreas da informática e das comunicações.

Diante deste processo, necessário se faz uma profunda reflexão sobre a possibilidade de realização da democracia das garantias dos direitos fundamentais. Para tanto, é preciso discutir a relação Estado x Direito x sociedade.

Vê-se portanto, que o mundo passou então a ser visto como uma referência para que se possam obter mercados, fontes de matérias primas e mesmo locais de investimentos, não se podendo descartar que num primeiro momento foi a globalização um campo para o desenvolvimento de exercícios de rivalidades intercapitalistas, resultando nas duas guerras mundiais. A globalização da informação, dos padrões culturais e de consumo, foi conduzida ao longo do século XX pela globalização do capital, devido ao progresso tecnológico e aos próprios desenvolvimentos dos negócios.

Foi à crise experimentada pelas principais economias capitalistas ocidentais durante a década de 80 que colocou em xeque as formas de organização da

produção econômica e da conseqüente acumulação quanto aos modos de regulamentação da sociedade. Os avanços tecnológicos nas áreas microeletrônica, robótica, informática e telecomunicações obtidas durante os anos 80 e 90 propiciaram alternativas que em grandes linhas rompiam com princípios gerenciais, visão de mundo e as instituições cristalizadas durante o período de prosperidade capitalista que se seguem ao fim da Segunda Guerra Mundial: consumo de massa padronizada, produção em série com tarefas parceladas e repetitivas, estabilidade no emprego, forte intervenção estatal nos negócios empresariais.

Vale citar o comentário de Martins (2003, p. 19), quando menciona a fragilidade dos países em desenvolvimento, ao assim se manifestar:

A globalização, à luz de um capitalismo selvagem imposto pelas nações desenvolvidas, que exigem o livre comércio onde são competitivas e aplicam o protecionismo onde não o são, como ocorre com Estados Unidos, União Européia e Japão, nitidamente torna os ricos mais ricos, os pobres mais pobres e a democracia, pelas crises sociais que o caos econômico gera, mais frágil em todos os países em desenvolvimento.

Passam a adquirir força nas sociedades os discursos que valorizam princípios que atribuem às forças do mercado qualidades regeneradoras, repudiando qualquer visão de mundo coletivista ou que acentuas-se a necessidade de reforçar os direitos historicamente

conquistados pelas classes trabalhadoras dos países capitalistas.

Desse modo, termos como: economia de mercado, privatização, modernidade, reengenharia passaram a ser incorporados nas agendas de diferentes atores sociais, deixando o campo do discurso para ganhar o terreno das práticas sociais, como forma de se contrapor a quaisquer restrições que dificultassem a globalização. Esta passa a ser entendida no senso comum como arma poderosa contra o atraso tecnológico e a ausência de prosperidade econômica. É nesse sentido que Bourdieu (2000, p. 48 - 49) vai afirmar que ela é, antes de tudo, um “mito” uma “idéia força”, uma estratégia importante das lutas contra o Estado do Bem Estar Social.

O assunto, portanto, não é novo, ao contrário, porém, como o mesmo gera efeitos econômicos e políticos, torna-se difícil tratar do tema, até porque há controvérsias tanto acadêmicas quanto do senso comum. Bauman (1999, p. 66 - 68) se referindo se há uma universalização ou globalização, coloca que a globalização é a nova desordem mundial e que, substituindo a idéia de universalização, que era a base constitutiva do discurso moderno nas questões mundiais, se encontrando no esquecimento, com exceção dos filósofos que ainda continuam suas discussões. E completa o significado dos termos esclarecendo:

Assim como os conceitos de “civilização”, “desenvolvimento”, “convergência”, “consenso” e muitos outros termos chaves do pensamento moderno inicial e clássico, a idéia de “universa-

lização” transmitia a esperança, a intenção e a determinação de se produzir a ordem; além do que os outros termos afins assinalavam, ela indicava uma ordem universal – a produção da ordem numa escala universal, verdadeiramente global. Como os outros conceitos, a idéia de universalização foi cunhada com a maré montante dos recursos das potências modernas e das ambições intelectuais modernas. Toda a família de conceitos anunciava em unísono a vontade de tornar o mundo diferente e melhor do que fora e de expandir a mudança e a melhoria em escala global, à dimensão da espécie. Além disso, declarava a intenção de tornar semelhantes as condições de vida de todos, em toda parte, e, portanto, as oportunidades de vida para todo mundo; talvez mesmo torná-las iguais. Nada disso restou no significado de globalização, tal como formulado no discurso atual. O novo termo refere-se primordialmente aos efeitos globais, notoriamente não pretendidos e imprevisíveis, e não às iniciativas e empreendimentos globais.

Na verdade muda-se a característica de Estado-Nação, uma vez que o Estado moderno não tem mais como principal função a evocação da nacionalidade, assim como do dever patriótico, uma vez que ele não mais preside os processos de integração social, à regulamentação normativa, assim como a administração da cultura e mesmo a mobilização patriótica, deixando

tais tarefas para forças sobre as quais ele não tem mais jurisdição, competindo a ele de forma autônoma simplesmente o policiamento do território administrado. (BAUMAN, 2003, p. 90).

Reafirmando a posição acima, Bauman (2003, p. 89) acrescenta que:

No caso da exclusão sumaria, ninguém pode optar com facilidade por retirar-se da comunidade; os ricos e cheios de recursos, como todos os demais, não têm para onde ir. Essa circunstância aumenta a capacidade de recuperação da “minorias étnica” e lhe dá uma vantagem de sobrevivência em relação a comunidades que não foram excluídas da “sociedade maior”, e que tendem a dissipar-se e a perder a especificidade de maneira muito mais rápida, abandonadas de pronto pelas elites nativas. Mas também reduz a liberdade dos membros da comunidade.

Muitas causas se combinam para tornar pouco realista a dupla estratégia da construção da nação. E mais razões ainda se aliam para tornar a aplicação dessa estratégia menos urgente, menos avidamente buscada, ou decididamente indesejável. A globalização acelerada é defensavelmente a “meta-razão”, ponto de partida a que se seguem todas as outras.

Mais do que qualquer outra coisa, “globalização” significa que a rede de dependências adquire com rapidez um âmbito mundial – processo que não é acompanhado na mesma extensão pelas instituições passíveis de controle político e pelo surgimento de qualquer coisa que se assemelhe a uma cultura verdadeiramente global.

Tem-se, portanto, que com o desenvolvimento desse processo de globalização, há necessidade de se modificar as relações internacionais, sendo que com isso, teremos áreas cujas decisões passam a ser consideradas como assuntos internacionais, e não mais de decisão do Estado Nacional, pois o sistema maior seria o Sistema Global. Tal repercutiria nas áreas do campo social, na economia, no meio ambiente, na política e mesmo na área cultural (VIEIRA, 2005, p. 23).

A tendência é que haja um mercado mundial único, razão pela qual, a globalização continua a representar um grande desafio para os países em desenvolvimento, já que os mesmos não têm capacidade de tomarem decisões autônomas, uma vez que existem organizações a influenciar a vida interna dos países, influenciando em suas vontades, como poderia citar a título de exemplo, o Banco Mundial, o FMI (Fundo Monetário Internacional), a OMC (Organização Mundial do Comércio) e as empresas transnacionais.

Tal é reforçado por Seitenfus e Ventura (1999, p. 182), ao se manifestarem da seguinte maneira sobre o tema:

Limitação suplementar de soberania secundária manifestada através das regras ditas de condicionalidade emitidas pelas instâncias de cooperação econômica e financeira internacionais, como FMI e o Banco Mundial, que atestam o bom governo (good governance). Para que um Estado-Membro se candidate a receber auxílio dessas instituições é necessário que ele adote

uma política econômica que resolva ou atenuar os problemas vinculados aos pagamentos externos e à administração interna.

Frise-se ainda a opinião de Stiglitz (2007, p. 82), que sobre o assunto reiterando que:

Os países que pediram orientação do FMI fracassaram no desenvolvimento sustentado, ao passo que um país como a China, que seguiu seu próprio caminho, obteve enorme sucesso.

[...]

Há um consenso crescente de que existe um problema de governança nas instituições públicas internacionais que moldar a globalização, como o fmi, e que esses problemas contribuem para seus fracassos. No mínimo, o déficit democrático em si governança contribui para sua falta de legitimidade, o que prejudica sua eficácia, especialmente quando elas falam sobre questões de governança democrática.

Confirmado fica, que a situação dos países em desenvolvimento se torna crítica, uma vez que precisam de apoios externos para sua sobrevivência, e, em consequência, há necessidade de se ajustarem às tendências mundiais e suas ingerências no sistema econômico / financeiro do país, vez que a dimensão a ser valorizada é a de uma economia mundial sem fronteiras, com visão de lucro, não existindo mais lugar para

a continuidade de um Estado protecionista que atenda às necessidades da Sociedade em suas diversas peculiaridades. Ao comentar sobre o tema Vieira (2005, p. 25), afirma que:

Não é mais possível a aceitação do Estado protecionista que atenda às necessidades sociais, empregos, previdência, que regule a economia nacional, que normatize as relações empregatícias, enfim o Estado de Bem-estar corresponde ao passado atrasado e o Estado globalizado é o presente pleno de oportunidades regrado apenas pela economia internacional.

Tem-se assim, um capitalismo globalizado em que as ações em todo o mundo serão gerenciadas pelas regras do livre mercado. Em consequência tem-se que alguns doutrinadores ressaltam que as crises sociais operadas causam o caos econômico, principalmente nos países em desenvolvimento. Esse inclusive é o pensamento de Martins (2003, p. 19 - 20), ao afirmar que:

A globalização, à luz de um capitalismo selvagem imposto pelas nações desenvolvidas, que exigem o livre comércio onde são competitivas e aplicam o protecionismo onde não o são, como ocorre com Estados Unidos, União Européia e Japão, nitidamente torna os ricos mais ricos, os pobres mais pobres e a democracia, pelas crises sociais que o caos econômico gera, mais frágil em todos os países em desenvolvimento.

Reafirma-se, por conseguinte não haver dúvidas de que com a globalização ocorreram mudanças sensíveis nas relações entre o Estado e o mercado, entre as nações, entre os trabalhadores e as empresas, o que trás diversos desafios aos países principalmente os que se encontram em desenvolvimento. Ao comentar sobre os novos paradigmas que impulsionaram a globalização, Mercadante (2003, p. 41), salienta que:

A globalização foi impulsionada por novos paradigmas científicos tecnológicos: a internet no plano eletrônico, a automação, os novos materiais e as novas fórmulas de gestão do sistema produtivo impulsionaram a produtividade, impuseram novos padrões de concorrência e estabeleceram novas escalas para o processo produtivo. Essas mudanças foram acompanhadas por uma profunda desregulamentação de um sistema financeiro internacional, por uma liberdade quase absoluta do capital financeiro, que mobiliza hoje em torno de US\$1 trilhão e 300 bilhões ao dia, e se movimenta num planeta onde existem 76 paraísos fiscais, o que dificulta significativamente a capacidade dos bancos centrais de criarem mecanismos de regulação, defesa da moeda, estabilidade econômica em cada um dos países.

Interessante ainda a colocação de Comparato (2006, p. 542), pois demonstra que o capitalismo retira a Justiça distributiva, fazendo com que a mesma se

converta em interesses outros que não do próprio cidadão, deixando de lado o objetivo inclusive maior do direito que é a paz social, que só pode ser conquistada, quando se faz a Justiça de forma equitativa. Afirma ele que:

Quando o capitalismo avassala o Estado, ele introduz em seu funcionamento a lógica mercantil do intercâmbio de prestações, e dele retira o poder-dever de submeter os interesses particulares à supremacia da coisa pública, ou bem comum do povo.

Um outro ponto também a ser observado é em relação à formação dos blocos regionais, que se formou em fins da Segunda Grande Guerra, visando buscar fortalecer as economias, via a integração dos países próximos, quer geograficamente ou semelhantes objetivos econômicos, como uma forma de uma atuação mais eficaz no cenário internacional, acompanhando diretamente a globalização do capitalismo.

O Mercosul - Mercado Comum do Sul nasceu como busca do fortalecimento regional, é uma união internacional reunindo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, criada pelo Tratado de Assunção, cujo principal objetivo é a promoção da integração econômica dos países-membro, redução ou eliminação das barreiras alfandegárias, instituição de um bloco econômico para incentivar a participação no mercado internacional, tendo como uma das características a harmonização das leis trabalhistas dos referidos países (NASCIMENTO, 2007, p. 140).

Do ponto de vista comercial caminha rapidamente, e como projeto econômico e político tem alcançado seus objetivos, mas, no que tange ao campo social, não tem atendido aos seus objetivos, justamente por faltar um projeto que possa gerar soluções resultantes da própria integração, o que gera consequências no campo trabalhista.

O modelo tradicional de trabalho via fábrica, oriunda da revolução industrial, que se lastreava em concepções tayloristas (se ampara na separação entre a organização das tarefas e a sua execução, onde o homem não passa de uma engrenagem, no sistema onde há o predomínio da máquina - trabalho em linha de montagem) e fordistas (automatização, com o objetivo de acelerar o trabalho), vai ser substituído por organizações tayloristas

Com tudo isso, a classe trabalhadora, acaba sendo arrastada por ondas de desemprego, como resultado da massificação nos investimentos tecnológicos, ou mesmo, ao total desamparo, por conta inclusive de uma cultura de consciência de classe, fazendo com que a globalização além de resultados de todas as ordens, cause malefícios à sociedade, causando uma verdadeira exclusão social, e graves problemas no âmbito da relação capital x trabalho.

Justamente partindo desse ponto se dará ênfase na próxima parte aos reflexos na sociedade se há inclusão e/ou exclusão social com a aldeia global, levando-se em consideração os Direitos Fundamentais do cidadão.

2. Globalização e sua relação com os direitos fundamentais

A aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada em 10 de Dezembro de 1948 é considerada como o marco da concepção dos direitos humanos, estabelecendo-se que a liberdade, a justiça e a paz do mundo seria uma meta universal, dos povos, e conseqüentemente para se atender a essa visão haveria necessidade do reconhecimento da dignidade de todos os seres humanos, devendo estes terem acesso aos bens da vida, que lhe assegurariam saúde, bem-estar e o pleno desenvolvimento das potencialidades como seres humanos, o que redundaria em serem reconhecidos como cidadãos. Tal assertiva é bem ressaltada por Serrano (2005, p. 106) ao citar:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela ONU, em 10 de dezembro de 1948, por exemplo, ao realçar a proteção do direito ao trabalho, à vida e à segurança social, foi considerada a base de todo o desenvolvimento posterior dos direitos do homem.

Comparato (2006, p. 225) reafirmando a posição acima, deixa bem claro que a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, se teve o reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, ao afirmar que:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético

que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II.

Coloca ainda o citado autor (2006, p. 224) que é ultrapassada a afirmativa de que ela seria apenas uma etapa preliminar à adoção de um pacto ou mesmo de um tratado internacional, posto que tal colocação fosse excessiva de formalismos, afirmando que:

Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. A doutrina jurídica contemporânea, de resto, como tem sido reiteradamente assinalado nesta obra, distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado mediante normas escritas. É óbvio que a mesma distinção há de ser admitida no âmbito do direito internacional.

Portanto os Direitos Humanos se superam a qualquer outro princípio, pois buscam um princípio maior que é a paz social e o respeito ao Homem enquanto cidadão, livre em uma sociedade, colocando-se como essenciais aos fundamentos Constitucionais, visando conforme assinalado por Moraes (2000, p. 20) *consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana*. Portanto, situam-se os Direitos Humanos no ápice do ordenamento jurídico, se constituindo em fonte de integração do direito interno ao direito internacional (COMPARATO, 2001, p. 16 -17).

No Brasil a aplicação não seria diferente, tanto que a própria Constituição Federal de 1988, em seu bojo, ressaltou os mesmos, intensificando a ligação entre o Direito Internacional e o Direito Interno brasileiro. A posição de Piovesan (2001, p. 59), demonstra de forma clara essa necessidade, afirmando que:

A partir da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática da proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos.

Com a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais se concretiza a positivação de direitos, onde qualquer pessoa pode exigir seus direitos, através da tutela do Estado, quando da efetivação da prestação jurisdicional, pois assim se efetivando esta-

rá realmente havendo a concretização da democracia (MORAES, 2000, p. 21).

Muitas vezes para se conseguir a compatibilidade na aplicação das normas há necessidade de se utilizar às regras propostas pela hermenêutica, para que o intérprete da norma consiga atingir ao objetivo maior da mesma que é a paz social. Tanto tem suporte essa colocação que Ráo (1997, p. 452), fala da utilização da hermenêutica, complementando ainda com a integração da Interpretação e da Aplicação, para formarem um conjunto harmônico visando atender aos objetivos maiores do direito. Para tanto ele afirma:

A Hermenêutica tem por objeto investigar e ordenar por sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito c. aplicação; a Interpretação, por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a Aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.

Dentro desse contexto se torna necessário também ressaltar a dignidade da pessoa humana, pois elo de ligação da Sociedade com os direitos fundamentais, e tema complexo dentro dos estudos jurídicos e filosóficos. Um dos doutrinadores que ressalta o tema e que

o explora em confronto com os direitos fundamentais é Sarlet (2002, p. 62) que ousa, como ele próprio menciona, trazer uma definição jurídica e filosófica, para o tema, se colocando da seguinte maneira:

Por derradeiro, poderemos encerrar esta etapa do nosso estudo ousando formular proposta de conceituação (jurídica) da dignidade da pessoa humana que, além de reunir a dupla perspectiva ontológica e instrumental referida, procura destacar tanto a sua necessária faceta intersubjetiva e, portanto, relacional, quanto a sua dimensão simultaneamente negativa (defensiva) e positiva (prestacional). Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável,⁹¹ além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*

Continuando, coloca ainda que, visando atender ao efeito de hierarquização do processo hermenêutico, tem a dignidade da pessoa humana sido considerada

como o maior princípio de hierarquia não só da nossa, mas de todas as ordens jurídicas que a reconheceram. (SARLET, 2002, p. 88). E finalizando esse pensamento fala que há um traço comum entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, mencionando que:

Vale dizer, nesta linha de pensamento e finalizando este segmento, que os direitos fundamentais, assim como e acima de tudo, a dignidade da pessoa humana à qual se referem, apresentam como traço comum, acompanhando, neste passo, a expressiva e feliz formulação de Alexandre Pasqualini, o fato de que ambos (dignidade e direitos fundamentais) *“atuam, no centro do discurso jurídico constitucional, como um DNA, como um código genético, em cuja unifixidade mínima, convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática.”*

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a dignidade como sendo um princípio inerente a todos os membros da humanidade, assim como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Não se pode, entretanto deixar de levar em consideração que em face do fenômeno da globalização, há necessidade de se analisar a eficácia dos direitos da liberdade e da Justiça acompanhando a necessidade de cada população, uma vez que se tem consequência

diferente em relação à eficácia dos direitos ligados à liberdade e Justiça (TORRES, 2005, p. 306).

Na classificação dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, há algumas posições, sendo coerente ressaltar a colocada por Serrano e Barletta Júnior ([S.l.], p. 54), ao afirmarem que:

[...] a Constituição Brasileira estabelece cinco grupos: os direitos individuais (art. 5º), os direitos coletivos (art. 5º), os direitos sociais (art. 6º e 193 e ss), os direitos à nacionalidade (art. 12) e os direitos políticos (arts. 14 a 17). Embora divididos em grupos, a Constituição reconhece que eles formam um conjunto harmônico, mediante influências recíprocas, sendo a mais importante a dos direitos sociais sobre os demais.

Não se pode aqui deixar de comentar que o papel do Juiz na efetividade dos direitos humanos é por demais importante, uma vez que eles devem levar em conta primeiramente os direitos humanos, que na nossa Constituição se encontra disposto no art. 3º, se expressando pelos “valores de liberdade, igualdade e solidariedade”. (COMPARATO, 2001, p. 29), ou seja, se deve sempre buscar a efetividade do direito, visando o bem comum, mas respeitando acima de tudo os direitos fundamentais.

Necessário se torna ainda citar que dentre os direitos de caráter fundamental encontram-se os direitos sociais citados e garantidos pelo artigo 7º da Constituição Federal de 1988, quer sejam de caráter individual

e/ou coletivo, posto que resultada de uma longa conquista histórica, assim como, atrelados diretamente a dignidade da pessoa humana.

Com isso se chega aos direitos sociais, os quais visam garantir aos indivíduos às condições materiais consideradas como necessárias e imprescindíveis ao pleno gozo de seus direitos, uma vez considerados cidadãos, razão pela qual, exige do Estado a intervenção na ordem social, visando atender ao critério de Justiça, que aqui no caso seria a distributiva, objetivando a diminuição das desigualdades sociais, assim como o atendimento do princípio da isonomia, que é base aos direitos fundamentais.

Vale ressaltar também que Bobbio dá ênfase no entendimento de serem os direitos sociais equiparados aos direitos fundamentais, sendo que os direitos individuais tradicionais, consistiriam em liberdades, exigindo obrigações negativas dos órgãos públicos, ao passo que os direitos sociais consistiriam em poderes, somente podendo ser realizados com um certo número de obrigações positivas. Acrescenta que o atendimento dos direitos do homem é uma meta desejável, mas que não vai sobreviver apenas dessa convicção para sua efetivação, na verdade há necessidade de se estabelecer condições para a plena realização dos direitos proclamados, e se sua essência hoje se encontra na forma de melhor protegê-los. (BOBBIO, 1992, p 22- 24),

Um outro ponto, ressaltado por Carvalho (2006, p. 10), ao comentar sobre os direitos sociais é no sentido de enfatizar que os mesmos servem para reduzir os excessos de desigualdades que são produzidos pelo capi-

talismo, porém, somente a partir do momento em que temos uma sociedade politicamente organizada, assim se expressando:

Finalmente, há os direitos sociais. Se os direitos civis garantem a vida em sociedade, se os direitos políticos garantem a participação no governo da sociedade, os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva. Eles incluem o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, à aposentadoria. A garantia de sua vigência depende da existência de uma eficiente máquina administrativa do Poder Executivo. Em tese eles podem existir sem os direitos civis e certamente sem os direitos políticos. Podem mesmo ser usados em substituição aos direitos políticos. Mas, na ausência de direitos civis e políticos, seu conteúdo e alcance tendem a ser arbitrários. Os direitos sociais permitem às sociedades politicamente organizadas reduzir os excessos de desigualdade produzidos pelo capitalismo e garantir um mínimo de bem-estar para todos. A idéia central em que se baseiam é a da justiça social. (grifo nosso).

Tem-se que os direitos humanos, acabam por exprimir uma antinomia fundamental na sociedade humana, da qual, vai da relação entre Homem e sociedade à relação do indivíduo com todos os seus congêneres, porém, mesmo com tudo que se tem sobre o tema violações continuam a existirem, justamente pela neces-

cidade que se tem de dar contornos definidos ao que chamamos de direito e obrigações, inclusive no âmbito internacional, criando mecanismos seguros para vigiar e mesmo reagir contra essas violações.

As consequências da globalização acabam por trazer a destruição das bases econômicas e sociais das conquistas culturais mais preciosas da humanidade (BOURDIEU, 2000, p. 52). Tudo isso redundando em uma forma de exclusão social, pois há uma substantiva camada da sociedade que fica sempre à margem da sociedade, e mesmo o próprio Estado perde sua força, e em consequência, os direitos fundamentais nem sempre são levados em consideração por força das leis do mercado financeiro, que se torna o imperativo maior a ser observado, em detrimento de valores até então observados.

Habermas (2002, p. 172) também ressalta essa forma de exclusão, afirmando que hoje não mais existe a soberania externa dos Estados, a partir do momento em que se uniram as nações em uma involuntária comunidade de risco, onde não se conseguiu até o momento a criação de uma política eficiente que conseguisse acabar com as formas de exclusão que foram criadas pelo fenômeno da globalização. Afirma ele que:

Diante das coações e dos imperativos subversivos do mercado global e tendo em vista o adensamento mundial das comunicações e do transporte, a soberania externa dos Estados, seja qual for sua fundamentação, tornou-se hoje em dia, aliás, um anacronismo. Além disso, ten-

do em vista as crescentes ameaças globais que há tempo uniram as nações do mundo numa involuntária comunidade de risco, resulta a necessidade prática de criar instituições políticas eficientes em nível supranacional. For enquanto, faltam os atores coletivos capazes de fazer uma política interna mundial, com a força necessária para chegar a um acordo quanto às necessárias condições de contorno, arranjos e processos. Mas, devido a essas pressões, existem entretantes associações **mais amplas de Estados nacionais. Como bem o demonstra o exemplo da União Européia, junto com elas surgem perigosas lacunas de legitimação. Com novas organizações, mais afastadas ainda das bases, como a burocracia de Bruxelas, cresce o desnível entre, por um lado, as administrações e as redes sistêmicas autoprogramadas e, pelo outro, os processos democráticos. Só que basta observar as desvalidas reações defensivas a esses desafios para mostrar a inadequação de urna concepção substancialista da soberania popular.**

As violações nos valores sociais, principalmente no campo do trabalho, se mostram nítidas a partir do momento em que não se vêm respeitando direitos necessários à dignidade do homem como trabalhador e sustentáculo de sua família, havendo apenas a grande preocupação do homem enquanto agente de cresci-

mento do país, pois sem a força de trabalho não há se ter à troca que é necessária em algumas fases da aldeia global, caracterizando assim, que se encontram tais situações em uma forma de exclusão social, o que é bem ressaltado tanto pelos sociológicos quanto por alguns filósofos, pois acaba que apenas uma pequena camada da sociedade seja beneficiada, justamente pelos valores não representarem a necessidade maior que uma sociedade necessita para encontrar a suprema paz social.

3. O impacto nas relações de trabalho

Face a economia de mercado e a intensificação da competição entre as empresas, visando à redução de custos, há sem dúvida uma grande influência no âmbito do direito do Trabalho, as quais são discutidas sob ponto de vistas diferentes, ou seja, pela social-democracia, onde se propõe um modelo conservador, com a preservação das garantias legais, e por outro lado pelo neoliberalismo, com uma proposta totalmente diferente, que é justamente a flexibilização do Direito do Trabalho, refletindo sobre as funções protecionistas ao cidadão trabalhador.

Em função desse grande debate, tem-se hoje que uma das principais funções do Direito do Trabalho é justamente o combate ao desemprego, que é uma das grandes questões sociais, que foram agravadas com a moderna tecnologia, que simplesmente reduziu o emprego sensivelmente, abrindo vagas em outros setores, como é o caso do setor de prestação de serviços (NAS-

CIMENTO, 2007, p. 71) e trabalho informal, o que, entretanto não consegue ser sanado com as políticas desenvolvidas pelo Governo ou mesmo pelas entidades Sindicais.

Vê-se que os neoliberais utilizam-se de uma despreocupação sem precedentes e até irresponsável, sendo que as correntes do pensamento crítico existentes estão divididas e ao mesmo tempo se sentindo torturadas pelo visível fracasso do sistema socialista ou mesmo pela crise do *Welfare State*, onde se coloca inclusive que a teoria marxista, não tem mais uma posição destacada, ao contrário do pensamento social-democrata, onde o desemprego continua sendo uma questão crucial e problemática. Nessa esteira temos também o pensamento cristão moderno, fruto da tradição humanista, na busca de alternativas para o que se denominam de “elo social” (CATTANI, 2000, p. 64). Esse elo social deveria ser algo que atendesse aos interesses maiores da sociedade, desde que respeitados os pressupostos básicos dos direitos fundamentais e respeito ao cidadão como agente de direitos e obrigações.

Como bem ressalta Romita (2003, p. 56), o direito do trabalho sofre a influência das mudanças e das transformações, tanto em relações às questões políticas quanto econômicas. Com isso o mercado de trabalho passou por profundas modificações, principalmente em face do aumento da competição, às questões envolvendo as margens de lucro, necessidade de maior produção, competitividade acirrada, além do aparecimento da subordinação dos países pobres aos países ricos, gerando em consequência, desigualdades sociais,

cultural, política, crescimento do desemprego, etc. Claro que o debate que se apregoava é de que estava a se defender um modelo de bem-estar social, onde haveria a idéia de um viver realmente comunitário, onde se compartilhariam não só os lucros, mas também os prejuízos.

Há quem afirme que existe um grande desenvolvimento do processo de globalização da mão-de-obra especializada e mesmo algumas exigidas pelo próprio mercado globalizado, o que faz com que ocorram alterações das regras até então previstas, em face dessa nova competitividade e mesmo necessidade não só das empresas, mas também do próprio homem, que necessita de seu trabalho para sua sobrevivência o que faz com que ele aceite às modalidades que lhe são apresentadas. Discorrendo sobre a globalização da mão-de-obra pode-se citar Castells (2003, p. 171), que assim coloca:

Existe um processo cada vez maior de globalização da mão-de-obra especializada. Isto é, não só da mão-de-obra especializadíssima, mas da mão-de-obra que vem sendo excepcionalmente requisitada no mundo inteiro e, portanto, não seguirá as regras normais das leis de imigração, do salário e das condições de trabalho.

Essa é uma realidade mundial, mas que só atinge pequena porção da força de trabalho, gerando assim, situações positivas e negativas, pois ao mesmo tempo em que agrega sociedades, causa reações xenofóbicas,

por conta da formação de nova configuração étnica e mesmo multiculturais. Com isso, se tem vários impasses que devem ser vencidos diariamente pelos trabalhadores e pelos cidadãos, o que vai é claro variar de sociedade para sociedade, pois tudo passa por um processo cultural.

Tais desequilíbrios geram consequências no âmbito do trabalho, uma vez que diretamente ligado ao mercado e a movimentação de bens, e, no caso, são também sentidos no mundo como um todo, e é claro no Brasil, até por ser um país em desenvolvimento, onde as disparidades são mais vulneráveis, vez que, se olharmos a globalização de forma cética, veremos que ela promove os valores materiais acima de outros valores, até mesmo dos direitos fundamentais, o que reflete sensivelmente nos países respeitadas às identidades de cada um, mas acabando por criar formas de exclusão social.

Fala-se em crescimento do desemprego estrutural, à medida que o país se insere em um mercado globalizado, participando em consequência da universalização da economia e colocando-se frente aos novos conceitos neoliberalizantes, isso em virtude da substituição do homem em virtude do avanço tecnológico, trazendo benefícios para a ciência, mas também um agravamento gritante no quadro de desemprego, até em consequência de que o trabalhador não consegue acompanhar o avanço tecnológico que lhe é imposto no novo mercado. (VIEIRA, 2005, p. 57).

Esse desemprego estrutural resulta em um novo modelo jurídico, visando acompanhar às necessidades

sociais e mesmo estruturais, levando os trabalhadores a ficarem sem opções na relação envolvendo o capital, gerando o aumento do desemprego, onde então aparecem os defensores do neoliberalismo, difundindo idéias flexibilizadoras e mesmo desregulamentadoras das normas trabalhistas, com o intuito de aumento dos postos de trabalho.

No caso, por exemplo, do Brasil, tem-se que o modelo jurídico-trabalhista brasileiro sintetiza, o próprio impasse vivido pela jovem Democracia brasileira. (DELGADO, 2007, p. 135). As proibições de discriminações nas relações trabalhistas é o resultado das classes trabalhadoras, justamente em função das condições de opressão e mesmo de degradação que caracterizava a relação entre capital x trabalho, as quais, ainda hoje não foram superadas em parte dos Estados que fazem parte da comunidade internacional. Assim, os direitos fundamentais de igualdade e liberdade que são dados aos trabalhadores, visam assegurar ao mesmo um espaço de autonomia pessoal, não só em face do Estado, mas também dos poderes sociais, para tentar garantir o princípio da dignidade humana. (SARLET, 2002, p. 94 - 96).

Observe-se que ao se falar em flexibilizar no contexto da relação de trabalho, pretende-se amenizar as características rígidas das normas trabalhistas, não para atender aos interesses dos direitos individuais e/ou coletivos dos Trabalhadores, mas sim visando aumentar os lucros dos empregadores. Há de se ressaltar que não podemos deixar de lembrar que do ponto de vista jurídico-sociológico, o impulso a criação do Direi-

to do Trabalho se deu em função das relações coletivas, que pretenderam dar um sentido protecionista para a classe operária, já acompanhando a tendência de legitimação das doutrinas humanitaristas que apareciam, porém, culturalmente no Brasil os Sindicatos surgiram de forma equivocada de cima para baixo, o que acaba em algumas situações por resultar no enfraquecimento de tão poderoso grupo, que tem força, mas falta cultura aos próprios trabalhadores para que ele possa colocar em prática suas principais atribuições, principalmente a de representação.

Fala-se em flexibilização porque o próprio papel do Estado é questionado, assim como o modelo constitucional. O tão propagado neoliberalismo parece querer produzir efeitos também na esfera trabalhista, até porque produz efeitos no Direito como um todo. A forma de combate ao desemprego se dará de modo a reduzir as garantias trabalhistas que foram conquistadas ao longo dos anos, e com muita luta, o que sem dúvida se configura como um forma de exclusão ao trabalhador.

Na visão de Cassar (2010, p. 35), *a flexibilização deve ser um mecanismo utilizado apenas quando os reais interesses entre empregados e empregadores, em cada caso concreto, forem convergentes*. Tal colocação seria primordial se realmente se preconiza o respeito aos direitos mínimos do trabalhador, enquanto cidadão, que necessita do mínimo essencial para sua sobrevivência, porém, não é essa a cultura que se tem no Brasil, onde o que prevalece dentro dos princípios da globalização é o lucro constante com baixos custos, o que reflete diretamente nas relações entre capital e trabalho.

Vê-se, portanto, que o assunto é por demais complexo e que a doutrina é conflitante em relação ao mesmo, por envolver diversas áreas principalmente às questões trabalhistas, uma vez que as mesmas se encontram diretamente ligadas aos direitos sociais, e a condição de manutenção do cidadão enquanto sujeitos de direitos trabalhistas e mesmo como peça fundamental para movimentação do círculo financeiro, pois é através do trabalho que temos como efetivar a circulação de bens.

Tem-se que o neoliberalismo aparece com uma nova roupagem: flexibilização do direito do trabalho, desestatização, desregulamentação e deslegalização. A pergunta que se indaga, é se tais condições não feririam do princípio da proteção, que é fundamental no âmbito do direito do trabalho. Sem dúvida o fenômeno da globalização interfere inclusive no âmbito do princípio da proteção, pois acabam retirando do Estado uma de suas principais funções que é regular as relações trabalhistas para se respeitar o mínimo necessário ao empregado enquanto cidadão, e portador de direitos.

Tais situações fazem com que aqueles que se encontram desempregados pela reestruturação, corroídos no seu *status* social de degradado, tentem buscar novas formas de inserção no mercado produtivo, inclusive tentando novas formas de qualificação, visando a reinserção no mercado de trabalho, para que não fiquem à deriva, como excluídos.

São vários os sentidos, quanto ao reflexo da globalização sobre os empregos, sendo possível citar dentre eles os seguintes: i). a redução geral dos mesmos; ii) a

ampliação setorial, como decorrência das transformações da sociedade industrial para a pós-industrial, gerando a criação de novos setores produtivos resultado das tecnologias modernas e do próprio crescimento do setor de serviços; iii) a descentralização das atividades da empresa para empreendedores periféricos por meio das subcontratações; iiiii) o crescimento do trabalho autônomo e uso de formas para-subordinadas de contratação do trabalho; iiiiii) a requalificação profissional do trabalhador com a valorização do ensino geral e profissionalizante.

Tais situações acabam por aumentar mais ainda as disparidades existentes no âmbito das relações de trabalho, uma vez que com esses reflexos acaba-se por não respeitar em várias situações o mínimo ético necessário a cada cidadão e conseqüentemente o princípio da dignidade da pessoa do trabalhador cidadão, posto que fica excluído a margem das relações de trabalho.

Conclusão

Como visto, a globalização inicia-se bem antes do descobrimento do Brasil, passando pela Revolução Industrial, onde se desenvolveu e chegando atualmente como fenômeno da globalização, sendo que permaneceu despercebida por algum tempo, e hoje tem uma grande ênfase, principalmente pela avaliação dos economistas. Afeta ela todas as diversas áreas, ou todas as áreas da sociedade, podendo ser evidenciado as áreas

de comunicação, comércio internacional e mesmo a liberdade de movimentação

A economia de mercado não visa à procura da equidade, de justiça social, e sim a crescente busca da produtividade, da eficiência e do lucro, independentemente da visualização dos direitos do cidadão, ainda que na condição de trabalhador. O avanço da tecnologia e a conseqüente mecanização da mão-de-obra, além da possibilidade de exploração de mão-de-obra barata de determinada empresa fora de seu país de origem, e a redução de gastos ao máximo, são algumas das conseqüências da globalização, sem qualquer preocupação nas conseqüências que gera, tais como: miséria, desemprego em massa e mesmo a exploração nos seus mais diversos níveis.

Assim, o neoliberalismo, prega a desregulamentação das atividades e a privatização, e justamente dentro da desregulamentação que se fala no fim do direito individual do trabalho. Seus defensores acreditam que a redução dos níveis de proteção do trabalhador, é uma das formas de gerar emprego, partindo da fundamentação de que um dos impedimentos ao crescimento dos empregos são os encargos trabalhistas.

E conseqüentemente obrigando que o direito do trabalho tenha que quebrar uma trajetória que já é histórica, no sentido da sobrevivência da própria relação trabalhista, donde surge como um dos principais pontos justamente a flexibilização, a desregulamentação e a terceirização, posto que a visão aqui defendida seja a de lucratividade. Em vista de tais pensamentos questiona-se o paternalismo estatal e sua intervenção

em regras privadas, que deveriam ser acompanhadas apenas pelos sindicatos, na condição de legítimos representantes da categoria, até por conta da consciência de que hoje os trabalhadores são mais conscientes e em consequência não haveria espaço para a exploração.

Ocorre que, até por conta da cultura, principalmente trabalhista encontrada nos países em desenvolvimento como é o caso do Brasil, há sim necessidade de se ver protegida as garantias mínimas de proteção ao trabalhador, ainda mais na condição de cidadão, ser humano, que deve ter sua dignidade respeitada, sob pena de se caracterizar mais uma vez como uma forma de exclusão social.

Portanto, há sim necessidade de intervenção do Estado, para que sejam observados o mínimo ético de garantias para o trabalhador, visando respeitar sua dignidade humana, e fazer com isso que se preserve os momentos históricos conquistados a duras penas pelos trabalhadores, em grandes lutas travadas ao longo do tempo visando as conquistas hoje alcançados e que se encontram por um fio a se perderem, em prol de algo tão frio, que seria apenas a visão do poderio econômico, a manutenção das empresas, e jamais o da dignidade do ser humano.

Há necessidade de que a sociedade se conscientize de seus direitos e requeira o cumprimento dos princípios e normas constitucionais, visando a efetivação do bem estar social e também da democracia, até em respeito a que o direito do trabalho teve um papel pioneiro na priorização do bem estar social dos trabalhadores, ao intervir nas relações privadas, objetivan-

do a pacificação das lutas de classe, fazendo com que os direitos privados se voltassem para um bem social mínimo garantido aos trabalhadores, ao impor regras básicas que deveriam ser respeitadas visando atender às necessidades do homem enquanto trabalhador e sujeito de direitos.

Há de se repensar que o mercado e a livre competição não pode reinar livre, sem freios, sob pena de estarmos levando o país a um caos irreversível, de onde se corre o risco de maior margem de desemprego e consequente exclusão social.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BELTRAN, Ari Possidonio. **O Direito do Trabalho no Mundo Globalizado: Reflexos no Contrato de Trabalho**. In: Tendências do Direito Material e Processual do Trabalho, V. 2, São Paulo: LTr, 2001a, p. 145 - 158.
- _____. Ari Possidonio. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo: LTr, 2001b.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, 16ª tiragem.
- BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: Táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2010.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em REDE: A era da informação: economia, sociedade e cultura**. V. I, 7 ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra S/A, 2003.

- CATTANI, Antônio David, **Trabalho & Autonomia**. 2 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. O Papel do Juiz na efetivação dos Direitos Humanos. In **Direitos Humanos: Visões Contemporâneas**. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001.
- _____. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Independência da Magistratura e Direitos Humanos. **Direitos Humanos: Visões Contemporâneas**. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Brasil e o Mundo Globalizado**. In: O Direito Brasileiro e os desafios da economia globalizada. WALD, Arnoldo;
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; PRADO, Ney (Org.). Rio de Janeiro: América jurídica, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves Fraga (Org.). **Direitos Humanos: Coletânea de Legislação**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.
- MERCADANTE, Aloizio. **A globalização e seus impactos na sociedade**. In: O Direito Brasileiro e os desafios da economia globalizada. WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva; PRADO, Ney (Org.). Rio de Janeiro: América jurídica, 2003. P. 41 - 46.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral - Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil - Doutrina e Jurisprudência**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAIS, Paulo César de Campos. **Concepções Teóricas de Talcott Parsons e Jürgen Habermas sobre a Inclusão Social**. In Globalização e Direito I: Impactos nacionais, regionais e transacionais. ARNAUD, André-Jean (Org.) 2 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 423 - 458.

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Globalização e seus Efeitos no Contrato de Trabalho**. In: Tendências do Direito Material e Processual do Trabalho, V. 1, São Paulo: LTr, 2000, p. 326 – 333.
- _____. Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33 ed. São Paulo: LTr, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos: Visões Contemporâneas**. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001.
- RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros (atual). 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da Proteção em Xequê e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003.
- _____. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo, LTr, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deyse. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SERRANO, Pablo Jiménez. **Para uma Melhor Compreensão dos Direitos Humanos**. In: Direito & Paz, Ano 07, nº 12, Lorena: Centro Unisal, 2005, p.101 – 120.
- SERRANO, Pablo Jiménez; BARLETTA JÚNIOR, Sidney L. **Teoria dos Direitos Humanos**. São Paulo: Julgar, 2002.
- STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: Como dar certo**. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Globalização, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais**. In Globalização e Direito I: Impactos nacionais, regionais e transacionais. ARNAUD, André-Jean
- VIEIRA, Maria Margareth Garcia. **A Globalização e as Relações de Trabalho: A lei de Contrato a Prazo no Brasil como Instrumento de Combate ao Desemprego**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

O Direito Fundamental à Motivação das Decisões Judiciais em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo.

The Fundamental Right to Act on Court Rulings in times of Contemporary Constitutionalism.

Artigo recebido em 20/05/2014.

Revisado em 08/06/2014.

Aceito para publicação em 15/06/2014.

Matheus Vidal Gomes Monteiro

Advogado. Pós-Graduado em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida - UVA (2008). Mestre em BioDireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL (2010). Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil do Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA.
E-mail: matheus.monteiro2009@gmail.com.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

O Direito Fundamental à Motivação das Decisões Judiciais
em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. - pp. 269-299
MONTEIRO M. V. G.

Resumo

O presente artigo tem por proposta abordar a temática acerca do direito fundamental à motivação das decisões judiciais. Com o desmoronamento das barreiras que separavam o direito público do direito privado, um novo direito, agora “*neoconstitucionalizado*”, poderíamos assim dizer, surge. Com isso, uma nova teoria das fontes, teoria das normas e teoria da interpretação tornam-se necessárias em busca de uma racionalidade da jurisprudência. Nessa seara, busca-se abordar a problemática em torno da decisão judicial, agora diante de uma “jurisdição constitucionalizada”, a partir da fundamentação das decisões judiciais, reafirmando-se um necessário reforço à autonomia do direito, à racionalidade da jurisprudência e à defesa de uma impossibilidade de correção do direito por juízos morais.

Palavras-chave

Constitucionalismo. Racionalidade da jurisprudência. Decisão judicial. Motivação.

Abstract

The present article has the proposal to address the issue concerning the fundamental right to the act on court rulings. With the collapse of barriers which separate the public from private law, a new law, we

could say, arises, now “neo-constitutionalized”. Thus, a new theory of sources, standards and interpretation becomes necessary in a pursuit of a rational jurisprudence. In this area, we seek to address the issues surrounding the court ruling, now facing a “constitutionalized jurisdiction” from the grounds on court rulings, claiming it a necessary reinforcement to the right of autonomy, rationality of law and the defense of an inability to correct the law for moral judgments.

Keywords

Constitutionalism. Rationality of jurisprudence. Court Ruling. Motivation.

Sumário

Introdução. 1. A normatividade da Constituição e o seu *constituir-a-ação*. 2. Jurisdição, racionalidade da jurisprudência e segurança jurídica. 3. O princípio *turn* e a jurisdição constitucional(izada). 4. Fundamentação da fundamentação: uma análise da produção ao produto. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

A clássica divisão entre os ramos público e privado - admitindo-se para estes regras e princípios autô-

nomos - desmorona-se às vistas atuais, diante da transversalidade intransponível que corta ambos os ditos ramos, admitindo-se o sistema do direito de forma una, analisado tanto interna como internacionalmente, como no caso da influência dos direitos humanos.¹

Desse modo, em atual análise, alguns autores identificam a chamada “Era da Desordem” - sentida na queda dos principais obstáculos separadores entre os dois ramos clássicos do direito: público e privado, geralmente explicitados pela distinção entre a posição imperial estatal e a situação de paridade dos particulares - pela diferença entre a lei e o contrato; pela diferença entre justiça distributiva e justiça comutativa; e pela bipartição das fontes, onde tínhamos no ramo público do direito a Constituição, e no ramo privado, a lei, especialmente identificada no Código Civil².

Dessa forma, sob as ruínas desse cenário de desmoronamento, emergem algumas das principais questões teóricas percebidas e desenvolvidas, fortemente, pela doutrina e jurisprudência brasileira a quais ampliam e fortalecem esse cenário de “desordem”, e que, exemplificativamente poderíamos citar: a constitucionalização do direito privado³ (de certa forma agravada pelo fenômeno, já sentido há tempos, de descodificação desse ramo) e a admissão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Na esteira de tal traçado teórico, advém conhecido e importante movimento constitucional, em especial, identificado no segundo pós-guerra, amplamente denominado de *neoconstitucionalismo*⁴, mas que, na seara doutrinária de Streck, passamos a denominar

de Constitucionalismo Contemporâneo⁵, sendo marcado – dentre outras características – pela ocorrência do denominado “princípio *turn*”⁶ (que se trata de uma reformulação da teoria da norma), a elevação da Constituição em posição hierarquicamente superior à lei (reformulação da teoria das fontes), e o abandono à discricionariedade judicial e o ativismo (reformulação da teoria da interpretação). Fruto da combinação dos três tópicos ressaltados, teremos certa ampliação e deslocamento desse cenário de “desordem”, analisado anteriormente sob a ótica da *produção* do direito, para a ótica da *aplicação* do direito pelo Poder Judiciário.

Retomando ao desmoronamento das linhas divisórias narradas acima, percebe-se, sob tal cenário de “caos” de fontes normativas, a identificação de (ainda) não superação de dogmas básicos do positivismo jurídico (como por exemplo, a manutenção de “premissas básicas do *antigo* direito privado”, como, a igualação entre a categoria dos antigos princípios gerais de direito e os atuais princípios jurídicos após a ocorrência do princípio *turn*⁷), em especial, a admissão da discricionariedade judicial quando da decisão.

Diante desse panorama de superação teórico-jurídica que se impõe, em tempos de “desordem”, em especial, quando da *aplicação* do direito por intermédio da jurisdição, surge o presente ensaio, no intuito de iniciar recorte metodológico, demonstrando, mesmo que rapidamente, essa nova sistemática da normatividade constitucional (I) e seus impactos sobre essa renovada jurisdição (II e III), concluindo com a necessidade de reforço à fundamentação das decisões judiciais como

alvo para se atingir posturas discricionárias em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo (IV).

1. A normatividade da Constituição e o seu *constituir-a-ação*

Em tempos de “desordem” e Constitucionalismo Contemporâneo, uma das sensíveis situações trata-se da tentativa de saída de cena do método subsuntivo de procura de respostas às decisões judiciais na teia legislativa (a ser realizado de modo mais facilitado anteriormente ao fenômeno da descodificação do direito privado, é claro) com o deslocamento de olhares para a fonte jurídica primária e principal do sistema de direitos: a Constituição.

Em retrospectiva histórica, a situação gerada a partir do segundo pós-guerra vem proporcionar um fortalecimento da jurisdição constitucional, especialmente decorrente de dois fatores: (i) pelo caráter hermenêutico que assume o direito, na fase denominada pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência⁸, e (ii) diante da inércia estatal na execução de políticas públicas e da deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos constitucionalmente.⁹ Com isso, atualmente, temos “a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição”¹⁰.

Mediante a difusão de diversas ideias doutrinárias (tais como as de Konrad Hesse), fortalece-se a

Constituição em sua posição jurídico-normativa, pois vinculante, obrigatória e dotada de eficácia e força normativa¹¹. E, em complementação, temos uma nova legitimação do sistema jurídico para além da legalidade do procedimento adotado para sua criação, empregando-se uma análise conteudística, axiológica da norma produzida.

Nessa nova conjuntura jurídica, em que necessário se torna a concretização dos dispositivos constitucionais (agora fortalecidos), temos que, em oposição à já conhecida concepção procedimental habermasiana da jurisdição constitucional¹², “mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes –, é preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contém direitos fundamentais, sociais, coletivos que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização.”¹³ Trata-se de um *constituir-a-ação*.¹⁴ E em reflexo a essa nova visão constitucionalizada do sistema do direito, chega-se a defender em sede doutrinária, a existência de um *direito adquirido de viver pacificamente e ordenadamente de acordo com os princípios da Constituição Nacional*¹⁵, e, analisando-se sob a ótica da jurisdição, um *direito adquirido à resposta constitucionalmente correta*.¹⁶

2. Jurisdição, racionalidade da jurisprudência e segurança jurídica

Em tal tempo de “desordem”, pertinente se torna a referência a Habermas quando da identificação dos

diversos níveis de tensão entre facticidade e validade do direito (teoria esta que, na visão habermasiana, é inicialmente abordada como teoria da jurisdição e do discurso jurídico), sendo que, em foco específico ao exercício da jurisdição, identifica a tensão peculiar corporificada entre a necessidade de manutenção da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas, surgindo, pois, o denominado problema da racionalidade da jurisprudência.¹⁷ Por isso, gera-se um deslocamento do polo de tensão das demais funções estatais para a jurisdição, em especial, do já narrado fortalecimento da jurisdição constitucional e demais causas contribuintes de tal fenômeno.¹⁸

E já que o sistema de direitos vigente (analisado no âmbito de sua produção, inicialmente) deve garantir a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado (resumidamente nomeada de segurança jurídica), bem como, seus processos racionais de normatização e aplicação que prometam a legitimidade das expectativas de comportamento estabilizadas (pois as normas *merecem* obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei), essas duas garantias pretendidas no momento da produção do direito devem ser resgatadas quando da prática da decisão judicial – relembrando-se que Habermas encampa parcela das ideias de Klaus Gunther acerca da diferenciação entre os discursos de fundamentação e de aplicação.¹⁹ Por isso “não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal pelo caminho da ação.”²⁰

Logo, acompanhando as ideias de Habermas, para que o exercício da jurisdição possa preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito (nos moldes inicialmente direcionados à produção do direito), os juízos emitidos têm de satisfazer simultaneamente: a) às condições de aceitabilidade racional; e b) às condições da decisão consistente.²¹ E para que se possa atender às condições acima, já que ambas nem sempre estão de acordo, Habermas divide em duas séries de critérios a serem atendidos. Para se atender à segurança jurídica, torna-se necessário a exigência de decisões tomadas consistentemente no quadro da ordem jurídica²², e para se atender à pretensão de legitimidade da ordem jurídica, implica-se obter decisões que sejam fundamentadas racionalmente a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais por todos os membros do direito.²³

Apesar de discordarmos do requisito habermasiano acerca da aceitabilidade racional¹⁴ (chegando ao desenvolvimento do conceito de *acordo racionalmente motivado*²⁵), entendida essa condição como ramificação de sua teoria discursiva (argumentativa), em que se analisa a aceitabilidade racional dos juízos dos juizes a partir da qualidade dos argumentos utilizados e da estrutura do procedimento de argumentação e a coloca como pré-requisito para a configuração da legitimidade da ordem jurídica sob o aspecto da jurisdição; admite-se a encampação parcial das ideias habermasianas quando o mesmo exige decisões tomadas consistentemente no quadro da ordem jurídica (para o atendimento à segurança jurídica, em seu aspecto de *reapareci-*

mento quando do exercício da jurisdição), e, também, em adição a tal perspectiva teórica, passamos a olhar tal afirmação com a aplicação da obra de Dworkin e seu sentido de coerência e integridade do direito.

Assim sendo, acompanhando esse direcionamento de foco de análise do Legislativo para o Judiciário, a concretização da Constituição por intermédio de tal função estatal nos obriga a analisar a decisão judicial concretizadora, o que, em cenário brasileiro *neoconstitucionalizado*, vem recebendo influências indevidas da Jurisprudência dos Valores, do realismo norte-americano e da teoria da argumentação de Robert Alexy²⁶, e, com isso, não consegue se desvincular dos paradigmas da filosofia da consciência e da discricionariedade positivista, afastando-se, pois, do pós-positivismo, e consistindo em obstáculo à renovação da segurança jurídica quando da *aplicação* do direito pela jurisdição, pois, se discricionário é, segurança, em termos de padronização de expectativas não há.

3. O princípio *turn* e a jurisdição constitucional(izada)

Um dos principais (senão o principal) agravador dessa irracionalidade da jurisprudência em cenário brasileiro trata-se da encampação (deturpada) do entendimento acerca da força normativa dos princípios²⁷, concentrados, agora, em seara constitucional (utilizando-se para tal afirmação, apenas para demonstração da pluralidade existente, a distinção mais utilizada pela

doutrina brasileira, advinda de Robert Alexy, entre regra e princípio, considerando-se uma distinção estrutural), para a utilização, muitas vezes, em interpretações ditas corretivas de textos legislativos, não através do emprego (correto) da chamada técnica de interpretação conforme a Constituição e sim, da utilização de diversas *técnicas de ponderação* que se aproximam da utilização da moral corretiva como instrumento de solução em casos difíceis.²⁸ Tal prática comum em nosso cenário contraria afirmações habermasianas proposta há tempos: os discursos jurídicos não podem ser vistos como um caso especial do discurso prático-moral em geral.²⁹

As lições habermasianas sobre a relação de co-originariedade entre direito e moral, em sentido de complementação do primeiro à segunda, nos impede que em momento posterior à produção do direito (nos moldes habermasianos do denominado princípio “D”) retornemo-nos à moral, com sentido subjetivista, destruindo a força normativa dos princípios, adotando-os como *valores*.³⁰ Ou seja, devemos admitir princípios e regras em seu sentido deontológico, e não, axiológico, sob pena de retrocesso num dos principais ganhos desta nova postura de se olhar o direito: o pós-positivismo e o abandono à discricionariedade judicial que lhe é inerente, em sentido ideológico.³¹

Naturalmente a moral, no papel de uma medida para o direito correto, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera

pública. Os exemplos apresentados para uma moral no direito significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões. Enquanto for mantida a diferença das linguagens, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito. Quando Dworkin fala de argumentos de princípios que são tomados para a justificação externa de decisões judiciais, ele tem em mente, na maioria das vezes, princípios do direito que resultam da aplicação do princípio do discurso no código jurídico. O sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito são, certamente, devidos à razão prática, porém, na maioria das vezes, à figura especial que ela assume no princípio da democracia. O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que os conteúdos das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam.³²

Especialmente no momento jurídico em que vivemos, devemos estar atentos, pois “regras não estão ligadas/limitadas à subsunção; princípios não se cons-

tituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da insuficiência das regras”.³³ Não podemos, por conseguinte, ultrapassar produções legislativas deliberadas democraticamente com argumentos simplórios: “utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD [Teoria Pura do Direito] de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Herbert Hart. Não é desse modo, pois, que escapamos do positivismo.”

Em algumas palavras nesse atual quadro de prestígio e realocação da Constituição ao centro jurídico do sistema de direitos- com força normativa- essa nova visão constitucional(izada) exige a construção de uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de se compreender o direito³⁴, sendo assim, a já narrada anteriormente tríplice base do Constitucionalismo Contemporâneo “a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo [...] vem a dar lugar ao giro linguístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.”³⁵

Relembrando que, nenhuma dessas superações nos poderá fazer retornar ao ponto já ultrapassado: discricionariedade judicial típica do positivismo jurídico, senão, estaríamos a continuar com a perpetuação dos ideais básicos do positivismo jurídico, apenas utilizando roupas novas que convencem a superação ao interior da vestimenta.

Outro aspecto também percebido no panorama nacional, acompanhando as consequências já narradas acerca do fenômeno da “desordem” é que se eleva a busca pela solução de praticamente todos os casos que são levados ao Poder Judiciário a fim de uma discussão em nível constitucional. Contudo, ao se proceder a tal elevação (inicialmente) sofreremos com a roupagem geralmente escolhida para a positivação do fenômeno da constitucionalização: as cláusulas gerais, conceitos indeterminados ou princípios acompanhando a diferenciação estrutural de Alexy.³⁶ Nesse cenário moderno de aplicação do direito, quase que alçando o processo de elevação narrado acima como um dogma-metodológico-interpretativo, desnatura-se por completo a história e os conceitos: a aplicação da lei passa a ser uma atitude positivista e a utilização de princípios (especialmente os constitucionais) passa a ser uma atitude *moderna, pós-positivista*.³⁷

4. Fundamentação da fundamentação: uma análise da produção ao produto

Diante da inevitabilidade da decisão a que o sistema de direitos sofre (e sofrerá), o conteúdo motivacional das decisões judiciais torna-se um dos principais elementos legitimadores³⁸ da decisão que será prolatada, pois, diante deste caos das fontes normativas (ou, em muitos casos, até pretensamente tidas como normativas pelo sujeito solipsista³⁹), influenciadas em âmbito interno pela cúpula constitucional e com pressões

internas e internacionais – em sede de tratados internacionais, por exemplo – o que vivenciamos é o pinçar de argumentos estanques e geralmente abstratos (principiológicos)⁴⁰ – muitas das vezes até previstos positivamente como regras – sob uma pretensa carga normativa, que também é utilizada, pelos mantos de uma discricionária ponderação, com alta carga *de afastamento* de todas as demais previsões do ordenamento jurídico. Utiliza-se, portanto, a aplicação dos princípios não tanto por suas características de abstração, e sim, por terem reconhecimento constitucional.⁴¹ Trata-se do advento da chamada “era dos princípios constitucionais”.⁴²

E não raro, a não superação do paradigma da filosofia da consciência chega ao seu ápice com a criação de *princípios jurídicos* que são utilizados como pedra basilar da motivação de decisões judiciais. Tal fenômeno de criação vem recebendo de Streck a nomenclatura de *panprincipiologismo*.⁴³ Se princípios são normas, agora fortalecidos (e transformados) no constitucionalismo do segundo pós-guerra, não se pode deixar à mercê do intérprete-julgador a criação de princípios, por conseguinte, a criação de normas, pois o direito não deve ser o que os tribunais dizem:

O grande dilema contemporâneo será, assim, *o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito*. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é. E também parece

evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana – e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazido pelas Constituições – *torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica*. Ou seja, se o positivismo fracassou com a antidemocrática “delegação” em favor dos juízes para a decisão dos “casos difíceis”, não parece apropriado que o advento do constitucionalismo principiológico possa ser compreendido a partir daquilo que sustentou o velho modelo: o esquema sujeito-objeto, pelo qual casos “fáceis” eram solucionados por subsunção e casos difíceis por “escolhas discricionárias” do aplicador...!⁴⁴

Por conseguinte, imprescindível, em tempos atuais, o fortalecimento do que disposto em nossa Constituição (art. 93, IX⁴⁵): necessidade de *fundamentação* das decisões judiciais. E, diante da impossibilidade de se *metodizar* a interpretação do sujeito que interpreta⁴⁶, torna-se necessário estabelecer rígidos critérios e requisitos para a fundamentação da decisão adotada (a qual se busca que seja constitucionalmente adequada), chegando ao que Streck denomina de fundamentação da fundamentação.⁴⁷

Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamen-

tado. Fundamentar a fundamentação, pois. Ou ainda, em outras palavras, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.⁴⁸

[...]

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação.⁴⁹

Diante deste contexto, em que um novo constitucionalismo impera (ou tenta imperar-se), em que a superação de velhos dogmas se impõe, o fortalecimento da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, atribuindo-lhes *verdadeiro* nível de *garantia fundamental*⁵⁰ e um controle rigoroso com estabele-

cimento de critérios/requisitos de aferibilidade para a sua presença ou não (gerando a nulidade inevitável a ser atribuída em sua ausência) vão ao encontro da principal necessidade de superação em tempos atuais: da discricionariedade do intérprete e sua antidemocrática (relembrando, como já dito: o direito não deve ser o que os tribunais dizem...) ⁵¹

Somente diante desse rígido controle é que poderemos atacar a subjetividade assujeitadora que assola nosso atual juiz, legitimando a decisão no plano da responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito. ⁵² (Relembrando que “a guinada linguística representou a morte do sujeito da subjetividade assujeitadora, *mas não a morte do sujeito da relação*, que se preocupa com as coisas, com o mundo prático” ⁵³).

Portanto, a fundamentação/justificação do compreendido – a partir de uma intersubjetividade que traduza a tradição legítima do legado do Estado Democrático de Direito – passa a ser um direito fundamental do cidadão. A derrota do positivismo não se dará apenas no plano da superação da regra pelo princípio; também não se dará apenas na desmitificação da discricionariedade do intérprete para a solução dos casos difíceis; *dar-se-á, fundamentalmente, pela suplantação do paradigma da filosofia da consciência.* ⁵⁴

Analisando-se, também, fenômeno mais que “recorrente” em cenário brasileiro ⁵⁵, não é com o esta-

belecimento de uma supra-hermeneuticidade ou estabelecimento de supernormas aptas a prever todas as hipóteses de aplicação que iremos desbancar o império do subjetivismo.⁵⁶ É apenas com o estabelecimento de uma robusta e comprometida fundamentação, a qual venha a expressar/demonstrar a integridade e coerência no sistema de direitos⁵⁷ e o comprometimento do magistrado em se debruçar e identificar o DNA do caso sob discussão.⁵⁸ Trata-se de elemento único em que poderíamos identificar e combater, caso o intérprete-magistrado dissesse qualquer coisa sobre qualquer coisa⁵⁹, ou seja, o que Streck vem denominando de atribuição de “grau zero de sentido”.⁶⁰

Cientes também estamos que, de certa forma, a postura adotada com o presente ensaio vai de encontro a quase toda construção legislativa processual (e doutrina processual que acompanha sem críticas às últimas alterações legislativas) que enaltece a *razoável duração do processo*, buscando decisões quantitativas ao sacrifício de decisões qualitativas (constitucionalmente adequadas). Esta última inserção constitucional, realizada pela E.C. 45, vem produzindo uma verdadeira busca pela solução rápida ao sacrifício das outras garantias da tutela constitucional do processo advindas do devido processo legal.⁶¹

Diante disso, em especial, acompanhando a necessidade do abandono à discricionariedade, as teorias do direito e da Constituição que estejam preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais, não podem, por conseguinte, prescindir de um conjunto de princípios que tenham a fun-

ção de estabelecer padrões hermenêuticos com o fim de: preservar a autonomia do direito; estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; estabelecer que a fundamentação das decisões seja um dever fundamental dos juízes e tribunais; garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições de aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.⁶²

Conclusão

Em tempos de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo como comumente a doutrina tem se referido à nova fase do direito constitucional, irradiante sobre os demais ramos do direito (relembre-se o fenômeno da constitucionalização do direito e do fortalecimento da jurisdição constitucional), a adoção de determinadas posturas teóricas verdadeiramente comprometidas com o novo cenário no qual se deseja estar inserido constitui tarefa irretratável, poderíamos assim dizer.

No caso da encampação do discurso da nova postura constitucional (seja a nomenclatura que se atribua) e, por conseguinte, se convergirmos para a superação de dogmas do positivismo jurídico, parece-nos que de nada adiantará uma nova revisão da teoria da norma (regras e princípios...) e da teoria das fontes (Constituição como centro do sistema, e não a lei..) se

não atacamos diretamente o coração da questão: a discricionariedade judicial. E repita-se, como não se pode metodizar a interpretação do juiz-intérprete, e, em sentido hermenêutico, diante da inesgotabilidade do sentido que pode ser atribuído pelo sujeito-juiz-intérprete ao texto normativo⁶³, a *fundamentação* do juízo torna-se elemento de primordial análise para que se possa afastar a discricionariedade judicial na solução do caso concreto: admite-se, por conseguinte, a existência de uma única resposta constitucionalmente correta, em atendimento ao *direito fundamental à resposta constitucionalmente correta*⁶⁴, que não se concretizará em postura discricionária pelo julgador, logicamente.

Portanto, em tempos de pós-positivismo, a bandeira da superação à discricionariedade judicial deve ser levantada, pois se há discricionariedade (gerada com mais afinco diante dos chamados casos difíceis, em aclamação à salvadora *ponderação de interesses*), em retorno às lições habermasianas, impossível à jurisdição garantir o endosso à segurança jurídica, esperada, inicialmente, com a *produção* do direito, e mais ainda, nesse segundo momento, quando o sistema de direitos positivo não pode eficazmente impedir a conduta lesiva, e determinado sujeito vem socorrer-se do Judiciário, buscando o atendimento à sua pretensão jurídica normativamente referenciada, da qual se espera a garantia do cumprimento das expectativas jurídicas inicialmente descumpridas.

A admissão *verdadeira* da superação dos ideais positivistas nos faz abandonar a discricionariedade judicial e, em cenário de *panprincipiologismo* e pondera-

ções à brasileira⁶⁵ retornamos, não de modo expresso e desafiador, mas sim, de modo velado, contido e intencional, no intuito da manutenção da subjetividade do intérprete-juiz quando de sua decisão aos dogmas positivistas, em especial, à manutenção da prática do ato decisional como *ato de vontade*.⁶⁶

Se necessitamos resgatar, novamente fincados em lições habermasianas, a segurança jurídica implementada (ou a qual se espera que assim esteja) com relação à origem do direito, quando da aplicação do mesmo (preponderantemente) através do exercício da jurisdição, e se estamos diante de verdadeiro *direito fundamental à resposta constitucional correta*⁶⁷, mais que urgente, e sim, imediato, se torna a quebra da inércia rumo ao fortalecimento do direito fundamental à motivação das decisões judiciais, no intuito de, acoplado aos (verdadeiros) ideais pós-positivistas traçados acima, possamos analisar o ato decisional e aferi-lo como discricionário ou não.

Notas

1. LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da Decisão Judicial**. Fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. 2 Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 39 e seguintes.
2. LORENZETTI, op. cit., p. 39.
3. Assim também em STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 403.
4. AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS Dimitri, DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria**

do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 435.

5. Em visão crítica, para Streck, a expressão *neoconstitucionalismo*, para os fins que se objetiva (tratar-se de algo novo após o segundo pós-guerra), não faz sentido, mormente diante da importação de posturas teóricas como a Jurisprudência dos Valores e a Escola do Direito Livre e suas manutenções sobre o manto das já conhecidas *ponderações*. Para o referido autor, estamos diante de um Constitucionalismo Contemporâneo, que não se trata de superação do *neoconstitucionalismo*, e sim, de um processo de continuidade com novas e específicas conquistas e que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período pós segunda guerra. E, nas palavras do autor: “Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos.) Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.” In STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 37.
6. STRECK. V. e C. 2012, p. 584.
7. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 108.
8. STRECK. V. e C. 2009, p. 406. STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, *passim*.
9. Assim também em STRECK. V. e C. 2009, p. 135.
10. STRECK. V. e C. 2012, p. 37.

11. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1991.
12. Para tanto conferir, v. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, em especial o Capítulo VI, intitulado: *Justiça e Legislação: sobre o papel e legitimidade da jurisdição constitucional*, p. 297 e ss.
13. STRECK. V. e C. 2009, p. 116. Em complementação ao raciocínio exposto sobre a reunião do povo na corporificação da Assembléia Constituinte, e a geração de seu produto específico: o texto constitucional, relembremos Dworkin, ao traçar frase a respeito desse ato fundacional: *“It is a theater of debate about which principles the community should accept as a system.”* In DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge. MA: Harvard University Press, 1986, p. 211.
14. STRECK. V. e C. 2009, p. 116.
15. FAYT, Carlos, na sua dissidência em Fallos: 314:1477 *apud* LORENZETTI, op. cit., p. 84.
16. STRECK. V. e C. 2009, *passim*.
17. HABERMAS, op. cit., p. 245.
18. STRECK. V. e C. 2009, p. 135.
19. HABERMAS, op. cit., p. 246.
20. *Idem*.
21. *Idem*.
22. *Idem*.
23. *Idem*.
24. Em certos momentos de sua obra *Direito e Democracia*, vol. 2, Habermas utilizará o conceito de correção, consistindo esta em aceitabilidade racional apoiada em argumentos. Para tanto conferir: HABERMAS, op. cit., p. 247, 281, 287.
25. Nas palavras de Habermas: “A expressão “acordo racionalmente motivado” pretende fazer jus a esse resto de facticidade: nós atribuímos a argumentos a força de “mover”, num sentido não-psicológico, os participantes da argumentação a tomadas de posição afirmativas. Para apagar esse derradeiro momento de facticidade, seria preciso encerrar a série de argumentos de um modo não puramente fático. Ou seja, não basta finalizar o procedimento de desenvolvimento do discurso jurídico, e sim, analisar qual será o conteúdo da finalização de tal processo, teoricamente. Ora, uma conclusão interna só pode ser atingida através de idealização: seja fechando circularmente a corrente de ar-

- gumentos através de uma teoria, onde as razões se interligam sistematicamente e se apoiam mutuamente – como era o caso do conceito metafísico de sistema; seja aproximando a cadeia de argumentos de um valor-limite ideal – daquele ponto de fuga que Peirce caracterizara como “*final opinion*”.” In HABERMAS, op. cit., p. 282.
26. STRECK. V. e C. 2012, p. 47. Para uma análise dos equívocos da recepção brasileira das teorias citadas acima, vide pp 47-50, onde Streck, reafirma a existência de um *panprincipiologismo* no cenário brasileiro.
27. Admite-se, neste contexto, a concepção de Streck, que por trás de cada regra existe um princípio, gerando as consequências: “não poderá haver colisão entre regra e princípio; uma regra não pode prevalecer em face de um princípio). [...] Se correta a tese de que por trás de cada regra há um princípio, então a afirmação de que, em determinados casos, a regra prevalece em face do princípio, é uma contradição. *A prevalência de regra em face de um princípio significa um retorno ao positivismo*, além de independizar a regra de qualquer princípio (e vice-versa), como se fosse um objeto dado (posto), que é exatamente o primado da concepção positivista do direito, em que não há espaços para os princípios (no sentido que os compreendemos nesta quadra da história). Isso implica a discricionariedade – característica do positivismo, cerne, aliás, das principais críticas feitas por Dworkin à Hart –, ficando, assim, a cargo do intérprete (no caso mais específico, o juiz) a ‘escolha das hipóteses’ em que uma regra é independente de um princípio e a hipótese em que a regra prevalecerá diante do princípio.” In STRECK. V. e C. 2009, p. 122.
28. STRECK. V. e C. 2012, *passim*. A respeito da indevida distinção entre casos fáceis e casos difíceis, v. STRECK. V. e C. 2012, *passim*.
29. HABERMAS, op. cit., p. 283.
30. Nas palavras de Delamar José Volpato Dutra: “Ademais, seria estranho, sob o ponto de vista da coerência do sistema de Habermas, que o direito seja concebido como complemento da moral justamente para atenuar a sua insuficiência motivacional, sua fraqueza institucional e, principalmente, sua indeterminação cognitiva e que a moral tenha, agora, que vir em socorro do direito, quando ele não consegue resolver questões de aplicação. Para Habermas, é o contrário que procede, ou seja, é o direito que vem em socorro da moral e não a moral em socorro do direito. A moralização do direito é recusada, não só por uma divisão de trabalho entre ambas, mas porque a moral, dadas as suas exigências, não consegue ofertar uma determinação para a prática.” In

DUTRA, Delamar José Volpato. **A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas**. Veritas. Porto Alegre. V. 51. N. 1. Março 2006, p. 28.

31. Nas palavras de Streck: “Este ponto é fundamental para que fique bem claro para onde as teorias do direito *pós-positivistas* (ou *não positivistas*, o que dá no mesmo) pretendem apontar sua artilharia: o enfrentamento do problema interpretativo, que é o elemento fundamental de toda experiência jurídica. Isto significa que, de algum modo, todas as teorias do direito que se projetam nesta dimensão *pós-positivista* procuram responder a este ponto; buscam enfrentar o problema das vagezas e ambiguidades dos textos jurídicos; procuram, enfim, enfrentar problemas próprios da chamada razão prática – que havia sido expulsa do território jurídico-epistemológico pelo positivismo (sintático-exegético). Daí o epíteto *pós-positivismo*, que se refere à emergência de um novo modelo de teoria do direito, no interior da qual o problema da razão prática recebe uma espécie de “dignidade epistemológica”. In STRECK. V. e C. 2012, p. 502.
32. HABERMAS, op. cit., p. 256.
33. STRECK. V. e C. 2009, p. 245.
34. STRECK. V. e C. 2009, p. 93. STRECK. V. e C. 2012, p. 47.
35. *Ibidem*, p. 193.
36. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 108 e ss. STRECK. V. e C. 2009, p. 211. Para uma análise da diferença entre regra e princípio para além das distinções estruturais v. STRECK. V. e C. 2012, p. 547 e ss.
37. Para conferir críticas a tal postura: STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 15. N. 1. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em 10 dez. 2012. Ainda sobre este tema, v. STRECK, Lênio Luiz. **E a professora disse: “Você é um positivista”**. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. Acesso em: 10 dez. 2012.
38. Streck chega a afirmar a existência de determinada *accountability* hermenêutica. Complementando: “Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, pois. Ou ainda, em outras palavras, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não

procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade, etc), faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou ahistórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.” In STRECK. V. e C. 2009, p. 405.

39. STRECK. V. e C. 2012, p. 540 e ss.
40. Nas palavras de Lorenzetti: “A questão que mais tem preocupado a filosofia do direito, a teoria e a dogmática, é a origem dos princípios. Trata-se de saber se os princípios são os valores do direito natural, se encontram no direito positivo vigente, ou, ainda, se constituem um produto histórico. Essa temática se localiza no ponto de fricção que oferecem ordenamentos estatais fechados, codificados, que costumam ser impermeáveis aos princípios. Segundo nosso modo de ver, esse tema está diminuindo na sua importância, posto que os sistemas jurídicos incorporam os princípios, quase de modo excessivo.” In LORENZETTI, op. cit., p. 124.
41. LORENZETTI, op. cit., *passim*. STRECK. V. e C. 2009, p. 226.
42. STRECK. V. e C. 2012, p. 518.
43. *Ibidem*, p. 226.
44. STRECK, Lênio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS Dimitri, DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008, p. 297.
45. Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;
46. STRECK. V. e C. 2009, p. 404.
47. *Ibidem*, p. 407, assim também na p. 571.
48. *Ibidem*, p. 445.
49. STRECK. V. e C. 2009, p. 573.

50. Para Streck, as atuais teorias do direito e da Constituição preocupada com a democracia e a concretização de direitos fundamentais-sociais, previstos constitucionalmente, necessitam de um conjunto mínimo de princípios que tenham a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o objetivo de: a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. *In* STRECK. V. e C. 2009, p. 542.
51. STRECK. V. e C. 2012, p. 429.
52. STRECK. V. e C. 2009, p. 466.
53. *Ibidem*, p. 407 - 573.
54. *Ibidem*, p. 406.
55. A título de exemplificação, até o fechamento do presente ensaio, o STF possui 31 Súmulas Vinculantes, 736 Súmulas sem caráter vinculante, num total de 767 Súmulas. O STJ possui 498 Súmulas sem caráter vinculante. O TST possui 444 Súmulas sem caráter vinculante, e, sem realizarmos diferenciações entre as Seções de Dissídios Individuais/Coletivos (etc.), possui 826 enunciados jurisprudenciais. No entanto, a respeito do TST, cumpre ressaltar que existe a previsão de estabelecimento de *Precedentes Normativos* conforme seu Regimento Interno: “Art. 173. Os Precedentes Normativos e as Orientações Jurisprudenciais expressarão a jurisprudência prevalecente das respectivas Subseções, quer para os efeitos do que contém a Súmula nº. 333 do TST quer para o que dispõe o Art. 557, caput, e § 1º.-A do Código de Processo Civil. Parágrafo **único**. Os acórdãos catalogados para fim de adoção de Precedentes Normativos e de Orientação Jurisprudencial deverão ser de relatores diversos correspondentes a, pelo menos, dois terços dos integrantes do respectivo órgão fracionário do Tribunal e ter sido proferidos em sessões distintas, realizadas no período mínimo de dezoito meses. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 1/2011)”. Continuando, com relação ao TSE, este possui 21 Súmulas sem caráter vinculante. O STM possui 9 Súmulas sem caráter vinculante. Portanto, apenas com relação aos tribunais superiores (e o STF) temos o total de 2565 orientações jurisprudenciais, sendo que 31 consistem em súmulas vinculantes e 120 em precedentes normativos oriundos

- do TST. Se somarmos as orientações de cada TJ, TRF, TRT, TRE, por exemplo, dúvida não há que este número será e muito ampliado.
56. Expressões criadas por Streck. STRECK. V. e C. 2009, p. 411. A crítica aqui é destinada a todas as criações brasileiras, vinculantes ou não, destinadas a *orientar* ou *vincular* o magistrado na decisão do caso concreto, como: súmulas, orientações jurisprudenciais, súmulas vinculantes, etc.
57. DWORKIN, op. cit., p. 262-263 e ss.
58. STRECK. V. e C. 2009, p. 450 - 532. Também criticando a utilização da jurisprudência na motivação das decisões judiciais, onde juízes entendem-se por satisfeitos apenas a alusão de que a jurisprudência se orienta por determinado sentido, devendo o juiz expor as razões pelas quais adere ou não à jurisprudência adotada: MOREIRA, op. cit. p. 121-122.
59. STRECK. V. e C. 2012, *passim*.
60. *Idem*.
61. Precisamos estar atentos quando lemos as partes iniciais do Relatório apresentado pela Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: *“Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente? [...] Queremos justiça!!! Prestem-na com presteza; dizem os cidadãos. Sob o ecoar dessas exigências decantadas pelas declarações universais dos direitos fundamentais do homem, e pelas aspirações das ruas, lançou-se a comissão nesse singular desafio, ciente de que todo o poder emana do povo, inclusive o poder dos juízes, e em nome de nossa gente é exercido. A metodologia utilizada pela comissão visou a um só tempo vencer o problema e legitimar a sua solução. Para esse desígnio, a primeira etapa foi a de detectar as barreiras para a prestação de uma justiça rápida; a segunda, legitimar democraticamente as soluções. [...]”* Transcrevemos, apenas, parte mais direcionada e exposta, em que se assume que a celeridade da decisão a ser tomada encontra-se em primeiro lugar do que a própria constituição-

nalidade da mesma. Ou, por outro lado, será que já é admitido pela referida Comissão que todas as decisões judiciais proferidas em solo brasileiro encontram-se constitucionalmente corretas, adequadas e coerentes com o sistema constitucional e infraconstitucional adotado pelo Brasil? Registra-se, também, que em nenhum momento das linhas iniciais do Relatório citadas acima, vê-se qualquer alusão à nossa Constituição. Para tanto conferir: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, 160 p. Relatório apresentado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379/2009, destinada a elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss_Juristas_Novo_CPC.pdf.

62. STRECK. V. e C. 2012, p. 585.

63. Para tanto conferir, v. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1 Ed. 2 Tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 31 e ss.

64. STRECK. V. e C. 2012, *passim*.

65. *Idem*.

66. STRECK. V. e C. 2012, *passim*.

67. *Idem*.

Referências

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS Dimitri, DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, 160 p. Relatório apresentado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379/2009, destinada a elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss_Juristas_Novo_CPC.pdf.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge. MA: Harvard University Press, 1986.

DUTRA, Delamar José Volpato. **A teoria discursiva da aplicação do**

- direito: o modelo de Habermas.** Veritas. Porto Alegre. V. 51. N. 1. Março 2006.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** 2 Tir. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1991.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da Decisão Judicial.** Fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.
- STRECK, Lênio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: In: DIMOULIS Dimitri, DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008.
- _____. **Verdade e consenso.** Constituição, Hermenêutica e **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. **Verdade e consenso.** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. **Verdade e consenso.** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.
- _____. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos.** Vol. 15. N. 1. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em 10 dez. 2012.
- _____. **E a professora disse: “Você é um positivista”.** 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. Acesso em: 10 dez. 2012.
- _____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

**Marco Civil da Internet
– Lei 12.965, de 23 de abril de 2014
Aspectos pontuais
da Responsabilidade Civil
dos Provedores.**

*Internet Civil Mark
- Law 12,965 of april 23, 2014
Punctual aspects
of the Providers Civil Liability.*

Artigo recebido em 10/04/2014.

Revisado em 08/05/2014.

Aceito para publicação em 15/06/2014.

Ilka Ramos

Mestranda em Planejamento Urbano e Regional UNIVAP
Professora e Coordenadora na Graduação de Direito na UNIVAP

Felipe Marquette de Sousa

Discente no curso de Direito na UNIVAP

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Marco Civil da Internet – LEI 12.965, de 23 de abril de 2014

Aspectos pontuais da Responsabilidade Civil dos Provedores. - pp. 301-334

RAMOS I. / SOUSA F. M. de

Resumo

Constituindo uma das tecnologias mais revolucionárias da atualidade, a internet se tornou um fenômeno universal de comunicação que influencia uma nova forma de viver. Essa transformação da realidade para uma sociedade virtual tem como consequência novas formas de relacionamentos sociais, o que, por sua vez, exige tratamento jurídico adequado. Uma das grandes dificuldades é a definição das responsabilidades aos sujeitos titulares de direitos e obrigações pelo uso desta tecnologia. A Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, que entrou em vigor em 23 de junho de 2014, é referida como “Marco Civil da Internet”, a qual estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria. Apesar de amplamente discutida em sua elaboração, a lei apresenta dúvidas e divergências de interpretação, mormente no que se refere à imputação de responsabilidade civil aos provedores pelo tráfego, pela guarda de informações e pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros. Objetiva o presente trabalho trazer à reflexão aspectos pontuais dessa responsabilidade no âmbito do uso da internet.

Palavras-chave

Internet. Marco Civil. Lei 12.965/14. Responsabilidade Civil.

Abstract

Being one of the most revolutionary technologies nowadays, the internet has become a universal phenomenon of communication influencing a new way of living. This transformation from reality into a virtual society has resulted new forms of social relationships, which requires proper legal treatment. One of the major difficulties is the definition of responsibilities at subjects that are entitled to rights and obligations when using this technology. The law 12,965, of April 23, 2014, came into force on June 23, 2014, is referred to as “Internet Civil Mark”, which establishes principles, guarantees, rights and duties for the use of the Internet in Brazil and determines the guidelines for performance of the Union, States, Federal District and Municipalities in this regard. Although widely discussed in their preparation, the law has doubts and differences in interpretation, especially regarding the allocation of providers’ civil liability for traffic, storage of information and for damages caused from contents generated by third parties. The present work aims to reflect on specific aspects of this responsibility under the use of the internet.

Keywords

Internet, Civil Mark, Law 12,965/14, Civil Liability.

Sumário

Introdução. 1. Conceituações. 2. Noções básicas da responsabilidade. 3. Responsabilidade Civil dos Provedores na Lei 12.965/14. 3.1 Neutralidade da rede. 3.2 Proteção de registros. 3.3 Responsabilidade pela guarda e manutenção do registro. 3.4 Responsabilidade por dano decorrente de conteúdo gerado por terceiros. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

A Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, que entrou em vigor em 23 de junho de 2014, é referida como “Marco Civil da Internet”. Esta lei “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria” (art. 1º).

Apesar de amplamente discutida em sua elaboração, a lei apresenta dúvidas e divergências de interpretação, mormente no que se refere à imputação de responsabilidade civil aos provedores pelo tráfego, pela guarda de informações e pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros.

Atualmente a internet não é só considerada rede mundial de computadores interligados entre si, mas uma complexa ferramenta das mais utilizadas no mundo inteiro, com os mais diversos objetivos. Segun-

do Bezerra (2013, p.1) o Brasil encerrou o ano de 2012 com nada menos de 19,8 milhões de assinantes do Serviço de Comunicação Multimídia, o principal serviço de telecomunicações para a oferta de acesso fixo à internet em banda larga. Número, que, de acordo com a ABRANET¹, atingiu em junho de 2014 a 23,22 milhões de assinantes. Pesquisas realizadas em 2013 mostram que, apesar de apenas 43% dos domicílios brasileiros estarem equipados com computadores, 51% são usuários da internet². Esse novo modo de comunicação exerce grande influência nos relacionamentos sociais, originando daí situações de conflito, exigindo ampliação na discussão da agenda jurídica. Ainda, a ausência de personalidade jurídica bem como da figura de um proprietário desse instrumento desafiam os legisladores a um tratamento jurídico adequado da internet.

A intensificação no uso dessa ferramenta que não tem fronteiras nem base territorial, em face de seu funcionamento independente de localização física, a multiplicidade das formas de utilização, a velocidade do processamento das informações, o caráter global dos serviços, são alguns fatores que desafiam respostas adequadas aos temas como privacidade, liberdade de expressão, inibição de práticas ilícitas, tornando a responsabilidade civil, tema de grande relevância.

Propõe-se no presente trabalho trazer à reflexão aspectos pontuais da responsabilidade civil dos provedores de conexão e de aplicações previsto na lei do Marco Civil no Brasil.

1. Conceituações

A Lei 12.965, publicada em 23 de abril de 2014, com *vacatio legis* de sessenta dias, entrou em vigor em 23 de junho de 2014. Esta lei é referenciada como Marco Civil da Internet a qual estabelece princípios, regras, garantias, direitos e deveres no uso da rede mundial de computadores no Brasil, conhecida como *world wide web*.

Constituindo uma das tecnologias mais revolucionárias da atualidade, a internet se tornou um fenômeno universal de comunicação que influencia uma nova forma de viver, ou uma nova “civilização que traz consigo novo estilo familiar, formas distintas de trabalhar e de viver, nova economia, novos conflitos” (MARTINI, 2011, p. 18). Essa transformação da realidade para uma sociedade virtual tem como consequência novas formas de relacionamentos sociais, o que, por sua vez, exige tratamento jurídico adequado.

Uma das grandes dificuldades é a definição das responsabilidades aos sujeitos titulares de direitos e obrigações pelo uso desta tecnologia. Torna-se assim imperativo conceituar os diferentes sujeitos que atuam nessa ampla complexidade de redes bem como as funções de cada um a fim de identificar claramente as respectivas responsabilidades.

Na prática, segundo Costa (2011, p. 32) é possível estabelecer três grupos distintos: os intervenientes principais, os fornecedores de infraestruturas e os prestadores intermediários de serviços.

Os intervenientes principais são as pessoas, sin-

gular ou coletiva, mais conhecidas como “utilizadores” (COSTA, 2011, P. 33). Na acepção popular são os usuários, individuais ou coletivos que se utilizam das informações da internet. Na análise de Costa (2011, p. 32) não se pode falar especificamente em “consumidor”, já que o usuário, não raras vezes, pode também contribuir, criando e difundindo ou modificando os conteúdos na rede. Atualmente existem, pois, usuários-consumidores, ou seja, aqueles que apenas visitam páginas para informação, entretenimento ou diversão; e os usuários-geradores de conteúdo, os quais, além de acessar a página, também contribuem fazendo inserir ou criando novas informações.

Os fornecedores de infraestrutura são os provedores que fornecem as estruturas físicas pelas quais trafegam os dados transmitidos pela internet, usualmente composto de computadores, cabos de fibra ótica de alta velocidade, receptores, servidores, modems, conectores e outros objetos que permitem a ligação global de todos os sistemas informáticos. Esses provedores são conhecidos como “backbones” (BITTENCOURT, 2010, p.19; ANDRIGHI, 2012, p. 65; BUENO, 2013, p. 17) No entendimento de Costa (2011, p. 33) são empresas que estão intimamente relacionados com telecomunicações. Werner (2012, p. 34) cita como exemplos, no Brasil, a Embratel, Rede Nacional de Pesquisa, Oi/Brasil Telecom, Comsat Brasil, Impsat Comunicações, Diveo do Brasil, Telefônica e Intelig.

O terceiro grupo é formado pelos prestadores intermediários de serviços de internet e constitui o mais problemático em relação à responsabilização. Na visão

de Costa (2011, p. 33) são pessoas singulares ou coletivas que intervêm de forma autônoma, permanente e organizada, permitindo que determinado conteúdo que o utilizador coloca online seja transmitido fazendo-o circular pela rede. São pessoas que atuam na prestação de serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços, independente da geração de informação ou serviço (COSTA, 2011, p. 33). Este grupo desdobra-se basicamente em provedores de acesso, de conteúdo e de informação, de transporte, de correio eletrônico, de armazenamento e de busca e pesquisa.

São considerados provedores de acesso as empresas que oferecem serviços de conexão à internet, possibilitando o acesso dos usuários à rede. Sua atividade caracteriza-se pela intermediação entre o usuário e a rede, sendo, portanto enquadrado como fornecedor (WERNER, 2012, p. 35). São empresas que detêm ou utiliza tecnologia, linhas de telefones, satélites e troncos de comunicações que permitem abrir as portas de entrada na rede (SILVA, 2012, p. 59). A Lei 12.965/14, no art. 5º, inc. V, considera “conexão à internet como a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”. Silva (2012, p. 57-58) analisa que os endereços IP (Protocolo de Internet) são endereços únicos que cada dispositivo conectado à internet possui; constituem roteadores que utilizado a linguagem comum entre máquinas, permitem a interconexão, recebendo pacotes de uma rede, enviando-os a outras.

Provedores de conteúdo e de informação, apesar de serem tratados normalmente como sinônimos, são classificados como categorias distintas. O provedor de conteúdo tem por finalidade coletar, manter e organizar informações online para o acesso dos usuários. São responsáveis pela colocação à disposição das denominadas páginas eletrônicas ou sites (WERNER, 2012, p. 40). Martini (2011, p. 22) conceitua provedores de conteúdo como editores ou autores e demais titulares de direito que possuem páginas ou sítios na rede providos de informações. Werner (2012, p.40) esclarece que os provedores de conteúdo, podem ser também provedores de informações quando estas forem produzidas pelo próprio provedor de conteúdo. Costa (2011, p. 33) analisa que se o provedor de conteúdo não interfere na criação da informação, atua de forma neutra em face aos conteúdos que transmitem, limitando-se a um tratamento automático tornando disponível na rede a informação de terceiros. Mas, adverte Werner (2012, p.41), alguns sites possibilitam que o próprio usuário insira informações de forma imediata, em tempo real, sem qualquer monitoramento prévio do conteúdo, por parte do provedor. Werner (2012, p. 40) cita como exemplos de provedores de conteúdo: os diversos “blogs”, os portais de notícias como Terra, UOL, IG, Globo, e as redes sociais como o Twitter, Orkut e Facebook. As redes sociais ou comunidades on line são essencialmente pontos de encontro de pessoas com interesses comuns. Vasconcelos e Brandão (2013, p. 135) argumentam que uma das características da rede social é a sua abertura ilimitada, a qual possibilita relacionamentos horizontais e não

hierarquizados entre os participantes. Informam ainda esses autores (2013, p. 136) que dentre as redes a mais acessada no Brasil é o Facebook, onde também a ocorrência de violações a direitos não é rara e as diferentes formas de racismo são as violações mais denunciadas.

Silva (2012, p. 60) acrescenta que os provedores de conteúdo desempenham múltiplas atividades havendo grande dificuldade em classificá-los corretamente, de forma que a atribuição de responsabilidade deverá ser analisada conforme o caso se apresentar. A Lei do Marco Civil da Internet especifica no art. 5º, VII, as “aplicações de internet como sendo o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. Nessa conotação, inclui-se não apenas os provedores de informação e conteúdo, mas também os provedores de e-mails, de hospedagem e também os de pesquisa ou busca.

Provedores de transporte são os responsáveis pelo fornecimento de serviço de transmissão dos conteúdos na rede em atividades como envio ou downloads de conteúdos (COSTA, 2011, p. 34).

Provedor de correio eletrônico ou e-mail é aquele que fornece ao usuário, já conectado à internet, o acesso exclusivo a um sistema informático que possibilita o envio e o recebimento de mensagens, disponibilizando também em um servidor remoto um determinado espaço para o armazenamento dessas mensagens (WERNER, 2012, p. 36). Werner cita como exemplos o Hotmail, Gmail, Yahoo, Terra, UOL.

O provedor de hospedagem é aquele que fornece serviço de armazenamento de dados. Coloca à dispo-

sição do usuário, espaço em equipamentos de armazenagem ou servidor, para divulgação das informações que esses usuários queiram ver exibidos em seus sites (WERNER, 2012, p. 42). O armazenamento permite acesso mais rápido às informações, além de descongestionar a rede e melhor desempenho das tarefas (COSTA, 2011, p. 34). Em geral, assinala Werner (2012, p. 42) esses provedores não exercem controle sobre o conteúdo que hospeda, mas apenas dá suporte técnico para que as informações possam ser acessadas por terceiros ou pelo proprietário.

Provedores de pesquisa ou motores de busca são aqueles que fornecem aos usuários o acesso a um sistema indexado, a qual seleciona e exhibe as páginas mais relevantes que estejam relacionadas a uma determinada palavra-chave escolhida pelo usuário. Exemplos mais comuns são o Ask Search e o Google (WERNER, 2012, p. 44). Martini (2011, p. 22) explica que os motores de busca são sistemas informáticos que indexam arquivos armazenados em servidores da web.

A diversidade de atores que participam do mundo virtual, além da multiplicidade de atividades que cada um promove, em muitas ocasiões, promove um verdadeiro embate jurídico no enquadramento correto na seara da responsabilidade civil. É possível também o surgimento de outros serviços e aplicações, ante a velocidade de mudanças que ocorre na internet, dificultando ainda mais as definições de titularidade de direitos e obrigações.

2. Noções básicas de responsabilidade

Responsabilidade civil é tema de grande importância, principalmente na seara virtual da internet, na qual as interações entre os diversos titulares acompanham a velocidade e a abertura característicos dessa forma de comunicação, provocando situações de abuso do direito, que exigem uma reparação. É o que prevê o art. 927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Nesse sentido, doutrina e jurisprudência têm adotado diferentes posições, destacando-se cinco correntes principais: ausência total de responsabilidade; responsabilidade objetiva; responsabilidade subjetiva, responsabilidade solidária e responsabilidade subsidiária.

A ausência total de responsabilidade defende a posição de que os provedores de internet não são responsáveis pelos conteúdos divulgados por terceiros. Em geral, essa corrente é defendida pelos provedores que buscam se isentar de qualquer tipo de responsabilidade (SILVA, 2012, p. 84). Seus argumentos fundamentam-se nos seguintes fatos: o ato ilícito foi perpetrado por terceiro; o serviço dos provedores é de transmissão ou armazenamento da informação e não de criação; não há meios disponíveis para monitorar a utilização dos usuários sob pena de afrontar os princípios da privacidade e da liberdade de expressão (SILVA, 2012, p. 84).

Na análise sobre os provedores de busca, a Ministra Nancy Andrighi (2012, p. 67), esclarece que a responsabilidade civil deve ficar restrita à natureza

da atividade por eles desenvolvida. Atividade essa que corresponde à disponibilização da ferramenta que indicam links onde podem ser encontrados os termos ou expressões fornecidos pelos usuários (ANDRIGHI, 2012, p. 66), porém, devem garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais dos usuários e das buscas por eles realizadas, bem como o bom funcionamento e manutenção do sistema (ANDRIGHI, 2012, p. 67).

Na responsabilidade subjetiva a culpa é o seu principal pressuposto, como se denota do art. 186 do Código Civil. Na concepção clássica, afirma Cavaliere Filho (2008, p. 16) a vítima só obterá reparação do dano se provar a culpa do agente. Explica Maria Helena Diniz (2014, p. 57) que o comportamento do agente será reprovado quando, ante as circunstâncias concretas do caso, poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Para configuração dessa modalidade de responsabilidade é necessária: a ação ou a omissão, a culpa ou o dolo, o nexo de causalidade e o resultado danoso. Exemplifica Silva (2012, p. 92) que haveria responsabilidade do provedor, caso fizesse um controle editorial e, mesmo ciente da informação ofensiva, opta por disponibilizá-la na rede, assumindo os riscos inerentes à publicação e na reparação dos danos eventualmente causados.

Na lição de Diniz (2014, p. 29) o princípio geral da responsabilidade civil estabelece como fundamento a culpa; todavia, pode ocorrer reparação de dano sem a existência da culpa, passando a ser responsabilidade objetiva, baseado na teoria do risco, ou seja, basta a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade.

No entendimento de Andrighi, nem mesmo o risco existe no caso dos provedores de busca, pois o risco será caracterizado “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade” (ANDRIGHI, 2012, p. 68).

Na análise de Silva (2012, p. 87) existem os defensores da aplicabilidade da responsabilidade objetiva aos provedores de internet, justificando, não só, sob o ponto de vista de fornecedor de serviços sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, como também pela atividade de risco, pois, “disponibilizam espaços cibernéticos com ausência de dispositivos de segurança e controle”. No entendimento de Andrighi (2012, p.69), no que se refere ao provedor de busca, ainda que seus mecanismos facilitem o acesso a eventual página de ilegal conteúdo, haveria uma inerente dificuldade em identificar seus autores, já que a busca é efetivada por varredura robótica e de forma automática. Silva (2012, p.88) acrescenta ainda, citando Erica Bradini Barbagalo, que as atividades desenvolvidas pelos provedores da internet não possuem risco por sua própria natureza.

Desse modo, Silva (2012, p. 87) argumenta que para se eximir da responsabilidade o provedor de internet resta provar que inexistente vício na prestação de serviço ou de que a culpa foi exclusiva da vítima.

Gonçalves (2012, p. 105) argumenta que no meio eletrônico em caso de ofensa a um direito podem ser responsabilizados não só autor da ofensa como também os que contribuíram para a sua divulgação. Para

este autor, aos provedores de informação aplica-se a responsabilidade objetiva, uma vez que “aloja uma informação ou página”, e assume o risco de produzir eventual ofensa a direito personalíssimo (GONÇALVES, 2012, p. 106).

Obrigando os provedores de internet a uma censura prévia das páginas disponíveis ao acesso configuraria uma injusta limitação à privacidade e à liberdade de expressão dos usuários (SILVA, 2012, p. 88). Assim, a maioria dos doutrinadores comunga a responsabilidade subjetiva, isto é, quando agir com dolo ou culpa. Caberá responsabilidade ao provedor, se, mesmo ciente dos conteúdos ilegais, quedar-se inerte, não tomando nenhuma providência a sanar o ilícito (SILVA, 2012, p. 90). Mesmo nesses casos Andrichi (2012, p. 72) é de opinião que seja necessário uma ordem judicial. E complementa a autora (2012, p. 72) que no caso específico dos sites de relacionamento, já existe espaço próprio para denúncia de ato ilícito ou ofensivo, bastando, portanto, a vítima formalizar a sua reclamação.

Há ainda doutrinadores que defendem a aplicação da responsabilidade solidária. A responsabilidade, em princípio, é individual, entretanto, há casos em que a pessoa pode responder por ato de terceiro. É o que dispõe o art. 942 e seu parágrafo³ do Código Civil. Na teoria da responsabilidade, a solidariedade não se presume, decorrendo sempre da lei ou da vontade das partes. É a modalidade em que a responsabilidade é assumida por dois ou mais sujeitos obrigados. Silva (2012, p. 96) assim explica: no que concerne aos provedores de internet a responsabilidade solidária difere da

subsidiária, no sentido de que, nesta, só haverá responsabilidade, caso não seja retirado o conteúdo ilícito da rede cibernética; naquela, mesmo que o provedor retire o conteúdo, responderá pelo dano, se não conseguir identificar o autor direto da ofensa. Desse modo traz para o provedor o dever de identificar o agente causador do ato. É uma forma de estimular os provedores a desenvolver sistemas cada vez melhores para identificação dos autores e permitir à vítima ter sua reparação satisfeita (SILVA, 2012, p. 96). Já na responsabilidade subsidiária, a responsabilidade não é compartilhada. Há sempre um devedor principal, e, na hipótese de não cumprimento, o outro responde subsidiariamente.

No geral, argumenta Andrichi (2012, p. 72-73) as páginas da internet são indicadas pela URL (Universal Resource Locator), que significa “localizador universal de recursos” ou indicação do caminho até o site, que, por sua vez, poderá identificar o IP (Internet Protocol), número que individualiza a máquina conectada à rede. Por essa razão o próprio lesado tem meios de identificar a URL para intentar as devidas providências que o caso requer. Nesse sentido, não há razão plausível para incluir os provedores nas obrigações de responsabilidade.

3. Responsabilidade Civil dos provedores na Lei 12.965/14

A Lei 12.965/14 dispõe sobre a responsabilidade, basicamente em três situações: na neutralidade da rede, previsto no art. 9º; na guarda de registros, previsto

nos artigos 10 a 17; e por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, previsto nos artigos 18 a 21. Estes artigos tratam da responsabilidade civil atribuído a dois tipos de provedores: de conexão e de aplicação.

3.1 Neutralidade da rede

Dispõe o art. 9º, impondo ao provedor de acesso ou conexão, o dever de “tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”. É um princípio que garante que todo o conteúdo que passa pela rede deve ser tratado da mesma maneira, sem nenhuma discriminação. Isto significa que é vedado discriminação ou privilégios no tratamento conferido aos provedores de conteúdo (BEZERRA, 2013, p. 5).

De acordo com Oliveira (2014, p. 8) o princípio se aplica não só aos provedores de acesso como também aos de aplicação. Explica ele: pelo lado do provedor de acesso, poderia praticar, por exemplo, a oferta privilegiada de maior velocidade de conexão em detrimento de outra; pelo lado do provedor de aplicação, este poderia estimular os usuários a um redirecionamento de uma determinada aplicação (OLIVEIRA, 2014, p. 8). No entendimento de Oliveira (2013, p.21) é essa neutralidade dos pacotes na rede que permite a qualquer pessoa inovar, e a inovação é um recurso a que todos os usuários têm acesso sem que tenha que pagar mais por isso. Acrescenta ainda Oliveira (2012, p. 33) que o incentivo à inovação é fundamental para o crescimento, permitindo otimização da rede em certas aplicações, tornando a internet um espaço aberto de democracia.

No comentário de Bezerra e Waltz (2014, p. 167) o conceito de neutralidade de rede alinha-se à resolução da Organização das Nações Unidas que aponta o acesso à internet como um direito Humano, prevendo que “toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito”⁴, de modo que, qualquer restrição ou bloqueio à internet constitui uma violação ao artigo 19.

O princípio da neutralidade evita o denominado *traffic shapping*, ou seja, o bloqueio ou retardamento na transmissão de alguns tipos de conteúdo (MARQUES e PINHEIRO, 2014, p. 48). Mas há quem defenda o contrário, argumentando que o tratamento diferenciado poderia, por exemplo, permitir maior velocidade às atividades relevantes (correio eletrônico) em detrimento de outras (download de vídeos) (BEZERRA, 2014, p.6). Há também argumentos de que certas aplicações além de vídeos, como os jogos e dispositivos móveis grátis como WeChat e WhatsApp sobrecarregam a rede, reduzindo o uso de serviços pagos como o SMS (BEZERRA e WALTZ, 2014, p. 167). Há outros defendendo o fim da neutralidade argumentando que a oferta diversificada de serviços tem por objetivo atender diferentes perfis de usuários (MARQUES e PINHEIRO, 2014, p. 49).

A lei em comento, no intuito de, senão eliminar, ao menos de evitar as discriminações, estabeleceu hipóteses e condições nas quais são possíveis a discriminação e a degradação do tráfego (parágrafos do art. 9º).

O Comitê Gestor da Internet no Brasil justifica a defesa assinalando que os “privilégios devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento” (MARQUES e PINHEIRO, 2014, p. 48).

O parágrafo 3º do artigo 9º dispõe que é “vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo”. Comentando este parágrafo, Bezerra e Waltz (2014, p. 167) afirmam que atualmente, novas tecnologias permitem identificar o conteúdo de um pacote de dados ao transmiti-lo, conferindo aos provedores um papel de controladores do fluxo de pacotes.

3.2 *Proteção de Registros*

Na responsabilidade pela guarda de registro de usuários exige a lei “preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas” (Art. 10), referindo-se aos provedores seja de acesso, seja de aplicação de internet.

Essa disposição tem por objetivo salvaguardar garantias previstas na Constituição Federal, especialmente o art. 5º, inc. X. Dispõe esse inciso que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Por direito à intimidade entende-se o conjunto de fatos ou situações reservadas, desconhecido da comunidade, cuja divulgação ou conhecimento por outros provoca

dano patrimonial ou moral (MARTINI, 2011, p. 23). Face à abertura das redes sociais, Martini (2011, p. 24) argumenta que neste contexto, é bastante difícil identificar o autor do dano, embora seja possível a identificação da máquina (ou o IP do computador) da qual adveio o dano.

Na análise de Gomes (2014, p.28) há um aparente conflito de princípios entre liberdade de expressão e privacidade, com clara supremacia do primeiro. É uma posição que viola frontalmente o princípio da reparação integral (GOMES, 2014, p. 28). Além disso, afirma Gomes, (2014, p. 28) as diretrizes hermenêuticas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal reafirmam a responsabilidade daquele que, sob o argumento da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, venha a infringir direito à honra.

Posição contrária já tinha sido assumida pelo Superior Tribunal de Justiça, que segundo Diniz (2014, p.180), assim era a manifestação: “A liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constituem direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofendem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (STJ, REsp. 783.139-ES).

Bueno (2012, p. 56) argumenta que a internet é espaço de liberdade, por excelência, mas não significa um universo sem lei, infenso à responsabilidade por abusos. Deve-se sim, tutelar os direitos de personalidade, mas sem restringir as liberdades já conquistadas.

Segundo entendimento de Asensio (2012, p. 98)

as redes sociais são os locais destacados como de maior risco, em razão do seu uso generalizado, que afetam os bens, objeto da tutela dos direitos fundamentais como a intimidade, a honra e à imagem, sendo necessária a proteção de dados pessoais. Esses riscos, continua o autor, afetam não só os usuários das redes, mas também terceiros pessoas cujas imagens e outras informações podem ser difundidas através delas. Mas, adverte Asensio (2012, p. 100), nas redes sociais, são os usuários que provocam o risco, já que são canais que permitem que os usuários difundam não só informações sobre si próprias, como todo tipo de conteúdo relativo a terceiros, como as fotografias, por exemplo, o que pode em tese, serem determinantes para a prática de infração dos direitos de personalidade.

No entendimento de Costa (2011, p. 123) assegurar a segurança na rede de prestação de serviços de internet contra atos provocados por terceiros está limitada à atuação humana e não à tecnologia, sendo impossível prevê, onde, como e quando ocorrerá a divulgação do conteúdo ilícito. Nesse sentido, os filtros podem ser exigidos, mas, na atualidade ainda não existe equipamento capaz de fazer “análise criptográfica” a ponto de emitir uma posição se o conteúdo é ou não ofensivo.

3.3 Responsabilidade pela guarda e manutenção do registro

Quanto à manutenção do registro a lei trata de forma diferenciada aos provedores de acesso e de apli-

cações. Tratando-se de provedor de acesso, aplica-se a regra do art. 13, ou seja, que os registros sejam mantidos, sob sigilo, em ambiente controlado e com segurança pelo prazo de um ano. Há ainda vedação expressa aos provedores de acesso a manutenção de informações sobre o conteúdo acessado pelos usuários (art. 14). Em se tratando de provedor de aplicações, a duração da manutenção é obrigatória por seis meses, quando se constituir em pessoa jurídica “que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos”, conforme dispõe o art. 15 caput. Em situações de não enquadramento ao disposto no caput a guarda e a manutenção serão facultativas sendo, porém, obrigatórias quando decorrer de ordem judicial (art. 15, § 1º). Em qualquer hipótese, no entanto, a lei prevê que a disponibilização dos registros deverá ser precedida de autorização judicial (art. 15, § 3º).

No entendimento de Gomes (2014, p. 30) o prazo é muito reduzido e muitas vezes, impossibilita investigações criminais, além de também cercear algum direito, principalmente no que se refere às regras de reparação civil, que, de acordo com o art. 206, § 3º, inc. V do Código Civil prevê o prazo prescricional de três anos para intentar a pretensão.

3.4 Responsabilidade por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros

A responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros é o ponto mais polêmico, no entendimento de Bezerra (2013, p. 8). O art. 18 é claro ao estabelecer ausência total de responsabilidade

do provedor de acesso por danos de conteúdos gerados por terceiros, reconhecendo-se o seu papel de suporte para a conexão do usuário com a internet. Silva (2012, p. 84) esclarece que a defesa da irresponsabilidade total sustenta-se no argumento de que os provedores são apenas transmissores ou armazenamento de informações e se os usuários cometem ilicitudes, não podem monitorar a utilização dos serviços em observância ao direito à privacidade. Marques e Pinheiro (2014, p. 57) analisam que existem na verdade algumas discórdias quanto à proibição de monitoramento de usuários por parte dos provedores de conexão, já que são estes provedores que têm acesso a todas as informações de navegação dos seus clientes, ao contrário do provedor de conteúdo que só conseguem rastrear as informações de usuários quando seus sistemas são acessados.

Embora a lei preveja irresponsabilidade total, Bezerra e Waltz (2014, p. 168) entendem que essa expressão tem limite, pois poderão os provedores, eventualmente, receber ordem judicial para exclusão de determinado conteúdo, sendo então responsabilizado em caso de descumprimento. Silva (2012, p. 85) argumenta que a posição de total ausência de responsabilidade não é desejável, pois estimularia comportamentos omissos e acarretaria absoluto descaso de tais fornecedores com a conduta de seus usuários, já que os provedores possuem todas as condições de fazer cessar o ato ilícito de usuários ou de terceiros.

Mas o maior problema se situa nas disposições do art. 19, quanto à responsabilidade dos provedores de conteúdo. Conforme entende Werner (2012, p. 40) há que se diferenciar entre provedores de conteúdo e

provedores de informação. Isso porque muitas vezes o provedor de conteúdo pode não ser, ao mesmo tempo, produtor das informações, colocando à disposição dos usuários as que são produzidas por outrem. Nesse sentido, o provedor de informação é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas na internet; já o provedor de conteúdo é aquele que disponibiliza as informações na internet. Assim, comenta Werner (2012, p. 40) o provedor de conteúdo será diretamente responsabilizado quando for autor da informação. Porém, quando não for ele o autor, mas por estar atuando apenas como veículo, a lei exclui sua responsabilidade, caso cumpra a ordem judicial específica. Este entendimento, de acordo com Werner (2012, p. 41), vai de encontro à posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, assim disposto na Súmula nº 221/STJ: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de informação”. Há, portanto uma responsabilidade solidária. Nesse sentido, Costa (2011, p. 63) cita que há doutrinadores defendendo o fato de que, embora o conteúdo ilícito seja gerado por terceiros, nenhum mal pode causar, sem a contribuição dos provedores de serviço que fornecem os meios necessários à sua difusão. E neste caso possuem os provedores todas as informações necessárias para identificação e localização dos responsáveis (SILVA, 2012, p. 85).

Há que se observar, também, como comenta Werner (2012, p. 41) que existem alguns sites que permitem que o próprio usuário insira informações de forma imediata e em tempo real, impossibilitando o

exercício do controle por parte do provedor. De outro lado Silva (2012, p. 84) argumenta que os provedores não auferem quaisquer vantagens com a conduta ilegal de seus usuários. Pondera ainda Bezerra (2014, p. 9) deixar por conta do próprio provedor a retirada ou a suspensão de determinado conteúdo, implica em um juízo discricionário, entendendo-se uma verdadeira “transferência de competência e responsabilidade que somente pode ser atribuída ao Poder Judiciário”.

A maior parte da doutrina comunga a responsabilidade objetiva, em consonância com os ditames do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8078/90, isso porque os provedores de conteúdo são conceituados como fornecedores nos exatos termos desta legislação (CAVALCANTI, 2014). Gonçalves (2012, p.105) também entende que é objetiva a responsabilidade dos provedores de conteúdo. Explica Gonçalves (2012, p. 106) que quando os provedores de conteúdo alojam um determinado site assumem o risco de eventual violação ao direito personalíssimo de terceiro, estendendo-se a responsabilidade ainda que o conteúdo seja de terceiro. Na análise de Silva (2012, p. 87) é perfeitamente aplicável a teoria do risco aos provedores de internet, já que praticam “atividades de risco, disponibilizando no espaço cibernético um serviço com ausência de dispositivos de segurança e controle mínimos”. Mas, pondera esse autor, (2012, p. 88) responsabilizar irrestritamente de forma objetiva qualquer provedor pelos atos de seus usuários, traria como consequência o estabelecimento de “censura prévia” dos conteúdos criados pelos usuários, o que configuraria uma injusta limitação à privacidade e à liberdade de expressão.

No entendimento de Bezerra (2013, p. 10) a instituição da Lei do Marco Civil ao atribuir ao provedor a competência para fazer um “juízo a respeito da veracidade das alegações” de forma a excluir ou restabelecer determinado conteúdo, trouxe um panorama de insegurança jurídica, o que exigirá mudança na postura do Superior Tribunal de Justiça. Também é da mesma opinião Oliveira (2014, p. 12), pois, até o advento da Lei 12.965/14, o Superior Tribunal de Justiça entendia que os provedores de aplicações que mantivessem serviços de redes sociais deveriam retirar em até 24 horas do recebimento da notificação, publicações ofensivas à pessoa, cujo procedimento independia da decisão judicial, esse entendimento necessita, portanto de ajustes em face da nova legislação. Gomes (2014, p. 30) também manifesta sua preocupação: embora seja vedada qualquer censura prévia, o que reprova não é a conduta que disponibiliza publicação de informações ofensivas, mas em mantê-las, quando sabidamente lesivas, e as disposições da lei permitem que o provedor se omita, mesmo tendo todos os meios e ferramentas para fazer cessar a violação, até o recebimento da ordem judicial.

Mesmo após a publicação da Lei do Marco Civil da Internet, conquanto ainda não tivesse entrado em vigor, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 8 de maio de 2014, o Agravo Regimental no Recurso Especial – AgRg no REsp 1396963-RS, assim se manifesta:

- A) Este Tribunal Superior, por seus precedentes, já se manifestou no sentido de que:
 - I. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas em site por usuário

não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor da internet, porquanto não se lhe é exigido que proceda a controle prévio de conteúdo inserido e disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único do Código Civil;

- II. A fiscalização prévia dos conteúdos posados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor no ORKUT.

- B) A responsabilidade subjetiva do agravante se configura quando:
 - I. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor do ato, em virtude da omissão em que incide;
 - II. Não mantiver um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato.

- C) O fornecimento do registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio satisfatório de identificação de usuários.

- D) Na hipótese, a decisão recorrida dispõe expressamente que o provedor foi notificado extra-

judicialmente, por meio de ferramenta que ele próprio disponibiliza para denúncia de abusos, (...) não tendo tomado as providências cabíveis, optando por manter-se inerte, motivo pelo qual responsabilizou-se solidariamente pelos danos morais infringidos ao promovente, configurando a responsabilidade subjetiva do réu⁵.

Na análise de Oliveira (2014, p.20) a responsabilidade civil dos provedores de aplicação continuará sendo solidária, por força do art. 7º, § único do Código de Defesa do Consumidor e do art. 942, § único do Código Civil. Assim, os provedores de aplicações responderão como coautores se descumprirem a ordem judicial. No entanto, alerta Oliveira (2014, p. 21), é possível vislumbrar uma aparente antinomia entre o artigo 20 da lei em comento, com as disposições do art. 7º, parágrafo único e artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor, entendendo o autor que a solução está na caracterização ou não de relação de consumo. Na primeira hipótese, aplicar-se-ão as disposições do Código de Defesa do Consumidor; na segunda hipótese, as normas da Lei do Marco Civil da Internet. No entendimento de Bezerra (2013, p. 9) se houver previsão específica em lei conferindo tratamento diferenciado, ela deverá ser observada, caso inexista previsão específica, vige a regra geral. Oliveira (2014, p. 21) apresenta ainda a possibilidade de outra interpretação ao art. 20 da lei em análise: se a vítima do conteúdo ofensivo for caracterizada como consumidora, prevalecerá a solidariedade do provedor, conforme contempla o art. 7º, § único e art. 18 do Código de Defesa do Consumidor; porém em

não havendo uma relação de consumo, a responsabilidade do provedor será subsidiária, se fornecer os dados; caso contrário continuará sendo solidária.

Se de um lado o art. 19 da Lei em comento responsabiliza o provedor de aplicações, no caso de descumprimento de ordem judicial, o art. 21, da mesma lei, por seu turno dispõe sobre a desnecessidade da ordem judicial, quando o conteúdo envolver “cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”, bastando nessa situação, uma notificação extrajudicial. Na análise de Oliveira (2014, p. 21) sempre que o provedor for notificado, deve tomar duas providências: de retirar o conteúdo postado, nos termos do art. 20 e de informar à vítima os dados de identificação do autor do conteúdo ofensivo, com todos os dados, por força do direito à informação, bem como a previsão do parágrafo único do art. 21 da Lei em comento. Caso essas providências não sejam tomadas, o provedor de aplicações será responsabilizado subsidiariamente, conforme dispõe o art. 21 da Lei em análise. Essas disposições são consoantes com o direito de privacidade, visam proteger informações e dados cobertos pelo direito ao sigilo. Caso haja falha na segurança na rede e tais informações forem alvo de circulação, sem autorização do usuário, haverá violação do direito. Mas, como observa Silva (2012, p. 92) o fato só é conhecido quando notificado pela vítima. E aqui é que inicia a responsabilidade do provedor, seja pela demora no bloqueio das informações, seja pela omissão na prática de medidas de exclusão das informações. É de se observar também que determinados fatos são tipificados como crime, por exemplo, a violação de domicílio (art. 150), violação de correspondência (art. 151),

ou a divulgação de segredo (art. 153) todos são artigos do Código Penal. Desse modo, elementos como controle, privacidade e segurança devem ser tratados de forma equilibrada a garantir a preservação dos direitos da pessoa. E o direito à privacidade, significa obstar a intromissão de estranhos na sua esfera de vida privada como também impedir a divulgação de informações sem autorização.

Conclusão

Apesar das críticas é bem vindo o Marco Civil da Internet como início de normatização dos direitos decorrentes das relações na comunidade virtual. As críticas e comentários têm o único objetivo de aprimorar a regulamentação aclarando a abrangência e o alcance do texto legal.

A lei 12.965/14, como qualquer outra norma, permite interpretação divergente. Porém são vozes unânimes positivas, por exemplo, a participação social com amplo debate para a elaboração do texto legal, as disposições dos princípios norteadores da lei, como a liberdade de expressão e comunicação, a neutralidade da rede, a preservação da natureza participativa.

No que se relaciona com a responsabilidade civil, vê-se apesar de normatizada na lei ainda gera muita discussão e, certamente haverá outros estudos e novos pontos de vista, o que é salutar para uma correta aplicação da justiça. Porém, das discussões até o momento, pode-se traçar o seguinte resumo: não é conveniente nem salutar a aplicação da total irresponsabilidade aos

provedores de internet; da mesma forma não seria justa a aplicação de ampla responsabilidade independente do tipo de provedor. Desse modo, a fim de que a lei seja aplicada de forma justa, necessário sua interpretação em cada caso de per si, perquirindo-se da atividade intrínseca e das funções de cada provedor bem como das circunstâncias da ocorrência do fato lesivo. Só assim será possível graduar a responsabilização e a reparação da obrigação. Não é demais mencionar a atitude dos próprios usuários, os quais, muitas vezes atuam de forma arriscada seja por desconhecimento, seja por demasiada confiança dos provedores.

A exemplo do que ocorre nos países mais desenvolvidos mormente na Comunidade Europeia (COSTA, 2011, p. 141), parece ser conveniente a criação de um “código de conduta”, dirigida a todos os utilizadores da internet, seja provedor, intermediário, ou usuário. Um código de conduta permitiria não só advertir o usuário no sentido de utilizar os serviços da internet de forma ética e sadia como também adotar as medidas legais quando o caso exigir. Um código dessa natureza também promoveria a educação dos membros da sociedade virtual, com maior conscientização e auto-responsabilização dos usuários por seus atos, já que muitos ilícitos apontados não ocorrem somente dentro da rede, mas na vida cotidiana.

De qualquer forma, inegável a contribuição positiva para o sistema jurídico brasileiro, apesar de alguns dispositivos ainda dependerem de regulamentação. A internet por se constituir em um sistema de alta velocidade amplia e diversifica o seu uso a passos largos, e nesse cenário, ameaças à liberdade e novos conflitos

poderão surgir. Ao mesmo tempo em que a internet propicia maior democratização de acesso o seu desenvolvimento pode provocar novos comportamentos, exigindo nova regulamentação.

A comunidade virtual está em constante mutação além da diversificação de motivação para o seu uso: comunicação, divulgação, informação, atuação profissional, educação, entretenimento entre outros, o que faz com que essa ferramenta seja de fato popular e garanta o direito de acesso à internet a todos, conforme prescreve a Lei do Marco Civil da Internet.

Notas

1. ABRANET – Associação Brasileira de Internet. Dados disponíveis em www.abranet.org.br Acesso em 15 de agosto de 2014.
2. Dados obtidos em www.abranet.org.br Notícia de 27/6/2014.
3. Código Civil – art. 942 – Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente. Parágrafo único – São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.
4. Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, art. 19, § 2º- adotado pelo Brasil em 1991.
5. Agravo Regimental no Recurso especial 2012/0221494-1. Ementa: Recurso Especial. Agravo Regimental. Direito Eletrônico e Responsabilidade civil. Danos Morais. Provedor da internet sem controle prévio de conteúdo. Orkut. Mensagem ofensiva. Notificação prévia. Inércia do provedor de busca. Responsabilidade subjetiva caracterizada. Agravo desprovido. Ministro Relator: Raul Araújo, 4ª Turma, data do julgamento 08/05/2014, publicação: DJE de 23/05/2014.

Referências

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. **Revista TST**, v. 78, n. 3, p. 64-75, Brasília, julho-setembro 2012. Disponível em www.tst.jus.br Acesso em 14 de agosto de 2014.
- ASENSIO, Pedro A. de Miguel. Internet, vida privada y redes sociales: nuevos retos, in: **Internet y el futuro de la democracia** (S.Champeau y D. Innerarity, comps.), p. 97-118, Universidade Complutense de Madrid, Barcelona, Ed. Paidós, 2012. Disponível em www.eprints.ucm.es Acesso em 11 de agosto de 2014.
- BEZERRA, Márcia Fernandes. Apontamentos sobre o marco civil da internet. **Revista da Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária**, v.1, n.1, p. 1-11, Faculdades Integradas de Santa Cruz, Curitiba, 2013. Disponível em www.santacruz.br Acesso em 4 Agosto 2014.
- BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. Privacidade, neutralidade e inimputabilidade da internet no Brasil: avanços e deficiências no Projeto do Marco Civil. **Revista Eptic Online**, v. 16, n.2, p. 161-175, maio-ago 2014. Disponível em www.seer.ufs.br Acesso em 5 agosto 2014.
- BITTENCOURT, Diego Camilo de. **A responsabilidade civil dos provedores de conteúdo na internet**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade de Tuiuti8, Paraná. Curitiba, 2010. Disponível em www.tconline.utp.br Acesso em 4 de agosto de 2014.
- BUENO, Jean Carlos. **A responsabilidade civil dos provedores de internet nos casos de ofensa à honra e à imagem**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em www.repositorio.ufsc.br Acesso em 4 de agosto de 2014.
- CAVALCANTI, Roberto Flávio. A inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4047, 31 jul. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30560> Acesso em 6 de agosto de 2014.
- COSTA, João Pedro Fachana Cardoso Moreira da. **A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na internet** - em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direi-

- to, Universidade do Porto, Portugal, 2011. Disponível em www.repositorio-aberto.up.pt Acesso 4 de agosto de 2014.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7. Responsabilidade Civil, 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Leonardo de Castro (Juiz). **Marco Civil da Internet: impressões preliminares da Lei 12.965, de 23.04.2014.** Disponível em www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/grupodeestudos/trabalhosjuridicos Acesso em 5 agosto 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 4 – Responsabilidade Civil, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARQUES, Rodrigo Moreno; PINHEIRO, Marta Macedo. Informação e poder na arena da internet. **Informação & Sociedade: Est.** v. 24, n. 1, p. 47-60, João Pessoa, jan-abr. 2014. Disponível em www.okara.ufpb.br Acesso em 5 de agosto de 2014.
- MARTINI, Luciano José. La responsabilidad civil em internet: un nuevo contexto económico, interactivo y comunicacional que desafía los clásicos contenidos del deber de resarcir. **Revista de Responsabilidad Civil y Seguros: publicación mensual de doctrina, Jurisprudencia y legislación**, v. 13, n. 8, p. 17-38, 2011. Disponível em www.lalei.com.ar Acesso em 11 agosto de 2014.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. **Aspectos principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/senado, abril 2014. Texto para Discussão nº 148. Disponível em www.senado.le.br/estudos Acesso em 5 de agosto de 2014.
- OLIVEIRA, Erickson Araujo Santana de. O princípio da neutralidade e o marco civil da internet. Trabalho de Conclusão de Curso, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em www.works.bepress.com Acesso em 4 de agosto de 2014.
- SILVA, Allison Escouto. **A responsabilidade civil dos provedores de internet pelos atos ilícitos praticados nos sítios de relacionamento.** Trabalho de Conclusão de Curso, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em www.lume.ufrgs.br Acesso em 4 de agosto de 2014.
- WERNER, Rachel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet pelos ilícitos praticados por seus usuários.** Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em www.lume.ufrgs.br Acesso em 4 de agosto de 2014.

Caso HISSÈNE HABRÉ e a Convenção de Tortura da ONU.

Case HISSÈNE HABRÉ and the Torture Convention of the UN.

Artigo recebido em 10/06/2014.

Revisado em 08/07/2014.

Aceito para publicação em 25/07/2014.

David Augusto Fernandes

Mestre e Doutor em Direito.

Professor da Universidade Federal Fluminense.

Resumo

Este artigo aborda a Convenção de Tortura das Nações Unidas, sua criação, focando especificamente o caso do Pinochet da África, Hissène Habré, homem que em menos de uma década dizimou mais de quarenta mil compatriotas, utilizando-se para tal da prática da tortura, sendo exposto o desejo da Bélgica em extraditá-lo do Senegal, país que o acolheu, que apesar de signatário da Convenção de Tortura da ONU ficou inerte em não proceder ao julgamento de Habré, levando a que a Corte Internacional de Justiça, por ação da Bélgica, se manifestasse sobre tal situação.

Palavras-chave

Convenção de Tortura da ONU. Hissène Habré. Direito Internacional. ONU.

Abstract

This article addresses the Torture Convention of the United Nations, its creation, focusing specifically on Africa's Pinochet case, Hissène Habré, a man who in less than a decade wiped out more than forty thousand compatriots, through the practice of torture; being exposed the desire of Belgium in extraditing him from Senegal, a country that welcomed him, although a signatory of the UN's Torture Convention was inert to not

proceed Habré to trial, leading the International Court of Justice, in an act brought by Belgium, to manifest on such a situation.

Keywords

UN Torture Convention. Hissène Habré. International Law. UN.

Sumário

Introdução. 1. Embasamento Histórico. 2. Convenção de Tortura das Nações Unidas. 3. Ações das vítimas. 4. O julgamento perante a Corte Internacional de Justiça. 5. A manifestação da Corte Internacional de Justiça. 6. O voto em separado do juiz Cançado Trindade. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

A Convenção de Tortura da ONU, de 10 de dezembro de 1984 teve por objeto sanear e inibir a ocorrência de fatos tão obscuros de nossa sociedade civilizada, ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, onde foram ceifadas milhões de vidas humanas através da prática da tortura, sendo que o Brasil veio a ratificar tal Convenção em 1989, mas percebemos nos noticiários em todo mundo a persistência da ocorrência de tais atos.

Este artigo apresentará as barbáries praticadas por Hissène Habré no período em que este a frente do governo do Chade, tentando apresentar o seu roteiro criminoso.

Na segunda parte do artigo será apresentado um pequeno histórico do caminho percorrido até a elaboração da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

O terceiro capítulo será focado na ação da vítimas e seus familiares, visando que os crimes de Hissène Habré não fiquem impunes.

O quarto capítulo aborda o julgamento do pedido de extradição de Hissène Habré, feito pela Bélgica junto a Corte Internacional de Justiça e o seu desfecho.

O quinto capítulo trata da manifestação da Corte Internacional de Justiça ante ao pedido da Bélgica e os argumentos apresentados pelo Senegal para explicar a não realização do julgamento de Hissène Habré.

O capítulo seguinte traz o voto de Cançado Trindade que fica temeroso de que as vítimas e seus familiares não assistam ao julgamento de seu algoz, frisando o juiz, em seu voto, que o tempo dos seres humanos certamente não parece ser o tempo da justiça humana.

Por derradeiro temos as considerações finais, onde são delineados as possíveis soluções para o impasse reinante ante a Bélgica que quer a extradição de Hissène Habré, em face da inércia de Senegal, calcado aquele no brocardo de Hugo Grotius, *aut dedere aut judicare*.

1. Embasamento histórico

O presente artigo tem por objeto a apresentação de uma decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça, no ano de 2009, onde o agente provocador foi a Bélgica, que tentava conduzir ao Tribunal o presidente do Chade, Hissène Habré pela prática de crimes punidos pela Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura de 1984, tratado de direitos humanos que incorpora o princípio da jurisdição universal.

Hissène Habré, conhecido como “Pinochet da África”, foi presidente do Chade no período de 1982-1990, quando, por um golpe, foi sucedido pelo presidente Idriss Déby, que nunca tentou extraditar Habré do Senegal, local onde se refugiou, ou tomar medidas legais contra os seus cúmplices que permaneceram no Chade.

Conforme documentado no Relatório da Comissão da Verdade do Chade, de 7 de maio de 1992, que abrangeu o período do regime (de 7 de junho de 1982 a 1º de dezembro de 1990), o ex-presidente Hissène Habré cometeu crimes sistematicamente contra a integridade física e mental das pessoas e seus bens durante o período acima referido. Determinou a morte de mais de 40 mil pessoas, resultando em mais de 80 mil órfãos, mais de 54 mil pessoas foram detidas arbitrariamente e 200 mil pessoas ficaram destituídas e privadas de apoio moral e material. A Comissão deixou claro que este foi o resultado de um padrão sistemático de ações fruto de detenções arbitrárias, de tortura, de condições subumanas durante as detenções sumárias

ou arbitrárias ou extrajudiciais, massacres sucessivos ou execuções em massa, ocultação dos restos mortais, destruição de aldeias, perseguições, expulsões forçadas e pilhagens, adotando uma ditadura violenta, na qual por várias vezes promoveu violações aos direitos humanos. Foi considerado um dos mais violentos ditadores da história da África, tendo perseguido membros de quase todas as 200 etnias do país. No auge da ditadura, Habré cimentou uma grande piscina construída pelos colonizadores franceses e fez dela um centro de torturas¹.

O relatório ainda investigou o desvio de fundos públicos e concluiu que o regime de Habré deliberadamente aterrorizou a população, sendo tal atividade exercida pela polícia política, denominada de Direção de Documentação e Segurança (DDS) e pelo Serviço de Investigação Presidencial (SIP). A DDS, no início dos anos 1980, matou centenas de pessoas no episódio conhecido como “Setembro Negro”. A Comissão acrescentou que a comunicação entre o DDS e o presidente era direta, sem intermediários. O Estado-político, idealizado, ao mais alto nível do Executivo, de acordo com a Comissão da Verdade, foi realizado com predisposição à crueldade e ao desprezo pela vida humana. As execuções foram diretamente ligadas ao Presidente e os objetos recolhidos pela pilhagem foram levados diretamente para o escritório do Presidente.

Em suma, o regime de Habré, de acordo com a Comissão da Verdade do Chade, levou um reinado de oito anos de terror ao país, com pessoas que choram seus mortos em impotência completa, numa distor-

ção abominável dos fins do Estado, e com a impunidade para tais crimes vigentes até hoje. O relatório da Comissão da Verdade do Chade foi apenas o início da saga das vítimas das atrocidades cometidas durante o regime de Habré no Chade. Sua busca por justiça tem seguido um longo caminho, tanto em nível nacional como internacional.

2. Convenção das Nações Unidas sobre tortura

Com o termino da Segunda Guerra Mundial houve uma preocupação, por parte da Organização das Nações Unidas, objetivando a eliminação da tortura na sociedade mundial, sendo tal preocupação delineada no artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Mas foi através da Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984 que foi promulgada a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Tal dispositivo tem amparo na Carta da ONU, especialmente em seu artigo 55, de promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, levando, também, em conta o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que estabelecem que ninguém será submetido à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Levando também em consideração a

Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembléia Geral em 9 de dezembro de 1975. Tentou a Assembléia tornar mais eficaz a luta contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em todo o mundo. A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989².

A definição de tortura pode ser encontrada no próprio corpo da Convenção, em seu artigo 1º:

Para fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de Ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legisla-

ção nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

A Convenção contra a Tortura (CT) materializa o entendimento a nível internacional de que a tortura ocorrida no Estado, através de seus funcionários civis, policiais, militares ou pela ação do próprio governo, sendo tal prática comum em determinados Estados, tendo consequências sinistras, cruéis e graves, devendo ser reprimida por leis nacionais, com maior rigor e de forma mais efetiva por todos os Estados que ratificaram ou aderiram a esta Convenção.

O artigo 2º da CT insta aos Estados a programarem todas as medidas necessárias objetivando inibir a prática de atos de tortura em seus respectivos territórios não dando margem a alegação de situações excepcionais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência, como justificacão para tortura³.

Conforme salientado pelo Protocolo Facultativo à Convenção da ONU sobre Tortura⁴ o artigo 1º apresenta três elementos fundamentais na definição da tortura como crime:

- a) deve haver dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais;
- b) as dores ou sofrimentos devem ser infligidos com um propósito ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; e
- c) as dores ou sofrimentos devem ser infligidos por ou sob instigação de, ou com o consentimento

ou aquiescência, de um funcionário público ou uma pessoa no exercício de funções públicas.

Muitos instrumentos nos âmbitos internacionais e regionais contêm definições alternativas de tortura. Entretanto, os três atributos acima elencados são comuns às três definições. O enfoque aceito sob o direito internacional tem buscado evitar a enunciação exaustiva de atos que podem ser considerados como característicos de tortura, devido à preocupação de que tal lista possa ser limitada em seu escopo e, portanto, falhe ao não responder adequadamente ao desenvolvimento tecnológico e dos valores das sociedades⁵.

No estudo em análise, neste artigo, temos como foco a atuação de Hissène Habré no seu governo como sendo um ato de tortura imposto a população civil de seu país e a reação das vítimas a impunidade das autoridades ao caso.

3. Ações das vítimas

Este regime não seria conhecido pelo mundo, se um grupo de sobreviventes, mesmo sem nunca ter vivido um período democrático e sem conhecimento do Direito, não tivesse se unido para fazer o ditador pagar por seus crimes. Em 1999 eles formaram a Associação de Vítimas de Crimes e Repressões Políticas no Chade e procuraram a associação de direitos humanos *Humans Rights Watch*, sediada nos EUA, tendo o advogado Reed Brody decidido ajudá-los. Iniciou-se então, uma cam-

panha internacional para julgar Habré. As vítimas, em parceria com organizações internacionais, iniciaram um caso contra Habré no Senegal, país signatário da Convenção contra Tortura, desde 1987, que, por este tratado, os países são obrigados a julgar ou extraditar torturadores que se encontram em seu território.

Em 25 de janeiro de 2000, em um juízo de instrução realizado em Dakar, foi feita uma reclamação por Suleyman Bale Guengueng e sete outros peticionários contra Habré, por crimes contra a humanidade, tortura, atos bárbaros, discriminação, assassinatos e desaparecimentos forçados. Ocasão em que os oito peticionários alegaram terem sido vítimas de crimes contra a humanidade e atos de tortura no Chade, entre junho de 1982 e dezembro 1990. Mas o processo foi arquivado na mesma data.

Em julho, do mesmo ano, o Senegal declarou-se incompetente para julgar Habré, sob o fundamento de que seu código penal não havia se adaptado às obrigações da Convenção contra Tortura e que assim não poderia julgar um presidente de outro país. Esta decisão foi confirmada pela mais alta corte senegalesa.

Com a intervenção do Secretário Geral da ONU, à época, o presidente do Senegal, Abdullah Wade, concordou em manter Hissène Habré sob custódia, sendo esta a terceira vez que o país se comprometera a levá-lo a julgamento. Habré foi preso em Dakar em 2005⁶.

Em seguida, a Bélgica pediu a extradição de Habré, baseada em sua lei de jurisdição universal, o acusando de crimes contra a humanidade, sob o fundamento de que existiam vítimas do Regime Habré,

sendo alguns com cidadania belga. Em setembro de 2005, a Bélgica expediu mandado de prisão contra Habré, solicitando sua extradição do Senegal. Em novembro do mesmo ano, a corte de cassação em Dakar, alegando que Habré como antigo chefe de Estado possuía imunidades, recusou-se a enviar o ditador à Bélgica.

O Senegal pediu que a União Africana decidisse o que deveria ser feito no caso Habré. A União Africana, em janeiro de 2006, criou uma Comissão de Notáveis Juristas Africanos para examiná-lo (Decisão 103 [VI]). No seu relatório à Assembleia de Chefes de Estado e de Governo da União Africana (2006), a Comissão, em julho de 2006, recomendou ao Senegal para processar e garantir que Hissène Habré fosse julgado, em nome da África, por um tribunal competente senegalês com garantias de um julgamento justo.

Em janeiro de 2007, o parlamento senegalês alterou o código penal para incluir os crimes contra humanidade em seu rol, abrindo uma porta para um possível julgamento de Habré. Mas no final de 2008, alegando falta de verba, não iniciou o processo, com custo estimado em 28 milhões de euros. Após muita pressão internacional, os EUA e a União Europeia concordaram em subsidiar o julgamento.

Em janeiro de 2008, a União Europeia enviou uma missão de *experts* ao Senegal para estudar a melhor forma de dar assistência técnica e financeira para a organização do processo, o primeiro em que um país em desenvolvimento julgará um presidente de outra nação por atos cometidos fora de seu território. Em 15 de agosto de 2008, um tribunal em N'Djamena, no Cha-

de, julgou à revelia Hissène Habré a pena de morte por crimes contra a humanidade.

A Comunidade Econômica dos Estados do Oeste Africano (ECOWAS) é favorável a criação de um tribunal especial para julgar Habré, o qual, segundo o presidente do Senegal, se tornou um fardo muito pesado a ser carregado, compartilhando também da visão da ECOWAS, quanto à criação de um tribunal para o julgamento do antigo ditador.

4. O julgamento perante a Corte Internacional de Justiça.

Em fevereiro de 2009, a Bélgica apresentou um pedido à Corte Internacional de Justiça (CIJ), no sentido de que Habré fosse julgado no Senegal, caso não o fosse deveria ser extraditado para o país solicitante do pedido, com base no brocardo de Grotius: *aut dedere aut judicare*, com suas partes principais, no seguinte teor:

- la Cour est compétente pour connaître du différend qui oppose le Royaume de Belgique à la République du Sénégal en ce qui concerne le respect par le Sénégal de son obligation de poursuivre M. H. Habré ou de l'extrader vers la Belgique aux fins de poursuites pénales ;
- la demande belge est recevable ;
- la République du Sénégal est obligée de poursuivre pénalement M. H. Habré pour des faits

- qualifiés notamment de crimes de torture et de crimes contre l'humanité qui lui sont imputés en tant qu'auteur, coauteur ou complice ;
- à défaut de poursuivre M. H. Habré, la République du Sénégal est obligée de l'extrader vers le Royaume de Belgique pour qu'il réponde de ces crimes devant La justice belge [...]⁷.

No mesmo período, a Bélgica adicionou um pedido original à CIJ, para esta proceder à indicação de medidas provisórias, conforme preceituado no artigo 41 do Estatuto do Tribunal e nos artigos 73 a 75 do seu Regulamento, baseando tal pleito em notícias veiculadas na Rádio França Internacional, de uma entrevista do presidente do Senegal, Abdullah Wade, na qual afirmava que a prisão domiciliar de Hissène Habré poderia ser interrompida em função de não haver orçamento para promover o julgamento do ex-presidente do Chade, o que ocasionaria uma possível fuga de Habré do Senegal. Desta forma, fugiria da ação da Justiça e causaria um prejuízo irreparável ao Direito sob a lei internacional para a Bélgica no exercício da acusação criminal contra ele. Isso também violaria a obrigação do Senegal de processar Habré por crimes de Direito Internacional que lhe eram imputados, conforme descrição da decisão da CIJ, diante do pedido belga, como se segue:

[...] 11. Considérant que, le 19 février 2009, après avoir déposé sa requête, la Belgique a presente une demande en indication de mesures conser-

vatoires en se référant à l'article 41 du Statut de La Cour et aux articles 73 à 75 de son Règlement; 12. Considérant que, dans sa demande en indication de mesures conservatoires, la Belgique renvoie aux bases de compétence de la Cour invoquées dans sa requête (voir paragraphe 2 ci-dessus);

13. Considérant que, dans cette demande en indication de mesures conservatoires, la Belgique expose qu'«[a]ctuellement, M. H. Habré est en résidence surveillée à Dakar, mais [qu']il ressort d'un entretien donné par le président sénégalais, Abdullah Wade, à *Radio France Internationale*, que le Sénégal pourrait mettre fin à cette mise en résidence surveillée s'il ne trouve pas le budget qu'il estime nécessaire à l'organisation du procès de M. H. Habré» ;et que, selon la Belgique, dans cette hypothèse, il serait facile pour M. Habré de quitter le Sénégal et de se soustraire à toute poursuite;

14. Considérant que, dans ladite demande en indication de mesures conservatoires, la Belgique fait valoir que, si M. Habré devait quitter le territoire sénégalais, cela porterait un préjudice irréparable au droit que le droit international confère à la Belgique d'exercer des poursuites pénales contre l'intéressé; qu'elle soutient en outre que cela violerait l'obligation du Sénégal de poursuivre M. Habré pour les crimes de droit international qui lui sont imputés, à défaut de l'extrader;

15. Considérant que, au terme de sa demande en indication de mesures conservatoires, la Belgique prie la Cour «d'indiquer, en attendant qu'elle rende un arrêt définitif sur le fond, que le Sénégal doit prendre toutes les mesures en son pouvoir pour que M. H. Habré reste sous le contrôle et la surveillance des autorités judiciaires du Sénégal afin que les règles de droit international dont la Belgique demande le respect puissent être correctement appliquées»;

16. Considérant que, le 19 février 2009, date à laquelle la requête et la demande en indication de mesures conservatoires ont été déposées au Greffe, le greffier a informé le Gouvernement sénégalais du dépôt de ces documents et lui en a adressé immédiatement des copies certifiées conformes en application du paragraphe 2 de l'article 40 du Statut ainsi que du paragraphe 4 de l'article 38 et du paragraphe 2 de l'article 73 du Règlement; et que le greffier a également informé le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de ce dépôt [...]^B.

Após análise do pedido da Bélgica e ouvidas as partes envolvidas, a Corte Internacional de Justiça considerou que não eram cabíveis medidas provisórias, no caso em análise, sob o fundamento de que a entrevista do presidente do Senegal, na Rádio França Internacional, foi entendida de forma destorcida pelo governo belga e que Habré seria mantido em prisão domiciliar, aguardando seu julgamento no Senegal.

Considerou a CIJ que o alegado pelo Senegal foi feito de forma consistente, dando garantias de que Habré não sairia do país, enquanto o caso não fosse resolvido pela Corte, sendo que o poder da Corte de indicar medidas cautelares seria exercido se houvesse urgência por estar prestes a ocorrer um risco real ou iminente de dano irreparável aos direitos em causa perante a Corte, fato que não se materializou, na visão Corte, visto que as circunstâncias como agora se apresentam a Corte, não são suscetíveis de exigir o exercício do seu poder de indicar medidas cautelares ao abrigo do Artigo 41 do Estatuto, salientando que tal decisão não inibirá que a Bélgica no futuro apresente um novo pedido para a indicação de medidas provisórias com base na evolução do caso, por força do nº 3 do artigo 75 do Regulamento, conforme transcrição abaixo das partes principais da decisão da CIJ:

Risque de préjudice irréparable et urgence.

62. Considérant cependant que le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires ne sera exercé que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que la Cour n'ait rendu sa décision définitive (voir par exemple *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, *mesures procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, *mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003*, C.I.J. Recueil 2003, p. 107, par. 22; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *mesures conserva-*

toires, ordonnance du 23 janvier 2007, p. 11, par. 32; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, par. 129); et que la Cour doit donc examiner si, dans la présente instance, une telle urgence existe;

63. Considérant que la Belgique, dans sa demande en indication de mesures conservatoires, fait référence à un entretien donné à *Radio France Internationale*, le 2 février 2009, par le président Wade (voir paragraphe 13 ci-dessus); que la Belgique s'est également référée, à l'audience, à des entretiens accordés par le président Wade au journal espagnol *Público*, au journal français *La Croix* ainsi qu'à l'agence France-Presse, en date du 14 octobre 2008, du 18 décembre 2008 et du 3 février 2009, respectivement, au cours desquels la question de l'organisation du procès de M. Habré et de son financement a été évoquée; que la Belgique relève qu'à ces diverses occasions le président du Sénégal a indiqué, selon le cas, qu'il n'allait pas garder indéfiniment M. Habré au Sénégal, qu'il ferait que M. Habré abandonne le Sénégal, même s'il ne savait pas où l'intéressé irait, qu'il accepterait de le juger si on lui en donnait les moyens, ou encore que, si le procès ne se tenait pas, il renverrait M. Habré chez lui ou au président de l'Union africaine; qu'il en ressort, selon la Belgique, que le Sénégal pourrait mettre

fin à la mise en résidence surveillée à laquelle est soumis M. Habré si le financement nécessaire à l'organisation de son procès n'était pas assuré; [...]

67. Considérant que le Sénégal soutient par ailleurs que la déclaration du président Wade à *Radio France Internationale*, dont se prévaut la Belgique pour demander des mesures conservatoires, a été extraite de son contexte et «s'est vu attribuer... un sens qu'elle n'avait évidemment pas»; qu'il allègue que, au contraire, ladite déclaration démontre la volonté du Sénégal de tenir un procès, le président Wade précisant ce qui suit au sujet du financement dudit procès: «[Après toutes les promesses d'appui qui ont été faites], comme ça traînait un peu, j'ai dit «il faut que le [soutien financier promis] soit réellement disponible...C'était pour pousser un peu pour qu'on accélère... Dès que nous aurons les moyens, le procès va commencer. Il ny a absolument aucun doute.»»; qu'il souligne que les négociations avec l'Union européenne et avec l'Union africaine, visant à l'obtention des fonds nécessaires aux poursuites de M. Habré, se déroulent bien ; que le Sénégal considère que les mesures prises par les autorités sénégalaises attestent que celles-ci exécutent de bonne foi leurs obligations en vertu de la convention contre la torture; et que, de l'avis du Sénégal, il en résulte qu'il n'existe aucun risque imminent justifiant l'indication de mesures conservatoires;

68. Considérant que, comme il a été indiqué plus haut (voir paragraphes 29 et 66), le Sénégal a affirmé, à plusieurs reprises à l'audience, qu'il n'envisageait pas de mettre fin à la surveillance et au contrôle exercés sur la personne de M. Habré tant avant qu'après que les fonds promis par la communauté internationale soient mis à sa disposition pour assurer l'organisation de la procédure judiciaire; que le coagent du Sénégal, au terme de l'audience, a solennellement déclaré, en réponse à une question posée par un membre de la Cour, ce qui suit:

«Senegal will not allow Mr. Habré to leave Senegal while the present case is pending before the Court. Senegal has not the intention to allow Mr. Habré to leave the territory while the present case is pending before the Court» (En anglais dans l'original);

«Le Sénégal ne permettra pas à M. Habré de quitter le Sénégal aussi longtemps que la présente affaire sera pendante devant la Cour. Le Sénégal n'a pas l'intention de permettre à M. Habré de quitter le territoire alors que cette affaire est pendante devant la Cour.»

[...]

71. Considérant par ailleurs que la Cour note que le Sénégal, tant *proprio motu* qu'en réponse à une question posée par un membre de la Cour, a formellement et à plusieurs reprises, au cours des audiences, donné l'assurance qu'il ne permettra pas à M. Habré de quitter son territoire avant que la Cour ait rendu sa décision définitive;

72. Considérant que, comme la Cour l'a déjà rappelé ci-dessus, l'indication de mesures conservatoires ne se justifie que s'il y a urgence; considérant que la Cour, prenant acte des assurances données par le Sénégal, constate que le risque de préjudice irréparable aux droits revendiqués par la Belgique n'est pas apparent à la date à laquelle la présente ordonnance est rendue;

73. Considérant que la Cour conclut de ce qui précède qu'il n'existe, dans les circonstances de l'espèce, aucune urgence justifiant l'indication de mesures conservatoires par la Cour;

74. Considérant que la décision rendue en la présente procédure ne préjuge en rien la question de la compétence de la Cour pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative à la recevabilité de la requête ou au fond lui-même, et qu'elle laisse intact le droit des Gouvernements de la Belgique et du Sénégal de faire valoir leurs moyens en ces matières;

75. Considérant que la présente décision laisse également intact le droit de la Belgique de présenter à l'avenir une nouvelle demande en indication de mesures conservatoires fondée sur des faits nouveaux, en vertu du paragraphe 3 de l'article 75 du Règlement;

76. Par ces motifs, LA COUR, par treize voix contre une, *Dit* que les circonstances, telles qu'elles se présentent actuellement à la Cour, ne sont pas de nature à exiger l'exercice de son

pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut.

POUR: M. Owada, *président*; MM. Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, *juges*; MM. Sur, Kirsch, *juges ad hoc* ;
CONTRE: M. Cançado Trindade, *juge* [...]º

A votação proferida pela Corte Internacional de Justiça ao pedido em comento foi favorável a não existência de emergência que justificasse as medidas provisórias solicitadas pela Bélgica, tendo 13 juízes votado nesse sentido. Em sentido contrário somente o juiz Cançado Trindade, com voto em separado, que inicia discordando lamentavelmente de seus colegas e, em seguida, declara que, nos termos do artigo 41 do Estatuto da CIJ, estavam configuradas as condições para concessão das medidas provisórias, conforme o pleito da Bélgica.

5. A manifestação da Corte Internacional de Justiça.

A Corte Internacional de Justiça considerou que Senegal descumpriu suas obrigações sob os artigos 6(2) e 7(1) da Convenção contra a Tortura, sua responsabilidade internacional foi invocada. Em consequência, tem a obrigação de cessar este ato ilícito internacional, devendo tomar as medidas necessárias para encaminhar o caso de Habré às autoridades competentes para processá-lo, se resolver não extraditá-lo.

A CIJ se pronunciou da seguinte forma:

- 1 - Por unanimidade, a Corte decide que tem jurisdição para adjudicar a disputa entre as partes concernente à interpretação e aplicação do artigo 6(2) e do artigo 7(1) da Convenção contra a Tortura;
- 2 - Por 14 votos a dois, a Corte decide que não tem jurisdição para adjudicar os pedidos da Bélgica relativos a alegações de violações de obrigações de direito internacional costumeiro;
- 3 - Por 14 votos a dois, a Corte decide que os pedidos da Bélgica baseados no artigo 6(2) e no artigo 7(1) da Convenção contra a tortura são admissíveis;
- 4 - Por 14 votos a dois, a Corte decide que o Senegal, por não ter feito investigação preliminar sobre os fatos relativos aos crimes atribuídos a Hissène Habré, violou sua obrigação sob o artigo 6(2) da Convenção contra a Tortura;
- 5 - Por 14 votos a dois, a Corte decide que o Senegal, por não ter encaminhado o caso de Hissène Habré às suas autoridades competentes para que fosse processado, violou suas obrigações sob o artigo 7(1) da Convenção sobre a Tortura;
- 6 - Por unanimidade, a Corte decide que o Senegal deve, imediatamente, encaminhar o caso de Hissène Habré às suas autoridades competentes para que seja processado, caso não o extradite.

Ante a tal manifestação fica o Senegal premido a atuar conforme manifestado pela Corte Internacio-

nal de Justiça, visto que se tal procedimento não for adotado, fatalmente, a Bélgica reivindicará a primazia para processar Hissène Habré, alicerçado no brocardo de Grotius: *aut dedere aut judicare*.

6. O voto em separado do juiz Caçado Trindade

Em seu voto, Caçado Trindade asseverou que o caso Habré era o primeiro a ser apresentado à Corte com base na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, merecedora de maior atenção.

O artigo 41 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece a competência do Tribunal da Haia para indicar medidas provisórias, sendo que tais medidas visam preservar a própria capacidade do Tribunal de cumprir sua função de resolução pacífica de disputas internacionais, sendo as mesmas vinculativas.

Observa-se que somente os Estados em litígios internacionais podem se socorrer da CIJ, como partes no conflito, podendo solicitar medida provisórias, mas nos últimos anos esses pedidos foram invocados além da dimensão estritamente interestatais.

Caçado Trindade afirma que não só o Comitê das Nações Unidas contra a Tortura, como órgão de supervisão da Convenção correspondente, mas também uma organização internacional regional, a União Africana, estava engajada na luta contra a impunidade no caso Habré.

Mais adiante o juiz afirmou que o tempo dos seres humanos certamente não parece ser o tempo da jus-

tiça humana. O tempo dos seres humanos não é longo (*vita brevis*), pelo menos não o tempo suficiente para a plena realização de seu projeto de vida. No entanto, o tempo da justiça humana é prolongado, não raro muito mais do que a vida humana, parecendo fazer abstração da vulnerabilidade e brevidade deste último, mesmo diante das adversidades e injustiças. O tempo da justiça humana parece, em suma, fazer abstração de o tempo dos seres humanos contarem para o atendimento de suas necessidades e aspirações, sendo, portanto, premente a necessidade da resolução do caso Habré. Para os vitimados, a passagem do tempo sem justiça é doloroso, pois é tempo que conduz ao desespero. Urgência, portanto, diz respeito a medidas que devem ser tomadas rapidamente, no contexto de uma dada situação, de modo a evitar mais atrasos que possam trazer prejuízo adicional ou, certamente, um dano irreparável. Mas o direito a ser preservado agora é, no entanto, de natureza distinta: é o direito à realização da justiça, que encontra expressão nas correspondentes obrigações estabelecidas nos artigos 5 (2) e 7 (1) de 1984 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.

Afirma Cançado Trindade que, independente dos argumentos trazidos à Corte, tem ela a faculdade de uma apreciação totalmente livre do caráter de urgência da situação trazida ao seu conhecimento e decidir. O fator crucial aqui é, em sua opinião, a resistência por parte das vítimas da passagem do tempo ingrato ao longo da sua longa busca, em vão, pois a justiça humana ocorrerá em que data?

Considera Cançado, na exposição de seu voto

que o caso em comento diz respeito às questões relacionados com a obrigação de processar e extraditar, e não há espaço para a dúvida de que os elementos de urgência e da probabilidade de dano irreparável estão presentes, como pode ser claramente observado no corpo do processo.

Continua o juiz delineando que o exercício da jurisdição universal pretende superar os obstáculos do passado no espaço. Um deles é a gravidade das violações dos direitos humanos, dos crimes perpetrados, que não admite a extensão prolongada no tempo da impunidade dos agressores, a fim de honrar a memória das vítimas fatais e trazer alívio para os sobreviventes e seus familiares.

Com base no exposto, a decisão tomada pela maioria da Corte, em não indicar medidas provisórias no presente caso, pode ser severamente questionada, pois na opinião do juiz os pré-requisitos estavam presentes para a indicação das medidas provisórias e, mesmo que a Corte não estivesse totalmente satisfeita com os argumentos das partes, não é limitada ou condicionada por tais argumentos. Salienta o juiz que a Corte não está restrita pelos argumentos das partes, conforme artigo 75 (1) e (2) do Regulamento da Corte, que expressamente autoriza indicar, *motu proprio*, as medidas provisórias que considerar necessárias, mesmo que sejam totalmente ou em parte distintas das solicitadas. A decisão da CIJ, indicando as medidas provisórias no presente caso, como aqui sustentadas, teria criado um precedente notável na busca por justiça na teoria e na prática do Direito Internacional. Afinal, este

é o primeiro caso apresentado à Corte Internacional de Justiça tendo por base a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura de 1984, que, por sua vez, é “o primeiro tratado de direitos humanos que incorpora o princípio de jurisdição universal, como uma obrigação internacional de todos os Estados-partes, sem qualquer condição que não a presença do suposto torturador”.

Há vários anos o Comitê das Nações Unidas contra a Tortura, no exercício das suas funções, decidiu emitir uma medida cautelar ou provisória, no caso de *S. et alii Guengueng*, sobre o Senegal, para garantir a plena aplicação das disposições pertinentes da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura. E, apesar de tudo isso, a Corte Internacional de Justiça considerou que as circunstâncias, como agora se apresentaram à Corte, não foram de molde a exigir medidas provisórias de proteção.

Na sua exposição, Cançado Trindade considera que as obrigações estabelecidas pela Convenção das Nações Unidas contra a Tortura simplesmente não são obrigações de conduta ou comportamento, mas na verdade as obrigações de resultado.

Considera o juiz que as medidas provisórias têm um lugar no caso em comento, como os pré-requisitos para eles são aqui cumpridas, devendo ter urgência na sua implementação, de modo a evitar a probabilidade de dano irreparável ainda mais como resultado de um prolongamento de atrasos injustificados na realização da justiça.

Conclusão

Com a inércia apresentada, no caso em análise, constata-se que a dignidade da pessoa humana fica pulverizada, ante a inércia da comunidade internacional na resolução de uma barbárie ocorrida no período compreendido entre 1982-1990 e sem solução até a presente data, ficando patente que os familiares das vítimas morreram sem que presenciem que o autor dos crimes venha a ser julgado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada a mais de cinco décadas ainda não é conhecida, na prática, em vários países do continente africano, como se pode perceber do caso sob análise, dificultando que os direitos civis ali enunciados sejam implementados de forma efetiva.

O descompasso entre a justiça humana e o tempo de vida dos seres humanos leva ao desespero daqueles que sofreram na carne as atrocidades praticadas por Hissène Habré, onde o primeiro pode ser longo, enquanto o segundo pode ser escasso. O tempo da justiça humana parece, em suma, fazer abstração de o tempo dos seres humanos contarem para o atendimento de suas necessidades e aspirações, sendo, portanto, premente a necessidade da resolução do caso Habré.

Neste caso, o Senegal tem agora uma oportunidade rara, trazendo rapidamente o H. Habré a julgamento, para dar um exemplo ao mundo, em conformidade com o mandato conferido pela União Africana em 2006, que está bem de acordo com a natureza jurídica, conteúdo e efeitos de direito a ser preservado no caso

em espécie (*cās d'espèce*) e o *erga omnes* contraditórios correspondentes às obrigações da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.

Há aqui a atuação da jurisdição universal consorciada à extradição com o fito de alcançar a paz social, ou seja, o julgamento de Habré, pelo Senegal, como se espera, ou pela Bélgica, por inadimplemento do Senegal, mas que haja a realização do julgamento.

Notas

1. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 29 maio 2012.
2. A Lei n. 9.455/97, que veio de encontro à tão esperada regulamentação do artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal. Aliado ao fato de o Brasil ter ratificado, respectivamente, em 28.09.1989 e em 20.07.1989 a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, assumindo o compromisso internacional de considerar como crime, todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza, porém sem nenhuma incursão no campo prático, seja para atender os compromissos internacionais ou ao disposto na Carta Cidadã. Conforme: CIRENZA, Cristina de Freitas; NUNES, Clayton Alfredo. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado10.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.
3. CIRENZA, Cristina de Freitas; NUNES, Clayton Alfredo, *op. cit.*
4. LONG, Debra; NAUMOVIC, Nicolas Boeglin. Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a Tortura. Manual de Implementação. Tradução: Ana Luisa Gomes Lima. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San José, 2010, p. 28.
5. LONG, Debra; NAUMOVIC, Nicolas Boeglin, *op. cit.*, p. 29.
6. Não se deve deixar de ressaltar que o «caso Hissène Habré» foi lembrado em mais de uma oportunidade na Organização das Nações

Unidas, nomeadamente o Grupo de Trabalho de Revisão Periódica Universal (UPR) das Nações Unidas e ao Conselho de Direitos Humanos. Uma compilação preparada para esse Grupo de Trabalho do Gabinete do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, bem como um projeto de relatório (de fevereiro de 2009) do Grupo de Trabalho, contêm referências expressas ao caso, no âmbito da luta contra a impunidade.

7. Manifestação ao pedido de medidas provisórias da Bélgica, com suas partes principais, feito pela Corte Internacional de Justiça, de 28 de maio de 2009, quando estavam presentes o presidente da Corte M. Owada, os juízes MM. Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Sepulveda-amor, Bennouna, Skotnikov, Caçado Trindade, Yusuf, Greenwood, o juiz *ad hoc* MM. Sur, Kirsch, e o escrivão: M. Ouvreur. Primeiramente a Bélgica havia pedido que H. Habré fosse julgado pelo Senegal, caso isto não ocorresse que ele fosse extraditado para a Bélgica, atendendo a norma *aut dedere aut judicare*, conforme descrito a seguir (tradução livre do autor):

[...] A Bélgica pede respeitosamente à Corte que declare e julgue que:

- o Tribunal tem jurisdição sobre o conflito entre o Reino da Bélgica e da República do Senegal em relação ao cumprimento pelo Senegal de sua obrigação em processar o Sr. H. Habré ou extraditá-lo para a Bélgica para ali ser processado criminalmente;
- o pedido belga é admissível;
- a República do Senegal é obrigada a processar H. Habré por crimes de tortura e crimes contra a humanidade atribuída a ele como autor, co-autor ou cúmplice;
- se não processar o Sr. H. Habré, a República do Senegal é obrigada a extraditá-lo para o Reino da Bélgica para responder a estes crimes perante a Justiça belga [...]. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 29 maio 2012.

8. Manifestação sobre o pedido de Medidas Provisórias da Bélgica, feito pela Corte Internacional de Justiça, de 28 de maio de 2009 no caso Habré, conforme a tradução livre do autor abaixo:

[...] 11. Considerando que, em 19 de fevereiro de 2009, após a apresentação da sua reclamação, a Bélgica introduziu um pedido para a indicação de medidas provisórias amparados no artigo 41 do Estatuto do Tribunal e nos artigos 73 a 75 do seu Regulamento;

12. Considerando que, em seu pedido para a indicação de medidas pro-

visórias, a Bélgica refere-se às bases da competência do Tribunal para fundamentar seu pedido (ver nº 2 acima);

13. Considerando que no presente pedido de indicação de medidas provisórias, a Bélgica, informa que o Sr. H. Habre tem estado sob prisão domiciliar em Dakar, mas que em uma entrevista dada pelo Presidente do Senegal, Abdullah Wade, a Radio França Internacional, falou que o Senegal poderá cessar esta prisão domiciliar se não tiver o orçamento, que ele considera necessário, para a organização do julgamento do Sr. H. Habré; e que, de acordo com a Bélgica, neste caso, seria fácil para o Sr. Habré sair do Senegal para escapar da acusação;

14. Considerando que, no pedido de indicação de medidas provisórias, feito pela Bélgica, onde argumentou que se o Sr. Habré saísse do território do Senegal, seria um prejuízo irreparável ao direito sob a lei internacional para a Bélgica para o exercício da acusação criminal contra ele, que ela também argumenta que isso violaria a obrigação do Senegal em processar Habré por crimes de Direito Internacional que são alegadas contra ele, sob pena de extraditá-lo;

15. Considerando que, após o seu pedido para a indicação das medidas provisórias, feito pela Bélgica, foi pedido ao Tribunal que solicitasse ao Senegal para que aguardasse a decisão final sobre o mérito, devendo o Senegal tomar todas as medidas, ao seu alcance, para que H. Habré sofra o controle e supervisão das autoridades judiciais deste país referentes as regras direito internacional, incluindo o cumprimento da decisão que pode ser favorável à Bélgica”;

16. Considerando que, em 19 de fevereiro de 2009, quando da sua reclamação e o pedido de medidas foram depositadas na Secretaria, o secretário informou ao governo senegalês da apresentação de tais documentos e imediatamente enviou cópias autenticadas dos mesmos, em conformidade com o nº 2 do artigo 40º do Estatuto e do nº 4 do Artigo 38 e nº 2 do artigo 73º do Regimento, e que o secretário também informou ao Secretário-Geral das Nações Unidas de tal depósito [...]. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 29 maio 2012.

9. Manifestação sobre o pedido de Medidas Provisórias da Bélgica, feito pela Corte Internacional de Justiça, de 28 de maio de 2009, no caso Habré, havendo tradução livre do autor, conforme segue:

“62. Considerando, porém, que o poder do Tribunal de indicar medidas cautelares será exercido se houver urgência para dizer se há um risco real e iminente de dano irreparável aos direitos em causa peran-

te o Tribunal tomou sua decisão final (ver, os exemplos, através do Grande Belt (Finlândia/Dinamarca), Medidas Provisórias, Ordem de 29 de julho de 1991, Relatórios CIJ 1991, p. 17, par. 23; Alguns Processos Penais, na França (República do Congo/França), verificar despacho de 17 de junho de 2003, Relatórios CIJ 2003, p. 107, par. 22, Usina de Papel no Rio Uruguai (Argentina contra o Uruguai), Medidas Provisórias, despacho de 23 de janeiro de 2007 p. 11, par. 32, Aplicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Geórgia contra Rússia), Medidas Provisórias, Ordem de 15 de outubro de 2008, par. 129), e que o Tribunal deve considerar se, neste caso, há uma emergência desse tipo;

63. Considerando que a Bélgica, no seu pedido para a indicação das medidas provisórias, refere-se a uma entrevista concedida a Rádio França Internacional, em 2 de fevereiro de 2009, pelo presidente Wade (ver ponto 13), e que a Bélgica também se referiu na audiência, a entrevistas dadas pelo Presidente Abdullah Wade a um jornal Público espanhol, também ao jornal francês, *La Croix*, e a Agência France-Presse, de 14 de outubro de 2008, de 18 de dezembro de 2008 e 3 de fevereiro de 2009, respectivamente, em que a questão da organização do julgamento do Sr. Habré e seu financiamento foram levantados, tendo o Presidente do Senegal, dito que conforme o caso, ele não manteria indefinidamente Habré no Senegal, que ele iria deixá-lo sair do Senegal, pois não teria os meios para organizar o julgamento de Habré, remetendo Habré para casa ou ao Presidente da União Africana, acabando com a prisão domiciliar de Habré;

67. Considerando que o Senegal também alega que a declaração do presidente Wade a Rádio França Internacional, invocado pela Bélgica para buscar medidas provisórias, foi tirada do contexto, e “fora dado um sentido diverso”, que ele alega que, ao contrário, sua declaração demonstra o compromisso do Senegal em realizar um julgamento, Wade afirmou o seguinte sobre o financiamento do processo: “[Depois de todas as promessas de apoio que tem sido feito], uma vez que a mesma se arrastou eu disse recentemente: “precisamos da promessa de que o apoio financeiro estará realmente disponível... Era um pequeno empurrão para acelerar as coisas... Uma vez que temos os meios, o julgamento começará. Não existe absolutamente nenhuma dúvida. Wade disse que as negociações com a União Europeia e União Africana para a obtenção dos fundos necessários para processar o Sr. Habré correm bem, sendo que o Senegal considera que as medidas tomadas

pelas autoridades senegalesas atestam que eles realizam com boa fé as suas obrigações decorrentes da Convenção contra a Tortura e que, na opinião do Senegal não há risco iminente para justificar a indicação de medidas provisórias;

68. Considerando que, conforme mencionado acima (ver parágrafos 29 e 66), Senegal disse, repetidamente, durante a audiência, que não tinha a intenção de interromper a vigilância e o controle imposto sobre a pessoa do Sr. Habré antes e após os fundos prometidos pela comunidade internacional fossem disponibilizados para garantir a organização do processo judicial, que o coagente do Senegal, após a audiência, declarou solenemente, em resposta a uma pergunta de um membro da Corte, como segue: “O Senegal não vai permitir que o Sr. Habré deixe o Senegal enquanto o assunto estiver pendente nesta Corte de Justiça”.

71. Considerando, além disso, a Corte constatou que o Senegal, como em *motu próprio* respondeu a uma pergunta de um membro da Corte, formal e reiteradamente, e durante as audiências, deu a garantia de que ele não vai permitir que Habré saia de seu território até que a Corte tenha dado a sua decisão final;
72. Considerando que, como a Corte de Justiça já se referiu a indicação de medidas provisórias só se justificariam se houvesse urgência e que a Corte de Justiça, observando garantias dadas pelo Senegal, constatou que o risco de prejuízo irreparável aos direitos reivindicados pela Bélgica não se apresentam a partir da data realização desta ordem;
73. Considerando que a Corte conclui do exposto que não há, nas circunstâncias do caso, nenhuma emergência para justificar a indicação de medidas provisórias pela Corte;
74. Considerando que a decisão em apreço não prejudica a questão da competência da Corte para entreter o mérito do caso ou qualquer questão sobre a admissibilidade ou a substância em si, e deixa intacto o direito dos governos da Bélgica e do Senegal para apresentação de argumentos sobre estas questões;
75. Considerando que esta decisão não inibe que no futuro a Bélgica apresente um novo pedido para a indicação de medidas provisórias com base na evolução do caso, por força do nº 3 do artigo 75 do Regulamento;
76. Por estas razões, a Corte de Justiça, por treze votos contra um, decidiu que as circunstâncias, como agora se apresentam à Corte, não são suscetíveis de exigir o exercício do seu poder de indicar medidas caute-

lares ao abrigo Artigo 41 do Estatuto. Sr. Owada, Presidente da Corte: Favoráveis à medida os juízes Shi, Koroma, Khasawneh-Al, Simma, Abraão, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov Yusuf, Greenwood, MM. Sur, Kirsch, juízes *ad hoc*; Contra: Juiz Caçado Trindade”. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 29 maio 2012.

Referências

- CIRENZA, Cristina de Freitas; NUNES, Clayton Alfredo. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado10.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.
- ICJ. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 29 maio 2012.
- LONG, Debra; NAUMOVIC, Nicolas Boeglin. Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a Tortura. Manual de Implementação. Tradução: Ana Luisa Gomes Lima. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San José, 2010.

A Manutenção da Ordem Econômica e a Economia Solidária: Estudo de Caso da Cooperativa de Marília.

The Maintenance of Economic Order Through the Solidarity Economy and Recycling: A Case Study of Cooperative Marília.

Artigo recebido em 11/05/2014.

Revisado em 08/06/2014.

Aceito para publicação em 15/06/2014.

Marcela Andresa Semeghini Pereira.

MBA em Desenvolvimento Regional Sustentável,
Bacharel em Direito e Bacharel e Licenciatura
em Ciências Sociais e Mestranda em Direito
na Universidade de Marília. Áreas de interesse:
Direito do Trabalho, Sociologia Jurídica e Economia.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

A Manutenção da Ordem Econômica e a Economia Solidária:

Estudo de Caso da Cooperativa de Marília. - pp. 369-419

PEREIRA M. A. S.

Resumo

Neste trabalho abordou-se o conceito e características da Economia Solidária representada por fundações e, principalmente, cooperativas. Esta é uma economia humanizadora, de desenvolvimento sustentável, socialmente justo e voltado para a satisfação racional (consumo racional) das necessidades de cada um e de todos os cidadãos seguindo um caminho intergeracional de desenvolvimento sustentável na qualidade de vida. Esta análise é necessária, pois, através dela verificar-se-á se, na Cooperativa de Marília - Cotracil, estão presentes as características desta economia e se os cooperados vivem de forma digna. A vida digna, preconizada na Constituição Federal de 1988, é possível em um mundo sustentável, esta é a consequência de um complexo padrão de organização que apresenta cinco características básicas: interdependência, reciclagem, parceria, flexibilidade e diversidade. Uma dessas iniciativas é a reciclagem, ou seja, reutilização de materiais que seriam descartados. A Cooperativa Cidade Limpa de Marília realiza a Reciclagem de Lixo, cujos objetivos são: humanizar o trabalho dos catadores, retirando-os das ruas e levando-os para barracões com infra-estrutura adequada para seleção e preparo do material reciclável destinado à comercialização direta. Concluiu-se que, para efetivação destes objetivos deve-se incentivar a participação de todos no desenvolvimento regional sustentável, entendendo como a formação de redes sociais pode fortalecer o capital social de uma comunidade, criando vínculos efetivos entre indivíduos e grupos,

respeitando o meio ambiente e a diversidade cultural, com melhoria de qualidade de vida para todos, dentro de um contexto econômico equilibrado e com crescente coesão social. Também, constatou-se que a economia solidária é importante para a realização dos princípios fundantes da economia brasileira, preconizados no artigo 170 da Magna Carta. Para sustentação da pesquisa, utilizou-se do método fenomenológico e qualitativo.

Palavras-chave

Dignidade. Economia Solidária. Reciclagem. Sustentabilidade.

Abstract

This paper discusses the concept and characteristics of the Solidarity Economy represented by foundations and especially cooperatives. This is a socially just and facing a rational satisfaction (rational consumption) the needs of each and every citizen following an intergenerational way of sustainable development in the quality of life humanizing economy, sustainable development. This analysis is necessary because, through her check-up to be in the Cooperative Marília - Cotracil are present the characteristics of this economy and the cooperative live in a dignified manner. A dignified life called for in the 1988 Federal Constitution, is possible in a sustainable world, this is

the consequence of a complex pattern of organization that has five basic characteristics: interdependence, recycling, partnership, flexibility and diversity. One such initiative is recycling, or reuse of materials that would otherwise be discarded. The Cooperative Clean City of Marília performs Trash Recycling, whose objectives are: to humanize the work of scavengers, removing them from the streets and taking them to barracks with proper selection and preparation of recyclable material intended for direct marketing infrastructure. It was concluded that for realization of these goals should encourage the participation of all the regional sustainable development, understood as the formation of social networks can strengthen the social capital of a community, creating effective linkages between individuals and groups, respecting the environment and cultural diversity, with improved quality of life for all within a balanced and with increasing social cohesion economic context. Also, it was found that the solidarity economy is important for the realization of the founding principles of the Brazilian economy as stated in Article 170 of the Constitution. To support the research, we used the phenomenological and qualitative method.

Keywords

Dignity. Solidarity Economy. Recycling. Sustainability.

Sumário

Introdução. 1. Características da sustentabilidade. 2. Economia solidária e economia capitalista. 3. Aspectos jurídicos da sociedade cooperativa. 4. Princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Conhecendo a cooperativa de Marília. 5.1 As transformações da Cotracil. 5.2 A administração da Cotracil. 5.3 Catador de lixo como profissão e emprego verde. 6. O princípio da Dignidade aplicado aos catadores de lixo. Conclusão. Referências.

Introdução

A escolha do tema para a presente pesquisa iniciou-se ao observar as injustiças cometidas com os seres humanos que atuam na coleta de resíduos associada à desigualdade social; a destruição do meio ambiente provocada pelo desperdício no uso de matérias primas; o desemprego formal que grassa na economia e a ânsia consumista praticadas no sistema econômico capitalista. Assim, a busca de possíveis alternativas a este modelo para que, desta forma, se possa manter a vida no planeta e uma vida com qualidade é o que se pretende discutir.

Para tanto, entende-se que a Economia Solidária é um modelo cuja prática apresenta empresas como modelo cooperativo, ou fundações com as quais é possível alterar alguns elementos vigentes no modo de produção capitalista. Assim, o estudo objetiva prelimi-

narmente comparar entre outros os dois modelos de organização e a forma de operação.

Neste estudo procura-se observar à possível existência de práticas relacionadas aos princípios da Economia Solidária e se estes são suficientes para conferir uma vida digna aos catadores. Como tal entende-se a Economia Solidária uma economia humanizadora, de desenvolvimento sustentável, socialmente justo e voltado para a satisfação racional (consumo racional) das necessidades de cada um e de todos os cidadãos seguindo um caminho intergeracional de desenvolvimento sustentável na qualidade de sua vida. Todavia, desde logo, observa-se uma contradição desse tipo de prática com o sistema vigente, cujo objetivo mais geral é obter lucro.

A busca que fazem os cidadãos entende-se, na verdade, é por dignidade, ainda que como patamar, e não coleta de lixo que se pode transformar em mercadoria. Assim, o estudo procura discutir a valorização deles na função de sua atividade presente como catadores de lixo reciclável. Procura avaliar se com ela se permite enfatizar a preservação do meio ambiente, cuja inclusão social e a conscientização da sociedade sobre essa atividade eximem muitas vezes o município de seu papel e cria oportunidades.

Levanta-se a hipótese de que nesta busca pela dignidade ocorre a transformação pessoal de cada um dos envolvidos nos trabalhos da COTRACIL, no sentido de ser trilhado um caminho novo de convivência com o aprendizado, de compartilhamento de idéias, de capacitação pessoal e profissional, rompendo com

os laços perversos do capitalismo, assistencialismo, da mendicância, da exclusão social e da miséria que terão uma vida digna, pois, como já dito, o poder público apenas exerce a função política, o marketing de suas ações efêmeras.

A prática dos princípios da Economia Solidária só será eficaz se os trabalhadores os exercerem. Outra questão se refere à necessidade de melhor estruturação técnica, física e de equipamentos destinados à coleta primária dos resíduos, pois, as condições de trabalho, as instalações físicas e os equipamentos com os quais atuam aqueles trabalhadores, aparentemente, fazem com que os coletores sofram cansaço e mesmo se machuquem pela precariedade das condições praticadas. Todavia na maior parte das vezes não existem as mínimas condições de trabalho. Assim há a necessidade, por exemplo, de comprar prensa e máquina extrusora em cujas funções permitem agregar valor aos plásticos, papel e alumínio recolhidos e acondicionados.

Merece menção especial à questão do crescimento pessoal e da capacitação profissional, em que novas competências sejam agregadas às capacidades da cooperativa e de seus cooperados, no sentido de melhorar os seus resultados e de agregar novos cooperados, contribuindo para a sua expansão como atividade produtiva sustentável.

Evidencia-se, também, a necessidade a ampliação das parcerias e a revitalização das parcerias já existentes, que passam por um processo de relativo arrefecimento, diminuindo o impacto positivo que as ações anteriores trouxeram para a cooperativa; tal é o caso

do Rotary, que patrocinou de forma ativa a compra dos dois caminhões que fazem o transporte de material.

A Cooperativa surgiu no ano de 1999, após um curso de cooperativismo promovido pelo SEBRAE, Ana (atual Presidente da Cooperativa) e um grupo de vinte e um catadores decide fundar uma cooperativa de coleta de lixo reciclável, com o apoio do Projeto UNI da FAMEMA – Faculdade de Medicina de Marília, um projeto voltado para resultados onde se constrói uma comunidade com saúde, conscientizada em relação à prevenção, autônoma nas decisões das necessidades e na elaboração das diretrizes que irão garantir melhorias na qualidade de vida e construção da cidadania. A essa cooperativa foi escolhida o nome de COTRACIL – Cooperativa de Trabalho Cidade Limpa.

Antes da fundação da Cooperativa, os associados não possuíam emprego fixo, viviam de “bicos” como: servente de pedreiro, ajudante geral, catadores informais etc.

A prefeitura passou a apoiar essa iniciativa, através da Secretaria do Verde e Meio Ambiente. Como seu primeiro ato de apoio é cedido em comodato um terreno, já com um barracão existente, de propriedade da própria Prefeitura Municipal de Marília localizado no Bairro Prolongamento Tofolli.

Para esse barracão é que os catadores levavam o material reciclável recolhido no aterro sanitário, através de pequenos carrinhos de mão, e onde faziam a separação conforme a sua classificação. Vendo a dificuldade de todos, a partir de 2001 a prefeitura disponibilizou um caminhão que efetuará o transporte do

material reciclável coletado até o barracão, mas apenas em alguns dias da semana, o suficiente para uma diminuição considerável do trabalho braçal dos catadores.

Porém com o aumento do volume de reciclagem da cooperativa, o transporte oferecido pela prefeitura tornou-se insuficiente. Buscando-se alternativa, a prefeitura, então, colocou um caminhão alugado com motorista a disposição da cooperativa, arcando com todas as despesas.

Outra iniciativa da prefeitura local, através da Secretaria do Verde e do Meio Ambiente, foi o início de um projeto educativo junto às escolas municipais e a população em geral, ministrando as noções básicas de reciclagem e a separação do material reciclável e do lixo orgânico e inorgânico.

Inicia-se assim a atividade do catador de rua, que sai do aterro sanitário e passa a obter o material junto às escolas, condomínios, estabelecimentos comerciais, industriais e residências da cidade, tornando-se assim, conhecidos publicamente na cidade. Com o crescimento da COTRACIL, novas parcerias são inauguradas. A Caritas Diocesana de Marília faz uma doação de uma prensa manual. Logo em seguida, a Empresa Aparas de Papel Marília também doa outra prensa manual, fortalecendo em muito o crescimento de cooperativa.

O projeto, denominado “do lixo pra cidadania” prevê ainda ações para promover a inclusão social de 50 famílias de catadores, através da Secretária do Bem Estar Social, incluindo alfabetização de adultos. A inclusão dos adultos em programa de alfabetização era feita em parceria com a Secretaria Municipal da Edu-

cação. Em parceria com a Secretaria do Verde e Meio Ambiente era ministrada palestra aos cooperados sobre conservação ambiental.

A Cooperativa de Trabalho Cidade Limpa, Cotracil também recebeu o título de Utilidade Pública Municipal, aprovado pela Câmara Municipal de Marília, ampliando as suas condições de buscar apoio de vários segmentos, visando ganhar maior estrutura no processo de coleta seletiva de materiais recicláveis e efetuar sua comercialização e até mesmo atraindo mais cooperados.

A COTRACIL desenvolve um papel social grande na cidade e no bairro onde se localiza. Através dela é feita a distribuição de cestas básicas, leite e verduras para uma comunidade próxima, onde residem muitos catadores.

Também conta com uma casa cedida pela Prefeitura, próxima ao seu barracão, em uma das principais ruas de acesso ao Bairro Nova Marília, onde existe um pequeno Museu do Lixo, com objetos curiosos e históricos encontrados pelos catadores, que vão desde vestidos de noivas novos até louças e pratos antigos.

A pesquisa utilizada foi qualitativa, tendo em vista as características das situações sociais que pretendeu-se analisar neste trabalho. Este método passa pela história da vida, pela investigação clínica. Neste método o sujeito-observador é parte integrante do processo de conhecimento, estes estão correlacionados. Na pesquisa qualitativa todo sujeito elabora conhecimento e colaboram na solução dos problemas. O pesquisador deve tentar olhar o mundo através dos olhos do pesquisado. (NASCIMENTO, 2002, p. 89-90)

Tendo em vista a utilização do método fenomenológico e a pesquisa qualitativa, os cooperados foram entrevistados utilizando-se de entrevistas abertas e os participantes sendo estimulados a relatar as experiências acerca do envolvimento de cada um no trabalho e o grau de satisfação. As entrevistas foram agendadas na sede da Cooperativa, em uma população de 23 catadores, foram aplicados os questionários a 10, inclusive a Presidente Dona Ana. As perguntas feitas foram: Quantas horas trabalham, em média, por dia? Quantos quilômetros percorrem diariamente? Quantos quilogramas de lixo reciclável chegam a carregar? Quanto ganha por dia/mês? Você se considera um profissional/estuda? Já adquiriu alguma doença decorrente do trabalho? Já ocorreu algum dano na integridade física, ex: mordida de animal, atropelamento etc.? Já foram desrespeitados? Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, foi utilizado o levantamento, buscando promover o envolvimento e a interrogação direta dos trabalhadores.

Os instrumentos de coleta de dados empregados na pesquisa foram à observação ligada à entrevista, o pesquisador ficara um pouco perto do indivíduo. Existem dois métodos de coleta de dados: primeiro a informação dada durante a aplicação do questionário e a segunda decorre da observação de suas reações frente a diferentes estímulos provocados pelo pesquisador.

As perguntas serviram de base para análise da aplicação do princípio da dignidade a estes trabalhadores. Este princípio é essencial, pois para que tenham uma vida digna é necessário que estes trabalhadores

sejam respeitados como profissionais que buscam sustentar a si e as suas famílias e, principalmente que sejam tratados como seres humanos. O que também se pretendeu demonstrar é a preocupação com a questão ambiental e a importância destes trabalhadores neste contexto.

A preparação e descrição do material coletado nos questionários e anotações decorrentes das observações foram por meio de resumos e temas. A redução dos dados vai ressaltar componentes importantes, associando-os ao tema da pesquisa. Por fim, procurou-se estabelecer relações entre os dados e os referenciais teóricos da pesquisa, promovendo relações entre o concreto e o abstrato, o geral e o particular, a teoria e a prática.

1. Características da sustentabilidade

Todos estão interligados, por isso a prática ou a omissão de alguém influencia a todos. Para que haja sustentabilidade é necessário o comprometimento de todo ser humano. Conforme Capra (1993, p.232) quando entende-se a interdependência ecológica também entende-se relações. Isso determina as mudanças de percepção que são características do pensamento sistêmico - das partes para o todo, de objetos para relações, de conteúdo para padrão. Uma comunidade humana sustentável está ciente das múltiplas relações entre seus membros. Nutrir a comunidade significa nutrir essas relações. Preservar o meio ambiente significa preservar vidas.

Portanto, entende-se que para que o mundo seja sustentável é essencial que todos participem deste processo. Como todos estão interligados, as ações influenciam a todos e, dependem destas ações a sustentabilidade das gerações presentes e, principalmente, as gerações futuras.

Para Capra (1997, p.25) sustentabilidade é a consequência de um complexo padrão de organização que apresenta cinco características básicas: interdependência, reciclagem, parceria, flexibilidade e diversidade, todas estas características estão presentes na Economia Solidária. Ele sugere que, se estas características, encontradas em ecossistemas, forem ‘aplicadas’ às sociedades humanas, essas sociedades também poderão alcançar a sustentabilidade.

Segundo de Capra, “sustentável” não se refere apenas ao tipo de interação humana com o mundo que preserva ou conserva o meio ambiente para não comprometer os recursos naturais das gerações futuras, ou que visa unicamente à manutenção prolongada de entes ou processos econômicos, sociais, culturais, políticos, institucionais ou físico-territoriais mas uma função complexa, que combina de uma maneira particular cinco variáveis de estado relacionadas às características acima. Capra exemplifica (1997, p.23):

Quanto mais estudamos os principais problemas de nossa época, mais somos levados a perceber que eles não podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos, o que significa que estão interligados e são interdependentes.

Por exemplo, somente será possível estabilizar a população quando a pobreza for reduzida em âmbito mundial. A extinção de espécies animais e vegetais numa escala massiva continuará enquanto o Hemisfério Meridional estiver sob o fardo de enormes dívidas. A escassez dos recursos e a degradação do meio ambiente combina-se com populações em rápida expansão, o que leva ao colapso das comunidades locais e à violência étnica e tribal que se tornou a característica mais importante da era pós-guerra fria.

Discorre o mesmo autor que (1997, p.231), para que a sociedade una-se novamente a teia da vida deve construir, nutrir e educar comunidades sustentáveis, nas quais pode-se suprir vontades e necessidades sem impossibilitar as chances das gerações futuras. Para realizar essa tarefa, pode-se aprender valiosas lições extraídas do estudo de ecossistemas, que são comunidades sustentáveis de plantas, de animais e de microorganismos. Para compreender essas lições, é necessário aprender os princípios básicos da ecologia.

É necessário que todos se tornem, por assim dizer, ecologicamente alfabetizados. Ser ecologicamente alfabetizado, ou *eco-alfabetizado*, significa entender os princípios de organização das comunidades ecológicas (ecossistemas) e usar esses princípios para criar comunidades humanas sustentáveis. Precisa revitalizar as comunidades - inclusive as comunidades educativas, comerciais e políticas - de modo que os princípios da ecologia se manifestem nelas como princípios de educação, de administração e de política.

O impacto da nova economia no bem estar do ser humano, capitalista e neoliberal, tem sido negativo até o presente momento. Esta economia não praticou os princípios da sustentabilidade e não houve preocupação com a teia da vida, onde toda ação influencia o todo. Enriqueceu a elite global de especuladores financeiros, empresários e profissionais de alta capacitação técnica, mas as consequências sociais e ambientais no seu todo, tem sido desastrosas, além da ênfase na desigualdade social. Conforme Capra (2003, p. 155):

A fragmentação e a individualização do trabalho e o gradativo sucateamento das instituições e leis de bem-estar social, que cedem à pressão da globalização econômica, significam que a ascensão do capitalismo global tem sido acompanhada por uma desigualdade e uma polarização social crescente. O abismo entre os ricos e os pobres aumentou significativamente, tanto em nível internacional quanto dentro de cada país.

Nos últimos anos, o impacto social e ecológico da globalização vem sendo discutido extensivamente por acadêmicos e líderes comunitários. Suas análises demonstram que a nova economia está produzindo uma resultante de consequências interligadas e de consequências danosas — aumentando a desigualdade social e a exclusão social, um colapso da democracia, deterioração mais rápida e abrangente do ambiente natural e ascensão da pobreza e alienação. O novo capitalismo global ameaça e destrói as comunidades lo-

cais por todo o globo; e amparado em conceitos de uma biotecnologia deletéria, invadiu a santidade da vida ao tentar mudar diversidade em monocultura, ecologia em engenharia, e a própria vida numa *commodity*.

Torna-se cada vez mais claro que o capitalismo global na sua forma atual é insustentável e necessita ser fundamentalmente replanejado. Os acadêmicos, líderes comunitários e ativistas populares, no mundo todo, precisam erguer suas vozes, exigindo o “virar do jogo” e sugerindo as maneiras concretas de fazê-lo, como explicita Capra (2003, p. 157):

A meta central da teoria e da prática econômica atual – a busca de um crescimento econômico contínuo e indiferenciado – é claramente insustentável, pois a expansão ilimitada num planeta finito só pode levar à catástrofe. Com efeito, nesta virada de século, já está mais do que evidente que nossas atividades econômicas estão prejudicando a biosfera e a vida humana de tal modo que, em pouco tempo, os danos poderão tornar-se natural.

O mercado global, como é conhecido, é na verdade uma rede de máquinas programadas de acordo com o princípio fundamental que gerar dinheiro deve preceder direitos humanos, democracia, proteção ambiental ou qualquer outro valor. Entretanto, as mesmas redes eletrônicas de financiamento e fluxo da informação poderiam incorporar outros valores, neles inseridos.

2. Economia solidária e economia capitalista

Como alternativa ao sistema econômico capitalista, surge a Economia Solidária que tem o objetivo de distribuir riqueza, consumir de forma consciente e valorizar o ser humano e sua capacidade de criar, sem exploração, privilégios e objetivando, sempre, a preservação do meio ambiente.

A Economia Solidária se apresenta como um resgate da luta dos trabalhadores contra a exploração do trabalho e como opção de economia. Esta possui as características de sustentabilidade apresentadas pelo intelectual Fritjof Capra que são: interdependência, reciclagem, parceria, flexibilidade e diversidade.

Para Arroyo (2006, p. 63) Economia Solidária acrescenta o desafio de ser germinada, brotada de dentro para fora, de baixo para cima, estando alerta para o mundo com uma identidade própria que estabelece diálogo para estabelecer o equilíbrio, a distribuição e a justiça. Segundo ele:

E a economia que se estabeleça a partir da associação, da cooperação, da comunhão, tanto entre indivíduos para a constituição de empreendimentos coletivos como entre empreendimentos para obter saltos de competitividade, em estruturas em rede que também podem ser compreendidas como empreendimentos coletivos. Então, começa a se fundir, a se misturar com outros valores com os quais a economia atual não dialoga.

De acordo com a FBES (Fórum Brasileiro de Economia Solidária), na III Plenária Nacional da Economia Solidária realizada no ano de 2003 (2014) apresentou o conceito de Economia Solidária e seus princípios. Informando que objetiva contrapor características do sistema capitalista e, para que seja efetiva, é necessário o envolvimento das pessoas através da associação e do cooperativismo.

A Economia Solidária é movimento que busca contrapor os princípios de produção, comercialização e distribuição de riquezas inerentes ao sistema capitalista, buscando novas relações (sociais, econômicas e ambientais) contrárias: - a alienação em relação ao processo do trabalho como um todo; as desigualdades sociais (poder e riqueza na mão de uma minoria, pobreza para a maioria); aos desequilíbrios ecológicos - visto que grandes corporações tendem a se preocupar mais com o lucro e menos com os danos ambientais que o seu crescimento desenfreado causa. E, como visto, o desenvolvimento territorial busca expandir com base nesta economia solidária, levando em conta que seu crescimento necessita do envolvimento das pessoas: de forma associativista e cooperativista (cada um contribuindo com o seu melhor, com o que é possível dentro de seus parâmetros); participando do processo desde sua implementação até o produto final (propriedade da economia solidária que tem características também do comércio justo); e tendo em mente o equilíbrio ecológico (fator es-

sencial para harmonizar as relações entre pessoas, desenvolvimento territorial e natureza).

O trabalho na Economia Solidária é apresentado como meio para que o ser humano adquira independência e dignidade, sendo uma alternativa ao trabalho capitalista alienado, onde o homem se apresenta como mera mercadoria.

Nesta Economia, as atividades são organizadas primando pela igualdade de direito entre os envolvidos nestas atividades. As relações são simétricas e todos fazem parte do processo tendo que desempenhar seu papel para funcionar esta economia.

Para Paul Singer (2002), com a prática da Economia Solidária a igualdade entre todos os membros será alcançada, todos precisam cooperar para o sucesso do empreendimento. Portanto, se esta economia fosse realidade a sociedade seria muito menos desigual e muito mais humana e solidária.

Em uma empresa capitalista há o pagamento de salários, desiguais, conforme o nível hierárquico de cada função e prevalece, sempre, o poder e o interesse dos sócios.

Os empregadores são livres para demitir os empregados e estes são livres para procurarem um emprego que pague melhor. Na empresa solidária, diferentemente, os sócios fazem retiradas e esta varia conforme a receita obtida, esta retirada é definida por todos os participantes. O interesse dos sócios, em uma empresa solidária, é o de promover a solidariedade para permitir empregabilidade e renda a quem precisa para que assim, haja um mundo democrático e igualitário.

Conforme Singer (2002), a diferença mais significativa entre a Economia Capitalista e a Economia Solidária é o modo como às empresas são administradas. A capitalista aplica a administração hierárquica onde há níveis sucessivos de autoridade, as informações e consultas ocorrem de baixo para cima e as ordens e instruções de cima para baixo.

As empresas solidárias são administradas democraticamente sendo praticada a autogestão. As ordens e instruções fluem de baixo para cima e as demandas e informações de cima para baixo.

Os princípios convergentes da Economia Solidária, conforme FBES (2014) são: valorização social do trabalho humano – o ser humano não é tratado como uma mercadoria que recebe um salário de acordo com o seu trabalho, e sim é tratado com humanidade; satisfação das necessidades como eixo da criatividade tecnologia e da atividade econômica, o reconhecimento do lugar fundamental da mulher numa economia fundada na solidariedade, a busca de um intercâmbio respeitoso com a natureza e os valores da cooperação e da solidariedade. Considera-se que estes princípios devem ser postos em prática para que se viva em um mundo melhor, com menos injustiças, desigualdades e não haja destruição do meio ambiente.

3. Aspectos jurídicos da sociedade cooperativa

A Cooperativa trata-se de uma sociedade singular, especial, dotada de valores como a solidariedade, a igualdade e a justiça social, e é nesse sentido que a co-

operativa se organiza. Por possuir estas características a Cooperativa é um dos exemplos de Economia Solidária. A exemplo da Cotracil, os trabalhadores associados a esta possuem os mesmos valores e a mesma condição de trabalho.

A cooperativa é uma sociedade de pessoas organizadas para a consecução de um fim econômico comum, assentada sobre valores éticos, e que se utilizam da conjunção de forças de seus associados almejando benefícios próprios, sem o fito lucrativo, procurando viver com dignidade. No caso da Cotracil, os catadores trabalham apenas para sobrevivência, ganhando, em média, R\$ 400,00 reais por mês.

O sistema cooperativo, conforme Bulgarelli (2000, p. 13-14), orienta-se pelos seguintes princípios:

- a) adesão livre: por esse princípio confere-se a liberdade em dois aspectos; primeiro não há obrigação de ingresso na cooperativa (voluntariedade) e, segundo, a ninguém será vedado o ingresso, desde que preencha os requisitos presentes no estatuto (“porta-aberta”);
- b) a cada associado um voto, ou gestão democrática: atribui maior valor nas deliberações à pessoa do associado, em detrimento do capital. Assim, a cada associado corresponde um voto, independentemente do valor de quotas de capital que ele possua;
- c) distribuição do excedente *pro rata* das transações dos membros, ou retorno: orienta o cooperativismo no sentido de afastar o fito lucrativo;

aos associados é restituído o valor que eles despendem a mais em suas operações com a cooperativa. É a busca pelo justo preço. Esse princípio confere ao sistema cooperativo uma de suas singularidades, qual seja a ausência dos fins lucrativos;

- d) juros limitados sobre o capital: as sociedades cooperativas não são obrigadas a pagarem juros pelo capital dos associados, mas podem fazê-lo de forma limitada;
- e) neutralidade política e religiosa: postulado que vedam as cooperativas a imposição de qualquer discriminação de cunho político e religioso, bem como a sua participação em movimentos políticos;
- f) vendas à vista: objetiva a educação econômica dos associados, incentivando-os à prática da poupança;
- g) desenvolvimento da educação: a sociedade cooperativa preocupa-se com a formação do homem como cidadão, estimulando-o à aquisição de conhecimentos e à formação necessária para a atividade cooperativa.

Além desses, outros princípios cooperativos podem ser citados, tais como: a criação espontânea, a vinculação dos cooperados, somente, ao estatuto social, o objetivo comum e a prática da solidariedade, a autogestão e a transparência nas atividades (AMARAL, 2002).

Por se tratar de uma organização singular dentro do quadro de sociedades disciplinado pelo Direito

(tanto civil como comercial), a cooperativa possui algumas peculiaridades que valem a pena serem estudada. Bulgarelli (2000, p. 20) chega até mesmo a citar um novo ramo jurídico: o Direito Cooperativo, o qual regeria as cooperativas e suas relações jurídicas típicas.

A originalidade do cooperativismo deve-se, sobretudo à sua inspiração ética, que norteia a atividade cooperativa, afastando o sentido lucrativo e valorizando a solidariedade, a igualdade, a justiça e o bem-estar social; os princípios da adesão livre e da gestão democrática são exemplos que revelam o forte conteúdo ético do sistema.

Ressalte-se também a peculiaridade dos atos praticados pelas cooperativas, distintos daqueles, praticados pelas demais sociedades. Tal ato mostra-se diferenciado em razão do objetivo buscado pela atividade cooperativa. Bulgarelli (2000, p. 22-23) cita dois exemplos que ilustram a particularidade dos atos praticados pelas cooperativas: o primeiro é o mecanismo do retorno, em que os associados – na proporção das operações praticadas e não do capital – recebem a partilha dos valores auferidos pela sociedade; o segundo exemplo diz respeito aos atos praticados pela administração da sociedade, que buscam servir aos associados, ao contrário da sociedade capitalista, cujos atos administrativos são voltados para o mercado.

Assim, diz-se que as cooperativas funcionam para atender as necessidades dos associados, fornecendo-lhes bens e serviços. Forma-se um círculo fechado, e aos atos estabelecidos entre sociedade e associados dentro desse círculo é dada a denominação de “atos

cooperativos”. Bulgarelli (2000, p. 24): “Pois, diferentemente do que ocorre nas relações das demais empresas, nas relações operacionais entre cooperativas e seus associados não se verificam a compra e venda, mas, a distribuição, a entrega [...]”. Conforme o contrato entre os associados e a sociedade, divide-se a cooperativa em três grupos de atividades principais: fornecimento, recebimento e produção, cada um também com suas peculiaridades.

Além dessas características, derivadas da própria fundamentação do cooperativismo, há outras, de caráter mais prático, mas que também conferem originalidade ao sistema cooperativo. São elas:

- a) variabilidade, ou dispensa do capital social;
- b) número mínimo de sócios necessários para compor a administração, porém com ilimitado número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;
- c) cada sócio poderá ter um limitado número de quotas-partes;
- d) impossibilidade de transferência das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, mesmo que por herança;
- e) retorno dos resultados (sobras líquidas), proporcionalmente às operações realizadas pelo associado com a sociedade, salvo deliberação em contrário da assembléia geral;
- f) *quorum* para o funcionamento e deliberação da assembléia geral baseado no número de associados, e não no capital social representado;

- g) indivisibilidade dos fundos de reserva e de assistência técnica educacional e social;
- h) neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;
- i) direito de cada associado a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, qualquer que seja o número de suas quotas-partes.

Em determinados casos, quando aparecem como estabelecimentos complementares de empresas, as cooperativas constituem-se simplesmente para que as empresas gozem das isenções fiscais concedidas às cooperativas para operações de compra e venda.

As falsas cooperativas seriam falsas por agirem objetivando o processo capitalista de abaixamento do custo de produção, para que os produtos tenham mais possibilidades de venda no mercado.

Essa cooperativa de venda é nada mais que um cartel de venda, que é não uma sociedade cooperativa, mas uma forma de associação de empresas.

Isso fere um dos principais objetivos das cooperativas, que é o afastamento de intermediários entre os produtores e o consumidor. Em nosso estudo de caso há a presença do intermediário – único comprador da Cooperativa, este paga ao produtor menos do que lhe seria devido e cobra do consumidor mais do que seria necessário, mesmo abatidos os custos com transporte, aluguel de estabelecimento e outras variantes. Eliminando-se a intermediação, o produtor poderia ser mais bem remunerado e o consumidor, menos onerado.

É necessário salientar que o intermediário é por

vezes útil, e, em alguns casos, necessário. Isso porque, dependendo da atividade, mesmo com a criação de uma cooperativa para que os cooperados tenham condições financeiras de colocar seus produtos e serviços no mercado, não há interesse ou possibilidade de uma cooperativa nesse sentido subsistir. Ressaltamos, neste contexto, a importância dos parceiros.

As verdadeiras cooperativas são uma forma de produção excepcional, que contribui para a complexidade do sistema de produção moderno, o liberal, que, pelo princípio da liberdade, permite a multiplicidade das formas de produção.

As cooperativas são associações de pessoas, em contraposição a associações de capitais. O objeto da cooperativa é a atividade empresarial a que se dedica. Serve para se atingir o fim, ou seja, os objetivos, que analisaremos agora.

A cooperativa é uma organização econômica, de caráter auxiliar, por cujo intermédio uma coletividade de consumidores ou produtores promove a defesa de suas economias individuais.

O objetivo é que, na qualidade de consumidor, o cooperado obtenha bens e prestações ao mais baixo custo. Na qualidade de produtor, o objetivo é que o cooperado sirva-se da cooperativa para transacionar nos mercados bens ou utilidades elaboradas individual ou coletivamente. A estrutura da cooperativa presta serviços para o atendimento de seus associados sem finalidade lucrativa.

Diferente é o que ocorre com a presença de intermediários, conforme explicados acerca das falsas

cooperativas. No entanto, a eliminação destes não é objetivo fundamental: em determinados casos, os intermediários podem nem existir, como, por exemplo, no caso de cooperativas de irrigação.

Essencial é que a cooperativa tenha o objetivo de promover aos cooperados a realização de obras que não conseguiriam isoladamente, devido ao alto custo envolvido. Tem que promover a seus associados, ao mais baixo custo, as prestações de que necessitam e colocar no mercado, igualmente a preços justos, bens e prestações produzidos por eles.

Nas empresas não-cooperativas, os associados visam à participação nos lucros. Diferentemente, nas sociedades cooperativas, os sujeitos se filiam para poder utilizar-se de seus serviços para melhorar seu próprio *status* econômico (FRANKE, 1973, p. 13).

Para que isso ocorra devem-se observar duas características que são essenciais: que todos os trabalhadores sejam associados e não simples assalariados; e que todos os associados sejam, ao mesmo tempo, trabalhadores que prestam serviço no estabelecimento social. Ou seja, exige-se que seu o cooperado seja, ao mesmo tempo, sócio e usuário ou cliente.

É o que se chama de “princípio de dupla qualidade”, o que faz abolir o lucro que, na inexistência da cooperativa, seria percebido pelo intermediário. Por isso, a ausência dessa dupla qualidade pode ser um indicativo de falsa cooperativa. As sociedades cooperativas devidamente inscritas nos registros públicos, constituem pessoas jurídicas diferentes das pessoas dos sócios.

No Brasil, para o registro ter validade, é necessário apresentar o termo “cooperativa” e é vetado o termo “banco”, mesmo para cooperativas de crédito. Essas distinções entre a pessoa jurídica da cooperativa e os sócios têm o objetivo de defender os interesses individuais dos associados e, por isso, não teria sentido se a cooperativa usasse de seu nome para enriquecer em detrimento da melhoria da condição dos cooperados.

Essa defesa dos interesses individuais, a prestação de serviços aos associados, pela sociedade, a melhoria do “status” econômico do sócio é o fim da cooperativa. Dessa forma, há consonância do fim do empreendimento, da pessoa jurídica da cooperativa, com o da clientela associada. A essa consonância denomina-se princípio de identidade. Em todo tipo de sociedade cooperativa, as atividades são regidas pelo princípio de identidade.

4. Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988, ao referir-se a dignidade como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito reconheceu que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o oposto, já que o ser humano constitui finalidade e não meio da atividade estatal. Portanto, a principal função do Estado é o bem estar das pessoas e proporcionar, a estas, uma vida digna.

A mesma carta dispõe no artigo 170, caput que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a

todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Portanto, a realização deste princípio também é condição para a manutenção da economia brasileira.

Todas as pessoas nascem livres e iguais em direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas as outras com respeito e fraternidade. A dignidade esta ligada ao ser humano em forma de liberdade, trabalho, família, cultura, ou seja, tudo o que identifica aquela pessoa com o meio em que vive. Conforme Moraes (2006, p. 50-51):

O principio fundamental consagrado pela Constituição Federal/88 da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção: primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do individuo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere* (vive honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (de a cada um o que lhe e devido).

Portanto, ao Estado é conferido o dever de proteger todos os seres humanos de desrespeito, maltratos, deficiências, enfim, toda violação ao princípio da dig-

nidade da pessoa humana, proporcionadas pelo próprio poder público ou por outros seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana está interligado a moralidade. Para que este seja uma realidade, o cidadão necessita participar, estar incluído na sociedade, possuir o mínimo para suprir suas necessidades e ser um cidadão que tenha seus direitos preservados.

Segundo Kant (2004, p. 58), as pessoas devem ser tratadas como um fim em si, como seres humanos e não como um meio, uma mercadoria para se obter lucro. Para ele “No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”

Portanto, o homem, como ser racional, é um fim em si mesmo e não um objeto usado arbitrariamente de acordo com as vontades de outrem. A liberdade de pensamento e, principalmente a liberdade no ambiente de trabalho é essencial para que o homem se sinta realizado. Na Economia Solidária a liberdade e a criação humana são incentivadas, desta forma o trabalhador pode ser ele mesmo no ambiente de trabalho.

5. Conhecendo a cooperativa de Marília

De acordo com o analisado anteriormente, os princípios marcantes da Economia Solidária, confor-

me FBES (2014) são: valorização social do trabalho humano - o ser humano não é tratado como uma mercadoria que recebe um salário de acordo com o seu trabalho, e sim é tratado com humanidade, como um fim em si mesmo (dignidade); satisfação das necessidades como eixo da criatividade tecnologia e da atividade econômica, o reconhecimento do lugar fundamental da mulher numa economia fundada na solidariedade, a busca de um intercâmbio respeitoso com a natureza e os valores da cooperação e da solidariedade.

Em uma cooperativa, os traços marcantes são semelhantes, como a preocupação em profissionalizar os cooperados, para que possam estar incluídos na sociedade, para tanto a adesão e livre também se faz presente, pois o objetivo é atingir os excluídos. Nas cooperativas também há preocupação com o meio ambiente, por isso o desenvolvimento é sustentável, procurando não causar nenhum dano ao meio ambiente. Quanto à administração, as decisões são colegiadas, democráticas e há prática da autogestão. Os cooperados são tratados com igualdade, há prática da solidariedade e possuem valores voltados para a justiça social. Todos os envolvidos possuem objetivos em comum.

Na Cotracil, algumas das características da Economia Solidária e da cooperativa estão presentes. O serviço prestado a comunidade é de grande valia, acredita-se que substitui o serviço público. O quadro feminino, onde 70% dos cooperados são mulheres é notório, algumas sustentam a família apenas com o salário que recebem da cooperativa, e este salário garante que tenham uma vida digna. A sustentabilidade também

está presente, visto que coletam resíduos sólidos para que sejam reciclados. Todos os membros sabem que colaboram com a preservação do meio ambiente.

A Cooperativa de Marília não valoriza a profissionalização dos cooperados, nenhum deles passou por treinamento ou possui algum tipo de especialidade. O conhecimento adquirido é apenas o prático. A falta de conhecimento influencia também decisões administrativas, sem informação ou conscientização do próprio trabalho está à mercê da Presidente Ana Marques. Estas características serão analisadas detalhadamente nos capítulos próximos.

A Cooperativa de Marília - Cotracil foi fundada em 1999 quando Ana Maria Marques Rodrigues, líder comunitária do Bairro, mulher inquieta e inconformada com os problemas do bairro em que vivia, passou a lutar pela construção do Centro Comunitário da Nova Marília, um dos bairros mais populosos da cidade. Também se incluía nos seu horizonte e utopias a fundação da Cooperativa, no Bairro Toffoli, um bairro onde residem pessoas carentes. Ana, com 63 anos de idade é a Presidente atual da Cooperativa. Na entrevista disse que fundou a cooperativa para fazer o que gostava: catar lixo reciclável e ajudar as pessoas.

A Cotracil surgiu com o objetivo de humanizar/ socializar o trabalho dos catadores, retirando-os das ruas e levando-os para barracões com infra-estrutura adequada para seleção e preparo do material reciclável destinado a comercialização direta. Com a formalização da Cooperativa os catadores passaram a ser visto, pela sociedade e por eles mesmos, como profissionais.

Reforçando essa imagem passaram a utilizar uniformes, o que foi considerado pela fundadora como fundamental para a profissão ser vista com respeito.

Ao iniciar-se como instrumento de combate a exclusão social, a Cooperativa, era uma alternativa para a geração de trabalho e renda, satisfazendo as necessidades dos catadores, demonstrando ser possível produzir e reproduzir, buscando eliminar as desigualdades materiais e difundir valores referentes à sustentabilidade e solidariedade.

De acordo com a Ata da Assembléia Geral Ordinária de 21 de agosto de 2007, passados quase dez anos da fundação, a Diretoria da Cotracil está composta por: Presidente - Ana Maria Marques Rodrigues, Vice-Presidente - Eliseu Osório Arruda, Secretário - Henrique Manoel de Moraes e Conselheiro - Guilherme Felix dos Santos.

A cidade de Marília (SP) recicla atualmente cerca de 1% do lixo inorgânico produzido. Segundo a estimativa da Cotracil (Cooperativa de Trabalho Cidade Limpa), cerca de 70% do lixo produzido na cidade é composto por material reciclável - orgânico e inorgânico. O município produz quase 4.000 toneladas de lixo reciclável a cada mês.

Assim, a cidade produz ao dia 180 toneladas de lixo domiciliar, média de 900 gramas de resíduos por habitante (a população atual da Cidade de Marília é de, aproximadamente, 200 mil habitantes). Desse total, quase 130 toneladas, ou 72% são compostas por materiais inorgânicos - papel, papelão, vidro, plástico de toda natureza. Ou seja, mais de 70% do lixo orgânico

é simplesmente depositado no lixão, esperando a ação do tempo. O lixo, ou resíduos sólido, domiciliar, é remetido ao lixão de Avencas e o lixo hospitalar é incinerado na Unimar (Associação de Ensino de Marília), dos termos da lei.

Considerando a venda de papelão, vidro, alumínio, sucata, jornal, etc. o preço médio praticado na venda dos produtos recicláveis, por kilograma: papelão – R\$ 0,09, vidro – R\$ 0,05, alumínio – R\$ 2,30, sucata – R\$ 0,30, jornal – R\$ 0,05, revista – R\$ 0,05, garrafas Pet – R\$ 0,70. Esses preços foram obtidos em entrevista com Guilherme Felix dos Santos, cooperado que, atualmente, está realizando as vendas dos recicláveis.

Ao coletar os resíduos sólidos, os catadores da Cotracil obtêm renda média em torno de R\$ 400 reais por mês. A renda é resultado da venda de produtos recicláveis e é dividida conforme a produtividade do coletor. A diretoria também recebe proporcional ao trabalho realizado, salvo a Presidente Ana Maria que, por ter se acidentado no barracão (caiu e quebrou o pé), recebe o salário de forma diferenciada, possuindo uma renda fixa de R\$ 400,00.

Em períodos anteriores, os cooperados, percorriam entre vinte e trinta quilômetros a pé, com um peso estimado entre cento e quarenta a cento e setenta quilogramas, em carrinhos de mão.

5.1 As transformações da Cotracil

Os catadores de lixo, da Cotracil, consideram que a partir do momento da criação da cooperativa passaram a se considerarem como seres humanos. Possuem

estrutura para trabalhar como: caminhões, prensas, alimento e uniforme.

Ao se entenderem pertencentes à sociedade e que estão sendo tratados com respeito pelas pessoas da cidade ainda são objeto de preconceitos. Parte da população que os observa, mesmo que implicitamente, consideram estes trabalhadores como pobres marginais cuja única opção de trabalho (quase sempre é a única opção de emprego) é a coleta de resíduo sólido reciclado. E, ao selecionar e entregar o lixo reciclável estão fazendo um favor a elas, e não o oposto.

Os cooperados consideram o seu trabalho como uma profissão importante e que deve ser respeitada pela comunidade. Os cooperados da Cotracil têm nos recicláveis sua principal fonte de sobrevivência e tem consciência da importância social deste trabalho.

Trabalhando isoladamente e de maneira fragmentada os catadores eram frágeis e desrespeitados pela população, eram considerados mendigos ou marginais e não como profissionais. As roupas utilizadas na coleta eram velhas, surradas e muitas vezes, até pela função exercida, estavam sujas. Unidos em uma cooperativa, uniformizados e empregados formalmente, são tratados como seres humanos, com dignidade.

Na sociedade atual, globalizada, verifica-se que o desemprego e a miséria é realidade de grande parte da população. Os pressupostos relacionados ao sistema vigente, o capitalismo, indicam que o ser humano desempregado e miserável passa a incorporar um grupo de excluídos, chamados marginalizados.

Portanto, as pessoas marginalizadas que não possuem oportunidades para sua vida miserável - de-

sempregadas e sem qualificação para obter empregos. Assim, buscam alternativas no mundo do subemprego, empregos informais ou “bicos”. Nesse conjunto de atividades encontram-se auxiliares de serviços gerais, serventes de pedreiro, ajudante de pintores, carregadores, limpadores de terrenos. Mas certamente é no patamar mais básico onde se encontram os catadores de lixo recicláveis, também conhecido como resíduos sólidos, que andam pelas ruas coletando o lixo, que vendido se transforma em dinheiro com o qual conseguem sustentar suas famílias de forma honesta e digna.

Esse trabalhador cumpre sua rotina de coletar material inservível diariamente, disputando com os caminhões de lixo concessionários das Prefeituras. Estão ambos em busca de lixo reciclável como: papelão, alumínio, etc.

São milhares de quilos de material reciclável para as indústrias que passam a utilizar aquela forma de matéria prima no processo de produção, cuja consequência é a maior eficiência produtiva identificada na redução do uso de recursos naturais e hídricos, considerando a produção de matérias primas e eletricidade e outras fontes de energia. O que implica em maior eficiência do processo produtivo como um todo.

Magera (2003, p.34) ao discutir o tema entende que o catador informal vive de forma exaustiva e precária:

Muitas vezes, ultrapassa doze horas ininterruptas: um trabalho exaustivo visto as condições precárias a que estes indivíduos se submetem, com seus carrinhos puxados pela tração huma-

na, carregando por dia mais de duzentos quilos de lixo (quatro toneladas por mês), e percorrendo mais de vinte quilômetros por dia, sendo, no final muitas vezes explorado pelos donos de depósitos de lixo (sucateiros) que, num gesto de paternalismo, trocam resíduos coletados do dia por bebida alcoólica ou pagam-lhe um valor simbólico insuficiente para sua própria reprodução como catador de lixo.

Com a organização destes catadores em cooperativa, houve muitas melhoras na vida desses trabalhadores. Nas entrevistas e conversas com eles, disseram que não pretendem voltar às ruas e esperam que a cooperativa se desenvolva para que também possam se desenvolver.

Educação ambiental, preservação da natureza, tratamento do lixo, consumo responsável, são temas que aparecem na agenda da sociedade brasileira e mundial com urgência espantosa de um planeta que não suporta mais o ritmo de exploração que o homem impôs a ele. Não se trata mais de uma mera vontade de ambientalistas ou de naturalistas, mas uma necessidade de todas as pessoas.

Os catadores reconhecem a importância da preservação ambiental e da reciclagem, pois sabem que reutilizar/reciclar materiais que seriam danosos a natureza é necessário para a continuidade da vida na Terra. Sabem que a coleta seletiva e as reciclagens de resíduos são uma solução indispensável, por permitir a redução do volume de lixo para disposição final em aterros e incineradores.

Verificam que muitos objetos que são jogados no lixo são úteis, ainda, para utilização como: roupas, calçados, brinquedos, objetos de decoração, livros etc. Para demonstrarem isto, fundaram um museu onde expõe alguns itens descartados, muitos quase novos, há até um vestido de noiva (o qual já foi utilizado por uma pessoa da comunidade em seu casamento).

Na maioria das cidades brasileiras, além do serviço de coleta ser insuficiente, o destino final do lixo é inadequado. São usados principalmente vazadouros a céu aberto, em água, ou em aterros sanitários que muitas vezes, pela dificuldade de manejo e alto custo de manutenção, se descaracterizam, acarretando sérios problemas. Essa má disposição do lixo compromete diretamente o meio ambiente, causando a poluição do solo, do ar e dos recursos hídricos afetando à condição sanitária da população. Para a preservação do meio ambiente o tratamento de resíduos sólidos deve ser considerado como uma questão de toda a sociedade e não um problema individual, conforme declara o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 estabelece:

Todos têm direito ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, bem como de uso comum do povo é essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-la para a presente e futuras gerações.

A importância do trabalho realizado pelos catadores teve seu reconhecimento formal da Prefeitura Municipal de Marília, no dia 02 de março de 2007,

quando foi promulgada a lei numero 6520, considerando de utilidade pública municipal a Cooperativa de Trabalho Cidade Limpa – Cotracil.

Um dos principais motivadores para retirarem os catadores das ruas são as condições de trabalho, catando o lixo de casa em casa estes ficam sujeitos a problemas que podem parecer prosaicos como:

- perseguição e ataque de cachorros: além de serem atacados por cachorros de rua, há pessoas que abrem o portão para que seus cachorros saiam e espantem os catadores.
- intempéries climáticas: estão sujeitos ao clima e muitas vezes trabalham sob chuva, sol forte, ventos, o que causa várias doenças.
- problemas de natureza sanitária: considerando não haver nas cidades, lugares adequados para higiene pessoal, como vasos sanitários, lavatórios onde possa lavar as mãos ou banheiro.
- espaço público: em geral não há local apropriado para beberem água em espaço publico. É constrangedor repousar etc.

A Presidente da Cotracil, Ana Maria, informou que:

Nós somos contra a catação de lixo através de carrinhos de mão, queremos que este tipo de trabalho acabe. É muito sofrimento. É uma vida terrível. Se a cidade fosse dividida em quatro setores com a instalação de uma central de reciclagem em cada ponto, e a implantação da

coleta seletiva em todos os bairros, os catadores teriam condições dignas de vida.

A catadora Cleusa Gomes, 51 anos, mãe de 08 filhos e avó de 15 netos disse em entrevista que:

Acordo 4 horas da manhã, preparo marmitas, dou uma ajeitada na casa e às 7 horas estou na cooperativa. A vida aqui é muito melhor do que quando eu estava na rua e pedia um copo de água nas casas. Tinha pessoas que davam a água em copo descartável ou mandava a gente levar o copo de vidro embora, como se eu tivesse alguma doença.

O motorista da Cotracil, Guilherme Felix dos Santos, também Conselheiro da Cooperativa, informou-nos que, atualmente não conta mais com o catador de porta em porta e não se usam os carrinhos de mão.

A coleta ocorre com o uso de caminhões. A cooperativa conta com 03 caminhões: 01 alugado pela Prefeitura Municipal de Marília, um doado através de um projeto elaborado e encaminhado ao Rotary Internacional pelo Presidente da Comissão da Fundação Rotária, João Salgado Netto e um comprado com recursos próprios. Com essa frota de veículos recolhe-se, em média, 2 (dois) mil kilogramas/dia de material reciclável sendo a separação deste material realizada em barracões. A cooperativa utiliza dois barracões para a separação e prensa dos materiais, os dois pertencem a

Prefeitura Municipal de Marília. Quando questionado sobre o que fazia antes de ser um cooperado, Guilherme Felix comenta:

Já trabalhei como porteiro, motorista de empresa, servente, mas gosto muito do que faço hoje, além de contribuir com a sociedade reciclando o lixo. Eu quero ver a cooperativa crescer para que eu e os outros cooperados também possamos crescer.

Este cooperado demonstrou motivação em seu trabalho e grande perspectiva de crescimento tanto da cooperativa quanto dos cooperados. Informou que as condições de trabalho são boas e todas as necessidades básicas de sobrevivência são supridas: “há comida toda hora (marmitas, pão) e não precisamos comprar sapatos nem roupas, pois estes sempre são encontrados no lixo, em boas condições.”

5.2 A administração da Cotracil

A administração interna da Cotracil é realizada com a intenção de assegurar a participação efetiva de todos os cooperados, conforme preconiza o princípio da Economia Solidária em que as decisões são tomadas pela coletividade.

O que se observa é a falta de conhecimento técnico de todos os membros, o que dificulta a participação efetiva na tomada de decisões, quase sempre a Presidente da Cotracil, que possui o conhecimento prático,

da vida, acaba decidindo questões importantes, portanto o princípio da participação igualitária, que propõe o cooperativismo, é quebrado.

A Cotracil é uma cooperativa, portanto sem fins lucrativos e cada associado percebe rendimentos de acordo com o que produziu aquele que trabalha mais ganha mais. No entanto, de acordo com os princípios da Economia Solidária, a participação de todos é fundamental para o sucesso da cooperativa.

Os motoristas de caminhão, da Cotracil não passaram por nenhum treinamento específico da profissão de catador, possuem apenas a carteira de habilitação, o motorista entrevistado, Guilherme Felix dos Santos, por exemplo, já havia trabalhado anteriormente como motorista. Estes têm horário definido de trabalho: das 7 horas e 30 minutos às 16 horas e 30 minutos, com intervalo de 1 hora para almoço, já as catadoras possuem o horário livre, quanto mais trabalham mais ganham.

As funções exercidas são divididas de acordo com a capacidade de cada um: os homens que realizam as prensas dirigem os caminhões e fazem as coletas em empresas, bancos, supermercados, lotes residenciais, condomínios etc., ou seja, fazem o serviço pesado e as mulheres, em sua maioria acima de 50 anos, fazem a separação do lixo coletado.

Os cooperados desconhecem a cadeia produtiva da reciclagem, este fator demonstra a situação de fragilidade nas quais vivem estas pessoas. Nas entrevistas, foi constatado que, os catadores moram em casas de um a até quatro cômodos, famílias compostas de no mínimo cinco pessoas. Todas as famílias mantêm os fi-

lhos na escola e, desta forma, recebem o auxílio Bolsa Família que colabora na manutenção da casa.

5.3 Catador de lixo como profissão e emprego verde

Ao aplicar o instrumento de pesquisa junto a 10 cooperados, sendo dois diretores, todos foram categóricos ao informarem que catar o lixo é uma profissão, acrescentando que esta é uma profissão que proporciona a eles uma vida de respeito, honesta e digna (muitos não conhecem esta palavra).

Os catadores de lixo hoje são tratados com respeito e ganharam espaço no mercado de trabalho através da persistência e da luta diária para sustentarem suas famílias também, respeitando o meio ambiente através da reciclagem do lixo e tornando as cidades mais limpas. Catar o lixo é uma profissão, e esta confere aos trabalhadores dignidade e humanidade, estes são considerados cidadãos pertencentes a uma sociedade.

De acordo com um artigo publicado na BIDA-merica Paul Constance (2014) informa que:

O que mudou nos últimos anos foi à magnitude e a visibilidade dessas atividades, graças a vários fatores convergentes. Um deles é o crescimento inexorável das cidades da região, a maioria das quais não tem meios adequados para coletar, processar e destinar o lixo. Outro é a expansão do uso de embalagens de papel, plástico e vidro no setor de produtos alimentícios e outros bens

de consumo e o crescimento paralelo de indústrias que reciclam esses materiais. Por último, o desemprego provocado por crises econômicas recentes tem levado milhares de pessoas a se dedicar a coleta de lixo em tempo integral ou parcial.

Os catadores hoje não apenas são tratados como profissionais, eles principalmente se sentem e se consideram profissionais. Trabalham uniformizados, limpos, são conhecedores e reconhecidos pelo que fazem. Verifica-se, também, que a sociedade notou estes trabalhadores e entendem a importância da atividade exercida por eles.

Para a catadora Cleusa Gomes: “O primeiro ambientalista era nós (sic). Com a nossa ignorância, a gente tirava o lixo que poderia ser reutilizado da terra. Só espero que aumente o mercado comprador e que as pessoas eduquem as crianças para respeitarem a nossa profissão, desde cedo. Tarefa que cabe a família, a escola e a sociedade.”

Mesmo que considerados profissionais, durante a pesquisa e, notadamente nas entrevistas, verifica-se que os cooperados apresentam desconhecimento da cadeia produtiva de reciclagem e possuem baixo nível de escolaridade. Dos 10 entrevistados, todos eram alfabetizados, apenas dois haviam completado o ensino médio e nenhum dos entrevistados havia participado de algum curso profissionalizante ou mesmo participado de alguma palestra.

A falta da educação perpetua o ciclo de pobreza, pois o país com baixa escolaridade tem dificuldade

em garantir um maior nível de escolaridade para seus filhos gerando um círculo vicioso de continuidade da pobreza entre gerações.

6. O princípio da Dignidade aplicado aos catadores de lixo

Retomando Kant, que diz que todo homem deve ser tratado como um ser humano, que representa um fim em si mesmo, e não como uma mercadoria com finalidade de se obter lucro, tenta-se demonstrar a importância do trabalho na revelação desta humanidade.

O trabalho é uma das dimensões da vida humana que revela nossa humanidade, é por ele que se dominam as forças da natureza e é por ele que satisfazemos nossa capacidade inventiva e criadora, também um dos princípios da economia solidária, - o trabalho exterioriza numa obra a interioridade do criador. Para que o trabalhador tenha oportunidade de criar e dominar a natureza a liberdade é fundamental.

Acompanhando a rotina dos catadores, observa-se que, apesar do trabalho duro, aparentemente degradante e desumano, as pessoas são tratadas como um fim em si mesmo.

Os catadores possuem liberdade de presença e horário no local de trabalho, ganham o quanto produzem, e são respeitados pelo que fazem. Não são usados para gerar lucro a alguém (apesar de claramente verificarem-se interesses Políticos no caso da Prefeitura Municipal e Marketing no caso de empresas, como a Spai-pa - Coca-cola) dentro da cooperativa, e percebem que

o sucesso dos negócios depende de cada um. Possuem, aparentemente, o lema dos mosqueteiros “um por todos e todos por um”. Não há a figura do patrão, cada um é o seu patrão.

Em entrevista, a Sra. Ana Maria Marques, quando questionada a respeito do conceito de dignidade diz:

Ter dignidade é ser respeitada e respeitar os outros – incluindo a própria natureza – e ter o mínimo para viver. Eu tenho de tudo na cooperativa, do lixo tiro sapatos, roupas, até móveis, e comida temos todo o tempo. A Prefeitura nos dá cestas básicas e leite, estes são distribuídos entre os cooperados. Para viver com dignidade é necessário ter um nome limpo, respeitado pelas pessoas.

Em continuidade ao comentário, Ana Maria informa que, apesar de considerar sua profissão digna e importante, acredita que a sociedade ainda precisa evoluir e conscientizar-se quanto à profissão do catador de papel: “Quando vamos às casas Bahia a moça pergunta: ‘Qual a sua profissão?’ Sou catadora de papel. ‘Mas não pode’. Como não pode?”

A falta de conhecimento técnico em relação ao trabalho, a baixa escolaridade (40% dos cooperados, apenas, concluíram o ensino médio) impede o desenvolvimento profissional da cooperativa e, conseqüentemente dos cooperados.

Observa-se que, se houvesse o conhecimento técnico e prático, provavelmente, seria uma empresa destacada, em evidência, despertando interesse de muitos

empresários sedentos para obterem mais lucros a custa de alguém, sendo esta uma característica da Economia Capitalista e, inseridos nela, a dignidade é apenas um conceito e não uma prática.

Conclusão

Observou-se que, além da necessidade de algumas mudanças na cooperativa é importante a transformação pessoal de cada um dos envolvidos nos trabalhos da COTRACIL, no sentido de ser trilhado um caminho novo de convivência com o aprendizado, de compartilhamento de idéias, de capacitação pessoal e profissional, rompendo com os laços perversos do assistencialismo, da mendicância, da exclusão social e da miséria.

A cooperativa apresenta-se como uma oportunidade para os cooperados de crescimento pessoal e profissional, sendo também responsáveis pelo sucesso do empreendimento, portanto, dedicação e esforço pessoal são essenciais para que tenham uma vida digna.

Merece menção especial à questão do crescimento pessoal e da capacitação profissional, em que novas competências sejam agregadas às capacidades da cooperativa e de seus cooperados, no sentido de melhorar os seus resultados e de agregar novos cooperados, contribuindo para a sua expansão como atividade produtiva sustentável.

Os cooperados possuem liberdade de horário, tarefas (exercendo-as de acordo com sua capacidade e disponibilidade) possuem o que precisam para manu-

tenção de suas vidas e recebem de acordo com o que trabalham; mas para que tenham uma vida digna de ser vivida, para que desfrutem, tenham sonhos e esperança de que estes sonhos serão realizados é necessário conhecimento não apenas do processo de trabalho e da importância da reciclagem, mas da sociedade em que esta inserida, das possibilidades e oportunidades que o mundo pode proporcionar.

É essencial uma melhor estruturação técnica, física e de equipamentos, pois, como já citado, as condições de trabalho, as instalações físicas e os equipamentos sofrem pela precariedade, quando existentes, e pela ausência: há a necessidade, por exemplo, de comprar uma máquina extrusora que, através de várias funções, agrega muito valor aos plásticos recolhidos e acondicionados.

Evidencia-se como de absoluta necessidade a ampliação das parcerias e a revitalização das parcerias já existentes, que passam por um processo de relativo arrefecimento, diminuindo o impacto positivo que as ações anteriores trouxeram para a cooperativa; tal é o caso do Rotary, que patrocinou de forma ativa a compra dos dois caminhões que fazem o transporte de material.

Verifica-se que a principal parceira da COTRA-CIL é a Prefeitura Municipal de Marília por sustentar a maior parte sua estrutura, com isto constata que a cooperativa é muito sensível às instabilidades políticas, principalmente em uma época eleitoral.

Através do discurso dos entrevistados é observada a dificuldade da manutenção das parcerias já existentes principalmente por haver, ainda, baixo

número de membros cooperados efetivos, realmente identificados com o movimento social que representa esta categoria. O estreitamento de parcerias facilitaria os investimentos em educação e em estrutura, apesar de exemplos claros de segundas intenções.

O respeito entre os cooperados e a importância do papel de cada um para o sucesso da cooperativa é um traço de dignidade. O reconhecimento entre eles, e até o demonstrado pela comunidade, são aspectos importantes para que se tenha uma vida digna.

A população deve atuar como agente ativo: colaborando na coleta seletiva através da separação dos lixos e envio à cooperativa e agente ativo no sentido de cobrar e exigir da prefeitura, políticos competentes e empresas um incentivo maior a estas atividades. Esta atividade não confere apenas dignidade aos cooperados, mas a toda população municipal, pois tem a possibilidade de reciclar o lixo e, em longo prazo, garantir o futuro da humanidade.

Constata-se que uma comunidade sustentável é geralmente definida como aquela capaz de satisfazer suas necessidades e aspirações sem reduzir as probabilidades afins para as próximas gerações. Esta é uma exortação moral importante. Lembrem a responsabilidade de transmitir aos filhos e netos um mundo com oportunidades iguais as herdadas por eles. Entretanto esta definição não diz nada a respeito de construir uma comunidade sustentável. A Economia Solidária tem esse papel: mostrar ao mundo que é possível viver dignamente sem destruir o meio ambiente. Para isso, o conhecimento é fundamental.

Ter consciência de que a capacidade de se consu-

mir mais e mais, ter dinheiro, prende o ser humano nas grades da mercadoria, ele próprio se torna uma mercadoria, sendo que o objeto tem mais importância que ele próprio.

Não é preciso inventar comunidades humanas sustentáveis a partir do zero, mas que pode modelar as existentes, seguindo os ecossistemas da natureza, que são as comunidades sustentáveis de plantas, animais e micro-organismos.

A característica notável da biosfera consiste em sua habilidade para sustentar a vida, uma comunidade humana sustentável deve ser planejada de forma que, suas formas de vida, negócios, economia, estruturas físicas e tecnologias não venham a interferir com a habilidade inerente à Natureza ou à sustentação da vida.

Enfim, constatou-se que a Economia Solidária, em forma de cooperativas, é uma alternativa viável e possível para o resgate da dignidade da pessoa humana, sendo um dos princípios fundantes da ordem econômica, e outros princípios preconizados no artigo 170 da Constituição federal, como a defesa do meio ambiente, valorização do trabalho humano, redução das desigualdades e busca do pleno emprego.

Referências

- ARROYO, João C. T. e SCHUCH, Flavio C. *Economia Popular e Solidária*. A alavanca para um desenvolvimento sustentável. 1ª ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.
- AMARAL, Liris Silvia Zoega T. do. Cooperativa de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano.6,n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3138>> . Acesso em: 18 out. 2007.

- BULGARELLI, Waldirio. *As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*. São Paulo: Idesa, 2003.
- _____. *As conexões Ocultas: Ciência para uma vida sustentável*. São Paulo, 11 de agosto de 2003. Disponível em: www.ecoar.org.br. Acesso em 08 abr. 2008.
- _____. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1997.
- _____. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 2003.
- CONSTANCE, Paul. *Dignidade no lixo*. *BIDAmerica*. Disponível em: [HTTP://www.iadb.org/idamerica/index.cfm?htsid=3079](http://www.iadb.org/idamerica/index.cfm?htsid=3079). Acesso em: 13 ago. 2014.
- DIAS, Reinaldo. *A Desigualdade Social no Brasil*. Disponível em: http://www.estudiologia.hpg.ig.com.br/geografia_desig8.htm. Acesso em: 13 ago. 2014.
- FÓRUM BRASILEIRO DE ECONOMIA SOLIDARIA. Disponível em: http://www.fbes.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=63&Itemid=60. Acesso em: 01 ago. 2014.
- FRANCO, Augusto. *Capital social e desenvolvimento local*. In Vergara, Patrício (org.). *Desenvolvimento endógeno: um novo paradigma para a gestão local e regional*. Fortaleza: IADH, 2004.
- FRANKE, Walmor. *Direito das Sociedades Cooperativas*. São Paulo: Sariva, Ed. Da Universidade de São Paulo, 1973.
- GOMIDE, Raphael e SOARES, Pedro. *Fome atinge 14 milhões de pessoas no país, informa IBGE*. <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u78678.shtml>. Acesso em: 11 ago. 2011.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos fundamentais: teoria geral comentários aos artigos 1. a 5. Da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, 2006.
- MAGERA, M. *Os Empresários do Lixo: um paradoxo da modernidade*. Campinas, SP: Atomo, 2003.
- NASCIMENTO, D. M. *Metodologia do Trabalho Científico: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- SINGER, Paul. *Introdução a Economia Solidária*. São Paulo. Perseu Abramo, 2002.

**Anotação, numa perspectiva de Direito Penal
Constitucional, de Criminologia e de Política
Criminal, de alguns dos aspectos do Acórdão
do Tribunal Constitucional (português)
n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012¹
- o problema da legítima defesa de bens jurídicos
individuais e bens jurídicos colectivos,
bens jurídicos supra-individuais e/ou bens
jurídicos comunitários no meio
do Estado de Direito e do Estado Social.**

*Annotation, in a perspective of Constitutional
Criminal Law, Criminology and Criminal Policy,
and some aspects of the Judgment
of the Portuguese Constitutional Court
No. 353/2012, of July 5, 2012
- the issues on self-defense of individual and
collective legal goods, supra-individual legal
goods and/or community legal goods in the midst
of the Rule of Law and Welfare State.*

Artigo recebido em 22/06/2014.

Revisado em 08/07/2014.

Aceito para publicação em 17/07/2014.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Anotação, numa perspectiva de Direito Penal Constitucional,
de Criminologia e de Política Criminal. - pp. 421-544

BANDEIRA C. S. de M.

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor-Adjunto da Escola Estatal Superior de Gestão do I.P.C.A.; Investigador do Centro de Investigação em Contabilidade e Fiscalidade (C.I.C.F.); Professor-Auxiliar-Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique; Investigador Associado do Instituto Jurídico Portucalense (I.J.P.); Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre em Direito e Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade Católica; Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Investigador-convidado no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, Baden-Wuttemberg, Deutschland-Alemanha*, 2005, 2006 e 2011.

Resumo

O Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012, ao declarar a respectiva inconstitucionalidade com força obrigatória geral, colocou em evidência a existência de bens jurídicos individuais e bens jurídicos colectivos, bens jurídicos supra-individuais, bens jurídicos comunitários. Bens jurídicos estes que devem e têm que ser tutelados e protegidos. A legítima defesa pode existir quer em relação à agressão actual e ilícita de bens jurídicos individuais, quer em relação à agressão actual e ilícita de bens jurídicos colectivos, bens jurídicos supra-individuais e/ou bens jurídicos comunitários? Parte muito substancial e importante da Doutrina indica que sim. Mas, então, como reagir, no contexto da hipotética le-

gítima defesa, face à eventual agressão actual e ilícita dos bens jurídicos tutelados, agora com valor reforçado, pelo próprio Tribunal Constitucional? E qual o papel do direito constitucional de resistência? Este artigo pretende fornecer um muito breve contributo para a solução das correspondentes questões. A questão dos Direitos Fundamentais, o Desenvolvimento e a modernidade.

Palavras-chave

Direito penal constitucional. Legítima defesa. Bens jurídicos individuais. Bens jurídicos colectivos. Estado Social.

Abstract

The Judgment of the Portuguese Constitutional Court No. 353/2012, of July 5, 2012, declaring its unconstitutionality generally binding, highlighted the existence of individual and collective legal interests, supra-individual legal interests and community legal interests, ones which should be protected and secured. May legitimate defense exist in regard to existing and unlawful aggression of individual legal interests and, in regard to a current assault and unlawful collective legal rights, supra-individual legal interests and / or community legal interests? A very substantial and important part of the Doctrine indicates that the an-

swer is yes. But then, how to react, in the context of a hypothetical legitimate defense, given the current and unlawful assault of any legally protected, now with reinforced value, of the Constitutional Court itself? And what is the role of the constitutional right of resistance? This article is intended to provide a very brief contribution to the solution of the corresponding questions, on the matter of Fundamental Rights, Development and Modernity.

Keywords

Constitutional criminal law. Self-defense. Individual legal goods. Collective legal goods. Welfare State.

Sumário

1. Sumário do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012; 2. Texto completo do Acórdão do Tribunal Constitucional, de 5 de Julho de 2012, cfr. v.g. <http://www.dre.pt/pdfs/2012/07/14000/0384603863.pdf>, 1 de Novembro de 2012; 3. Anotação; 3.1 Introdução à anotação. 3.2 Algumas das referências do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012, aos problemas que envolvem os bens jurídicos individuais e bens jurídicos colectivos, bens jurídicos supra-individuais e/ou bens jurídicos comunitários no meio do Estado Social. 3.2.1 Principais conclusões do Acórdão

do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012. 3.3 «Teoria geral» da legítima defesa como valor fundamental penal constitucional. 3.4 Legítima defesa e bens jurídicos individuais, bens jurídicos colectivos, bens jurídicos supra-individuais e/ou bens jurídicos comunitários no meio do Estado de Direito Social. 3.5 O direito constitucional de resistência. 4. Princípios e bens jurídicos constitucionais, sugestões e conclusões. Notas.

«As discussões têm revelado o equívoco, mas não esclarecido o problema; já nem mesmo se sabe o que há-de entender-se por democracia». § «Não há nada mais inútil que discutir política com políticos». § «O pior é pensar-se que se pode realizar qualquer política social com qualquer política económica; que se pode erguer qualquer política económica com qualquer política financeira».

António de Oliveira Salazar¹

«Vampiros

No céu cinzento sob o astro mudo

Batendo as asas Pela noite calada

Vêm em bandos Com pés veludo

Chupar o sangue Fresco da manada

Se alguém se engana com seu ar sisudo

E lhes franqueia As portas à chegada

Eles comem tudo Eles comem tudo

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Anotação, numa perspectiva de Direito Penal Constitucional,
de Criminologia e de Política Criminal. - pp. 421-544

BANDEIRA G. S. de M.

Eles comem tudo E não deixam nada [Bis]
A toda a parte Chegam os vampiros
Poisam nos prédios Poisam nas calçadas
Trazem no ventre Despojos antigos
Mas nada os prende Às vidas acabadas
São os mordomos Do universo todo
Senhores à força Mandadores sem lei
Enchem as tulhas Bebem vinho novo
Dançam a ronda No pinhal do rei
Eles comem tudo Eles comem tudo
Eles comem tudo E não deixam nada
No chão do medo Tombam os vencidos
Ouvem-se os gritos Na noite abafada
Jazem nos fossos Vítimas dum credo
E não se esgota O sangue da manada
Se alguém se engana Com seu ar sisudo
E lhe franqueia As portas à chegada
Eles comem tudo Eles comem tudo
Eles comem tudo E não deixam nada
Eles comem tudo Eles comem tudo
Eles comem tudo E não deixam nada»

José (Zeca) Afonso²

1. Sumário do Acórdão do Tribuna Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012, como o nosso sublinhado:

«Decisão § Pelos fundamentos expostos:

- a) Declara-se a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Anotação, numa perspectiva de Direito Penal Constitucional,
de Criminologia e de Política Criminal. - pp. 421-544

BANDEIRA G. S. de M.

igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012);

- b) Ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, determina-se que os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade não se apliquem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.»

2. Texto completo do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012: cfr. v.g.

<http://www.dre.pt/pdfs/2012/07/14000/0384603863.pdf>,
1 de Novembro de 2012.³

« **ACÓRDÃO N.º 353/2012.**

Processo n.º 40/12

Plenário

Relator: Conselheiro João Cura Mariano

Acordam em Plenário no Tribunal Constitucional

Relatório

Um grupo de deputados à Assembleia da República veio requerer, ao abrigo do disposto na alínea *a*), do n.º 1, e na alínea *f*) do n.º 2, do artigo 281.º, da Constituição da República Portuguesa, e do n.º 1, dos

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Anotação, numa perspectiva de Direito Penal Constitucional,
de Criminologia e de Política Criminal. - pp. 421-544

BANDEIRA C. S. de M.

artigos 51.º e 62.º, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2012), com os seguintes fundamentos:

“I - Introdução

Tendo em conta as questões recentemente tratadas pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 396/2011 (Acórdão), que incidiu sobre várias normas da Lei n.º 55-A/2010, de 15 de novembro (LOE 2011), vão neste requerimento ser tomados em consideração, em especial, os seguintes aspetos novos, presentes na LOE 2012, ora em causa:

- a) São adotadas medidas de “suspensão do pagamento” de subsídios de férias e de Natal” (não pagamento, à partida de âmbito plurianual, sem perspectiva de reposição), mantendo-se as medidas de “redução remuneratória” consagradas na LOE 2011, que o TC considerou representarem “reduções significativas”(Acórdão).
- b) O universo pessoal abrangido pelas medidas de “suspensão” abrange agora, diferentemente do que acontecia com a “redução”, aposentados e reformados;
- c) No âmbito dos reformados e aposentados agora abrangidos, incluem-se também os do setor privado, deixando de se estar, portanto, perante me-

- didadas apenas direcionadas para pessoas ligadas ao setor público, muito menos para “servidores públicos”;
- d) Passam a ser abrangidas pelas “suspensão de pagamento” de subsídios a todas as pessoas com remunerações iguais ou superiores a $\square 600$ mensais e não apenas as que tenham remunerações iguais ou superiores a $\square 1500$, como acontecia nas “reduções” previstas na LOE 2011;
 - e) A cumulação das medidas da Lei do OE 2011, que são mantidas, com aquelas que são objeto das normas a que se reporta o presente requerimento, leva a que uma parte das pessoas atingidas possa perder até cerca de 1/4 dos montantes anuais das suas retribuições e das pensões ou reformas, e isto pelo menos em dois anos consecutivos, em contraste com o máximo de 10% que o Tribunal Constitucional estimou no Acórdão; em todos os casos, o valor total agora retirado a cada um dos atingidos representa, no mínimo, um múltiplo do que acontecia no OE anterior.
 - f) As normas da LOE 2012 aqui impugnadas têm o seu prazo de vigência referido ao que for o período de vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), por sua natureza extensível, e na Lei aqui em causa não foi assumido o pressuposto da vigência e renovação anual das medidas de “redução” das remunerações previstas na lei do OE de 2011, pressuposto de que o TC assumidamente partiu.

II. Inconstitucionalidade das normas do artigo 21.^o

São inconstitucionais as normas do artigo 21.^o da LOE 2012, em primeira linha as que se extraem dos n.^{os} 1, 2 e, conseqüentemente, todas as demais daquele preceito, n.^o 3 a n.^o 9, por violação dos princípios do Estado de direito democrático (vertente da proteção da confiança), da proporcionalidade e da igualdade.

A - Violação do subprincípio da proteção da confiança

1. As reduções da LO 2011 foram pelo Tribunal Constitucional (TC ou Tribunal) consideradas “reduções significativas” e geradoras de “frustração de expectativas fundadas”, “capazes de criar ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos pelos cidadãos” (Acórdão), tendo o Tribunal referido expressamente “a intensidade do sacrifício causado às esferas partculares atingidas pela redução de vencimentos”. Entendeu, no entanto, nesse caso, o TC que, apesar de tudo, se continham dentro de “limites do sacrifício”, salvaguardados pelos montantes e pela transitoriedade (“medidas de caráter orçamental, ou seja, anualmente caducando no termo do ano em curso”, como se assumiu no Acórdão).

2. As “suspensões de pagamento” dos subsídios, nas modalidades previstas, quer pelo forte agravamento, acrescentado e global, dos montantes retirados, quer pelo alargamento do universo abrangido - que é estendido até aos que auferem 600 euros de remuneração, já não muito longe do salário mínimo nacional - quer ainda por expressamente se aplicarem, desde já, a todo o período (repete-se, extensível) por que vier a aplicar-se o Programa de Assistência Económica e Financeira, ultrapassam aqueles ‘limites de sacrifício” cuja admissão o TC considerou fazer sentido no nosso ordenamento constitucional.
3. Se trabalhadores com vencimentos a partir de 600 ou 1100 euros, incluindo trabalhadores a termo e meros prestadores de serviços (artigo 21.º, n.º 3), expostos já plenamente às exigências, entretanto também agravadas, do sistema fiscal, não tivessem as suas expectativas protegidas da imposição de exigências e sacrifícios adicionais desta amplitude e com este horizonte, a introdução do critério promissor dos “limites de sacrifício” não teria afinal desempenhado papel útil.
4. Se mais não fora, por aplicação de tal critério devem as normas agora em causa ser consideradas violadoras do princípio constitucional da confiança (art. 2.º da CRP).

B - A violação do princípio da igualdade

5. As normas do n.º 1 e 2 do artigo 21.º da Lei do OE 2012 violam o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição.

6. Esse princípio é violado na sua dimensão de “igualdade perante a repartição de encargos públicos”.
7. Não pode admitir-se uma dualidade de tratamento, agora nítida, entre cidadãos a quem os sacrifícios são exigidos pelo Estado essencialmente através dos impostos e outros cidadãos a quem os sacrifícios são exigidos não só por essa via, mas também, e cumulativamente, de forma continuada, em escalada de montante e extensão temporal, através da amputação definitiva de partes significativas e de direitos relevantes que integram, como acontece com outros, a sua retribuição.
8. Tal não pode em especial ser admitido quando o diferencial de sacrifício entre ambas as categorias se amplia (quer no escalão que se inicia nos 600 euros quer no que se inicia nos 1100 euros), as medidas se desvinculam da anualidade orçamental e o universo sujeito ao sacrifício adicional agora criado inclui toda a gama de vínculos, até os meros prestadores de serviços (artigo 21.º, n. 4).
9. Este âmbito pessoal, tão diversificado, faz com que nos situemos fora da esfera tida em vista, para efeitos legitimadores, no anterior Acórdão (“Há um esforço adicional em benefício de todos, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente aos servidores públicos”).
10. Em qualquer caso, a aplicação da medida de “suspensão do pagamento” a quem aufira entre

600 e 1100 mensais (n.º 2 do artigo 21.º), à luz da decisão anterior do TC, deve ser declarada inconstitucional, porque a tão grande distância das referências quantitativas julgadas cruciais pelo Tribunal, não se depara com uma diferença de tratamento em linha com a enorme diferença na condição económica e social que nesse caso se regista – diferenciação que é reclamada pelo princípio constitucional da igualdade.

11. De facto, se uma redução até 10%, sempre acima dos 1500 euros de vencimento, foi considerada pelo TC, em atenção a precisos parâmetros, ainda nos ‘limites do sacrifício’, no segmento que vai dos 600 aos 1100 o princípio da igualdade imporia uma diferença de tratamento que excluiria sempre o recurso ao não pagamento de um dos subsídios, sem perspectiva de retorno, pelo menos por dois anos consecutivos.
12. Como disse o Tribunal, “o princípio da igualdade determina que se trate de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente na medida da diferença. Ora a situação das pessoas que auferem remunerações mais baixas é diferente da situação das pessoas que auferem remunerações mais altas. E é diferente muito em especial para efeitos de redução salarial. De facto, os efeitos negativos de uma redução salarial sentem-se de forma mais intensa naqueles que auferem remunerações mais baixas do que naqueles que percebem remunerações mais elevadas”
13. Adicionalmente, não pode deixar também de se

suscitar perante o Tribunal o tratamento diferente de situações que são iguais, como é o caso de alguns trabalhadores de organismos públicos que, mercê do seu estatuto de independência, ficarão, por opção do OE 2012 imunes à “suspensão de pagamento”.

C - A violação do princípio da proporcionalidade

14. As normas do n.º 1 e 2 do artigo 21.º da LOE 2012 violam o princípio da proporcionalidade - um dos princípios que segundo a nossa Constituição devem ser observados nas operações de ponderação de bens, interesses e valores constitucionalmente tutelados (v. art. 2.º 18.º, n.º 2, 19.º, n.ºs 4 e 8, 266.º, n.º 2, 272.º, n.º 2, da CRP).
15. Há violação do princípio da proporcionalidade, na vertente da necessidade, uma vez que o legislador dispunha de meios ou soluções alternativas globalmente menos drásticas.
16. Através de uma simples opção de carácter quantitativo, podemos comparar entre a medida escolhida que concentra um certo sacrifício num número restrito, com a consequência de algumas pessoas poderem sofrer um sacrifício dos seus rendimentos que pode atingir uma percentagem próxima dos 25%, e medidas alternativas que poderiam alargar o universo abrangido, em termos de destinatários, fontes de rendimentos, ou, em particular, outras proveniências, com

destaque para as reduções de despesa a obter, em termos passíveis de especificação quantificada no OE, por específicas reformas nas estruturas do setor público e reengenharia do procedimento público.

17. Se fossem tidos em conta os valores da Constituição Portuguesa, não poderia ter-se optado por uma medida que sacrifica intoleravelmente um número restrito de pessoas, devendo procurar-se uma que atingisse menos intoleravelmente um número mais alargado ou, preferencialmente e com alívio destas, outras proveniências e rubricas do lado da despesa, sobre as quais tanto tem incidido o discurso político e tão omissivo, ou inexpressivo, é a LOE 2012.

III - Da inconstitucionalidade das normas do artigo 25.º

18. Os argumentos que se desenvolveram nos parágrafos anteriores em relação às normas do artigo 21.º valem *mutatis mutandis* para as normas do artigo 25.º da Lei do OE de 2012, particularmente as dos n.ºs 1, 2, 3 e 4 e, conseqüentemente, para as demais normas desse preceito, desde já se deixando invocada a violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, em termos análogos.

No caso

19. Acrescem, todavia, fundamentos próprios para a declaração de inconstitucionalidade das nor-

mas do artigo 25.º, decorrentes da violação dos princípios do Estado de Direito e da igualdade e do direito à segurança social.

A - A violação do princípio do Estado de direito democrático (art. 2.º da CRP)

20. Conforme resume o Tribunal no Acórdão, “a proteção da confiança traduz a incidência subjetiva da tutela da segurança jurídica, representando ambas, em conceção consolidadamente aceita, uma exigência indeclinável (ainda que não expressamente formulada) de realização do princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP).”
21. Para que uma situação de confiança seja merecedora de tutela, à luz do subprincípio da proteção da confiança, o Tribunal Constitucional, ao longo de um percurso de mais de 20 anos, consolidou um entendimento sobre os requisitos cumulativos.
22. Diz o Tribunal Constitucional: «(Para que para haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, (1) em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha enetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; (ii) depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; (iii) em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspetiva de continui-

dade do «comportamento» estadual; (iv) por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa» (aditámos os números, para melhor identificação).

23. Embora isso não avulte na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, não pode afastar-se a consideração de situações de tutela ou proteção reforçada da confiança.
24. Isto é, situações em que por os requisitos (i), (ii) e (iii) – os requisitos relativos às expectativas dos particulares – estarem preenchidos de forma qualificada, se exija também que as razões de interesse público que justificam a não continuidade do comportamento do Estado sejam especialmente qualificadas, ou, por outras palavras, excecionalíssimas, quer na substância, quer no caráter absolutamente inesperado.
25. Ora, no caso vertente dos subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações idênticas pagas a aposentados, reformados, pré-aposentados e outros equiparados (art. 25., n.º 1, da LOE 2012), os requisitos (i), (ii) e (iii) mostram-se preenchidos de um modo especialmente qualificado.
26. Tendo aliás em conta que estas decisões do legislador não se limitam a atingir os futuros aposentados, reformados, pré-aposentados e outros equiparados, mas atingem de imediato os atuais aposentados, reformados, pré-aposentados e outros equiparados.

27. Primeiro, porque existiram recentemente – e já nas circunstâncias críticas que atravessamos – comportamentos capazes de gerar nos privados renovadas «expectativas» de continuidade, sendo tais expectativas, por conseguinte não apenas legítimas e fundadas em boas razões, mas legítimas e fundadas em qualificadas e recentes razões.
28. Entre várias, recordem-se as declarações do atual Primeiro-Ministro, pouco antes das eleições legislativas, em Bruxelas, em 24 março de 2011. Noticiava então o despacho da Lusa: «O líder do PSD, Passos Coelho, assumiu hoje em Bruxelas o “compromisso” de não proceder a cortes salariais ou das pensões se tiver necessidade de “mexer nos impostos”, mas admitiu uma subida do IVA. Falando à entrada de uma cimeira do Partido Popular Europeu (PPE), Pedro Passos Coelho, questionado sobre as notícias de que o PSD pensa evitar cortes nas reformas através de uma subida do IVA, escusou-se a entrar em detalhes, alegando que a oposição desconhece a real situação financeira do país, mas confirmou que, a ter de haver ajustamentos, será nos impostos sobre o consumo. “Até haver um conhecimento completo da situação financeira portuguesa, não é possível a nenhum responsável dizer que não será necessário mexer nos impostos. Mas se ainda vier a ser necessário algum ajustamento, a minha garantia é de que seria canalizado para os impostos sobre o consumo, e não para impos-

tos sobre o rendimento das pessoas”, disse. O líder do PSD garantiu mesmo que, desde já, “fica o compromisso expresso do PSD em como não haverá recurso a medidas que afetem as pensões mais degradadas ou as reformas, tal como estava previsto no Programa de Estabilidade e Crescimento”. “Portanto, a haver algum ajustamento que seja necessário fazer, será mais por via dos impostos sobre o consumo do que do rendimento das pessoas através dos impostos ou através de cortes salariais ou das pensões”, reforçou.»

29. Este despacho da Lusa é descarregável em <http://noticias.pt.msn.com/politica/article.aspx?cp-documentid=156665761>.
30. O mesmo se diga em relação a declarações no mesmo sentido, abundantemente passadas nos media, em que se excluía o corte do 13 mês e se considerava essa hipótese, em si, “um disparate”.
31. Em relação ao requisito ou teste (iii), para sabermos se estamos perante um preenchimento qualificado, há designadamente que fazer uma distinção entre estar ou não o destinatário da medida em condições de alterar os seus “planos de vida” face a uma alteração do comportamento do Estado (em particular quando esta é uma alteração-surpresa, assumida contra tão recente factum proprium).
32. Esta distinção é de crucial importância uma vez que não poderá deixar de se entender que deve haver uma proteção reforçada da confiança para aqueles que pura e simplesmente já não têm

- possibilidade de adaptar os seus planos de vida a um novo comportamento do Estado e portanto só podem esperar do Estado – de um Estado “de bem” – que este não altere o seu comportamento.
33. Ora, essa é a situação dos aposentados e reformados, os quais, salvo exceções muito circunscritas, não têm possibilidade de escolher, como é óbvio, quais são ou serão os seus planos de vida: não podem decidir se adquirem mais ou menos qualificações, qual a profissão que exercem, se no setor público ou privado, se permanecem em Portugal ou emigram, se trabalham por conta de outrem ou própria, se enveredam pelo empreendedorismo, se vivem nesta ou naquela localidade, se adquirem ou não habitação própria, se fazem ou não poupanças, se têm um modo de vida mais ou menos desafogado, se consomem mais isto ou aquilo, se gastam mais ou menos em medicamentos, etc.
34. Para esses, os “planos de vida” estão em regra inexoravelmente traçados. Resta-lhes simplesmente confiar que o Estado não os inviabilize, em termos que significarão, muitas vezes, uma inevitável condenação a uma vida de dificuldades que já não têm condições para enfrentar e vencer. Para esses não se trata apenas “de reduções significativas, capazes de gerarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos” (Acórdão); pode tratar-se disso e da completa, absoluta e incontornável impossibi-

- lidade de adaptarem o seu plano de vida a um novo quadro.
35. A proteção reforçada de confiança em situações de expectativas qualificadas tem uma repercussão inevitável ao nível da operação de ponderação ou balanceamento que o teste ou requisito (iv) exige, uma vez que implica que o interesse público que justifica a não tutela da confiança seja incomensuravelmente mais pesado do que nos casos em que não tenha de haver uma proteção reforçada da confiança.
 36. Pretende-se com isto argumentar que mesmo que o Tribunal entendesse - o que não se espera - que as reduções de remunerações e as suspensões de subsídios de férias e de Natal de pessoas no ativo, em valores que podem atingir 1/4 dos rendimentos anuais dessas pessoas, não violam o princípio da confiança, por haver interesses públicos que, transitoriamente, o justificam, essa conclusão não pode ser aplicada da mesma forma em relação aos reformados e aposentados.
 37. Como se disse acima, aqui o interesse público justificador da alteração do comportamento do Estado tem de ser especialmente qualificado: para além de incontroverso, terá de ser excepcionalíssimo, não antecipável, não resolúvel de outro modo.
 38. Ora, como mostra o debate político, em que se envolveram as mais altas figuras do Estado, incluindo a próprio Presidente da República, esta medida está muito longe de ser justificada ou justificável desse modo.

39. Pelo que requerem a declaração da inconstitucionalidade das normas do artigo 25.º da Lei do OE 2012, n.º 1, n.º 2 e seguintes, por violação do princípio do Estado de direito democrático, na vertente da proteção da confiança.

B- A violação do princípio da igualdade

40. Para além do acima aduzido a propósito do artigo 21.º, sobre a violação do princípio da igualdade, que se aplica também ao artigo 25.º, há razões adicionais para a declaração da inconstitucionalidade das normas deste preceito por violação do princípio da igualdade.

41. Como já se recordou, o Tribunal indicou no Acórdão, como fio unificador das categorias sujeitas à redução de remunerações, dois traços aglutinadores: (i) auferirem aquelas categorias retribuições mensais pagas por dinheiros públicos; (ii) estarem vinculadas à prossecução do interesse público. O TC falou mesmo num “esforço adicional pedido exclusivamente aos servidores públicos”.

42. Ora, estes dois critérios, que são o fundamento por que o Tribunal entendeu que no caso não se verificava violação do princípio da igualdade, falecem no caso dos subsídios de férias e de Natal de aposentados e reformados.

43. Quando o art. 25.º, n.º 1 e n.º 2, determina a aplicação da suspensão dos subsídios de férias e de Natal a aposentados e reformados, do setor pú-

blico e do setor privado (expressões que utilizamos por facilidade de expressão), o segundo traço aglutinador cai por terra, porque é óbvio que nem aposentados nem reformados podem ser identificados por um especial vínculo à prossecução do interesse público - nem abarcados, de qualquer modo, pelo conceito de “servidor público”

44. Olhando para o primeiro traço aglutinador, não parece possível sustentar que as retribuições das pessoas que trabalham no setor público sejam iguais às pensões.
45. Na verdade, as primeiras são cobertas pelos impostos dos contribuintes e por outras receitas. Diversamente, as pensões, apesar de serem pagas por organismos públicos e de as respetivas verbas estarem inscritas em orçamentos públicos, resultam de contribuições de pessoas que, por assim dizer, as colocam nas mãos daqueles organismos para serem geridas e depois devolvidas na forma de pensões. Não estamos assim perante dinheiros públicos como os que resultam dos impostos e são empregues nas remunerações de quem serve os organismos públicos.
46. Não se vislumbra, assim, qualquer critério material que justifique a sujeição destas categorias de pessoas a esta diminuição dos seus rendimentos e não se regista também qualquer outra medida de caráter equivalente que seja aplicada a outras pessoas, designadamente as que estão no ativo.
47. A ausência de um critério material que justifique

a diferenciação é especialmente visível quando comparamos o tratamento dado aos trabalhadores do setor privado que já estão reformados ou aposentados e o tratamento dado aos trabalhadores do setor privado que ainda estão no ativo.

48. O que distingue os reformados/pensionistas do setor privado, dos trabalhadores ativos do setor privado, é que os primeiros já pagaram as suas contribuições, recebendo agora a respetiva pensão de acordo com o que contribuíram, enquanto os segundos estão a pagar para vir a receber a pensão correspondente.
49. Ora, daqui não parece decorrer nenhum critério material constitucionalmente legítimo que justifique o tratamento desigual dos primeiros em relação aos segundos, pelo que esse tratamento se deve ter por discriminatório à luz do art. 13.º da CRP.

C - Violação do direito à segurança social

50. As normas acima identificadas do artigo 25.º, n.º 1 e 2, restringem, sem qualquer credencial constitucional e de forma desproporcionada, o direito à segurança social (art. 63.º da CRP) de alguns portugueses, sendo certo que, apesar de não estarmos perante um direito sistematicamente inserido no Capítulo constitucional dedicado aos direitos, liberdades e garantias, qualquer restrição deve observar as várias dimensões em que se desdobra o princípio da proporcionalidade.

Pelo exposto, os Deputados abaixo identificados, nos termos conjugados do artigo 281º, n.º 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa e dos artigos 51.º e 62, n.º 2, da Lei 28/82, de 15 de novembro, (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/85, de 26 de novembro, pela Lei n.º 85/89, de 7 de setembro, pela Lei n.º 88/95, de 1 de setembro, e pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de fevereiro) vêm, por este meio, requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 21.º (e, conseqüentemente dos restantes números do mesmo) e dos n.ºs 1 e 2 do artigo 25.º (e, conseqüentemente dos restantes números do mesmo artigo) da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

Notificada para se pronunciar, querendo, sobre o pedido formulado, a Presidente da Assembleia da República veio oferecer o merecimento dos autos.

Discutido em Plenário o memorando apresentado pelo Presidente do Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 63.º, n.º 1, da LTC, e fixada a orientação do Tribunal, cumpre agora decidir em harmonia com o que então se estabeleceu.

Fundamentação

1. O teor das normas questionadas é o seguinte:
Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro
(Orçamento do Estado para 2012)
Artigo 21.º
Suspensão do pagamento de subsídios de férias e de Natal ou equivalentes

1 - Durante a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), como medida excecional de estabilidade orçamental é suspenso o pagamento de subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, às pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis n.ºs 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro, cuja remuneração base mensal seja superior a € 1100.

2 - As pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis n.ºs 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro, cuja remuneração base mensal seja igual ou superior a €600 e não exceda o valor de €1100, ficam sujeitas a uma redução nos subsídios ou prestações previstos no número anterior, auferindo o montante calculado nos seguintes termos: subsídios/prestações = 1320 - 1,2 X remuneração base mensal.

3 - O disposto nos números anteriores abrange todas

as prestações, independentemente da sua designação formal, que, direta ou indiretamente, se reconduzam ao pagamento dos subsídios a que se referem aqueles números, designadamente a título de adicionais à remuneração mensal.

- 4 – O disposto nos n.ºs 1 e 2 abrange ainda os contratos de prestação de serviços celebrados com pessoas singulares ou coletivas, na modalidade de avença, com pagamentos mensais ao longo do ano, acrescidos de uma ou duas prestações de igual montante.
- 5 – O disposto no presente artigo aplica-se após terem sido efetuadas as reduções remuneratórias previstas no artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis n.ºs 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro, bem como do artigo 23.º da mesma lei.
- 6 – O disposto no presente artigo aplica-se aos subsídios de férias que as pessoas abrangidas teriam direito a receber, quer respeitem a férias vencidas no início do ano de 2012 quer respeitem a férias vencidas posteriormente, incluindo pagamentos de proporcionais por cessação ou suspensão da relação jurídica de emprego.
- 7 – O disposto no número anterior aplica-se, com as devidas adaptações, ao subsídio de Natal.
- 8 – O disposto no presente artigo aplica-se igualmente ao pessoal na reserva ou equiparado, quer esteja em efetividade de funções quer esteja fora de efetividade.
- 9 – O regime fixado no presente artigo tem nature-

za imperativa e excecional, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excecionais, em contrário e sobre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastado ou modificado pelos mesmos.

Artigo 25.º

Suspensão de subsídios de férias e de Natal ou equivalentes de aposentados e reformados

- 1 - Durante a vigência do PAEF, como medida excecional de estabilidade orçamental, é suspenso o pagamento de subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, pagos pela CGA, I.P., pelo Centro Nacional de Pensões e, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões detidos por quaisquer entidades públicas, independentemente da respetiva natureza e grau de independência ou autonomia, e empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal, aos aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados cuja pensão mensal seja superior a €1100.
- 2 - Os aposentados cuja pensão mensal seja igual ou superior a €600 e não exceda o valor de €1100, ficam sujeitos a uma redução nos subsídios ou prestações previstos no número anterior, auferindo o montante calculado nos seguintes termos: subsídios/prestações = 1320 - 1,2 X pensão mensal.
- 3 - Durante a vigência do PAEF, como medida exce-

cional de estabilidade orçamental, o valor mensal das subvenções mensais, depois de atualizado por indexação às remunerações dos cargos políticos considerados no seu cálculo, é reduzido na percentagem que resultar da aplicação dos números anteriores às pensões de idêntico valor anual.

- 4 – O disposto no presente artigo aplica-se sem prejuízo da contribuição extraordinária prevista no artigo 162.º da Lei n.º 55 -A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis n.ºs 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro.
- 5 – No caso das pensões ou subvenções pagas, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões detidos por quaisquer entidades públicas, independentemente da respetiva natureza e grau de independência ou autonomia, e empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal, o montante relativo aos subsídios cujo pagamento é suspenso nos termos dos números anteriores deve ser entregue por aquelas entidades na CGA, I. P., não sendo objeto de qualquer desconto ou tributação.
- 6 – O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa e excecional, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excecionais, em contrário e sobre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastado ou modificado pelos mesmos, admitindo como única exceção as prestações indemnizatórias

correspondentes, atribuídas aos deficientes militares abrangidos, respetivamente, pelos Decretos-Leis n.ºs 43/76, de 20 de janeiro, 314/90, de 13 de outubro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 248/98, de 11 de agosto, e 250/99, de 7 de julho.

As pessoas referidas no n.º 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis n.ºs 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro, que foram abrangidas pela medida de suspensão do pagamento de subsídios de férias e de Natal ou prestações equivalentes, decretada pelo transcrito artigo 21.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, são as seguintes:

- a) O Presidente da República;
- b) O Presidente da Assembleia da República;
- c) O Primeiro-Ministro;
- d) Os Deputados à Assembleia da República;
- e) Os membros do Governo;
- f) Os juizes do Tribunal Constitucional e juizes do Tribunal de Contas, o Procurador-Geral da República, bem como os magistrados judiciais, magistrados do Ministério Público e juizes da jurisdição administrativa e fiscal e dos julgados de paz;
- g) Os Representantes da República para as regiões autónomas;
- h) Os deputados às Assembleias Legislativas das regiões autónomas;
- i) Os membros dos governos regionais;

- j) Os governadores e vice-governadores civis;
- l) Os eleitos locais;
- m) Os titulares dos demais órgãos constitucionais não referidos nas alíneas anteriores, bem como os membros dos órgãos dirigentes de entidades administrativas independentes, nomeadamente as que funcionam junto da Assembleia da República;
- n) Os membros e os trabalhadores dos gabinetes, dos órgãos de gestão e de gabinetes de apoio, dos titulares dos cargos e órgãos das alíneas anteriores, do Presidente e Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura, do Presidente e Vice-Presidente do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, do Presidente e juizes do Tribunal Constitucional, do Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, do Presidente do Tribunal de Contas, do Provedor de Justiça e do Procurador-Geral da República;
- o) Os militares das Forças Armadas e da Guarda Nacional Republicana, incluindo os juizes militares e os militares que integram a assessoria militar ao Ministério Público, bem como outras forças militarizadas;
- p) O pessoal dirigente dos serviços da Presidência da República e da Assembleia da República, e de outros serviços de apoio a órgãos constitucionais, dos demais serviços e organismos da administração central, regional e local do Estado, bem como o pessoal em exercício de funções equiparadas para efeitos remuneratórios;

- q) Os gestores públicos, ou equiparados, os membros dos órgãos executivos, deliberativos, consultivos, de fiscalização ou quaisquer outros órgãos estatutários dos institutos públicos de regime geral e especial, de pessoas coletivas de direito público dotadas de independência decorrente da sua integração nas áreas de regulação, supervisão ou controlo, das empresas públicas de capital exclusiva ou maioritariamente público, das entidades públicas empresariais e das entidades que integram o setor empresarial regional e municipal, das fundações públicas e de quaisquer outras entidades públicas;
- r) Os trabalhadores que exercem funções públicas na Presidência da República, na Assembleia da República, em outros órgãos constitucionais, bem como os que exercem funções públicas, em qualquer modalidade de relação jurídica de emprego público, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º e nos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 3.º da Lei n.º 12 -A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.ºs 64 -A/2008, de 31 de dezembro, e 3 -B/2010, de 28 de abril, incluindo os trabalhadores em mobilidade especial e em licença extraordinária;
- s) Os trabalhadores dos institutos públicos de regime especial e de pessoas coletivas de direito público dotadas de independência decorrente da sua integração nas áreas de regulação, supervisão ou controlo;
- t) Os trabalhadores das empresas públicas de ca-

- pital exclusiva ou maioritariamente público, das entidades públicas empresariais e das entidades que integram o setor empresarial regional e municipal, com as adaptações autorizadas e justificadas pela sua natureza empresarial;
- u) Os trabalhadores e dirigentes das fundações públicas e dos estabelecimentos públicos não abrangidos pelas alíneas anteriores;
 - v) O pessoal nas situações de reserva, pré-aposentação e disponibilidade, fora de efetividade de serviço, que beneficie de prestações pecuniárias indexadas aos vencimentos do pessoal no ativo.

2. Do conteúdo destes preceitos conclui-se que o Orçamento de Estado para 2012 veio suspender total ou parcialmente o pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, quer para pessoas que auferem remunerações salariais de entidades públicas, quer para pessoas que auferem pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social, estabelecendo que tal medida, qualificada como excecional, terá a duração do período de vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF).

Este Programa implicou a satisfação de determinadas condições prévias por parte das autoridades portuguesas e é constituído por um conjunto de ins-

trumentos jurídicos, os quais foram aprovados, por um lado, pelo Governo Português e, por outro lado, pelo Conselho Executivo do Fundo Monetário Internacional, bem como pelo Governo Português e pela Comissão Europeia (em nome da União Europeia) e pelo Banco Central Europeu. Assim, entre o Governo Português e o Fundo foram aprovados um *memorando técnico de entendimento*, assim como um *memorando de políticas económicas e financeiras*, os quais estabelecem as condições da ajuda financeira a Portugal por parte do Fundo Monetário Internacional. Além disso, entre o Governo Português e a União Europeia foi assinado o *memorando de entendimento relativo às condicionalidades específicas de política económica*, adotado com referência ao Regulamento do Conselho (UE) n.º 407/2010, de 11 de maio de 2010, que estabelece o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira, em especial o artigo 3.º, n.º 5, do mesmo, o qual descreve as condições gerais da política económica tal como contidas na Decisão de Execução do Conselho n.º 2011/344/UE, de 17/5/2011, sobre a concessão de assistência financeira a Portugal.

Estes memorandos são vinculativos para o Estado Português, na medida em que se fundamentam em instrumentos jurídicos – os Tratados institutivos das entidades internacionais que neles participaram, e de que Portugal é parte – de Direito Internacional e de Direito da União Europeia, os quais são reconhecidos pela Constituição, desde logo no artigo 8.º, n.º 2. Assim, o *memorando técnico de entendimento* e o *memorando de políticas económicas e financeiras* baseia-se no

artigo V, Secção 3, do Acordo do Fundo Monetário Internacional, enquanto o *memorando de entendimento relativo às condicionalidades específicas de política económica* se fundamenta, em última análise, no artigo 122.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Tais documentos impõem a adoção pelo Estado Português das medidas neles consignadas como condição do cumprimento faseado dos contratos de financiamento celebrados entre as mesmas entidades.

Da leitura destes memorandos, assim como da Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, de 5 de maio de 2011 (publicada no Diário da República, II Série, de 17 de maio de 2011), resulta que, na sequência de tal Programa, Portugal deve adotar um conjunto de medidas e de iniciativas legislativas, inclusivamente de natureza estrutural, relacionadas com as finanças públicas, a estabilidade financeira e a competitividade, as quais deverão ocorrer durante um período de 3 anos.

Apesar de estes memorandos não preverem a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou de quaisquer prestações equivalentes, como os artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, remetem para o período de vigência do PAEF a duração da suspensão de pagamentos neles decretada, tal medida não pode deixar de ter, pelo menos, a duração de 3 anos, abrangendo os anos de 2012, 2013 e 2014.

Esta suspensão do pagamento dos subsídios de férias de Natal vai afetar as pessoas acima elencadas que auferem remunerações salariais de entidades públicas ou pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social de valor superior a €600,00.

Para os rendimentos mensais líquidos entre €600,00 e €1100,00 o legislador introduziu duas fórmulas de igual conteúdo (“subsídios/prestações = 1320 - 1,2 X remuneração base mensal” e “subsídios/prestações = 1320 - 1,2 X pensão mensal”) que implicam, na prática, a imposição de uma redução progressiva do rendimento anual líquido até 14,3%.

A ablação da totalidade dos subsídios de férias e de Natal ou de quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, recai sobre as pessoas que auferiram remunerações ou pensões superiores a €1100,00 mensais. O não pagamento, na totalidade, dos subsídios, que se aplica às pessoas com rendimentos mensais superiores a €1100,00, corresponde percentualmente a uma redução de 14,3% do montante anual das remunerações salariais e das pensões de reforma ou aposentação.

Esta ablação é cumulada com as prévias reduções já impostas no ano anterior pelos artigos 19.º, 23.º e 162.º, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis n.ºs 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro, que o artigo 20.º, n.º 1, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento de Estado para 2012) manteve em vigor no presente ano.

Ou seja, no que respeita às pessoas que auferiam, no final de 2010, no quadro do setor público, remunerações líquidas mensais superiores a €1500,00, o não pagamento do subsídio de férias e de Natal, acresce a uma redução percentual da sua remuneração salarial mensal que varia entre 3,5% e 10%, nos seguintes termos:

- a) 3,5 % sobre o valor total das remunerações superiores a €1500,00 e inferiores a €2000,00;
- b) 3,5 % sobre o valor de €2000,00, acrescido de 16 % sobre o valor da remuneração total que exceda os €2000,00, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5 % e 10 %, no caso das remunerações iguais ou superiores a €2000,00 até €4165,00;
- c) 10 % sobre o valor total das remunerações superiores a €4165,00.

E, relativamente às pessoas que auferem pensões, cujo montante exceda 12 vezes o indexante dos apoios sociais (IAS), a ablação dos subsídios de férias ou de prestações equivalentes, acresce à contribuição extraordinária de solidariedade imposta pelo artigo 162.º, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, com as alterações introduzidas pelo artigo 20.º, n.º 1, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, com os seguintes valores:

- a) 25 % sobre o montante que exceda 12 vezes o valor do indexante dos apoios sociais (IAS), mas que não ultrapasse 18 vezes aquele valor;
- b) 50 % sobre o montante que ultrapasse 18 vezes o IAS.

Há ainda que tomar em consideração que foi adotada em 2010, 2011 e 2012 uma política de congelamento dos salários do setor público, e nos dois últimos anos das pensões, cuja manutenção nos anos seguintes se encontra prevista nos memorandos que consubstanciam o PAEF, o que, conjugado com o fenómeno da inflação, resulta numa redução real desses salários e pen-

sões equivalente às taxas de inflação verificadas nesse período.

Já relativamente a medidas de natureza universal, adotadas no capítulo das receitas, que tenham uma ação direta de diminuição dos rendimentos dos cidadãos, resultando numa contribuição acrescida para o esforço de consolidação orçamental, a Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento de Estado para 2012), além de diversas alterações no regime de cálculo do imposto sobre os rendimentos de pessoas singulares, designadamente no domínio dos benefícios fiscais e no valor de algumas taxas, como medida excepcional, apenas fez incidir sobre os sujeitos passivos com rendimentos mais elevados pertencentes ao último escalão uma taxa adicional de 2,5 % sobre o respetivo rendimento coletável, a qual vigorará nos anos de 2012 e 2013 (artigo 68.º-A). Num sentido oposto, o legislador, para os anos de 2012 a 2014, optou por não repetir a imposição de uma sobretaxa extraordinária de 3,5% sobre os rendimentos sujeitos a IRS, como havia feito no ano de 2011, através da Lei n.º 49/2011, de 7 de setembro, a qual teve uma previsão de acréscimo de receita de 840 milhões, em 2011, e 185 milhões em 2012, nem criar um novo imposto específico extraordinário, como forma de cumprir os limites do défice público a que se vinculou nos memorandos de entendimento acordados com as entidades financiadoras, através do contributo de todos os cidadãos de acordo com as suas capacidades. Preferiu atuar, sobretudo, pelo lado da despesa, suspendendo por um período de três anos o pagamento dos subsídios de férias e de Natal a quem os auferir por verbas públicas.

3. No Relatório do Orçamento de Estado para 2012 justificou-se a adoção da medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou de prestações equivalentes a quem recebe remunerações ou pensões pelo Orçamento do Estado nos seguintes termos:

“Tendo como base as perspetivas orçamentais para 2011 e o atual enquadramento macrofinanceiro, a proposta do Orçamento do Estado para 2012 materializa um conjunto de medidas de consolidação orçamental com vista a garantir a sustentabilidade das contas públicas num contexto de grande exigência, o controlo da despesa em todas as áreas da Administração Pública, a monitorização rigorosa dos riscos orçamentais e o cumprimento dos limites definidos no Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF).

As medidas propostas e sumariadas na tabela abaixo incidem em grande parte sobre a despesa pública (mais de 2/3) tendo inerentes cortes transversais a toda Administração Pública, incluindo institutos públicos, Administração Local e Regional e Setor Empresarial do Estado. O cumprimento da meta para o défice em 2012 torna também necessário proceder a um ajustamento pela via fiscal, tal como aliás já previsto no próprio programa.

O PAEF impõe um limite para o défice orça-

mental das Administrações Públicas, numa ótica de contabilidade nacional, de 7.645 milhões de euros em 2012 (equivalente a 4,5% do PIB), cujo cumprimento é condição necessária para garantir os desembolsos associados ao Programa e, portanto, para impedir a interrupção do financiamento da economia portuguesa.

Para atingir tal objetivo, a proposta de orçamento materializa um esforço de consolidação orçamental com medidas que totalizam um impacto esperado na ordem dos 6% do PIB quando comparado com um cenário das políticas invariáveis, i.e., cerca de 2.4 p.p. acima do previsto no PAEF. A estratégia de consolidação orçamental incorpora, assim, medidas de contenção da despesa que vão além das incluídas no PAEF de forma a compensar, de forma permanente, o desvio de execução orçamental verificado, essencialmente, no primeiro semestre de 2011.

Parte deste desvio foi já explicado no Documento de Estratégia Orçamental, designadamente no que diz respeito às despesas com o pessoal, ao consumo intermédio, à receita não fiscal, à inclusão de efeitos de natureza temporária, como sejam a assunção da dívida de duas empresas da Região Autónoma da Madeira e a operação relacionada com a privatização do BPN, bem como a medidas incluídas no Orçamento para 2011 cujo impacto estava sobrestimado ou cuja implementação se veio a demonstrar impossível. O trabalho técnico subjacente à preparação da proposta de Orçamento do Estado para 2012

permitiu obter informação significativamente mais detalhada para 2011 referente a todas as entidades incluídas no perímetro das Administrações Públicas. No que se refere, em particular, ao Setor Empresarial do Estado e à Administração Local a referida informação revelou a existência de desvios no primeiro semestre superiores aos reportados no Documento de Estratégia Orçamental.

Os desvios encontrados e a meta estabelecida para 2012 justificam, assim, o nível de ambição das medidas propostas.

Com efeito, uma medida como a suspensão dos subsídios de férias e de Natal aos servidores do Estado é ditada pela urgente necessidade de corrigir os desequilíbrios orçamentais e o profundo agravamento das finanças públicas, e só se justifica por ser absolutamente necessária para assegurar as metas muito exigentes a que Portugal se vinculou e para preservar a manutenção e sustentabilidade do Estado Social e garantir o financiamento da economia portuguesa. A adoção destas medidas foi ainda modulada pela preocupação de prevenir uma onerosidade social excessiva. Para os orçamentos familiares, alternativas de reduções remuneratórias que implicassem uma diminuição dos montantes que a cada mês fazem face às despesas dos agregados seriam certamente mais penalizadoras e de muito mais difícil gestão. Por isso a suspensão dos subsídios de férias e de Natal é socialmente mais admissível e menos onerosa, não afastando

a mais-valia que a estabilidade remuneratória mensal proporciona.

O facto de os portugueses nas últimas eleições legislativas terem manifestado um apoio inequívoco ao cumprimento dos objetivos assumidos no contexto do PAEF, através de uma votação global de 80% nos partidos subscritores do acordo com a UE e FMI, demonstra estarem conscientes da situação do País e da necessidade incontornável de fortes ajustamentos ao nível geral.

Não ignora o Governo que se trata de um peso que recai diretamente sobre as pessoas com uma relação de emprego público, não tendo uma natureza universal.

Mas a verdade é que embora sendo múltiplas as medidas de contenção de despesa pública adotadas pelo Governo, ainda assim os desvios subsistem com uma magnitude que não podem ser corrigidos por uma medida transversal sobre uma rubrica tão relevante para a consolidação orçamental como é a da despesa com pessoal. As alternativas, ou são social e economicamente piores ou simplesmente não são eficazes para garantir as necessidades.

O esforço do lado da receita atingiu já os limites do sustentável, e é da imperiosa combinação com um acentuado esforço do lado da despesa nos seus segmentos de maior expressão, que será possível corrigir os desequilíbrios.

Acresce que não é de facto igual a situação de quem tem uma relação de emprego público e os outros trabalhadores.

Nem no plano qualitativo dos direitos e garantias, que são superiores, nem no plano quantitativo das remunerações, subsistindo na sociedade portuguesa uma diferenciação média remuneratória, com alguma expressão, entre os setores públicos e o privado. Num contexto de emergência nacional com elevado nível de desemprego, a segurança no emprego constitui um valor inestimável que, na ponderação dos bens tutelados, se sobrepõe às expectativas de intocabilidade do quantum remuneratório, sobretudo atendendo a que os trabalhadores do setor público beneficiam em média, quando comparado com trabalhadores com qualificações idênticas no setor privado, de retribuições superiores.

A presente proposta de orçamento tem também a preocupação de ser transversal, abrangendo todos, mas garantindo simultaneamente a proteção dos mais vulneráveis. Numa situação de crise e emergência social não é possível excluir nenhuma corporação ou grupo social de dar o seu contributo para o ajustamento. Daí a necessidade de medidas abrangentes que têm efeitos sobre salários, pensões e outras prestações sociais bem como de aumento de impostos com maior incidência sobre os rendimentos mais elevados e sobre o património”.

O mesmo *Relatório* indica, no quadro II.1.1., a previsão dos montantes globais de redução da despesa com pessoal e prestações sociais que resultam desta medida: face a 2011, os cortes salariais na administração

pública permitirão reduzir a despesa em €1800 milhões, e os cortes nas pensões permitirão uma redução da despesa de €1260,2 milhões. Esta previsão de resultados é ilíquida, não contemplando a diminuição da receita do IRS e das contribuições para a Segurança Social que tal suspensão de pagamentos automaticamente irá originar. O quadro II.3.1. do mesmo Relatório, que já inclui as previsões dos resultados líquidos destas reduções, refere uma poupança líquida em 2012 de €1065 milhões, em resultado das reduções salariais, e de €951,5 milhões, em resultado do corte nas pensões.

As razões apresentadas para se adotar a medida contida nas normas aqui sob fiscalização assentam, primordialmente, na necessidade de cumprimento dos limites do défice orçamental (4,5% do PIB em 2012), imposto nos memorandos acima mencionados, os quais condicionam a concretização dos empréstimos faseados acordados com a União Europeia e com o Fundo Monetário Internacional, garantindo assim o imprescindível financiamento do Estado português. Invocando-se os desvios verificados na execução orçamental de 2011, optou-se por recorrer a medidas adicionais que, não estando previstas no PAEF consubstanciado naqueles memorandos, permitissem corrigir de forma permanente aqueles desvios. Nessas medidas, avulta a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou de prestações equivalentes a quem recebe remunerações ou pensões no quadro do setor público, durante a vigência do PAEF. Apesar de se reconhecer que tal opção redundava num significativo sacrifício apenas para as pessoas com uma relação de emprego público, não tendo, portanto, uma natureza universal,

entendeu-se que a necessidade de atuar no lado da despesa, designadamente na rubrica das despesas com pessoal, devido ao esforço do lado da receita já ter atingido os limites da sustentabilidade, conjugada com a eficácia de tal medida na obtenção dos resultados pretendidos, exigia essa escolha.

Numa outra linha de fundamentação, invocou-se que não era igual a situação de quem tem uma relação de emprego público e os outros trabalhadores, uma vez que aqueles, em média, têm remunerações superiores e usufruem de uma maior segurança no emprego, o que justificaria o acréscimo de sacrifício exigido.

- 4. Previamente à abordagem da questão de constitucionalidade suscitada pelos Requerentes, convém referir que os subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, cujo pagamento foi objeto de suspensão pelo artigo 21.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012), não revestem, no essencial, natureza diversa das remunerações salariais que foram objeto da redução determinada pelo artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Orçamento do Estado para 2011).**

Com efeito, atualmente, tanto o subsídio de férias como o de Natal, quer no regime jurídico do direito privado, quer no do direito público, têm a

natureza de retribuição, isto é, de contrapartida ligada ao trabalho prestado, integrando a remuneração anual.

No que respeita aos trabalhadores que exercem funções públicas, esta natureza foi reconhecida, desde logo, no Decreto-Lei n.º 372/74, de 20 de agosto, que instituiu, com caráter de obrigatoriedade, o subsídio de Natal, e criou o subsídio de férias. Conforme resulta do preâmbulo desse diploma, teve-se em vista, com o mesmo, aumentar “substancialmente os vencimentos do funcionalismo público civil”, cujo poder de compra havia sido fortemente abalado pela evolução dos preços nos anos anteriores. Ainda de acordo com o referido preâmbulo, esse aumento foi efetuado “segundo um esquema de aumentos degressivos em valor absoluto”, bem como com a instituição, com caráter de obrigatoriedade legal, do 13.º mês (subsídio de Natal) e com a criação do subsídio de férias (cujo valor era, então, equivalente a metade da remuneração mensal).

Atualmente, a ideia de que estes subsídios constituem parte da “remuneração anual”, resulta claramente do artigo 70.º, n.º 3, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, que estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, o qual dispõe que “A remuneração base anual é paga em 14 mensalidades, correspondendo uma delas ao subsídio de Natal e outra ao subsídio de férias, nos termos da lei.”

Daí que a suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal se traduza numa redução percentual do rendimento anual das pessoas afetadas, tal como

sucede com os cortes salariais determinados pelo artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Orçamento do Estado para 2011) e que o artigo 20.º, n.º 1, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento de Estado para 2012) manteve em vigor no presente ano, representando, da mesma forma, uma diminuição dos seus meios de subsistência.

De forma idêntica devem ser encarados os subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, pagos por verbas públicas aos aposentados, reformados e pré-aposentados, os quais mais não são do que prestações complementares, com a mesma natureza das prestações mensais pagas a estas pessoas, caracterizadas por uma periodicidade distinta, mas que se integram no cômputo global anual da pensão.

A opção pela suspensão do pagamento destes subsídios e não por uma parte das prestações pagas no final de cada mês deveu-se apenas, nas palavras do Relatório do Orçamento de Estado para 2012, à preocupação em salvaguardar a mais-valia que a estabilidade remuneratória mensal proporciona, dado que alternativas de reduções remuneratórias que implicassem uma diminuição dos montantes que a cada mês fazem face às despesas dos agregados seriam certamente mais penalizadoras e de muito mais difícil gestão.

5. Os Requerentes, além de outros argumentos, invocam que as normas questionadas violam o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição, na

sua dimensão de “*igualdade perante a repartição de encargos públicos*”. Alegam que a medida imposta pelas normas impugnadas se traduz numa dualidade de tratamento, ao estabelecer uma distinção entre cidadãos a quem os sacrifícios são exigidos pelo Estado essencialmente através dos impostos e outros cidadãos a quem os sacrifícios são exigidos não só por essa via, mas também, e cumulativamente, através da ablação de partes significativas dos seus direitos à retribuição e à pensão de reforma e aposentação.

O princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, enquanto manifestação específica do princípio da igualdade, constitui um necessário parâmetro de atuação do legislador. **Este princípio deve ser considerado quando o legislador decide reduzir o défice público para salvaguardar a solvabilidade do Estado.** Tal como recai sobre todos os cidadãos o dever de suportar os custos do Estado, segundo as suas capacidades, o recurso excepcional a uma medida de redução dos rendimentos daqueles que auferem por verbas públicas, para evitar uma situação de ameaça de incumprimento, também não poderá ignorar os limites impostos pelo princípio da igualdade na repartição dos inerentes sacrifícios. **Interessando a sustentabilidade das contas públicas a todos, todos devem contribuir, na medida das suas capacidades, para suportar os reajustamentos indispensáveis a esse fim.**

É indiscutível que, com as medidas constantes das normas impugnadas, a repartição de sacrifícios, visando a redução do déficit público, não se faz de igual forma entre todos os cidadãos, na proporção das suas capacidades financeiras, uma vez que elas não têm um cariz universal, recaindo exclusivamente sobre as pessoas que auferem remunerações e pensões por verbas públicas. Há, pois, um esforço adicional, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente a algumas categorias de cidadãos.

O Tribunal Constitucional pronunciou-se recentemente no Acórdão n.º 396/11, proferido em 21 de setembro de 2011 (acessível em www.tribunal-constitucional.pt), sobre a constitucionalidade das reduções remuneratórias constantes do artigo 19.º, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Orçamento de Estado para 2011), as quais se mantêm no presente ano de 2012, como acima se referiu, proferindo um juízo de não inconstitucionalidade. Nesse aresto, o Tribunal, não deixou de confrontar essas reduções salariais com o princípio da igualdade, na dimensão invocada pelos Requerentes, tendo concluído que “o não prescindir-se de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de atuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador. Intentando-se, até por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais, conseguir resultados a curto prazo, foi entendido

que, pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável. Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental. Em vista deste fim, quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas - vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público - não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual”.

Entendeu-se que o recurso a uma medida como a redução dos rendimentos de quem auferir por verbas públicas como meio de rapidamente diminuir o défice público, em excepcionais circunstâncias económico-financeiras, apesar de se traduzir num tratamento desigual, relativamente a quem auferir rendimentos provenientes do setor privado da economia, tinha justificações que a subtraíam à censura do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, uma vez que essa redução ainda se continha dentro dos “limites do sacrifício”.

É inegável que no atual contexto uma medida deste tipo tem, desde logo, uma razão justificativa que é a sua eficácia nos resultados a curto prazo, ao nível da redução do défice público, sendo certo que, de momento, na situação em que o país se encontra e tendo em

conta os compromissos internacionais assumidos, essa redução do déficit se apresenta como um objetivo prioritário de política econômica e financeira. Ora, não oferece dúvidas que tal medida, efetivamente, permite uma redução segura e imediata de despesas fixas com pensões e remunerações do setor público que possibilitam uma poupança certa e garantida para os cofres do Estado, **embora também não possa ser ignorado que ela igualmente determina automaticamente uma diminuição da receita do IRS e das contribuições para a Segurança Social e tem efeitos recessivos no consumo interno, com a consequente diminuição generalizada das receitas públicas.**

O *Relatório do Orçamento de Estado* para 2012 acrescenta ainda que «não é [...] igual a situação de quem tem uma relação de emprego público e os outros trabalhadores” e invoca essencialmente duas razões: os trabalhadores do Estado e outras entidades públicas beneficiam em média de retribuições superiores às do setor privado e têm uma maior garantia de subsistência do vínculo laboral.

Deve, no entanto, afirmar-se que a diferença de níveis de remuneração não pode ser avaliada apenas em termos médios, pois os tipos de trabalho e de funções que são exercidos no setor público não são de modo nenhum necessariamente iguais aos do setor privado. **Assim, essa diferença de remunerações médias teria de se demonstrar em face de cada tipo de atividade comparável, sendo certo que há funções muito específicas, incluindo funções de soberania, que só ao Estado e demais entidades públicas**

competem. Além disso, uma comparação tendo como critério a simples média do valor dos rendimentos auferidos nos dois setores, seria sempre insuficiente para justificar uma discriminação nos cortes dos rendimentos concretamente auferidos por cada um dos afetados.

No que respeita à alegação da maior garantia de subsistência do vínculo laboral, apesar de ainda ser possível dizer-se que, na generalidade, se verifica uma maior segurança no emprego público, esse dado não é idóneo para justificar qualquer diferenciação na participação dos cidadãos, através de uma ablação de parte dos seus rendimentos, nos encargos com a diminuição do défice público, como meio de garantir a sustentabilidade financeira do Estado, num período de emergência. Essa participação é exigível apenas àqueles que atualmente auferem rendimentos capazes de suportar tal contributo, sendo irrelevante para a medida dessa capacidade um valor como o da segurança no emprego.

Em qualquer destes planos, o que releva considerar é que a suspensão dos subsídios de férias e de Natal afecta individualmente os trabalhadores do sector público em função do respectivo nível remuneratório, sendo indiferente, do ponto de vista da onerosidade da medida, que as remunerações globalmente consideradas na Administração Pública sejam superiores às que são auferidas pelos trabalhadores do sector privado ou que estes se encontrem em situação mais desfavorável no que se refere à garantia de empregabilidade.

Por outro lado, a possível extensão da medida à generalidade dos trabalhadores – que está subjacente

à argumentação adoptada no Relatório do Orçamento de Estado para 2012 – só afectaria aqueles que se encontram em situação de pleno emprego e na proporção dos rendimentos efectivamente auferidos. O que significa que as ponderações feitas pelo legislador não evidenciam uma situação de desigualdade que pudessem justificar a implementação da medida somente em relação a uma categoria de trabalhadores, mas, quando muito, apenas poderiam determinar que o Estado viesse a arrecadar uma maior receita no sector público relativamente ao mesmo universo de trabalhadores que fossem correspondentemente abrangidos no sector privado.

Subsiste, pois, como razão justificativa para o tratamento diferenciado dos que auferem remunerações e pensões do Orçamento do Estado apenas a eficácia das medidas adotadas na obtenção de um resultado de inegável e relevante interesse público.

Na verdade, é defensável que a opção tomada se revela particularmente eficaz, pela sua certeza e rapidez na produção de efeitos, numa perspectiva de redução do défice a curto prazo, pelo que ela se mostra coerente com uma estratégia de atuação, cuja definição cabe dentro da margem de livre conformação política do legislador.

Nestes termos, poderá concluir-se que é certamente admissível alguma diferenciação entre quem recebe por verbas públicas e quem atua no setor privado da economia, não se podendo considerar, no atual contexto económico e financeiro, injustificadamente discriminatória qualquer medida de redução dos rendimentos dirigida apenas aos primeiros.

Mas, obviamente, a liberdade do legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser ilimitada. A diferença do grau de sacrifício para aqueles que são atingidos por esta medida e para os que não o são não pode deixar de ter limites.

Na verdade, a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva.

Como se pode ler nos acórdãos n.º 39/88 e 96/05, deste Tribunal (acessíveis em tribunalconstitucional.pt): A igualdade não é, porém igualitarismo. É antes igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais se dê tratamento desigual, mas proporcionado.

Isto significa que temos de verificar se os quantitativos cujo pagamento é suspenso pelo disposto nos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento de Estado para 2012), num “critério de evidência” no controlo da igualdade proporcional, não são excessivamente diferenciadores, face às razões que se admitiram como justificativas de uma redução de rendimentos apenas dirigida aos cidadãos que os auferem por verbas públicas.

Para este juízo é necessário relembrar e pesar os sacrifícios impostos pelas normas sob fiscalização a quem auferem remunerações ou pensões por verbas públicas.

Do seu conteúdo resulta que os pensionistas e os trabalhadores do setor público com rendimentos ilíquidos situados entre €600,00 a €1100,00 terão uma redução do seu rendimento anual que aumentará progressivamente até 14,3%. Estamos num universo em que a exiguidade dos rendimentos já impõe tais provações que a exigência de um sacrifício adicional deste tipo, como seja a sua redução, numa percentagem que vai progressivamente aumentando, até atingir 14,3% do rendimento anual, tem um peso excessivamente gravoso.

Os demais pensionistas e os que auferem remunerações ilíquidas entre €1100,00 e €1500,00 terão uma diminuição do seu rendimento anual em 14,3%, a qual, neste universo, assume uma dimensão considerável quando se compara a sua situação com a daqueles que, com o mesmo nível de rendimentos, ou até superior, não são afectados com qualquer redução dos mesmos. **Não se esqueça, no que toca às pensões mais elevadas, que naquelas que excedem 12 vezes o valor do indexante dos apoios sociais, o montante excedente é reduzido em 25%, e quando ultrapassam em 18 vezes aquele valor a redução é de 50%.**

E para os que auferem remunerações ilíquidas superiores a €1500,00, a redução é também de 14,3% do seu rendimento anual. Ora, se o Tribunal Constitucional, no referido Acórdão n.º 396/11, neste

mesmo universo, perante a redução salarial ocorrida no ano de 2011, determinada pelo artigo 19.º, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, que se situou entre 3,5% e 10% do rendimento anual, entendeu que a transitoriedade e os montantes das reduções efetuadas nos rendimentos dos funcionários públicos se continham ainda dentro dos limites do sacrifício adicional exigível, o acréscimo de nova redução, agora de 14,3% do rendimento anual, mais do que triplicando, em média, o valor das reduções iniciais, atinge um valor percentual de tal modo elevado que o juízo sobre a ultrapassagem daquele limite se revela agora evidente.

Estas medidas terão uma duração de três anos (2012 a 2014), o que determinará a produção de efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios ao longo deste período, a que acresce o congelamento dos salários e pensões do setor público, verificado nos anos de 2010, 2011 e 2012, e cuja manutenção nos anos seguintes se encontra prevista nos memorandos que consubstanciam o PAEF, o que, conjugado com o fenómeno da inflação, resulta numa redução real desses salários e pensões equivalente às taxas de inflação verificadas em todos esses anos.

Ora, nenhuma das imposições de sacrifícios descritas tem equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, independentemente dos seus montantes.

A diferença de tratamento é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adotada na prossecução do objeti-

vo da redução do déficit público para os valores apontados nos memorandos de entendimento não tem uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença, tanto mais que poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do déficit, quer pelo lado da despesa (v.g., as medidas que constam dos referidos memorandos de entendimento), quer pelo lado da receita (v.g. através de medidas de carácter mais abrangente e efeito equivalente à redução de rendimentos). As referidas soluções, podendo revelar-se suficientemente eficientes do ponto de vista da realização do interesse público, permitiriam um desagramento da situação daqueles outros contribuintes que auferem remunerações ou prestações sociais pagas por verbas públicas.

Daí que seja evidente que o diferente tratamento imposto a quem auferem remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional.

Apesar de se reconhecer que estamos numa gravíssima situação económico-financeira, em que o cumprimento das metas do déficit público estabelecidas nos referidos memorandos de entendimento é importante para garantir a manutenção do financiamento do Estado, tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada.

Aliás, quanto maior é o grau de sacrifício

imposto aos cidadãos para satisfação de interesses públicos, maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios.

A referida situação e as necessidades de eficácia das medidas adoptadas para lhe fazer face, não podem servir de fundamento para dispensar o legislador da sujeição aos direitos fundamentais e aos princípios estruturantes do Estado de Direito, nomeadamente a parâmetros como o princípio da igualdade proporcional. A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira e em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir.

Deste modo se conclui que as normas que prevêem a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, quer para pessoas que auferem remunerações salariais de entidades públicas, quer para pessoas que auferem pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social, durante os anos de 2012 a 2014, **violam o princípio da igualdade, na dimensão da igualdade na repartição dos encargos públicos, consagrado no artigo 13.º da Constituição.**

Por esta razão devem ser declaradas inconstitu-

cionais as normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012), tornando-se dispensável o seu confronto com outros parâmetros constitucionais invocados pelos Requerentes.

Apesar de a situação específica dos reformados e aposentados se diferenciar da dos trabalhadores da Administração Pública no activo, sendo possível quanto aos primeiros convocar diferentes ordens de considerações no plano da constitucionalidade, em face da suficiência do julgamento efectuado, tendo por parâmetro o princípio da igualdade, tal tarefa mostra-se igualmente prejudicada.

- 6. Estas medidas de suspensão do pagamento de remunerações e de pensões inserem-se, como ficou aludido, no quadro de uma política económico-financeira, tendente à redução do défice público a curto prazo, de modo a dar cumprimento aos limites (4,5% do PIB em 2012) impostos nos memorandos acima mencionados, os quais condicionam a concretização dos empréstimos faseados acordados com a União Europeia e com o Fundo Monetário Internacional.**

Sendo essencial para o Estado Português, no atual contexto de grave emergência, continuar a ter acesso a este financiamento externo, o cumprimento de tal valor orçamental revela-se, por isso, um objetivo de excecional interesse público.

Ora, encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado, reconhece-se que as consequências da declaração de inconstitucionalidade acima anunciada, sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado. Na verdade, o montante da poupança líquida da despesa pública que se obtém com a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou prestações equivalentes a quem auferir por verbas públicas, assume uma dimensão relevante nas contas públicas e no esforço financeiro para se atingir a meta traçada, pelo que dificilmente seria possível, no período que resta até ao final do ano, projetar e executar medidas alternativas que produzissem efeitos ainda em 2012, de modo a poder alcançar-se a meta orçamental fixada.

Estamos, pois, perante uma situação em que um interesse público de excepcional relevo exige que o Tribunal Constitucional restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, não os aplicando à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.

Decisão

Pelos fundamentos expostos:

- a) **Declara-se a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do**

princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012).

- b) **Ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, determina-se que os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade não se apliquem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.**

Lisboa, 5 de julho de 2012.- *João Cura Mariano* - *Ana Guerra Martins* - *Joaquim de Sousa Ribeiro* - *Maria João Antunes* - *Carlos Fernandes Cadilha* - *Gil Galvão* - *Catarina Sarmento e Castro* (com declaração, quanto ao efeitos) - *Carlos Pamplona de Oliveira* (vencido quanto à alínea b), nos termos da declaração junta) - *J. Cunha Barbosa* (com declaração de voto quanto aos efeitos) - *Vítor Gomes* (Vencido, quanto à al. a) da decisão, nos termos da declaração anexa). - *Maria Lúcia Amaral* (vencida, quanto à alínea a) da decisão, nos termos da declaração anexa) - *Rui Manuel Moura Ramos* (Vencido, quanto à alínea a) da decisão, nos termos da declaração anexa).

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Votei a inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012), que suspenderam, total ou parcialmente, o pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, quer para pessoas que auferem remunerações salariais de entidades públicas, quer para pessoas que auferem pensões de reforma ou de aposentação através do sistema público de segurança social.

Contudo, divergi quanto ao alcance da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

2. Ao fundamentar tal opção, começo por colocar a questão dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade naquele que é, a meu ver, o seu devido lugar: recuso, terminantemente, que a qualquer decisão de inconstitucionalidade se possa assacar o incumprimento de objetivos que uma qualquer opção normativa inconstitucional visasse atingir. Um incumprimento de tais propósitos, independentemente das circunstâncias, não é, nunca, resultado de uma decisão do Tribunal Constitucional. Qualquer frustração de objetivos, a acontecer, derivaria, quando muito, da solução normativa (ab initio) inconstitucional, resultado de opções feitas por outros órgãos constitucionais aos quais deve caber a preocupação de, quando assumem um determi-

nado caminho que será o seu, fazê-lo no respeito da Constituição. Este Tribunal, no exercício das competências que a Constituição lhe defere, apenas aprecia e declara a inconstitucionalidade de normas que não cria, e sempre quando acionado por quem tem legitimidade processual.

3. Nos termos do artigo 282.º da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, produz, habitualmente, efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional. Significa que, no caso, os efeitos regra da decisão não se limitariam a salvar o futuro pagamento dos subsídios (ou equivalente) de 2013 e 2014, como acarretariam, ainda, o direito ao pagamento (ainda que atrasado) dos subsídios de férias cujo pagamento fora já suspenso em 2012, e o pagamento do subsídio de Natal de 2012 (ou prestações equivalentes).
4. De acordo com o juízo maioritário, decidiu-se restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, limitando-os à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal de 2013 e de 2014.

Ora, afastei-me do âmbito delineado pela maioria para a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por entender que estes só não deveriam aplicar-se aos subsídios que, devendo ter sido pagos, não o houvessem sido no momento da decisão de inconstitucionalidade (o subsídio de férias de 2012, ou equivalente). No caso, não se deveria permitir que a norma, agora declarada inconstitucional, ainda viesse a pro-

duzir efeitos para além do momento da decisão deste Tribunal. Na prática, a decisão maioritária, quanto à produção de efeitos, tolera também, por razões que explica, a suspensão do pagamento dos subsídios de Natal de 2012 (ou equivalente), ainda que a considere inconstitucional.

5. É o n.º 4 do artigo 282.º da Constituição que confere ao Tribunal Constitucional a possibilidade de fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com um alcance mais restrito do que o resultante do n.º 1 do mesmo preceito, desde que tal seja justificado por razões relacionadas com a segurança jurídica, equidade ou interesse público de excecional relevo.

Ora, parece-me ilógico - não havendo o Acórdão atendido, a meu ver, bem, ao argumento do excecional interesse público da execução das medidas tendentes à redução do défice, para justificar, sem outras considerações, a concreta solução em análise - que deva esse argumento ser esgrimido para, afinal, branquear a sua ablação ou redução em todo o ano que ainda corre.

Na verdade, não tenho para mim como demonstrado que o facto de se encontrar a execução orçamental de 2012 já em curso, - e tanto mais que está apenas no início o segundo semestre do ano - inviabilizasse a adoção atempada de outras medidas universais alternativas que contribuíssem para o objetivo da garantia da solvabilidade das contas públicas. Mesmo tendo como seguro que não é ao Tribunal Constitucional que cabe qualquer opção nesta matéria, difícil será ob-

nubilar que outras soluções legislativas foram anteriormente operacionalizadas de modo a contribuir com rapidez para a redução do défice, facto que, inevitavelmente, tem de ser ponderado em juízos de necessidade relativos a medidas posteriormente adotadas.

E ainda que, em contradição de argumentos, se reconhecesse que um interesse público de excecional relevo justificaria, para todo o ano de 2012, a não produção de efeitos da decisão de inconstitucionalidade deste Tribunal, a meu ver, tal implicaria aceitar-se, num juízo de ponderação, que uma solução legislativa que o Tribunal Constitucional considerou constitucionalmente gravosa não teria, afinal, no ano que corre, suficiente peso para aqueles que a sofrem. Ora, não posso, de modo algum, subscrevê-lo. Por um lado, porque o que levou à decisão de inconstitucionalidade, que votei favoravelmente, foi admitir-se que nem mesmo as circunstâncias excepcionais atualmente vividas permitem, à luz da Constituição, justificar uma situação fortemente inigualitária de ablação ou redução dos subsídios de férias e de Natal, imposta apenas aos que auferem remunerações salariais de entidades públicas, ou recebem pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social, obrigando-os a um desmesurado sacrifício, em prol da comunidade. Por outro lado, atendendo ao variado leque de situações abrangidas pelas normas, é-me difícil aceitar que se tolere, durante todo o ano de 2012, o que

para alguns casos será, certamente, um pesadíssimo sacrifício, sacrifício esse, não se esqueça, determinado por uma medida agora reconhecidamente inconstitucional.

6. Por estas razões, a meu ver, admitir-se-ia, quando muito, que, como vinha acontecendo noutras situações, o Tribunal Constitucional pudesse restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de modo a evitar situações que implicassem o pagamento (retroativo) dos subsídios que tivessem já ficado por pagar (férias 2012 ou equivalente), fazendo coincidir o início da produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com o momento da decisão. Tal solução sempre deixaria intocado o subsídio de Natal de 2012, o que, na opção de restrição adotada pela maioria no Tribunal, não acontece. I.e., admitindo-se que a fixação de eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade (desde o momento da emissão da norma) pudesse, in casu, ter consequências consideravelmente pesadas para o Orçamento - ao obrigar ao pagamento de subsídios em atraso -, deveria este Tribunal determinar a fixação de efeitos temporais meramente prospectivos (ex nunc). Em suma, a solução equilibrada seria, a meu ver, ressaltar, da declaração de inconstitucionalidade que agora se opera, somente os efeitos produzidos pelas normas até à publicação do presente acórdão.

Lisboa, 5 de julho de 2012
Catarina Sarmento e Castro

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Em meu entender, a Constituição protege especialmente o sistema de segurança social, no qual inclui o regime de pensões de proteção da velhice e invalidez, “independentemente do setor de atividade em que tiver sido prestado” – artigo 63º, em especial o seu n.º 4. Isso significa que, em princípio, a redução do montante das pensões *já fixadas* é proibida, por representar uma restrição a um direito constitucionalmente garantido. Ainda assim, em caso de *emergência nacional* é possível suspender esse direito, embora por um período limitado, até «ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional» (n.º 4 do artigo 19º da Constituição). Ora a verificação de uma situação de emergência nacional levaria a considerar outros cortes na despesa do Estado, designadamente, as decorrentes de cerimoniais e de despesas de representação protocolar, antes de reduzir o montante das pensões de proteção da velhice e invalidez.
2. Nos termos dos n.ºs 1 e 4 do artigo 282º da Constituição, o julgamento do Tribunal Constitucional que declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, como é o caso presente, “produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional”, a menos que fundamentadas razões de interesse público de *excepcional relevo* exijam que o efeito da declaração de inconstitucionalidade tenha alcance mais restrito.

O Governo não estava impedido de apresentar ao Tribunal Constitucional as suas razões quanto à não inconstitucionalidade das normas em causa.

Não o fez.

Para além disso, precavendo a hipótese de julgamento adverso, teria até o *dever* de invocar, se as houvesse, as razões de *excecional interesse público* que, em seu entender, imporiam uma restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Também não o fez.

Perante tais omissões, o Tribunal não pode afirmar – com a segurança e o rigor que lhe são exigidos – que há razões de *excecional* interesse público que impõem uma restrição dos efeitos do seu julgamento, pois fá-lo com base na *mera suposição* do «perigo» de insolvabilidade do Estado como decorrência da normal vigência dos efeitos do seu julgamento, circunstância que, como se viu, não foi sequer invocada pelo órgão a quem cabe, em primeira linha, a defesa de um tal interesse.

Não acompanhei, por isso, a restrição de efeitos decidida pelo Tribunal. - *Carlos Pamplona de Oliveira.*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei favoravelmente o acórdão, quanto à sua fundamentação e decisão, no que concerne à

declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral relativamente às normas dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012). Porém, no que se refere à decisão de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, discordo parcialmente da mesma, por entender que, de acordo com o disposto no artigo 282.º, n.º 4 da Constituição, tal restrição não poderá ir para além da publicitação da declaração de inconstitucionalidade alcançada, posição esta que, já adotada em anterior jurisprudência deste Tribunal, vem sendo afirmada pela maioria da doutrina (cf., por todos, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, 'in' Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II, 4ª edição revista, pág. 979, nota VIII, que afirmam que «... [a] restrição temporal dos efeitos da declaração tem necessariamente um limite absoluto - que é o da publicitação oficial da decisão -, pois, se se compreende que sejam salvaguardados os efeitos produzidos enquanto não estava estabelecida publicamente a inconstitucionalidade (ou ilegalidade) da norma, é manifestamente incompatível com a própria ideia da declaração de inconstitucionalidade (ou da ilegalidade) que uma norma continue a produzir efeitos após a publicação oficial da decisão que a declare inconstitucional ou ilegal «com força obrigatória geral» ...).

Assim, mau grado compreender a argumentação subjacente ao decidido quanto a tal maté-

ria, não acompanho a decisão na sua totalidade, por entender, como se deixou já afirmado supra, que a restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deveria verificar-se tão só até à sua publicitação, razão pela qual voto vencido quanto ao decidido relativamente a essa parte da decisão, apenas a acompanhando, portanto, em parte, por entender que os efeitos normais de tal declaração, salvaguardando-se os já produzidos até então, deveriam verificar-se a partir da data da publicação de tal declaração de inconstitucionalidade.- *J. Cunha Barbosa.*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Divergi da decisão expressa na alínea a) da decisão do presente Acórdão pelas seguintes razões essenciais:

1. As medidas em apreciação foram adotadas para vigorar durante a vigência do PAEF, com a natureza de “medidas excecional de estabilidade orçamental”. Não pode, porém, ignorar-se que a questão do défice orçamental, com os seus problemas nacionais específicos, se coloca em contexto de crise económica-financeira de maior abrangência que atingiu a chamada “dívida soberana” no âmbito da “zona Euro”. Como se ponderou no Acórdão n.º 396/2011: “É sabido que a atuação, em combate ao défice, pelo lado da receita (privilegiadamente fiscal), ou, antes, pelo

lado da despesa (bem como a combinação adequada dos dois tipos de medidas e a seleção das que, de entre eles, merecem primazia) foi (e continua a ser) objeto de intenso debate político e económico. E a divergência de orientações e de propostas tem como pano de fundo a não coincidência dos efeitos produzidos por uma ou outra categoria de medidas. Ainda que um acréscimo de receitas fiscais possa conduzir, no estrito plano contabilístico-financeiro, a ganhos pecuniários equivalentes aos resultantes de um corte de despesas, do ponto de vista dos concomitantes efeitos colaterais e das repercussões globais no sistema económico-social, está longe de ser indiferente seguir uma ou outra via. Não há, nesta matéria, variáveis neutras e rigorosamente intermutáveis, pelo que as políticas a implementar pressupõem uma ponderação complexa, em que se busca um máximo de eficácia, quanto ao objetivo a atingir, e um mínimo de lesão, para outros interesses relevantes”. Para essas opções, construídas em prognoses de base instável e de difícil consenso, está constitucionalmente legitimado o legislador democrático, só podendo os órgãos de justiça constitucional, na falta de parâmetro específico, censurar à luz dos princípios da igualdade ou da confiança o que seja manifestamente indefensável segundo as máximas da proporcionalidade. Ora, se é indiscutível que as medidas agora tomadas são muito mais gravosas do que aquelas

que foram apreciadas no Acórdão 396/2011, também é certo que o legislador orçamental foi chamado a responder imediatamente a uma situação de crise das finanças públicas que se agravava drasticamente. No contexto de emergência financeira em que o Orçamento do Estado para 2012 teve de ser elaborado, resultante da impossibilidade prática de financiamento do Estado (lato sensu) mediante emissão de dívida e da conseqüente necessidade de recorrer a mecanismos internacionais de apoio em que a libertação de fundos é condicionada à verificação do cumprimento das metas estabelecidas, não pode o Tribunal afirmar que o legislador dispusesse, no momento da elaboração e aprovação do Orçamento para 2012, de alternativas que tivessem, perante a necessidade urgente de redução do déficit orçamental a curto prazo, efeitos económico-financeiros similares ou aproximados dos da suspensão de pagamento dos subsídios de férias e de Natal e prestações equivalentes. Seja a redução da despesa por via da diminuição de outros encargos diversos das remunerações e pensões de reforma e aposentação, seja o aumento das receitas, que em termos realistas não se vê que pudesse deixar de ser por via fiscal, não apresentam efeitos tão imediatos e seguros na redução do déficit orçamental a curto prazo. A redução da despesa por via de uma diminuição de outras despesas que não com remunerações e pensões de reforma e aposentação é possível, a

prazo, mas dependerá de medidas estruturais de efeito não imediato ou de medidas de execução orçamental de efeito não totalmente garantido. No que respeita ao aumento dos impostos, não pode desconhecer-se que estes já foram objeto de um aumento generalizado (em especial o IRS e o IVA) e que, devido a fatores vários de ordem económica, a um aumento de tributação nem sempre corresponde um aumento efetivo de receitas fiscais. Por isso, sendo inegável que as medidas em causa se apresentam como entorse ao princípio da igualdade de contribuição para os encargos públicos, me não parece que, relativamente ao Orçamento de 2012, possa fazer-se um juízo positivo de “diferenciação desproporcionada” relativamente às pessoas com idêntica capacidade contributiva para os encargos públicos que retire legitimidade constitucional ao caráter não universal das medidas em causa.

Em última análise, as medidas em apreço, com a onerosidade que comportam para os seus destinatários, ainda se subtraem ao juízo de que são excessivas na perspetiva do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, tendo em consideração que se apresentaram como resposta urgente a uma situação de grave e extrema crise das finanças públicas a que foi necessário fazer face em termos imediatos, reduzindo, logo no exercício orçamental seguinte, o défice público, de acordo com os compromissos assumidos no âmbito do PAEF e que, consideradas apenas

na sua vigência para esse ano, o seu montante ainda está no limite do concretamente suportável. É pois tendo em consideração a necessidade urgente de fazer face a essa situação-limite de cujo horizonte não estava excluído o risco de cessação de pagamentos por parte do Estado, com todas as consequências negativas daí decorrentes para a economia nacional e o cumprimento dos compromissos e tarefas do Estado social – inclusivamente quanto ao universo dos afetados pelas medidas consideradas – que não acompanho o juízo de inconstitucionalidade a que o Tribunal chegou no presente acórdão quanto à violação do princípio da igualdade do pagamento do subsídio de férias e de Natal no que ao período orçamental de 2012 diz respeito.

2. Diferente tem de ser o juízo a fazer na parte em que as medidas em causa se destinam a vigorar para um período que ultrapassa o ano de 2012. Não se ignora que o programa de assistência financeira tem caráter plurianual e que a redução do défice é progressiva e resulta de compromissos internacionais. Mas, estando em causa medidas de caráter excepcional e com tal grau de onerosidade para os direitos dos seus destinatários e com tão nítida compressão do princípio da igualdade de contribuição para os encargos públicos, a sua justificação tem de ser apreciada segundo um rigoroso princípio de atualidade, de acordo com a regra de vigência anual do orçamento (artigo 106.º, n.º 1, da CRP). Efetivamen-

te, a ponderação da proporcionalidade envolve considerações que dependem do modo como a situação económico-financeira evoluir, o que impõe um período de vigência rigorosamente limitado e uma justificação atual controlável. Se, por um lado, a Constituição não pode ser interpretada como indiferente ao que ameaça a sustentabilidade financeira do Estado para que medidas de exceção restritivas de direitos e expectativas dos cidadãos possam ser adotadas, tem de exigir-se ao legislador um ónus de fundamentação, nomeadamente em termos de valores previsíveis para as diversas alternativas possíveis de aumento de receita ou redução de despesa, que só poderá cumprir-se – e controlar se, ainda que no limite da evidência – perante específicas circunstâncias económicas e financeiras. As razões que se aceitou poderem justificar que o legislador não tenha podido encontrar medidas alternativas no contexto de urgência de elaboração do Orçamento de Estado para 2012 deixam de estar presentes, ou não se apresentam do mesmo modo, ou com a mesma intensidade para os períodos orçamentais seguintes.

Por outro lado, na perspectiva da onerosidade para os destinatários, o juízo de proporcionalidade depende não só da intensidade imediata da afetação dos direitos dos destinatários das medidas, mas também do carácter cumulativo e continuado dos sacrifícios impostos ao longo do tempo. O decurso do tempo implica um acrésci-

mo de exigência ao legislador no sentido de encontrar alternativas que evitem que, com o prolongamento, o tratamento diferenciado se torne claramente excessivo para quem o suporta.

Deste modo, na parte em que as medidas adotadas se destinam a vigorar para um período que ultrapassa o exercício orçamental de 2012, não pode considerar-se que a compressão do princípio da igualdade que as normas em causa implicam se tenha restringido ao necessário para fazer face à situação de emergência que as ditou como medidas excepcionais de estabilidade orçamental.

Em conclusão: as normas dos artigos 21.º e 25.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, apenas deveriam ter sido declaradas inconstitucionais na parte em que a suspensão, nelas estabelecida, do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes ao 13.º e 14.º mês tem um âmbito de aplicação que excede o exercício orçamental de 2012.- *Vitor Gomes.*

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. A questão colocada ao Tribunal é uma *questão difícil*. A primeira exigência que ela coloca é metódica: para a resolver, é preciso seguir um caminho argumentativo solidamente ancorado em razões jurídico-constitucionais. Não vi este caminho ser seguido pela fundamentação adotada, e por isso me distanciei, desde logo, da posição sufragada pela maioria.

A meu ver, o Tribunal deveria ter esclarecido três pontos fundamentais: (i) qual o estatuto constitucional das posições jurídico-subjetivas afetadas com a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal; (ii) qual o conteúdo do princípio ou princípios constitucionais que poderão justificar a compressão dessas posições subjetivas; (iii) finalmente, qual o alcance dos instrumentos de que dispõe o juiz constitucional para resolver a antinomia existente entre os direitos das pessoas, afetadas pelas medidas orçamentais, e os princípios constitucionais com elas conflituantes.

2. A Constituição portuguesa protege especialmente o trabalho e os rendimentos que com ele se aufera. Os direitos e liberdades fundamentais que consagra são direitos do cidadão enquanto pessoa, enquanto membro da comunidade política e enquanto trabalhador. No entanto, não pode dizer-se que o direito à não diminuição do montante da retribuição do trabalho que em cada momento se aufera tenha o estatuto de direito fundamental, resistente à lei porque atribuído às pessoas pela Constituição. A razão para tal não está no facto de esse direito não constar, expressamente, do elenco da parte primeira da constituição. Pode haver direitos fundamentais não escritos: nenhuma constituição é um código fechado, ou uma regulamentação exaustiva de todas as relações entre cidadãos e Estado; não o é também, por isso, a CRP. O motivo está na im-

possibilidade de atribuir a tal direito o estatuto substancial de fundamentalidade. Precisamente por nenhuma constituição poder ser entendida como um código exaustivo das relações entre cidadãos e Estado, nenhuma, nem tão pouco a CRP, pode garantir que o *quantum* da remuneração do trabalho exista sempre em *crescendum* e nunca diminua, ao mesmo título a que garante os direitos e liberdades fundamentais. Aquilo que é fundamental *prima* sobre a lei porque resiste a ela, e à variabilidade das circunstâncias históricas em que ela é feita. O *quantum* da remuneração que, num dado momento histórico, se auferi pelo trabalho que se presta ou prestou não está incluído no núcleo das posições jurídico-subjetivas caracterizadas por este elemento substancial de invariabilidade ao tempo histórico da lei e às suas circunstâncias.

3. Não obstante, e porque a Constituição portuguesa protege especialmente o trabalho e os rendimentos que com ele se auferi, a posição jurídico-subjetiva das pessoas a não verem diminuídas esses mesmos rendimentos (através da ablação, pelo Estado, de uma percentagem significativa do seu montante), tem a forte proteção constitucional que decorre, *i.a.*, dos artigos 58.º e 63.º (e também 62.º) da CRP. O facto de o direito à não diminuição do montante que se recebe pela remuneração do trabalho não ser, em si mesmo, um direito oponível à lei (porque fundamental) não significa que quanto a esse *direito* a lei

tudo possa. Há limites constitucionais que aqui inevitavelmente se impõem.

Esses limites exigem, desde logo, que a ablação de parte significativa dos rendimentos que as pessoas auferem tenha sido imposta pelo legislador por claros e perceptíveis motivos de interesse público. Se esses motivos justificam a restrição de direitos que são fundamentais (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), por maioria de razão justificarão a afetação de um direito [à não diminuição da remuneração] que não tem, em si mesmo, o estatuto de fundamentalidade.

As razões de interesse público invocadas pela lei do orçamento para justificar as medidas de suspensão de pagamento (aos trabalhadores do setor público, aos pensionistas e reformados) dos subsídios de férias e de Natal inserem-se num contexto histórico complexo, com reflexos e consequências em princípios estruturantes da ordem constitucional portuguesa.

Esse contexto histórico, na sua dimensão temporal mais próxima, é marcado pelo processo negocial entabulado entre a República, por um lado, e as instituições da União Europeia e os seus membros, por outro, para resolver o problema de emergência financeira em que se encontrava Portugal no âmbito da crise sistémica das dívidas soberanas nos países da chamada “Zona Euro”.

A meu ver, um contexto como este convoca três princípios constitucionais, cujo cumprimento se impõe ao legislador.

Em primeiro lugar, o princípio decorrente do artigo 9.º da Constituição, relativos às tarefas fundamentais do Estado. Tal como sucede com as outras constituições europeias, escritas na segunda metade do século XX, também a Constituição portuguesa instaura uma ordem estadual que assume a responsabilidade de garantir que aos seus membros sejam dadas as condições materiais e espirituais que permitam a realização de projetos de vida dignos. As tarefas fundamentais do Estado que, na Constituição portuguesa, vêm definidas no artigo 9.º, são a expressão desse compromisso constitucional básico, segundo o qual o Estado é para as pessoas e não as pessoas para o Estado.

Simplemente, nem a Constituição portuguesa nem as outras constituições europeias consagraram (porque não estava nas suas mãos fazê-lo) as condições fácticas que permitiriam financiar a realização das tarefas fundamentais do Estado. Assim, o primeiro motivo de interesse público que justifica esta medida legislativa é o da preservação destas condições, em ordem ao cumprimento de um dos princípios que estruturam a ordem constitucional portuguesa. Nesta perspectiva, trata-se de um princípio de *salus publica*, constitucionalmente entendido.

O segundo princípio estruturante que é convocado pelo contexto histórico que rodeia esta medida legislativa é o da justiça intergeracional. Pode discutir-se (coisa que agora não farei) qual

o exato alcance prescritivo que este princípio pode ter, e qual a sua rigorosa sede, no texto da Constituição; mas o que não pode a meu ver ser posto em causa é o postulado básico em que o mesmo assenta, e que resumo do seguinte modo: embora se não estabeleçam na Constituição limites quantitativos ao endividamento do Estado, dela decorrem implicitamente limites qualitativos, que coincidem com os limites do ónus que as gerações presentes podem impor às gerações futuras sem condicionar gravemente a sua autonomia. Em uma República baseada na ideia de dignidade da pessoa (artigo 1.º), esta atenção para o justo limite de encargos a deixar para o futuro – justo limite que se ultrapassa quando se oneram as gerações seguintes de tal forma que é a sua própria esfera de decisão que é esvaziada – não pode deixar de ser também, ela própria, um dos princípios estruturantes da Constituição. A solidariedade (artigo 1.º) entre os que estão vivos não pode ser vivida de forma a excluir a solidariedade para com o futuro.

Por último, a medida legislativa em apreciação justifica-se ainda no quadro do mandato constitucional para com a integração europeia (artigo 7.º, n.ºs 5 e 6) da CRP). Da mesma maneira que é a responsabilidade para com a integração europeia que valida o financiamento de certos Estados-Membros em dificuldades financeiras por parte de outros Estados-Membros, o que implica a assunção por estes últimos de riscos,

também é essa mesma responsabilidade, constitucionalmente estabelecida, que justifica a adoção de uma medida que se insere no quadro de um esforço conjunto, *européu*, de cooperação entre os vários Estados da União, *máxime* entre os vários Estados da “Zona Euro”, em ordem à estabilização financeira e económica dessa mesma “Zona Euro”.

4. Para resolver o conflito existente entre os direitos das pessoas a não verem reduzidas as remunerações auferidas pelo trabalho que se presta ou se prestou, e os princípios constitucionais que acabei de mencionar, a justiça constitucional dispõe dos instrumentos metódicos que os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança lhe conferem. Estes três princípios, que integram o núcleo da ideia de Estado de direito, materialmente entendida, são na realidade os meios idóneos para a resolução de antinomias entre bens jurídicos individuais e bens comunitários (no caso da proporcionalidade), entre o grau de justiça alcançado por soluções legislativas de aplicação universal e o grau de justiça alcançado por medidas legislativas de aplicação pessoal sectorial (como é o caso da igualdade), ou entre a vocação da ordem jurídica para a duração estável e a necessidade, sentida pelo legislador ordinário, de romper essa estabilidade de forma a melhor servir o interesse público (como é o caso do princípio da proteção da confiança).

No entanto, para que se possa invalidar certas soluções legislativas com fundamento na aplicação destes instrumentos metódicos, é necessário que em qualquer caso se saiba que tais soluções legislativas podiam e deviam ter sido outras, que, com idêntico grau de eficácia, servissem os mesmos fins de interesse público (ou realizassem os princípios constitucionais que esse interesse convoca) de modo mais *igual para todos, mais benigno para cada um, e mais conforme com as expectativas de alguns*.

Não me parece que, no caso colocado à apreciação do Tribunal, estivesse este em condições de saber da existência efetiva destas medidas legislativas alternativas que fossem igualmente eficazes para a realização dos fins de interesse público que, constitucionalmente, o legislador estava obrigado a prosseguir e, ao mesmo tempo, menos lesivas dos direitos das pessoas que, em última análise, se devem salvaguardar.

A maioria entendeu que, por razões de evidência, era certa a existência dessas medidas alternativas quando analisado o problema sob o ponto de vista do princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos. A medida ablatória de parte dos rendimentos dos trabalhadores do setor público e dos pensionistas e reformados foi julgada inconstitucional por violação deste princípio, por se entender que a *intensidade do sacrifício*, que por via dessa medida, por razões de interesse público, se impunha apenas a al-

guns, era tal que exigia a sua universal repartição por todos. Discordei, por estar convicta de que não dispunha aqui o Tribunal de nenhuma *evidência* que lhe permitisse comparar o grau de sacrifício exigido aos afetados por estas medidas e o grau de sacrifício efetivamente sofrido por outros (nomeadamente os trabalhadores do setor privado) com a conjuntura económica existente. Assim sendo, foi também minha convicção que não estava a justiça constitucional epistemicamente apetrechada para invalidar, neste caso, a decisão tomada pelo legislador. Foi por isso que me pronunciei pelo juízo da não inconstitucionalidade. *Maria Lúcia Amaral*

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Não tendo acompanhado a declaração de inconstitucionalidade das regras impugnadas cumpre agora explicitar brevemente as razões da nossa divergência.
2. O acórdão considera “que é certamente admissível alguma diferenciação entre quem recebe por verbas públicas e quem atua no setor privado da economia”, acrescentando que “a liberdade do legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser ilimitada”, e que “a diferença do grau de sacrifício para aque-

les que são atingidos por esta medida e para os que não o são não pode deixar de ter limites”. Acompanhamos estas considerações, divergindo porém na aplicação que o acórdão delas faz à situação concreta. Para tanto, o acórdão interroga-se sobre se os quantitativos cujo pagamento é suspenso pelas disposições sindicadas num “critério de evidência” no controlo da igualdade proporcional “não são excessivamente diferenciadores, face às razões que se admitiram como justificativas de uma redução de rendimentos apenas dirigida aos cidadãos que os auferem por verbas públicas”. E afirma que os sacrifícios atingem em certos casos um “universo em que a exiguidade dos rendimentos já impõe tais provações que a exigência de qualquer sacrifício adicional (...) tem um peso excessivamente gravoso” e que, noutros, o acréscimo de nova redução atinge um valor percentual de tal modo elevado que “o juízo sobre a ultrapassagem daquele limite [do sacrifício adicional exigível] se revela agora evidente”.

Para assim concluir, revela-se decisiva a consideração de que “a diferença de tratamento é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adotada na prossecução do objetivo da redução do défice público para os valores apontados nos memorandos de entendimento não tem uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença”, tornando “evidente que o diferente tratamento imposto a

quem auferir remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional”. Diferentemente, entendemos que a grave diferenciação que operam as normas impugnadas (ao imporem a determinadas categorias de cidadãos custos especialmente gravosos a que a generalidade dos outros cidadãos, com iguais rendimentos, não estão sujeitos) poderá não se considerar concretamente excessiva, pelo menos no que se refere ao exercício orçamental em curso, tanto mais que nada garante que o legislador não altere, em futuros exercícios orçamentais, o sentido de tais medidas optando por alternativas que, estando de forma mais direta ou indireta ao seu dispor, se apresentam menos diferenciadoras. E isto porque o legislador não está dispensado da obrigação de, dentro da sua margem de livre conformação, procurar alternativas de modo a evitar que a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal veja agravado, com o mero decurso do tempo ou a sua continuada repetição anual, o seu carácter diferenciador, podendo vir assim, com o efeito cumulativo gerado, a ultrapassar o limite do excesso. Temos para nós que a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, com a onerosidade específica que implica em termos de proteção de expectativas legítimas e de igualdade na repartição dos encargos públicos, apenas se poderá subtrair ao juízo de que seria

excessiva tendo em consideração que ela se apresentou como resposta urgente a uma situação de grave e extrema emergência financeira a que foi necessário fazer face em termos imediatos, reduzindo, logo no exercício orçamental seguinte, o défice público, de acordo com os compromissos internacionalmente assumidos. É pois tendo em consideração a necessidade urgente de fazer face a uma situação-limite de necessidade grave e extrema envolvendo inclusivamente o risco de cessação de pagamentos por parte do Estado português, com todas as consequências negativas que tal teria a nível da economia nacional e do financiamento do Estado social, que se pode considerar a medida como não sendo concretamente excessiva. Acresce, também, o facto de não se terem verificado ainda efeitos cumulativos ao longo do tempo a repetição anual da medida de suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal. Atendendo a estas considerações, julgamos não inconstitucional a medida de suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal agora impugnada.

3. Tal juízo de não inconstitucionalidade não valerá, porém, necessariamente para futuros exercícios orçamentais, sendo aliás a pretensão de ultra actividade (para além do presente exercício orçamental) das normas sindicadas já de si de duvidosa legitimidade constitucional. Diga-se ainda que um futuro juízo de proporcionalidade, que não poderá ignorar que para medidas de ex-

cepção restritivas de direitos e expectativas dos cidadãos existe um ónus de fundamentação do legislador que só poderá ser cumprido perante específicas circunstâncias económicas e financeiras, forçosamente evolutivas, terá de estar dependente da consideração da intensidade relativa em termos de justiça distributiva e dos efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios ao longo do tempo. Isto implica certamente o cumprimento por parte do legislador de um específico dever de criação das condições de possibilidade de alternativas que evitem que, com o decurso do tempo, as medidas tomadas se tornem excessivas, tendo em conta a intensidade relativa dos sacrifícios impostos em termos de igualdade na repartição dos encargos públicos. -*Rui Manuel Moura Ramos*.

[documento impresso do Tribunal Constitucional no endereço URL: <http://www.tribunal-constitucional.pt/tc//tc/acordaos/20120353.html>] ».

3. Anotação:

3.1 Introdução à anotação:

A anotação a este Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho, vai ter em consideração, como ponto essencial de análise, os problemas que envolvem os diversos bens jurídicos com dignidade constitucional no meio do Estado Social. Ora, estes

diversos bens jurídicos podem ser alvo de agressões actuais e ilícitas. Sendo assim, poderá ser utilizada a legítima defesa? Vamos ver o que refere a sua «teoria geral». Vamos, pois, debruçarmos sobre a legítima defesa, o que não implica que algumas das ideias aqui investigadas não possam ser aplicadas, *mutatis mutandis*, a outras causas que excluem e ilicitude e a culpa.

Deste modo, não serão abordadas todas as questões jurídicas que eventualmente este aresto do Tribunal Constitucional pode, aqui e ali, nesta ou naquela área do Direito, suscitar.

O fundamental para nós, neste caso concreto, é procurar discernir em que medida a utilização da defesa é legítima – a partir de um ponto de vista jurídico-penal e, portanto, também ele, constitucional – em face de agressões actuais e ilícitas contra bens jurídicos colectivos, bens jurídicos supra-individuais, bens jurídicos comunitários, bens jurídicos individuais. Lugares paralelos – do ponto de vista jurídico e científico – podem ainda ser encontrados no seio de outras causas que excluem e ilicitude e a culpa e ou no meio do próprio direito constitucional de resistência.

3.2 Algumas das referências do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012, aos problemas que envolvem os bens jurídicos individuais e bens jurídicos colectivos, bens jurídicos supra-individuais e/ou bens jurídicos comunitários no meio do Estado Social:

Assim, podemos destacar com o nosso sublinhado, a título apenas enunciativo, de um modo mais ou

menos directo ou indirecto, as seguintes referências - no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012 - a alguns dos problemas que envolvem os bens jurídicos individuais e bens jurídicos colectivos, bens jurídicos supra-individuais e/ou bens jurídicos comunitários no meio do Estado de Direito Social:

1. Violação do princípio do Estado de direito democrático - vertente «sub-princípio» da protecção da confiança, na medida em que, de modo aproximado, se verificou a «frustração de expectativas fundadas, capazes de criarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos pelos cidadãos». Assim, o correspondente artigo 21.º/3 da Lei do Orçamento aqui em análise estaria a violar o princípio constitucional da confiança (art. 2.º da CRP).

Isto também é válido em relação ao artigo 25.º da Lei do OE de 2012, em particular os seus n.ºs 1, 2, 3 e 4, mas com fundamentos próprios. Como é mencionado no próprio texto do Acórdão, diz o Tribunal Constitucional: «(Para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, (i) em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; (ii) depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; (iii) em terceiro lugar,

devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; (iv) por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa». Depois de lermos o texto, nomeadamente quanto às declarações públicas de candidatos às eleições, e no que concerne a todo o debate político envolvente, não restam quaisquer dúvidas quanto a se ter verificado uma violação frontal do princípio do Estado de Direito democrático e em especial da protecção da confiança perante eleitores e cidadãos. Repare-se que a incompetência constitucional das decisões do legislador-financeiro não se limita a atingir os futuros aposentados, reformados, pré-aposentados e outros equiparados, mas atinge de imediato os actuais aposentados, reformados, pré-aposentados e outros equiparados. Como é referido no texto jurisprudencial, não podemos esquecer que os aposentados ou reformados, salvo excepções muito raras, não têm chance de escolher quais são ou serão os seus planos de vida: não podem decidir se adquirem mais ou menos qualificações ou este ou aquele curso, qual a profissão que exercem ou um ou outro trabalho, se no setor público ou privado, se permanecem em Portugal ou emigram, se trabalham por conta de outrem ou própria, se enveredam pelo empreendedorismo, se vivem nesta ou naquela lo-

calidade, se adquirem ou não habitação própria, se fazem ou não poupanças, se têm um modo de vida mais ou menos desafogado, se consomem mais isto ou aquilo, se gastam mais ou menos em medicamentos, entre muitas outras circunstâncias e exemplos, que não apenas aquelas que são elencados nas várias partes que compõem o texto do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012. Estes «planos de vida» estão por regra definidos até à morte. Resta-lhes apenas confiar, tendo por base legítimas expectativas, que o Estado não os inviabilize, em termos que significarão, muitas das vezes, uma inevitável condenação a uma vida de dificuldades que já não têm condições para ultrapassar. Para esses não se trata apenas «de reduções significativas, capazes de gerarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos». Pode tratar-se disso e da completa, absoluta e incontornável impossibilidade de adaptarem o seu plano de vida a um novo quadro. Pode-se, pois, tratar de uma condenação à morte, de modo precoce, traiçoeiro e desleal do Estado para com o cidadão. Amputando legítimas expectativas. E, sem prévio julgamento. É, por conseguinte, patente um profundo amadorismo e falta de profissionalismo e falta de competência técnico-constitucional de raiz jurídica no labor da respectiva legislação. Em duas palavras: ignorância e incompetência do ponto de vista da *lege*

artis jurídica. Mas também, diga-se, estupidez técnica, pois fruto de muita precipitação e falta de ponderação instrumental do ponto de vista científico e mesmo organizacional;

2. Violação do princípio da igualdade, na medida em que é violado na sua dimensão de «igualdade perante a repartição de encargos públicos», verificando-se «um esforço adicional em benefício de todos, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente aos servidores públicos». Pelo que as normas do n.º 1 e 2 do artigo 21.º da Lei do OE 2012 violam o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição Portuguesa. Isto também é válido em relação ao artigo 25.º da Lei do OE de 2012, em particular os seus n.ºs 1, 2, 3 e 4, mas com fundamentos próprios. Como se refere no Acórdão do Tribunal Constitucional que estamos aqui a analisar, quando o art. 25.º/1 e 2, determina a aplicação da suspensão dos subsídios de férias e de Natal a aposentados e reformados, dos chamados «sector público» e «setor privado», mais uma característica constitucional básica é violada, porque é evidente que nem aposentados nem reformados podem ser identificados por um especial vínculo à prossecução do interesse público - nem abrangidos, de todas as formas, pelo conceito de «servidor público» (!);
3. Violação do princípio da proporcionalidade, pelas normas do n.º 1 e 2 do artigo 21.º da Lei de Orçamento de Estado (LOE) de 2012 - um dos

princípios que segundo a nossa Constituição devem ser observados nas operações de ponderação de bens, interesses e valores constitucionalmente tutelados (v. art. 2.º 18.º, n.º 2, 19.º, n.ºs 4 e 8, 266.º, n.º 2, 272.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa). Considerou-se que existia uma violação do princípio da proporcionalidade, na vertente da necessidade, uma vez que «o legislador dispunha de meios ou soluções alternativas globalmente menos drásticas». Desde logo, acrescentamos nós, uma renegociação, ou mesmo extinção (de acordo com os princípios justos do Direito) de uma série de contratos de parcerias público-privadas altamente prejudiciais para o erário público. Isto também é válido em relação ao artigo 25.º da Lei do OE de 2012, em particular os seus n.ºs 1, 2, 3 e 4, mas, também aqui como não poderia deixar de ser, com fundamentos próprios. Nesta violação do princípio da proporcionalidade, está inserida inclusive uma básica violação do próprio direito à segurança social. Ou seja, as normas jurídicas identificadas do artigo 25.º/1 e 2, limitam, sem qualquer credencial constitucional e de forma abrupta e desproporcionada, para não dizer irracional, o direito à segurança social (art. 63.º da CRP) de alguns dos cidadãos portugueses. Sendo também exacto que, ainda que não estamos em face de um direito sistematicamente enquadrado no Capítulo constitucional dedicado aos direitos, liberdades e garantias, uma

eventual restrição deve e tem mesmo de observar as diferentes dimensões em que se desdobra, em este local, o princípio da proporcionalidade. Podemos desde já fazer uma pré-conclusão e que é a que se segue, conforme aliás está patente no texto do Acórdão do Tribunal Constitucional aqui em consideração principal. O Orçamento de Estado para 2012 veio suspender total ou parcialmente o pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos chamados «13.º e, ou, 14.º meses», quer para pessoas que auferem remunerações salariais de entidades públicas, quer para pessoas que auferem pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social, estabelecendo que tal medida, qualificada como excecional, teria «a duração do período de vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF)».

As razões apresentadas para se adoptar a medida contida nas normas aqui sob fiscalização foram as seguintes: «... assentam, primordialmente, na necessidade de cumprimento dos limites do défice orçamental (4,5% do PIB em 2012), imposto nos memorandos acima mencionados, os quais condicionam a concretização dos empréstimos faseados acordados com a União Europeia e com o Fundo Monetário Internacional, garantindo assim o imprescindível financiamento do Estado português.». (...) § «Numa outra linha de fundamentação, invocou-se que não era igual a

situação de quem tem uma relação de emprego público e os outros trabalhadores, uma vez que aqueles, em média, têm remunerações superiores e usufruem de uma maior segurança no emprego, o que justificaria o acréscimo de sacrifício exigido.».

É também importante recordar que tanto o subsídio de férias como o de Natal, quer no regime jurídico do direito privado, quer no do direito público, passaram a ter a natureza de retribuição, i.e., de contrapartida ligada ao trabalho prestado, integrando a remuneração anual. No que concerne aos trabalhadores que exercem funções públicas, esta natureza foi reconhecida, desde logo, no então Decreto-Lei n.º 372/74, de 20 de agosto, que instituiu, inclusive com caráter de obrigatoriedade, o subsídio de Natal, e criou o subsídio de férias.

3.2.1 Principais conclusões do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012:

Como referiu e bem o Tribunal Constitucional, «nenhuma das imposições de sacrifícios descritas tem equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, independentemente dos seus montantes.» E acrescenta ainda o Tribunal Constitucional: a «... diferença de tratamento é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adotada na prossecução do objetivo da redução do défice público para os

valores apontados nos memorandos de entendimento não tem uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença, tanto mais que poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do défice, quer pelo lado da despesa (v.g., as medidas que constam dos referidos memorandos de entendimento), quer pelo lado da receita (v.g. através de medidas de carácter mais abrangente e efeito equivalente à redução de rendimentos). As referidas soluções, podendo revelar-se suficientemente eficientes do ponto de vista da realização do interesse público, permitiriam um desagravamento da situação daqueles outros contribuintes que auferem remunerações ou prestações sociais pagas por verbas públicas.».

Pelo que «pelos fundamentos expostos», a decisão do Tribunal Constitucional português foi a seguinte:

- a) Declara-se a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012).
- b) Ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, determina-se que os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade não se apliquem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.».

3.3 «Teoria geral» da legítima defesa como valor fundamental penal constitucional:

Nos termos do Código Penal português⁴, «Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro».

Tratar-se-ia de uma defesa necessária, e preservação, do bem jurídico agredido, de modo que a legítima defesa representa um instrumento que é socialmente imprescindível do ponto de vista da prevenção e de defesa da ordem jurídica.⁵ Necessidade de defesa da ordem jurídica e necessidade de protecção jurídica dos bens jurídicos ameaçados pela agressão. Sendo que, por conseguinte, não existe limitação por parte de uma qualquer ideia de proporcionalidade. Estamos a falar da preservação do Direito na pessoa do agredido. Logo, a defesa é legítima ainda quando o interesse defendido seja de menor valor do que o interesse lesado pela defesa.

Assiste uma certa razão a quem defende que a rejeição de qualquer ideia de proporcionalidade no seio da legítima defesa residiria na «injustiça que seria impor ao agredido, por um agressor doloso e censurável, uma limitação da sua liberdade de estar ou da defesa activa dos seus bens».⁶

Nada disto prejudica a ideia de que se pode e deve reconhecer uma série de «limitações ético-sociais» da e na legítima defesa.⁷

Importante é também referir que a legítima defesa requer determinados requisitos:⁸

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Anotação, numa perspectiva de Direito Penal Constitucional,
de Criminologia e de Política Criminal. - pp. 421-544

BANDEIRA G. S. de M.

1. Deverá existir uma agressão de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro. Ao falarmos de «agressão» estamos a falar também de uma ameaça derivada de um comportamento humano a um bem juridicamente protegido. É, pois, um comportamento humano, por acção ou por omissão e voluntário. Também cremos, contudo, que a agressão pode ser proveniente de organizações, de entes ou pessoas colectivas. E esta agressão, como é evidente, pode ser procedente também das designadas «pessoas colectivas públicas».⁹ Entes colectivos ou organizações, as quais, claro está, têm dentro de si uma ou mais pessoas. O «bem» sob ameaça tem que ser protegido do ponto de vista jurídico. Não querendo isto significar que tem que ser do ponto de vista estrito jurídico-penal. Questão mais controversa é saber se apenas os bens individuais estão aqui em causa ou também poderemos estar, v.g., perante bens supra-individuais como objecto da agressão? Poderemos já adiantar que sim, é óbvio que sim - a Constituição assim o plasma -, mas voltaremos mais adiante em relação a esta questão;
2. A agressão deverá ser «actual». Ou seja, tem que ser uma agressão iminente. Ou já se iniciou ou ainda persiste. Diga-se que a perspectiva tem que ser objectiva e não a partir de uma visão subjectiva que, por exemplo, pertenceria a uma particular visão do «agredido» ou a um seu qualquer «estado de espírito». Falamos de «agressão

iminente» assim que o bem jurídico se encontra já imediatamente ameaçado. Importante é também assinalar que a defesa pode ter lugar até ao último momento em que a agressão ainda subsiste. Trata-se igualmente do momento até ao qual a defesa é susceptível de colocar fim à agressão. Só assim pode ser possível afastar o perigo;

3. A agressão tem de ser ilícita. É a característica da ilicitude que permite também diferenciar esta causa de exclusão de ilicitude de outras causas de exclusão da ilicitude. E por isso mesmo, como já se viu, é que é possível sacrificar interesses superiores, por meio da legítima defesa, que sejam superiores aos ameaçados pela agressão. Ao contrário do direito de necessidade onde prevalece o princípio da proporcionalidade.¹⁰ Na legítima defesa, a ilicitude da agressão é aferida sob a alçada da totalidade da ordem jurídica. Não tendo que ser, por conseguinte, uma ilicitude penal.¹¹ É pois muito importante de salientar que se podem repelir, por meio de legítima defesa, agressões violadoras que não apenas do Direito penal, mas igualmente do Direito constitucional, do Direito civil, do Direito das contra-ordenações, entre outros. A legítima defesa pode ser perante agressões dolosas, mas também em face de agressões negligentes. Ilicitude da agressão não significa que a mesma tenha que ser culposa. Assim, pode existir legítima defesa em frente de uma agressão ilícita, a qual, contudo, não é culposa. Pode

não apresentar sinais de dolo nem de negligência. No caso de crianças, inimputáveis em razão da idade e no caso de inimputáveis por anomalia psíquica é, por conseguinte, possível existir legítima defesa. Poderá é, em concreto, se verificar uma modificação das fronteiras da necessidade da acção de defesa. Isto é, pode não se verificar qualquer necessidade de defesa em concreto.

Mas quais os requisitos da «acção de defesa»? A legitimidade da defesa afere-se também por meio da sua respectiva necessidade. Estamos perante uma necessidade que é «imposta» e racional. A «necessidade» pode ser encarada a partir de diversas perspectivas.¹²

Necessidade do meio: o meio é necessário se for idóneo para impedir a agressão e, entre os possíveis, o menos gravoso. A necessidade do meio é avaliada antes e de modo objectivo tendo em consideração toda a dinâmica do acontecimento. É de assinalar também aqui que o meio é necessário caso não seja possível recorrer à autoridade pública. Como aliás já propugna também o chamado Direito constitucional à resistência.¹³ Quanto aos designados «meios de autoprotecção» é importante assinalar que o meio será considerado desnecessário assim que seja razoável supor que outro meio não agressivo pudesse ter sido usado com êxito. A utilização de um meio não necessário resultará num excesso de legítima defesa. Devido à ausência de frieza de ânimo nos momentos que envolvem o possível exercício da legítima defesa, poderão existir casos de «excesso de legítima defesa». Ou seja, poderão existir situações em

que se verifica uma «diminuição da culpa» ou mesmo uma «exclusão da culpa».¹⁴

Necessidade da defesa: a defesa deverá ser «normativamente imposta». Para Figueiredo Dias¹⁵, estaríamos aqui perante uma agressão actual e ilícita que, todavia, não se apresenta como uma ofensa socialmente intolerável dos direitos do agredido. E quando é que «há necessidade da defesa»? Ou, também podemos perguntar, quando é que «não há necessidade de defesa»? Pode ser o caso, por exemplo, de: A) determinadas agressões não culposas, i.e., agressões praticadas por inimputáveis, seja em razão de idade, seja em razão de anomalia psíquica. O caso concreto dará a resposta e a análise terá que ser objectiva; B) certas agressões provocadas: será o caso do agredido que procura, por diversos e diferentes meios possíveis, a situação de confronto, que seja, por exemplo, por meio de injúrias, pela prática de actos ilícitos que interferem na esfera jurídica do agressor ou mesmo de acções ou omissões que até podem ser lícitas, mas reprováveis do ponto de vista social. Já existe uma negação, aí sim clara, da «necessidade de defesa» assim que esteja em causa uma agressão pré-ordenadamente provocada. É necessário que estejamos perante um facto ilícito ofensivo de um bem jurídico do provocado, não sendo suficiente uma mera desconsideração moral ou social. Por fim, mas não por último, é importante referir que, em relação à provocação, se deve verificar uma estreita conexão temporal e uma adequada proporção com a agressão que provoca. No caso de existir uma brutal ou crassa desproporção do volume da agressão para o agredido e da defesa para o agressor,

ainda que o meio seja necessário, também não se verificará a «necessidade da defesa». Aqui vai-se falando duma certa ideia de «proporcionalidade» entre bens jurídicos quando, justamente, a desproporcionalidade atinge níveis exorbitantes. Entramos, pois, na comparação objectiva do significado jurídico-social da defesa com o peso da agressão para o agredido. Pessoalmente, em face do CP português temos muitas dúvidas.¹⁶ Também se pode colocar em dúvida a existência de uma necessidade de defesa no caso de se verificarem «especiais laços de solidariedade juridicamente relevante». Sejam cônjuges ou pessoas que vivam em situação análoga ou ainda familiares com relações próximas. Problemático ainda, quanto à «necessidade da defesa», são os «actos de autoridade». Nomeadamente quando, v.g., existe legislação concreta que regula a utilização de armas de fogo por parte das forças policiais.¹⁷ Diversos autores, entre os quais Figueiredo Dias,¹⁸ referem que «temos por que seguro que tais preceitos prevalecem sobre a regulamentação geral da legítima defesa constante do art. 32.º (...)». Seria afinal um corolário do princípio da proporcionalidade que rege toda a intervenção pública. Temos também aqui, contudo, muitas dúvidas pois a redacção da legítima defesa que consta do CP português permanece exactamente a mesma e não foi revogada. Não compreendemos aliás como se pode exigir que a lei seja aplicada de uma forma quando a autoridade exerce as suas funções como autoridade; e, de outra forma, quando a mesma autoridade - *rectius* v.g. pessoa individualizada - está por exemplo fora do exercício das suas funções, mas vê-se obrigada a ter

que exercer a legítima defesa, a seu favor ou a favor de terceiros. Será que o «princípio da proporcionalidade» é uma espécie de farda automática que se despe e veste em fracções de milésimos de segundo, conforme as conveniências, quer do agente, quer do próprio intérprete ou aplicador da lei?

O chamado «elemento subjectivo»:¹⁹ não é necessário um «*animus defendendi*». Assim, existindo o conhecimento da situação de legítima defesa, não deverá fazer-se a exigência adicional de uma motivação de defesa.

A acção de defesa não pode, como é óbvio, recair sobre terceiros. Outra questão, bem diferente, é que é possível estender a justificação por legítima defesa aos casos em que esta é exercitada para proteger interesses de terceiro. Cremos mesmo que se o agredido não quer ser defendido ou quer ser o próprio a defender-se, tudo estará então em saber se estamos perante bens jurídicos disponíveis ou bens jurídicos indisponíveis.²⁰

De acordo com a lei vigente no ordenamento jurídico português, existe um «direito de legítima defesa jurídico-civil».²¹ A grande diferença com a redacção do CP português é o facto de aqui se fazer uma referência expressa ao «princípio da proporcionalidade»: exigência de que o prejuízo causado pelo acto (de defesa) não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão. Contudo, é ainda precisamente dentro deste ponto que se verifica, de modo muito claro, a revogação do artigo do CC português pelo artigo do CP português.²²

A legitimidade jurídica, mas também ética e moral, da legítima defesa é mesmo muito consensual e

alargada. Não é de todo despiciendo recordar que a legítima defesa tem também uma legitimidade teológica muito própria e inclusive quando se trata da própria «morte do agressor». Isto é, de uma morte necessária, adequada, proporcional, fruto de uma intervenção mínima. Mas que não deixa de ser provocada. É, a título de exemplo, o caso da doutrina da igreja católica, apostólica e romana que o deixa, aliás, bem claro.²³

3.4 Legítima defesa e bens jurídicos individuais, bens jurídicos colectivos, bens jurídicos supra-individuais e/ou bens jurídicos comunitários no meio do Estado de Direito Social:

De acordo com o ordenamento jurídico português e, mais em concreto, o CP português, «a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade».²⁴ Ou seja, o legislador consagrou uma teoria de «finalidades das penas» na própria lei. O que, neste caso português, não deixando de ser um fruto da disputa democrática e de política criminal, não deixa de ser uma opção que é, no mínimo, curiosa. Ou não fosse a tutela de bens jurídicos, individuais ou colectivos, uma espécie de teoria dos fins das penas, entre tantas outras possíveis. É aliás uma discussão milenar. Ora, o legislador, com uma simples norma jurídica, pensou em encerrar a questão! Resta saber se o conseguiu? E terá sido para sempre? Bem, a própria democracia responde que não, como é evidente. Não se trata, como é lógico, de uma qualquer verdade ontológica. Mas, ultrapassada esta questão, não deixa de ser importante referir que esta-

mos perante um sistema jurídico-penal que tem por objectivo tutelar, quer bens jurídicos individuais, quer bens jurídicos colectivos. Bens jurídicos supra-individuais também. Desde que, claro está, exista uma ressonância clara do ponto de vista constitucional. Bem sabendo que nem todos os bens jurídicos constitucionais são susceptíveis de serem tutelados do ponto de vista jurídico-penal. Há que indagar da necessidade, adequação, proporcionalidade e intervenção mínima.

Assente esta «questão», eis o problema: saber se somente bens individuais ou igualmente bens supra-individuais podem constituir objecto da agressão.²⁵ A doutrina, quer portuguesa, quer estrangeira, em parte, tem defendido uma posição de apenas se poderem constituir objecto da agressão bens individuais.²⁶ Não é essa, todavia, a nossa posição, mas também não é a opinião de Figueiredo Dias, de modo definitivo. Ou os bens jurídicos individuais não tivessem a mesma dignidade constitucional dos bens jurídicos colectivos e/ou bens supra-individuais e/ou bens comunitários. Pensar o contrário seria violar a própria Constituição. Refere aliás Figueiredo Dias:²⁷ «Nem há razão para distinguir o Estado das pessoas físicas e jurídicas quando estejam em causa bens jurídicos de fruição individual por ele tutelados (podendo assim, v.g., defender-se legitimamente um furto de material de uma escola ou a danificação de um banco de um jardim público)». É evidente que a justificação da legítima defesa deve suceder em face de bens jurídicos supra-individuais assim que a agressão a estes coloque em sério perigo os bens das pessoas. Ou seja, existirá uma legítima defesa justificada quando, por exemplo, alguém, através da

sua acção, impedir outrem pela força que, completamente embriagado, pretendia se fazer à estrada, através da condução de um veículo automóvel. O membro da comunidade, representa uma comunidade que pode ou vai ser agredida.

Já sabemos que A. Taipa de Carvalho, optava em 1995 pela redução do círculo dos bens susceptíveis de legítima defesa aos seguintes bens:²⁸ vida, integridade física, saúde, liberdade, inviolabilidade do domicílio e património. O que, nesta perspectiva, se conjugava com a alternativa do «direito de necessidade defensiva» em «situações de agressão». Para Taipa de Carvalho, não deveria haver, por conseguinte, legítima defesa perante «agressões insignificantes». Em relação aos «bens supra-individuais comunitários de fruição individual», A. Taipa de Carvalho fez uma revisão da sua posição, referindo que também estes «... de *iure constituto*, se devem considerar susceptíveis de legítima defesa...».²⁹ Paulo Pinto de Albuquerque também admite a legítima defesa de bens supra-individuais «pois estes bens são interesses juridicamente protegidos e as pessoas colectivas públicas, incluindo o Estado, são “terceiros” ...».³⁰

3.5 O direito constitucional de resistência:

No contexto do ordenamento jurídico português, ao seu mais alto nível constitucional, o «direito de resistência» apresenta-se nos seguintes moldes: «Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública».³¹ Em termos

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Anotação, numa perspectiva de Direito Penal Constitucional,
de Criminologia e de Política Criminal. - pp. 421-544

BANDEIRA G. S. de M.

de direito internacional podemos encontrar tal referência jurídico-normativa na «Declaração Universal dos Direitos do Homem».³² Estamos aqui perante duas vertentes:³³ «(a) não cumprir qualquer ordem desde que ela seja ofensiva de um dos direitos, liberdades e garantias; (b) repelir pela força qualquer agressão, no caso de não ser possível recorrer à autoridade pública». Não podemos aliás esquecer que os direitos, liberdades e garantias são directamente válidos em face das entidades públicas.³⁴ A resistência pode ser passiva ou negativa (abstenção), assim como activa ou positiva (actuação). Podemos estar a falar de resistência em face dum directa ofensa à integridade física ou em frente da lesão dum outro bem constitucionalmente protegido como direito fundamental. O direito de resistência pode ser utilizado perante os poderes públicos, mas também em face de poderes privados ou particulares. Por outro lado, como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira,³⁵ «o direito de resistência tanto pode proteger os direitos, liberdades e garantias de carácter pessoal (a integridade física, a liberdade, o domicílio, etc.), como os de participação política (o direito de voto, etc.) e os dos trabalhadores (direito de greve, direitos sindicais nos locais de trabalho, etc.)». Não é para admirar que não exista na Constituição portuguesa uma espécie de lista com os diversos modelos do exercício do direito de resistência. É que este somente se verifica em concreto quando estamos perante condutas dos cidadãos que, sendo ilícitas e contra a própria Constituição, existem todavia ao abrigo de uma «causa especial de justificação».³⁶ No caso de estarmos perante uma «resistência activa» - v.g. uma resposta pela força a uma agressão

- é preciso ter em consideração o princípio da proibição do excesso nas suas três dimensões: adequação, exigibilidade e proporcionalidade.³⁷ Acrescentaríamos ainda a «necessidade» e também, de modo cumulativo, a «intervenção mínima» do direito constitucional de resistência. O direito de resistência assume particular relevância se estivermos perante situações de suspensão inconstitucional de direitos, liberdades e garantias. Importante de frisar é que o direito de resistência para defesa de direitos constitucionais tanto pode ser de exercício individual como colectivo. E não é confundível com o também muito importante «direito de resistência popular ou nacional».³⁸ Semelhante ao direito constitucional de resistência é o designado direito à desobediência civil: acto público, destituído de violência, político e consciente, e, portanto, ainda assim, contrário à lei, praticado com o objectivo de provocar uma alteração político-legislativa ou reagir contra uma grave injustiça.³⁹

4 Princípios e bens jurídicos constitucionais, sugestões e conclusões:

Eis-nos chegados à parte final.

A Lei do Orçamento de Estado da República Portuguesa para 2012, Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, ou qualquer outra legislação semelhante, coloca em perigo ou viola princípios e bens jurídicos constitucionais portugueses e internacionais? Sim, como vimos. De um modo claro e inequívoco. Os princípios e bens jurídicos desrespeitados, neste caso concreto,

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

Anotação, numa perspectiva de Direito Penal Constitucional,
de Criminologia e de Política Criminal. - pp. 421-544

BANDEIRA G. S. de M.

são os seguintes: A) princípio do Estado de direito democrático - vertente «sub-princípio» da proteção da confiança, art. 2.º da Constituição portuguesa, CRP;⁴⁰ B) princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição Portuguesa;⁴¹ C) princípio da proporcionalidade: v.g. art.s 2.º, 18.º/2, 19.º/4 e 8, 266.º/2 e 272.º/2, da CRP⁴², e ainda o próprio direito à segurança social (art. 63.º da CRP), incluindo direitos e deveres adquiridos, e expectativas violadas, de muitos dos cidadãos portugueses (!). Uma confiança no regular funcionamento da segurança social no seio de um Estado como «pessoa de bem», honesta e respeitável.⁴³

A Lei do Orçamento de Estado da República Portuguesa para 2012, Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, coloca em perigo ou viola bens jurídicos constitucionais individuais, colectivos, supra-individuais e/ou comunitários? Sim, como vimos, de modo claro. Destaca-se, por exemplo, a violação do direito à segurança social, bem jurídico do Estado de Direito Social por excelência. Trata-se da violação do próprio contrato público social, do Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro, fruto de conquistas irreversíveis da Humanidade europeia e mundial. O Acórdão do Tribunal Constitucional (português) n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012, deixa aliás isso bem claro. A perda e/ou diminuição até certos (e insuportáveis) níveis do direito à segurança social, pode inclusive provocar a morte de seres humanos ou, pouco antes disso, levar à miséria famílias inteiras, milhares e mesmo milhões de pessoas. Pessoas que passam a ter que dormir na rua, pessoas que passam a ter fome. Já para não falar na recente «leido-arrendamento-mata-velhos», tipo «cereja em cima do bolo».⁴⁴

Podem constituir objecto da agressão - no contexto da legítima defesa -, bens individuais e bens supra-individuais? Sim, como vimos. Podem mesmo ser agredidos bens jurídicos individuais, supra-individuais, colectivos e/ou comunitários. Os bens individuais, os bens supra-individuais, colectivos e/ou comunitários podem, por conseguinte, constituir objecto da agressão para efeitos de legítima defesa. Resta saber em cada caso concreto se todos os outros pressupostos da legítima defesa estarão preenchidos. Nomeadamente se não existem outros meios para fazer valer a Constituição. E será que esses outros meios são suficientes em todos os casos concretos? A História tem ensinado que, em muitos dos casos, isso, muito infelizmente, não é suficiente. *Mutatis mutandis*, a fórmula é a mesma em relação a outras possíveis causas que excluam a ilicitude e a culpa em face de tais actos contra os princípios e bens jurídicos constitucionais. E isto é sobretudo válido quando um determinado governo e/ou Estado persiste em criar legislação neste sentido injusto, mesmo depois de já terem existido reprovações semelhantes, ao nível constitucional, no passado mais ou menos recente. O mesmo se poderá dizer quando um determinado governo e/ou Estado persiste em aplicar, por exemplo, impostos retroactivos, inclusive sobre indefesos pensionistas e reformados, sobre indefesos seres humanos. O que viola de modo claro e inequívoco a Constituição portuguesa e os princípios constitucionais europeus e internacionais do Estado de Direito Social.⁴⁵ Temos inclusive um estudo sobre este assunto que já está publicado.⁴⁶ Aqui, neste estudo - de resto, com muita ironia histórica e jurídica à mistura -, fazemos destacar a posi-

ção do ditador português, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor António de Oliveira Salazar, o qual era totalmente contra a aplicação retroactiva de impostos. É caso para dizer, até que ponto chegou a democracia portuguesa?! Ou estaremos antes sob a batuta duma nova ditadura, desta vez mais subtil, mas nem por isso menos brutal, de carácter manipulador e especulativo-económico-financeiro, envolta num capitalismo selvagem e predador, coadjuvado pelos principais e sagrados paraísos fiscais mundiais, onde apenas e somente não vigora qualquer lei e/ou, muito menos, um qualquer Estado de Direito?

Existe um direito constitucional de resistência perante a persistência duma lei injusta como é o caso da Lei do Orçamento de Estado da República Portuguesa para 2012, Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, ou qualquer outra legislação semelhante, em um qualquer país, que coloque em perigo ou viole princípios e bens jurídicos constitucionais portugueses e internacionais? De acordo com o estudo que acabámos de apresentar, não restam quaisquer dúvidas de que existe mesmo um Direito Constitucional de Resistência, desde que estejam verificados os pressupostos requeridos em cada caso concreto.

O Direito constitucional de resistência, assim como todas as causas de exclusão da ilicitude e da culpa, onde se inclui a legítima defesa, são instrumentos indispensáveis à própria sobrevivência dos Direitos Fundamentais, do Desenvolvimento e da Modernidade.⁴⁷ Do iluminismo humanista!

«Louvor do Revolucionário

Quando a opressão aumenta
Muitos se desencorajam
Mas a coragem dele cresce.
Ele organiza a luta
Pelo tostão do salário, pela água do chá
E pelo poder no Estado.
Pergunta à propriedade:
Donde vens tu?
Pergunta às opiniões:
A quem aproveitais?

Onde quer que todos caem
Ali falará ele
E onde reina a opressão e se fala do Destino
Ele nomeará os nomes.

Onde se senta à mesa
Senta-se a insatisfação à mesa
A comida estraga-se
E reconhece-se que o quarto é acanhado.

Pra onde quer que o expulsem, para lá
Vai a revolta, e donde é escorraçado
Fica ainda lá o desassossego. »

Bertold Brecht, in 'Lendas, Parábolas, Crônicas,
Sátiras e outros Poemas'
Tradução de Paulo Quintela

GONÇALO S. DE MELO BANDEIRA

Notas

1. <http://www.oliveirasalazar.org/frases.asp> , 1/11/2012. Frases atribuídas ao ditador português, e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor António de Oliveira Salazar. Sendo nós defensores do Estado de Direito, democrático, livre e verdadeiro, não deixa de ser interessante anotar aqui a seguinte notícia, com data de 26 de Março de 2007: «Os Grandes Portugueses § Salazar eleito “o maior português de sempre” em programa da RTP», <http://www.publico.pt/Media/salazar-eleito-o-maior-portugues-de-sempre-em-programa-da-rtp-1289390> , «Nem D. Afonso Henriques, nem D. João II, nem Camões, nem mesmo o Infante D. Henrique. António de Oliveira Salazar foi o nome escolhido pela maioria dos telespectadores da RTP1 que votaram na eleição do “maior português de sempre”, no âmbito do programa “Os Grandes Portugueses”. § No segundo lugar ficou o líder comunista Álvaro Cunhal e o terceiro mais votado foi o cônsul português Aristides de Sousa Mendes. D. Afonso Henriques e Luís Vaz de Camões acabaram por ocupar os quarto e quinto lugares, respectivamente. No estudo de opinião elaborado pela Eurosondagem para a RTP, publicado no site da estação pública, D. Afonso Henriques, Luís Vaz de Camões e o Infante D. Henrique são os nomes mais repetidos em resposta à pergunta “Da lista de 10 finalistas do concurso da RTP ‘Grandes Portugueses’, qual é o maior Português de sempre?” O programa “Grandes Portugueses”, um modelo original da BBC, já foi realizado em vários países. Em França foi eleito Charles De Gaulle, em Inglaterra Winston Churchill e nos Estados Unidos Ronald Reagan. § 1º António de Oliveira Salazar - 41,0 por cento § 2º Álvaro Cunhal - 19,1 § 3º Aristides de Sousa Mendes - 13,0 § 4º D. Afonso Henriques - 12,4 § 5º Luís de Camões - 4,0 § 6º D. João II - 3,0 § 7º Infante D. Henrique - 2,7 § 8º Fernando Pessoa - 2,4 § 9º Marquês de Pombal - 1,7 § 10º Vasco da Gama - 0,7.». Também não deixa de ser curioso que os organizadores se esqueceram de colocar a votos «Santo António», com muita probabilidade, se juntarmos todos os séculos, o português mais conhecido em todo o mundo, tendo tido inclusive direito a ficar com o seu nome em Cidades de diferentes continentes.
2. Cantor e Poeta português de cariz universal, herói da Revolução democrática de 25 de Abril de 1974 que ocorreu em Portugal. A transcrição deste poema aqui visa apenas um objectivo: a celebração dos

valores puros do 25 de Abril, a qual, na nossa modesta opinião, deve ser sempre interminável.

3. Transcreve-se aqui o texto completo, com os nossos sublinhados e negritos que procuram evidenciar as ideias que queremos destacar.
4. Daqui em diante apenas CP. Neste caso estamos a nos referir ao art. 32.º do CP.
5. Dias, J. de Figueiredo, «Direito Penal § Parte Geral § Tomo I § Questões Fundamentais § A Doutrina Geral do Crime», 2.ª Edição actualizada e ampliada. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2007, pp. 404 e ss..
6. Carvalho, A. Taipa de, «A Legítima Defesa», Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 409 e ss.. P. 434: «Assim, afirma-se, nesta situação, o princípio da exclusiva auto-responsabilidade: os efeitos de uma “acção de legítima defesa”, que não pode deixar de restringir-se ao indispensável, a si mesmo o agressor (e a ordem jurídica) os pode imputar.»
7. Dias, J. de Figueiredo, «Direito Penal...», 2007, pp. 407 e ss..
8. Dias, J. de Figueiredo, *idem ibidem*.
9. De acordo com o art. 11.º/3 do CP português: «3 - Para efeitos da lei penal a expressão pessoas colectivas públicas abrange: § a) Pessoas colectivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais; § b) Entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade; § c) Demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público.»
10. Cfr. o art. 34.º do CP.
11. Como refere aliás, por todos, Albuquerque, Paulo Pinto de, in «Comentário do Código Penal § à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», comentário aos arts 372º e ss., 2.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, ISBN 978-972-54-0272-6, p. 172: «A ilicitude da agressão não tem de ser especificamente penal, podendo tratar-se de uma ilicitude civil ou de mera ordenação social, administrativa ou mesmo constitucional, atento o carácter ilimitado dos “interesses juridicamente protegidos” (...). Mas a defesa já não é admissível se o ordenamento jurídico previr outros meios de reacção formalizados, como acontece nos direitos de crédito, familiares e laborais (... com o exemplo da ilegitimidade da agressão do credor sobre o devedor com vista a que este lhe pague), mas não acontece na reacção a acto de funcionário público quando o recurso ao contencioso administrativo não permita alcançar o objectivo da legítima defesa (...).»
12. Dias, J. de Figueiredo, *idem ibidem*.

13. Cfr. art. 21.º da CRP. Mais adiante voltaremos a falar nesta norma jurídica.
14. Cfr. art. 33.º do CP.
15. Dias, J. de Figueiredo, *idem ibidem*, pp. 423 e ss..
16. Basta uma breve leitura do art. 32.º do CP.
17. Cfr. Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro.
18. *Idem ibidem*.
19. Dias, J. de Figueiredo, *idem ibidem*.
20. Com uma opinião contrária à nossa, Dias, J. de Figueiredo, *idem ibidem*, pp. 434-435.
21. Cfr. art. 337.º do Código Civil português (daqui em diante CC): «Legítima defesa § 1. Considera-se justificado o acto destinado a afastar qualquer agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro, desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais e o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão. § 2. O acto considera-se igualmente justificado, ainda que haja excesso de legítima defesa, se o excesso for devido a perturbação ou medo não culposos do agente.»
22. De modo respectivo, arts 337.º do CC e 32.º do CP.
23. Veja-se a interpretação «oficial e actualizada» dos «10 mandamentos»: http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/p3s2cap2_2196-2557_po.html, 30/3/2013: «A LEGÍTIMA DEFESA § 2263. A defesa legítima das pessoas e das sociedades não é uma excepção à proibição de matar o inocente que constitui o homicídio voluntário. «Do acto de defesa pode seguir-se um duplo efeito: um, a conservação da própria vida; outro, a morte do agressor» (39). «Nada impede que um acto possa ter dois efeitos, dos quais só um esteja na intenção, estando o outro para além da intenção» (40). § 2264. O amor para consigo mesmo permanece um princípio fundamental de moralidade. E, portanto, legítimo fazer respeitar o seu próprio direito à vida. Quem defende a sua vida não é réu de homicídio, mesmo que se veja constringido a desferir sobre o agressor um golpe mortal: § «Se, para nos defendermos, usarmos duma violência maior do que a necessária, isso será ilícito. Mas se repelirmos a violência com moderação, isso será lícito [...]. E não é necessário à salvação que se deixe de praticar tal acto de defesa moderada para evitar a morte do outro: porque se está mais obrigado a velar pela própria vida do que pela alheia» (41). § 2265. A legítima defesa pode ser não somente um direito, mas até um grave dever para aquele que é responsável pela vida de outrem.

Defender o bem comum implica colocar o agressor injusto na impossibilidade de fazer mal. É por esta razão que os detentores legítimos da autoridade têm o direito de recorrer mesmo às armas para repelir os agressores da comunidade civil confiada à sua responsabilidade. § 2266. O esforço do Estado em reprimir a difusão de comportamentos que lesam os direitos humanos e as regras fundamentais da convivência civil, corresponde a uma exigência de preservar o bem comum. É direito e dever da autoridade pública legítima infligir penas proporcionadas à gravidade do delito. A pena tem como primeiro objectivo reparar a desordem introduzida pela culpa. Quando esta pena é voluntariamente aceite pelo culpado, adquire valor de expiação. A pena tem ainda como objectivo, para além da defesa da ordem pública e da protecção da segurança das pessoas, uma finalidade medicinal, posto que deve, na medida do possível, contribuir para a emenda do culpado. § 2267. A doutrina tradicional da Igreja, desde que não haja a mínima dúvida acerca da identidade e da responsabilidade do culpado, não exclui o recurso à pena de morte, se for esta a única solução possível para defender eficazmente vidas humanas de um injusto agressor. § Contudo, se processos não sangrentos bastarem para defender e proteger do agressor a segurança das pessoas, a autoridade deve servir-se somente desses processos, porquanto correspondem melhor às condições concretas do bem comum e são mais consentâneos com a dignidade da pessoa humana. § Na verdade, nos nossos dias, devido às possibilidades de que dispõem os Estados para reprimir eficazmente o crime, tornando inofensivo quem o comete, sem com isso lhe retirar definitivamente a possibilidade de se redimir, os casos em que se torna absolutamente necessário suprimir o réu «são já muito raros, se não mesmo praticamente inexistentes» (42).

24. Cfr. art. 40.º do CP português. Na nossa opinião, e por outras palavras, podemos dizer que o Direito penal português tem por finalidades as seguintes: retribuição, prevenção geral positiva, prevenção especial positiva. Também a chamada «justiça restaurativa» tem sido objecto dum estudo cada vez mais aprofundado. O teor do art. 40.º é o seguinte: § Finalidades das penas e das medidas de segurança § 1 - A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. § 2 - Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa. § 3 - A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.».

25. Dias, J. de Figueiredo, *idem ibidem*, pp. 410 e ss..
26. Carvalho, A. Taipa de, «A Legítima Defesa», Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 480 e ss.; ou, por exemplo, Claus Roxin I, § 15, n.º 36 *apud* Dias, J. de Figueiredo, *idem ibidem*.
27. Dias, J. de Figueiredo, *idem ibidem*.
28. In «A legítima Defesa», 1995, p. 488.
29. Carvalho, Américo Taipa de, in «Manuais § Direito Penal § Parte Geral § Volume II § Teoria Geral do Crime», Publicações Universidade Católica, 2004, p. 182: «Assim p. ex., constituirá uma agressão susceptível de legítima defesa a tentativa de danificação ou destruição de edifícios públicos, de jardins públicos, de poluição de rios. Já os actos, p. ex., de perturbação da ordem pública não podem ser considerados agressão para efeito da legítima defesa. Até porque, face a actos deste tipo, o seu impedimento por particulares nunca seria considerado defesa adequada; logo, à partida, faltaria também o pressuposto da necessidade do meio.»
30. Albuquerque, Paulo Pinto de, in «Comentário do Código Penal § à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», comentário aos art.s 372º e ss., 2.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, ISBN 978-972-54-0272-6, pp. 167 e ss..
31. Cfr. art. 21.º da Constituição da República Portuguesa (daqui em diante apenas CRP).
32. Cfr. art. 9.º da DUDH de 10 de Dezembro de 1948.
33. Canotilho, J.J. Gomes / Moreira, Vital, in «CRP § Constituição da República Portuguesa § Anotada § Artigos 1º A 107º § CRP Anotada § Volume I», 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, ISBN 978-972-32-1462-8, Janeiro de 2007, Anotação ao art. 21º, pp. 420 e ss..
34. Cfr. art. 18.º da CRP.
35. *Idem ibidem*.
36. Não estamos, pois, a falar de greves, manifestações, demissões dos cargos, protestos ou exposições. Pois aqui estamos perante comportamentos que a Constituição prevê de um modo claro e inequívoco como sendo um normal exercício de direitos e deveres constitucionais. Já no art. 271.º/3 da CRP podemos ver, a título de exemplo, uma manifestação especial de direito de resistência: «3. Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime.»
37. Canotilho, J.J. Gomes / Moreira, Vital, *idem ibidem*.

38. Cfr. o art. 7.º/3 da CRP: «3. Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência e ao desenvolvimento, bem como o direito à insurreição contra todas as formas de opressão».
39. Canotilho, J.J. Gomes / Moreira, Vital, *idem ibidem*, p. 422: «Não é líquido, porém, se se trata de um verdadeiro direito ou de um direito autónomo ou se ele deve inserir-se no âmbito normativo de certos direitos fundamentais (ex.: liberdade de expressão, direito de manifestação, direito à greve, objecção de consciência, além do direito de resistência), à sombra dos quais pode colher protecção constitucional.»
40. «Artigo 2º § Estado de direito democrático § A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.»
41. «Artigo 13º § Princípio da igualdade § 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. § 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.»
42. «Artigo 18º § Força jurídica § 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. § 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. § 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. § Artigo 19º § Suspensão do exercício de direitos § 1. Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição. § 2. O estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional

democrática ou de calamidade pública. § 3. O estado de emergência é declarado quando os pressupostos referidos no número anterior se revistam de menor gravidade e apenas pode determinar a suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias susceptíveis de serem suspensos. § 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional. § 5. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência é adequadamente fundamentada e contém a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso, não podendo o estado declarado ter duração superior a quinze dias, ou à duração fixada por lei quando em consequência de declaração de guerra, sem prejuízo de eventuais renovações, com salvaguarda dos mesmos limites. § 6. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião. § 7. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo nomeadamente afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respectivos titulares. § 8. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional. § Artigo 266º § Princípios fundamentais § 1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. § 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. § Artigo 272º § Polícia § 1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos. § 2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário. § 3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do

Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. § 4. A lei fixa o regime das forças de segurança, sendo a organização de cada uma delas única para todo o território nacional.»

43. «Artigo 63º § Segurança social e solidariedade § 1. Todos têm direito à segurança social. § 2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários. § 3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho. § 4. Todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado. § 5. O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do nº 2 do artigo 67º, no artigo 69º, na alínea e) do nº 1 do artigo 70º e nos artigos 71º e 72º.»
44. « Novo regime de arrendamento “é uma lei mata-velhos” § Os inquilinos acusam Assunção Cristas de não respeitar os idosos e de já o ano passado ter ficado pela ideia de criar um subsídio de apoio. § Carolina Reis § 11:01 Quarta feira, 13 de fevereiro de 2013 § A Associação de Inquilinos Lisbonenses (AIL) considera que a nova lei do arrendamento está a impedir os idosos de morrerem em paz e que a criação de um subsídio de rendas não é suficiente. § «A nova lei do arrendamento é uma lei mata-velhos. Revela que a ministra não respeita os idosos», disse ao Expresso António Machado, membro da direcção da AIL. § António Machado acusa Assunção Cristas, ministra do Ordenamento do Território, de já no ano passado ter falado nessa possibilidade, mas «tudo não passou de palavras». § A ministra disse terça-feira, no Parlamento, que estava a ser estudado um subsídio de renda destinado aos idosos com dificuldades, depois de passado o período transitório da lei das rendas, ou seja, para daqui a cinco anos. § “Daqui a cinco anos?” § “Em cinco anos muita coisa acontece. Mas quem diz que a senhora ministra ainda cá está daqui a cinco anos?!

Daqui a cinco anos muitos dos idosos que precisam de ajuda já cá não estão”, acusa. Para o representante da Associação de Inquilinos Lisbonenes é necessário “revogar a lei e fazer outra mais justa”. § O dirigente considera que a nova lei está a impedir os idosos de morrerem em paz. “As pessoas chegam aqui aterrorizadas, com aumentos de renda maiores do que as reformas que recebem.” § Já Magda Fonseca, da comissão de inquilinos das Avenidas Novas, diz que os arrendatários dos bairros da zona já pediram a Assunção Cristas o alargamento do período de transição para a atualização das rendas. § “Pedimos para passar de cinco para 15 anos, assim ao menos dá-nos tempo para morrer. Não estamos na situação de pedir um subsídio, mas não conseguimos pagar mais”, disse ao Expresso Magda Fonseca. § Ler mais: <http://expresso.sapo.pt/novo=-regime-de-arrendamento-e-uma-lei-mata-velhos-f786829#ixzz2P3gat9Me> ».

45. Cfr. art. 103.º da CRP: «... Sistema fiscal § 1. O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza. § 2. Os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes. § 3. Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei.».
46. Bandeira, Gonçalo S. de Melo, «Anotação sintética, numa perspectiva de Direito Público, ao Acórdão n.º 63/2006, em Plenário, do Tribunal Constitucional (português), de 24 de Janeiro de 2006 – qual proibição constitucional de impostos retroactivos? A tese de Oliveira Salazar, MaiaJurídica, Revista de Direito, Associação Jurídica da Maia, Ano VI, Número 2, «Junho-Dezembro 2008», editada e distribuída em 2013. E onde concluímos da seguinte forma: 3.º Temos muitas dúvidas que, a título de exemplo, o recente corte de subsídios de férias e «13.º mês», apenas e somente dirigido, além do mais, aos funcionários públicos portugueses (!) respeite estes mesmos princípios, incluindo o princípio constitucional da igualdade, e, em particular, o seu máximo expoente, o «princípio da proibição da aplicação do pagamento de impostos retroactivos». Não se esqueça que já antes destes cortes, tinham existido cortes nos próprios salários, cortando expectativas legítimas dos respectivos trabalhadores. Se o fundamento é salvaguardar a sobrevivência de outros princípios como a própria sobrevivência do Estado de Direito, evitando a sua concreta bancarrota, então comece-se

por cortar com muito maior justiça, noutros campos, como é o caso de uma série de contratos públicos e/ou parcerias público-privadas que são (em absoluto!) ruinosos, esses sim, para o Estado português. E não se diga que «não é possível mexer nos contratos já assinados pelo Estado». Nada de mais falso. Basta ler bem, entre outras possíveis, normas jurídicas, como o art. 227.º («Culpa na formação dos contratos») - neste caso é preciso ter em consideração os prazos de prescrição do art. 498.º do Código Civil: será que também vão deixar prescrever?, o art. 334.º («Abuso do direito»); ou o art. 437.º do Código Civil («Condições de admissibilidade») da «Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias»). Matéria, claro está, que pode e deve ser desenvolvida em outros trabalhos.»

47. Outras referências bibliográficas: Andrade, Manuel da Costa, in «A “dignidade penal” e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime», Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 2, fascículo 2, 1992; Monte, Mário Ferreira, in «Da Legitimação do Direito Penal Tributário - em Particular, os Paradigmáticos Casos de Facturas Falsas», Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 2007, ISBN 978-972-32-1509-0, *passim*; Bravo, Jorge Dos Reis, in «Direito Penal de Entes Colectivos - Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas», Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, ISBN 9789723216424, 2009, *passim*; Silva, Germano Marques Da, in «Responsabilidade penal das pessoas colectivas-alterações ao código penal introduzidas pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro», in Revista do CEJ, n.º 8, 2008 pp. 69-98; Silva, Germano Marques Da, in «Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes», Editora Verbo, Lisboa, Portugal, Depósito Legal n.º 288 989/08, 2009, *passim* e v.g. pp. 268 e ss.; Silva, Germano Marques Da, in «Direito Penal Tributário § Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos Seus Administradores Conexas com o Crime Tributário», Universidade Católica Editora, Lisboa, Portugal, ISBN 978-972-54-0253-5, 2009, *passim*; Costa, José de Faria, in «Noções Fundamentais de Direito Penal (*Fragmentia iuris poenalis*)», Introdução, A Doutrina Geral da Infracção (A Ordenação fundamental da conduta (facto) punível; A conduta típica (O Tipo)», 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, ISBN 9789723217544, 2009, *passim*; Silva, Isabel Marques Da, in «Regime Geral das Infracções Tributárias - Cadernos I.D.E.F.F., n.º 5», 3.ª Edição, Portugal, ISBN 978-972-40-4262-6, 2010, *passim* e pp. 73-86; Beleza, Teresa Pizarro, in «Direito Penal», 2.º

volume, «Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa», Lisboa, Portugal, 1979-1980, *passim*; e in «Direito Penal», 1.º volume, 2.ª edição revista e actualizada, «Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa», Lisboa, Portugal, 1985, *passim*. Ou ainda, o nosso estimado amigo, Jescheck, Hans-Heinrich (/ Weigend, Thomas), in «*Lehrbuch des Strafrechts § Allgemeiner Teil § Funfte Auflage*», Duncker & Humblot · Berlin, Alemanha, ISBN 3-428-08348-2, 1996, *passim*; Moutinho, José Lobo, (2005), «Da Unidade à Pluralidade dos Crimes no Direito Penal Português», Lisboa, ISBN 972-54-0084-4, Universidade Católica Editora, *passim*; Miguel, Carlos Ruiz, in «*Servicios de Inteligencia e de Seguridad del Estado Constitucional*», Tecnos, Madrid, 2002, ISBN 9788430938384, *passim*; Rocha, Rosa Maria, in «O Mar Territorial: largura e natureza jurídica», Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 1996, ISBN 972-9354-14-6, *passim*; Moniz, Helena, in «Agravação pelo Resultado? - Contributo para uma Autonomização Dogmática do Crime Agravado pelo Resultado», Coimbra Editora, Coimbra, 2009, ISBN 9789723217421, *passim*. Poderiam ser feitas muitas outras referências bibliográficas. Estas são apenas alguns dos exemplos que temos seguido.

Direito fundamental à garantia de emprego: uma análise sobre a ausência de regulamentação do dispositivo constitucional que o abriga.

*Guarantee of employment
as a fundamental right:
an analysis of the deregulation
of the constitutional provision
which houses it.*

Artigo recebido em 27/07/2014.

Revisado em 08/08/2014.

Aceito para publicação em 17/08/2014.

Aline Carneiro Magalhães

Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Linha de Pesquisa: Direito do Trabalho, modernidade e democracia. Professora do Curso de Direito da Faculdade Governador Ozanam Coelho, Ubá-MG. Advogada.

Roberta Freitas Guerra

Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Linha de Pesquisa: Direito do Trabalho, modernidade e democracia. Professora Assistente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa, Viçosa-MG. Advogada. Bolsista CAPES.

Resumo

O período de debates e votação da Constituição brasileira de 1988 foi marcado, de um lado, pela luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho e, de outro, pela resistência patronal aos avanços sociais. O resultado deste embate foi a previsão, em seu art. 7º, I, da garantia de emprego contra a dispensa imotivada, norma esta que, embora ainda carente de regulamentação, impediu a ratificação pelo Brasil da Convenção nº 158 da OIT.

Palavras-chave

Direito fundamental à garantia de emprego. Regulamentação do artigo 7º, inciso I da Constituição brasileira de 1988. Convenção nº 158 da OIT.

Abstract

The period of debate and voting in the Brazilian Constitution of 1988 was characterized, on one side by the workers' struggle for better working conditions, and the other by the employers' resistance to social progress. The result of this clash was the prediction, in its article 7, paragraph 1, the guarantee of employment against dismissal without cause, this provision, although still lacking in regulations, prevented the ratification of the Convention by Brazil 158 ILO.

Keywords

Guarantee of Employment as a fundamental right; Regulations of Article 7, Paragraph 1, of the Brazilian Constitution of 1988; ILO Convention No. 158.

Sumário

Introdução. 1. O Direito do Trabalho como direito humano fundamental promotor do princípio da dignidade humana e instrumento de melhoria da condição social do obreiro. 2. O direito à garantia de emprego sob a perspectiva histórica. 3. Os princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego. 4. A Convenção nº 158 da OIT: conteúdo, denúncia e (in) compatibilidade com o art. 7º, I, da CR/88. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

Da emergência e desenvolvimento da sociedade industrial, aliados à existência de trabalho livre e assalariado, surgiu uma relação que interligava o homem ao sistema produtivo, denominada relação de emprego.

Junto com esta relação, a partir, de um lado, das reivindicações dos trabalhadores, identificados paulatinamente como uma classe representada por sindicatos, que reclamavam por melhores condições de trabalho e, de outro, da conscientização dos empregadores da necessidade de ceder parcialmente às pressões e conceder melhorias mínimas de trabalho, sob pena de ver o sistema ruir, surge o Direito do Trabalho.

Este ramo específico do Direito foi estruturado a partir do princípio da proteção, sempre visando atenuar, no plano jurídico, a desigualdade fática inerente à relação entre empregado e empregador.

Com a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) neste mesmo ano, o Direito do Trabalho passa por um processo de constitucionalização e internacionalização que lhe confere mais força.

Paralelamente, neste período, a industrialização no Brasil ainda era pontual e incipiente. Como o trabalho livre é um dos pressupostos para a existência e desenvolvimento da relação de emprego e, conseqüentemente, do Direito do Trabalho, e em nosso território esse requisito era algo recém conquistado, por meio da Lei Áurea de 1888, acabou sendo tardio o desenvolvimento das indústrias em solo nacional.

Nesta época, a legislação trabalhista pátria se caracterizava por manifestações esparsas e singelas, o que perdurou até a década de 1930 (DELGADO, 2009).

Por volta de 1935, com uma intensa atividade administrativa e legislativa do Estado autoritário e corporativista, mas sensível à questão social, o Direito do Trabalho entra na fase de institucionalização, sendo as normas trabalhistas agrupadas em um diploma único, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o que ocorreu em 1943.

Nas décadas subsequentes, o modelo juslaboral posto não é alterado de maneira significativa. Ele se manteve praticamente intocado de 1930 a 1945. Na fase democrática, que compreendeu os anos de 1945 a 1964, não houve modificações relevantes, tampouco, durante o regime militar implantado em 1964.

Após meados da década 1980, ele começou a sofrer seu mais substancial questionamento, sendo objeto de debates e votações constituintes a partir de 1987, que resultaram na Constituição da República de 1988(CR/88), marco de afirmação e valorização do Direito do Trabalho no país.

Este ramo especial do Direito, agora alçado ao patamar de direito fundamental constitucionalmente garantido, estava diante de uma nova fase, regido por normas que davam ênfase à melhoria da condição social do trabalhador.

É neste contexto que é redigido o texto do art. 7º, inciso I, da CR/88, que prevê a garantia de emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, na mesma linha protetiva da Convenção nº 158 da OIT, de 1982.

Entretanto, logo após a promulgação da CR/88, fortalece-se no país, em âmbito oficial e nos meios privados de opinião pública, um pensamento denominado neoliberal, disseminado mundialmente, baseado, dentre outras premissas, na desestruturação das normas trabalhistas taxadas de rígidas e prejudiciais ao desenvolvimento econômico.

Esse momento foi marcado pelo discurso patronal de cunho flexibilizatório e desregulamentador que persiste até os dias atuais.

Um dos maiores alvos de ataque da nova política neoliberal foi o direito à garantia de emprego, que passou por momentos de efetivação e negação.

Isto porque, de um lado, o art. 7º, I, da CR/88 estabelece que lei complementar posterior deve regulamentar seu dispositivo.

De outro lado, a Convenção nº 158 da OIT, que trata do mesmo assunto, aprovada pelo Congresso Nacional em 16/09/92 e promulgada em 11/04/96, foi denunciada pelo Poder Executivo em 20/11/96, deixando de ter vigência em nosso ordenamento a partir de 20/11/97.

Muitos questionamentos foram feitos acerca da denúncia, em especial pela não observância do prazo e procedimentos corretos para sua realização. A insurgência chegou a ser realizada através da interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn).

Em meio à falta de regulamentação do art. 7º, I, da CR/88 e da denúncia da Convenção nº 158 da CLT, continua o obreiro sujeito a dispensas imotivadas, que colocam fim a seu vínculo de emprego sem qualquer

justificativa, não tendo ele mínimas garantias da continuidade da sua relação empregatícia.

A garantia de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa acaba sendo uma promessa não cumprida, perdurando na prática laboral a facilidade jurídica conferida aos empregadores de dispensarem seus empregados.

Esta facilidade implica na imensa rotatividade de mão-de-obra, que, além de impulsionar o desemprego, favorece a insegurança nas relações trabalhistas, fragilizando a situação do trabalhador, em especial em um contexto de flexibilização, precarização e desregulamentação. A mesma rotatividade gera gastos consideráveis para as empresas, especificamente com recrutamento, treinamento e período de adaptação do novo funcionário.

A ausência de uma garantia no emprego gera, muitas vezes, a submissão do obreiro a condições de labor divorciadas do padrão mínimo estabelecido por lei, com jornadas extenuantes, baixa remuneração, exercício de atividade em ambientes em que não há o cumprimento de normas de saúde e segurança, ausência de intervalos, dentre outros problemas.

Nesta ordem de ideias passamos a analisar, no presente trabalho, o direito fundamental à garantia de emprego, partindo do estudo do Direito do Trabalho como direito fundamental capaz de promover o princípio da dignidade humana e gerar a melhoria das condições de vida dos obreiros, passando pela história do direito à garantia de emprego, pelos princípios da proteção e continuidade da relação de emprego, pela

Convenção nº 158 da OIT, pelo tratamento ao tema em outros ordenamentos jurídicos e por algumas repercussões no mundo do trabalho da regulamentação do art. 7º, I, da CR/88, sob o ponto de vista obreiro e patronal.

1. O Direito do Trabalho como direito humano fundamental promotor do princípio da dignidade humana e instrumento de melhoria da condição social do obreiro

Em face das atrocidades cometidas contra o homem, em especial, decorrentes das grandes guerras, viu-se a necessidade de se reconhecer a dignidade humana como um valor e um princípio fundamental.

Este valor foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, documento que reconheceu a dignidade humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. No plano constitucional, a Alemanha, em 1949, foi a primeira a reconhecer a dignidade da pessoa como núcleo dos direitos fundamentais do cidadão (LEDUR, 1998).

A Constituição brasileira de 1998 deixou claro ser a dignidade humana o princípio e o fim maior de todo o ordenamento jurídico. No entanto, já em 1946, a Norma Fundamental fazia referência à dignidade, que, estava diretamente vinculada ao trabalho¹. Segundo Ledur (1998, p.24), “a primeira forma de referência à dignidade humana em texto constitucional brasileiro ocorreu de forma associada ao trabalho”.

Nesta ordem de ideias, mostra-se, a dignidade

humana, como centro dos direitos humanos fundamentais, encontrando no trabalho um dos meios de sua efetivação.

Entretanto, não é qualquer trabalho que confere dignidade à pessoa, mas sim, aquele exercido nos moldes da legislação especial que tem por finalidade a melhoria das condições de vida e da pactuação da força de trabalho e a inserção socioeconômica de parte significativa da população que carece de riqueza material acumulada e que, por este motivo, vive do seu próprio trabalho².

O Direito do Trabalho é o ramo do Direito que tem como objetivo central a promoção da dignidade do trabalhador, através de normas que possibilitem a melhoria da sua condição social e confirmam um “patamar civilizatório mínimo”³. É ele também o responsável pela distribuição mais equânime dos proventos decorrentes dos avanços tecnológicos e do capitalismo.

O Direito do Trabalho permite que o labor exercido proporcione condições melhores de vida e desenvolvimento para o ser humano, promovendo a sua dignidade, sendo, assim, uma das maiores expressões dos Direitos Humanos Fundamentais.

Assim, os Direitos Humanos Fundamentais, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Direito do Trabalho e o trabalho, mostram-se umbilicalmente interligados.

A partir do momento em que o princípio da dignidade da pessoa humana se torna o eixo central dos Direitos Humanos, se mostra, o Direito do Trabalho, como um dos instrumentos mais adequados para promovê-lo⁴.

É por meio do trabalho prestado com respeito ao Direito do Trabalho que a maioria das pessoas, destituídas de riqueza, têm a oportunidade de, além de prover seu sustento próprio e o de sua família, melhorar a sua condição de vida.

É através dele que se pode prover uma educação e saúde de melhor qualidade, adquirir bens de consumo, ocupar um espaço socialmente reconhecido, realizar projetos e, conseqüentemente, desfrutar de um padrão de vida digno e humano.

O Direito do Trabalho humaniza o capitalismo e permite a inserção do indivíduo na sociedade mediante a partilha de ganhos decorrentes deste sistema. Segundo Maurício Godinho Delgado:

Esse padrão básico de dignidade social, econômica e profissional é, na sociedade capitalista, conferido, classicamente, à maioria das pessoas pelo Direito do Trabalho. A história do capitalismo ocidental demonstra que não se criou ainda neste sistema de desigualdade melhor padrão de inserção da grande massa dos indivíduos no mercado econômico senão por meio da norma justralhista, do Direito do Trabalho (DELGADO, 2004, p.375).

Complementa o autor dizendo que, por meio de um rol de normas tuitivas, é possível se fazer justiça social e distribuição de renda:

[...] é pela norma jurídica trabalhista, interven-tora no contrato de emprego, que a sociedade capitalista, estruturalmente desigual, consegue realizar certo padrão genérico de justiça social, distribuindo a um número significativo de indivíduos (os empregados), em alguma medida, ganhos do sistema econômico (DELGADO, 2004, p.122).

De acordo com Ledur (1998, p.167), “o direito a um posto de trabalho, com remuneração condigna, constitui condição *sinequa non* para que a imensa maioria dos indivíduos possa exercer o direito fundamental que está no princípio de todos, o direito à própria vida”, e, acrescente-se, um posto de trabalho onde haja a fruição de Direitos Trabalhistas, que cerque o trabalhador de garantias que lhe permita viver dignamente.

O mesmo autor assevera que “[...] somente na medida em que as pessoas puderem prover dignamente a seu sustento e ao de sua família, estarão aptas a influírem decisivamente na conformação do seu espaço vital” (LEDUR, 1998, p.96), o que nos faz concluir que o exercício dos direitos fundamentais depende da existência de uma vida digna, que é alcançada por meio do trabalho resguardado pelo Direito Laboral. “A existência digna está intimamente relacionada ao princípio da valorização do trabalho humano. Assim, a dignidade da pessoa humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada” (LEDUR, 1998, p.95), valorização esta que é alcançada por

meio do cumprimento, aprimoramento e efetividade das normas trabalhistas.

Nesta ordem de ideias, aduz Maurício Godinho Delgadoque:

O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética (DELGADO, 2004, p.36).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 23, preceitua que “toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana”, e, esta remuneração é alcançada com a fruição dos direitos trabalhistas.

Segundo Ledur (1998, p.91) “o Direito é uma ciência normativa e social. Deve, em consequência, recolher na realidade normativa a fonte inspiradora para dar à dignidade da pessoa humana o conteúdo reclamado”, assim, o Direito do Trabalho infere da realidade o importante papel que o trabalho exerce na sociedade e se ocupa de protegê-lo, promovendo a dignidade da pessoa humana e, por consequência, os direitos humanos⁵.

Analisando o passado, que não raro se repete no presente, podemos observar a superexploração, a miséria e a exclusão decorrente de um contexto em que

parte dos atores sociais defendia a não incidência das normas trabalhistas.

A flexibilização, desregulamentação e primazia da autonomia da vontade entre partes desiguais geram deletérios efeitos na sociedade, pois, o trabalho e o Direito do Trabalho deixam de cumprir com o seu papel⁶.

Já dizia o pensador e religioso francês Lacordaire (apud VILLELA, 2013, p.8) no século XIX, que “entre o forte e o fraco, entre o rico e pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”. O Direito do Trabalho, nesta toada, é imprescindível para a existência de uma vida digna segundo os ditames dos Direitos Humanos Fundamentais.

Assim, a regulamentação dos direitos trabalhistas previstos na Constituição passa a ser uma máxima.

Assevera José Luiz Quadros de Magalhães (2000, p.15) que “muitas características da sociedade romana estão ainda presentes entre nós, mais notadamente, a existência de valores que colocam o patrimônio privado em escala valorativa maior do que a própria vida humana”.

Neste sentido pode-se observar uma retomada da prevalência do individualismo, materialismo e da busca incessante pelo lucro em detrimento das questões sociais, temática condizente com a discussão entre empregadores e empregados acerca da regulamentação do direito à garantia no emprego. As crises econômicas, o desemprego em massa e as pressões financeiras mundiais representam este contexto.

A efetividade e regulamentação dos direitos trabalhistas aparecem como uma alternativa para huma-

nizar esse sistema, pois, como se buscou demonstrar, é o Direito do Trabalho que qualifica a relação empregatícia como um dos melhores instrumentos de realização da Dignidade da Pessoa Humana e de Direitos Humanos Fundamentais.

O caráter tuitivo do Direito do Trabalho, a sua capacidade de distribuir renda, sua feição de ação afirmativa e todos os benefícios decorrentes de um trabalho prestado sob o seu manto são capazes de gerar uma sociedade mais justa, humana e solidária.

Afinal, segundo nos coloca Comparato (2001, p.57), é necessário haver uma “consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância”. Daí dever a dignidade humana do trabalhador, como valor elevado que é, ser respeitada e concretizada via Direito do Trabalho.

2. O direito à garantia de emprego sob a perspectiva histórica

Logo no período inicial de criação do Direito do Trabalho no Brasil, época da incipiente industrialização no país, já existia a figura da garantia no emprego.

Ela surgiu na esfera previdenciária e visava fixar o trabalhador no emprego como meio de financiamento das contribuições e benefícios da seguridade. De acordo com Andréa Vasconcellos, a estabilidade:

[...] inicialmente esteve relacionada às leis que regulamentavam as caixas de pensões e os institutos de previdência. Havia a necessidade de suprimento de fundos às instituições de previdência social, e a permanência no emprego proporcionava uma base segura para a continuidade das contribuições. De fato, dois elementos são de suma importância ao seguro social: o número de beneficiários e sua permanência na empresa (VASCONCELLOS, 2010, p.33).

A Lei Elói Chaves (Lei nº 4.682, de 1923), que criou a Caixa de Aposentadoria e Pensão dos Ferroviários, garantiu estabilidade aos empregados desta categoria após dez anos de permanência no serviço.

Em 1935, a estabilidade deixou de ligar-se à previdência, passando a constar na Lei nº 62, que tratava do contrato de trabalho.

As Constituições de 1937, 1946 e 1967 consagraram expressamente a estabilidade e, no mesmo sentido, a CLT, dos artigos 492 a 500, em harmonia com os princípios trabalhistas da proteção e da continuidade da relação de emprego. A norma jurídica valorizava a permanência do vínculo empregatício em face dos benefícios que gerava.

De acordo com a lei, o empregado que contasse com mais de dez anos de serviço na mesma empresa era considerado estável, podendo ser dispensado apenas por motivo de falta grave ou por circunstâncias de força maior devidamente comprovadas.

Antes de completados os dez anos, a dispensa

imotivada se tornava mais onerosa proporcionalmente ao tempo de serviço, sendo devida ao obreiro uma indenização, calculada à base da maior remuneração do trabalhador por ano contratual ou fração igual ou superior a seis meses. “Ainda que fosse viável, juridicamente, o exercício potestativo da prerrogativa de rompimento unilateral do contrato (antes de dez anos ou nove, segundo a jurisprudência), tal exercício era, do ponto de vista econômico, fortemente restringido” (DELGADO, 2009, p.1138).

De acordo com a doutrina⁷, o sistema tradicional da estabilidade decenal⁸ promovia tanto a integração do trabalhador na empresa, quanto o princípio da continuidade da relação de emprego na medida em que restringia ou tornava economicamente desvantajoso o exercício do poder diretivo patronal para colocar fim ao contrato de trabalho.

Entretanto, a norma em questão sempre fora objeto de muitas críticas, ao argumento de que era extremamente rígida e não contemplava, como fatores justificadores da dispensa, circunstâncias econômicas, financeiras e tecnológicas que, comprovadamente, afetassem a dinâmica e a estrutura empresarial.

Como resultado da insatisfação patronal, foi criado, em 1966, o sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

Tais críticas encontraram cenário político ideal para vicejarem no regime autoritário instaurado no país em 1964. Exponenciadas pelo discurso oficial do novo regime, harmônico a uma políti-

ca econômica de franco cunho neoliberal, e pelo silêncio cirurgicamente imposto às vozes e forças adversas, essas críticas encontraram fórmula jurídica alternativa ao sistema celetista combatido – o mecanismo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (DELGADO, 2009, p.1139).

O sistema do Fundo de Garantia surgiu para funcionar como um sistema alternativo ao da estabilidade decenal, cabendo ao trabalhador escolher a qual deles aderir no momento de celebração do contrato de trabalho.

Optando o trabalhador pelo sistema do Fundo de Garantia, teria, o mesmo, o direito a depósitos mensais em sua conta vinculada, no importe de 8% (oito por cento) sobre o seu complexo salarial mensal e, quando da dispensa imotivada, a uma indenização no importe de 10% (dez por cento) do montante total do FGTS depositado pelo seu empregador e corrigido monetariamente, além da possibilidade de sacar o valor constante na sua conta. Esta opção excluía o obreiro do sistema da estabilidade decenal e da indenização crescente proporcional ao tempo de serviço.

O modelo reduziu o obstáculo econômico à ruptura contratual, facilitando a dispensa imotivada, aproximando, neste aspecto, o mercado de trabalho brasileiro de um mercado do tipo liberal (DELGADO, 2009, p.1141).

Com a CR/88, colocou-se fim à dualidade de regimes, sendo universalizado o FGTS para todo o mercado de trabalho e revogada tacitamente a estabilidade decenal.

Entretanto, a mesma norma constitucional trouxe diretriz nova sobre a garantia de emprego, em verdadeira promoção ao trabalhador e aos princípios da dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, proteção e continuidade da relação de emprego. Para Maurício Godinho Delgado:

[...]a universalização do FGTS e revogação do antigo sistema estabilitário e de garantia do tempo de serviço da CLT poderiam fazer crer que a Carta Magna tivesse feito inequívoca opção política por um sistema do tipo liberal, isto é, um sistema não regulado, no tocante à dinâmica da continuidade e cessação dos contratos de trabalho no país. Esta conclusão não seria correta, entretanto, uma vez que a mesma Constituição trouxe [...] diretriz instigadora da busca de novo sistema de regulação das rupturas contratuais por ato empresarial (DELGADO, 2009, p.1141).

Tal diretriz está insculpida no texto do art. 7º, I, da CR/88, segundo o qual “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Paralelamente, registre-se acerca da norma do art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que, para compensar a ausência de regulamentação do citado art. 7º, I, da CR/88, majorou a

multa do FGTS de 10% (dez por cento) para 40% (quarenta por cento) quando das dispensas imotivadas. Segundo o seu texto, “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição, fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no Art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966”⁹.

Na mesma linha de proteção à manutenção do emprego, com o encarecimento da dispensa sem justa causa, a Constituição ainda criou, em seu inciso XXI, a figura do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo este regulamentado em outubro de 2011, através da Lei nº 12.506¹⁰.

Ao que nos parece, da análise dos textos dos dispositivos constitucionais citados, o Legislador Constituinte Originário buscou compatibilizar o direito à garantia de emprego com o direito ao FGTS, trazendo um novo enfoque à ótica estritamente individualista e antissocial, que defende a dispensa do empregado como direito potestativo empresarial, reafirmando, com isso, o primado conferido ao trabalho e o valor social deste enquanto instrumento de promoção da dignidade humana.

3. Os princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego

Dentre os diversos conceitos para o vocábulo *princípio*, pode o mesmo ser definido como aquilo que é tomado ou como ponto de partida e base sobre a qual

se estrutura um conhecimento teórico e ou sobre que se constitui um sistema pragmático regulador de ações racionalmente voltadas para fins (MARÇAL, 2007). E complementa o autor dizendo que:

Princípio, assim, denota uma relação de procedência ou de derivação entre elementos de uma totalidade ou sistema e é apresentado em uma formulação linguística[sic] bem estruturada sintática, semântica e pragmaticamente. No âmbito do conhecimento teórico, o enunciado principiológico simultaneamente apresenta, correlaciona e integra, operacionalmente, elementos fundamentais do conhecimento em questão. No âmbito prático do agir, o enunciado principiológico se apresenta como um comando que regula ações e comportamentos (MARÇAL, 2007, p.87).

Sobre o tema, especificamente na seara laboral, assevera Américo Plá Rodríguez que:

[...] São enunciados básicos que contemplam, abrangem, compreendem uma série indefinida de situações. Um princípio é algo mais geral do que uma norma porque serve para inspirá-la, para entendê-la e para supri-la. E cumpre essa missão relativamente a número indeterminado de normas. Diz-se que constitui a base geral onde repousa o ordenamento, um sentido da legislação, uma orientação recorrente nela, que se

reflete em uma pluralidade de disposições. Por isso se fala de princípios básicos ou fundamentais, porque servem de cimento a toda a estrutura jurídico-normativa laboral (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p.16).

O Direito do Trabalho nasce da existência de uma desigualdade entre os sujeitos da relação de emprego, o que justifica um ramo jurídico especializado para, no plano legal, tentar equilibrar a diferença social e econômica existente no plano fático entre empregado e empregador. Alice Monteiro de Barros, citando Salvatore Hernandez, aduz que o Direito do Trabalho:

[...] é um todo centralizado no princípio da tutela compensatória ao trabalhador subordinado, que consiste num conjunto de normas estabelecidas para contrabalançar a posição superior do empregador não apenas de fato, mas também juridicamente reconhecida e normativamente sustentada (HERNANDEZ *apud* BARROS, 2009, p.180).

O Direito do Trabalho é “um direito especial, que se distingue do direito comum, especialmente porque, enquanto o segundo supõe a igualdade das partes, o primeiro pressupõe uma situação de desigualdade que ele tende a corrigir com outras desigualdades” (DEVELLI *apud* SUSSEKIND *et al.*, 2005, p.144).

Este ramo do Direito se estrutura a partir de um núcleo basilar de princípios peculiares que têm por fi-

nalidade precípua a proteção do trabalhador, parte hipossuficiente da relação, para tentar minimizar a sua desigualdade frente ao empregador.

Este conjunto fundamental é formado pelos princípios (i) da proteção; (ii) da continuidade da relação de emprego; (iii) da norma mais favorável; (iv) da irrenunciabilidade dos direitos; (v) da condição mais benéfica; (vi) da inalterabilidade contratual lesiva; (vii) da primazia da realidade e (viii) da imperatividade das normas trabalhistas.

Pode-se dizer que todos estes princípios decorrem do princípio da proteção e, para Alice Monteiro de Barros:

O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente (BARROS, 2009, p.181).

Este princípio, segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2012) insere-se na estrutura do Direito do Trabalho como meio de minimizar a superexploração do capital sobre o trabalho e de promover melhorias nas condições de vida dos empregados. “O polo mais fraco da relação jurídica de emprego merece um tratamento jurídico superior, por meio de medidas protetoras, para que se alcance a efetiva igualdade substancial” (GARCIA, 2012, p.96).

Ao lado do princípio da proteção, é basilar do Direito do Trabalho também o princípio da continuidade da relação de emprego, segundo o qual, quanto mais tempo o obreiro mantiver um vínculo empregatício, mais benefícios ele alcançará, por meio do gozo das vantagens que o trabalho lhe proporciona. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

[...]é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade (DELGADO, 2009, p.193).

Quanto maior tempo de vinculação do obreiro a seu empregador, mais condições ele tem de melhorar sua remuneração, de se qualificar e se afirmar socialmente. O empregador passa a ter mais interesse em investir nesse funcionário, que, por sua vez, busca aprimorar seus conhecimentos, gerando, assim, um círculo de vantagens.

Ademais, é por meio do trabalho, como citado, que a maioria das pessoas provê o sustento próprio e o de sua família, sendo importante estimular a manutenção do vínculo. Ademais, o trabalho é um meio de manutenção do próprio sistema capitalista, na medida

em que o obreiro, com o uso de seu salário, consome os bens e serviços ofertados no mercado.

Este princípio é a base legal para a regra geral segundo a qual os contratos de emprego são firmados por prazo indeterminado e, apenas, excepcionalmente, a termo.

Ele também é responsável por algumas presunções favoráveis ao obreiro, a exemplo da prevista na Súmula 212 do TST, que determina que havendo a ruptura do vínculo presume-se que ocorreu da forma mais onerosa ao empregador (dispensa sem justa causa), cabendo a este, a prova de outra modalidade rescisória (pedido de demissão ou dispensa por justa causa). Ainda, dispõe a súmula que havendo controvérsia sobre a ruptura do vínculo, presume-se a continuidade do contrato.

O princípio da continuidade também é o fundamento para a sucessão de empregadores, prevista nos artigos 10 e 448 da CLT, que determinam que as alterações na estrutura da empresa não afetarão os contratos de trabalho, que permanecem vigentes e nas mesmas condições.

As estabilidades provisórias, a exemplo da estabilidade do dirigente sindical, da gestante, do cipeiro e do empregado acidentado, também são expressão deste princípio. E, “nas hipóteses de suspensão e interrupção¹¹ do contrato de trabalho, embora não havendo a prestação de serviços, o contrato de trabalho não é encerrado, buscando-se, assim, a sua manutenção” (GARCIA, 2012, p.103).

Por tudo isto, o rol de princípios cardeais do

Direito do Trabalho, dentre os quais se destacam os princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego, representam o valor supremo deste ramo especial do Direito, devendo as demais normas serem criadas e interpretadas à sua luz.

Nesta ordem de ideias, emerge o direito à garantia de emprego, como expressão da concretização dos princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego, pois, além de resguardar o obreiro do exercício potestativo da dispensa sem qualquer justificativa, ele permite a inserção do obreiro na estrutura empresarial por mais tempo, fato que gera benefícios não apenas para o trabalhador, mas também para o empregador, em especial, no que diz respeito à rotatividade de mão-de obra e aos gastos que dela decorrem.

4. A Convenção nº 158 da OIT: conteúdo, denúncia e (in)compatibilidade com o art. 7º, I, da CR/88

Em 1982, foi editada a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, Pessoa Jurídica de Direito Público Internacional, criada em 1919 como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, fundada na convicção primordial de que a paz universal e permanente somente poderia estar baseada na justiça social.

Esta Convenção trata da proibição da dispensa arbitrária pelo empregador e elenca as hipóteses que não constituem motivos válidos de dispensa por justa causa¹²

Em 22 de junho de 1985, ela foi assinada e ratificada pelos dois primeiros países membros da OIT, sendo sua vigência internacional iniciada em 23 de novembro de 1985. “Hoje são 34 (trinta e quatro) países signatários, entre os quais estão incluídos: França, Portugal, Espanha, Suécia, Austrália, Finlândia, Turquia, Marrocos e Venezuela” (VASCONCELLOS, 2010, p.61).

A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 5 de janeiro de 1995, entrando em vigência a partir de 5 de janeiro de 1996. Os Decretos Legislativo nº 68, de 1992 e Presidencial nº 1.855, de 1996, respectivamente, a aprovaram e promulgaram.

De acordo com o art. 4º da Convenção, “não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

Já segundo o disposto nos artigos 8º e 10, o empregado é autorizado a recorrer perante um Órgão neutro, representado por um tribunal ou por um árbitro, caso tenha interesse em rever sua dispensa e analisar sua justificativa. Concluindo este Órgão ter sido injustificada a rescisão contratual, pode determinar ou a reintegração do obreiro ou o pagamento de uma indenização ou outra reparação adequada.

Conforme se infere do texto da Convenção, ela não proíbe a dispensa dos empregados; apenas a vincula a um motivo relevante, que pode ser ligado à conduta do obreiro ou a necessidades da empresa. Nas palavras de Maciel,

A Convenção 158, não é uma camisa de força, na qual a empresa se insere em decorrência de uma norma proibitiva de seu direito potestativo de demitir. O que a convenção 158 proíbe é a demissão arbitrária, mas admite que possa o empregado ser demitido por causa justificada relacionada com sua capacidade, com seu comportamento ou ainda, admite a demissão do empregado ou empregados desde que comprovada a necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, o que evidencia a elasticidade da norma (MACIEL, 1996, p. 61).

Entretanto, apesar da elasticidade da dita norma internacional, a classe patronal colocou-se contrária à vedação da dispensa imotivada, tendo a ratificação da Convenção causado “reações exacerbadas da classe empresarial de todo o País, dado o suposto ônus econômico-financeiro que sua aplicação acarretaria aos empregadores” (VASCONCELLOS, 2010, p.75).

A classe patronal ainda buscou indispor o trabalhador em relação à Convenção nº 158, afirmando, sem dados probatórios, que sua adoção acarretaria o fim da indenização de 40% (quarenta por cento) sobre o saldo do FGTS em caso de demissão justificada por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos por iniciativa do empregador¹³.

Neste contexto, a Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria, em 08/07/1996, propuseram a ADIn nº 1480/DF, com pedido de medida cautelar, questionando a validade

jurídico-constitucional dos Decretos ratificadores da Convenção nº 158 da OIT no Brasil, sustentando conflito com o art. 7º, I, da CR/88, que reserva à lei complementar a regulamentação do direito à garantia de emprego e que prevê indenização compensatória na hipótese de dispensa sem justa causa¹⁴.

Antes que o Judiciário apreciasse a ADIn, o Governo, por ato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 20 de dezembro de 1996, denunciou a Convenção, mediante o Decreto nº 2.100, afirmando que a sua manutenção:

[...] acarretaria visível desconforto aos Estados soberanos, vez que estaria sofrendo limitações no direito patronal de dispensar, no direito do trabalhador, as reparações advindas, além de fomentar intervenção estatal e reduzir o círculo de mobilidade dos interlocutores (VASCONCELLOS, 2010, p.74).

Após a denúncia da Convenção nº 158 da OIT por parte do Governo brasileiro, em 27/06/2001, o Relator da ADIn nº1480/DF, Ministro Celso de Mello, monocraticamente, julgou extinto o processo em virtude da perda superveniente de seu objeto, eis que também deixaram de existir os atos estatais – Decretos Legislativo nº 68/1992 e Presidencial nº 1855/1996 – questionados em sede de controle concentrado de constitucionalidade (BRASIL, 2014b).

Posteriormente, nova discussão foi travada, agora capitaneada pelos trabalhadores, impugnando a

forma como ocorrera a denúncia da Convenção internacional.

Isto porque, de acordo com o art. 17 da referida Convenção, esta só poderia ser denunciada no fim de um período de 10 (dez) anos, a partir da data de sua entrada em vigor. Mas a dúvida girava em torno deste marco temporal, se seria a vigência no plano internacional (23/11/85) ou a vigência no plano interno (05/01/96).

Duas correntes se desenharam, então, a respeito da questão. Para uma primeira corrente, levando em consideração a vigência no plano internacional, a denúncia poderia ocorrer de 23/11/95 a 23/11/96. Como foi feita neste interregno - em 20/11/96 -, a mesma teria sido válida. Já para a segunda corrente, por dois argumentos, a denúncia da Convenção nº 158 teria sido inválida. A um, porque realizada em menos de um ano após a vigência interna. A dois, porque, ainda que o marco temporal fosse a vigência internacional, a denúncia seria extemporânea, eis que seus efeitos se deram em 23 de dezembro de 1996 - após a publicação do Decreto nº 2.100, portanto -, quando deveriam ter se dado em 22 de dezembro de 1996, em razão mesmo da vigência internacional, ocorrida, como dissemos, em 23/11/1985 (VASCONCELLOS, 2010).

Alegando justamente que a denúncia feita pelo Presidente era eivada de vício, especificamente de inconstitucionalidade material, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e a Central Única dos Trabalhadores, em 19/06/1997, ajuizaram a ADIn nº 1625/DF, que teve seu pedido julgado improceden-

te pelo Ministro Nelson Jobim, relator-presidente, em voto-vista, ao argumento, em suma, de que o chefe do Executivo “em razão de representar a União na ordem internacional, pode, por ato isolado e sem anuência do Congresso Nacional, denunciar tratados, convenções e atos internacionais” (VASCONCELLOS, 2010, p. 76)¹⁵.

Em meio a este imbróglio, em 20/02/2008, o então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, encaminhou mensagem aos membros do Congresso Nacional, solicitando a apreciação e incorporação ao nosso ordenamento jurídico dos termos da Convenção da OIT.

Na Câmara dos Deputados, a Mensagem nº 59/2008 foi enviada, nesta ordem, à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional¹⁶, à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público¹⁷ e à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania.

Nas duas primeiras, no mérito, ela foi rejeita. Na última, em decorrência das rejeições anteriores, ela foi analisada apenas no que tange à constitucionalidade e à juridicidade da Convenção internacional, estando ainda sujeita à apreciação do Plenário da Câmara.

Interessante transcrever o voto do relator da última Comissão, o Deputado Ricardo Berzoini (PT/SP), apresentado em 20/10/2011, em favor da constitucionalidade e juridicidade da Mensagem nº 59/2008 do Poder Executivo, ressaltando que a ratificação da Convenção nº 158 da OIT acabaria servindo como estímulo para que o legislador interno regulamentasse o art. 7º, I, da CR/88:

[...] fica evidenciado que a ratificação da Convenção nº 158 da OIT não impede, em momento algum, a edição de lei complementar, tampouco tem por objeto tornar obrigatória a reintegração/estabilidade no emprego. Não seria crível acreditar que a intenção da OIT fosse a de regulamentar a proteção do emprego de forma minuciosa, exaustiva e impositiva, tendo em vista a quantidade de países membros da Organização e as particularidades dos ordenamentos jurídicos de cada um deles.

Nesse contexto, estando caracterizada a eficácia contida da Convenção nº 158 da OIT, uma vez que a sua aplicação depende de efetiva integração ao ordenamento jurídico nacional, integração essa que se dará com a aprovação de lei complementar, nos termos do inciso I do art. 7º da Constituição Federal, tal qual decidido pelo STF, não há que se falar em inconstitucionalidade formal do ato em apreço.[...]

Por fim, e sem entrar no mérito, cabe considerar que a ratificação pode servir como fundamento para que este Poder Legislativo passe a dar a devida importância à discussão sobre a proteção do emprego e, dessa forma, venha a efetivar a edição de lei complementar que defina os conceitos de “despedida arbitrária” e de “sem justa causa”, as formas de indenização para as despedidas imotivadas e os outros direitos pertinentes, tal

qual estabelecido no inciso I do art. 7º da Constituição Federal. E, nesse sentido, a Convenção nº 158 da OIT pode servir como parâmetro para os debates (BRASIL, 2014a).

Afinal de contas, nos termos do art. 10 da Convenção, os Estados-Partes não estão obrigados a instituírem em seus ordenamentos a reintegração no emprego, podendo optar pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, o que nos faz crer que poderia haver uma compatibilização entre o texto desta norma, o texto do art. 7º, I, da CR/88 e a realidade brasileira, com o escopo de dar efetividade ao direito fundamental à garantia de emprego.

6. Repercussões da falta de regulamentação do direito à garantia de emprego: perspectiva obreira, patronal e governamental

O trabalho, conforme buscou-se demonstrar, exerce um papel de centralidade na sociedade, o que demonstra sua importância majorada.

Por este motivo ele passou a ser o objeto de um ramo especial do Direito, que, a partir do princípio da proteção, foi estruturado com normas que regulam a relação empregatícia, buscando evitar os malefícios outrora experimentados, quando se concebia a igualdade formal entre empregado e empregador.

Para que a condição social do obreiro seja me-

lhorada através do trabalho prestado à luz do Direito do Trabalho é importante que ele se insira na dinâmica empresarial de forma duradoura e não por prazo certo.

Entretanto, o que se vê hoje é uma grande facilidade de dispensar o trabalhador, sem qualquer justificativa, sendo alta a rotatividade de mão-de-obra no Brasil.

De acordo com pesquisa do DIEESE (DEPARTAMENTO, 2013), por muitos anos, em especial na década de 1990, a maioria da população brasileira não colheu os frutos do crescimento econômico do país, que foi gozado por poucos, gerando enorme concentração de renda, sofrendo os obreiros com as crises econômicas e redução do nível de emprego.

A partir de 2004, houve uma retomada do crescimento econômico e uma melhora da taxa média de desemprego, o que influenciou nos processos de negociação coletiva com ganhos para os trabalhadores.

Entretanto, a alta taxa de rotatividade de mão-de-obra compromete o gozo destes benefícios, que acabam sendo anulados pelas empresas à medida que os empregados são dispensados e outros contratados por salários mais baixos ou pelo piso da categoria.

Segundo a pesquisa:

O mercado de trabalho é bastante flexível em termos quantitativos. Um nível mínimo de rotatividade é aceitável em qualquer mercado de trabalho. No Brasil, contudo, as taxas de rotatividade da mão-de-obra nos últimos 10 anos se mantiveram em patamares elevados, acima de 40% praticamente em todo o período.

Em 2007, 14,3 milhões de trabalhadores foram admitidos e 12,7 milhões foram desligados das empresas. Do total de empregados desligados, 59,4%, ou 7,6 milhões foram dispensados por meio de demissões sem justa causa ou imotivada.

A facilidade para demitir trabalhadores permite que as empresas utilizem esse mecanismo de rotatividade para reduzir os custos salariais, desligando profissionais que recebem maiores salários e contratando outros por menores salários. Os salários dos trabalhadores admitidos no triênio 2005-2007 foram sempre inferiores aos dos trabalhadores desligados (nem todos por justa causa). Os percentuais de redução foram 11,42%, em 2005, 11,06%, em 2006, e 9,15%, em 2007. Ou seja, no momento da contratação, os novos trabalhadores são, na maior parte, contratados com salários menores, o que implica redução gradual do salário médio (DEPARTAMENTO, 2013, p.5).

A ausência de garantia de emprego, sob a perspectiva obreira, acaba sendo fonte de redução de salário e, conseqüentemente, de seu poder aquisitivo, o que reflete na qualidade de vida, saúde, educação e lazer do trabalhador e sua família.

Ela ainda inibe a busca do empregado por seus direitos no curso da relação de emprego. O que se percebe é que o Direito do Trabalho “tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de

seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento admite como tolerável” (PIMENTA, 2004, p.340), havendo no Brasil uma verdadeira síndrome do descumprimento das obrigações. Dentre as causas para esta situação, podemos citar:

[...]a impunidade, absoluta ou relativa, de que gozam as empresas e os empresários de nosso país – é quase sempre mais vantajoso descumprir a lei trabalhista do que cumpri-la espontaneamente, ao mesmo tempo em que é também vantajoso aguardar que os trabalhadores lesados (na verdade, apenas parte deles) recorram ao Judiciário trabalhista para eventuais transações (sempre mais vantajosas, para o devedor, que o total cumprimento das normas trabalhistas) ou para condenações quase sempre tardiamente executadas (PIMENTA, 2000, p.191).

Diante do descumprimento voluntário, reiterado e inescusável da norma pelo destinatário- o empregador -, o titular do direito- o empregado - muitas vezes conforma-se pura e simplesmente com a ofensa, gerando um fenômeno denominado litigiosidade contida¹⁸, para o qual contribui diretamente a falta de regulamentação do art. 7º, inciso I, da CR/88, tendo em vista o temor por parte do trabalhador em exercer o seu direito de ação no curso da relação de emprego e, por este motivo, ser dispensado injustamente¹⁹.

Além disso, o obreiro imotivadamente dispensado não tem a possibilidade de saber a causa que gerou

o seu desligamento e, conseqüentemente, de se adequar aos padrões de qualidade exigidos pelo concorrente mercado de trabalho. Também, não há contraditório, carecendo o trabalhador da oportunidade de trazer seus argumentos para evitar a ruptura contratual, tendo de se conformar e se consolar com a multa dos 40% (quarenta por cento) sobre o FGTS.

Sob a perspectiva empresarial, se a alta rotatividade, por um lado, pode ser instrumento de redução salarial, por outro, ela acaba implicando na majoração de custos com seleção, contratação, treinamento e dispensa de funcionários.

As despesas com treinamento, em especial, são diuturnamente mais expressivas em face do cenário atual de política nacional de combate e prevenção dos acidentes do trabalho. Os deletérios efeitos gerados pelos infortúnios laborais, que fazem com que um trabalhador perca sua vida a cada 3,5 (três vírgula cinco) horas de trabalho (OLIVEIRA, 2011), tem sido veementemente combatidos pelas três esferas do Poder e pela sociedade civil como um todo, sendo exigido da empresa um cuidado cada vez maior com a saúde e segurança do obreiro.

Relevante ressaltar, ainda, que uma das formas de se alcançar melhores resultados dentro da empresa é através da meritocracia, sendo o trabalho mensurado pelo resultado e o obreiro beneficiado em virtude do êxito alcançado.

Essa importante ferramenta de gestão de pessoas está diretamente ligada ao tempo que o trabalhador fica inserido na dinâmica empresarial, pois, quanto

mais ele se dedica e aprimora seu trabalho, mais é reconhecido e mais a empresa lucra. A permanência do empregado gera o maior conhecimento e domínio sobre o trabalho realizado e faz com que a empresa invista na sua qualificação, tudo contribuindo para o aumento da produtividade.

Assim, para a empresa é melhor investir no seu funcionário e não praticar uma política de constantes dispensas imotivadas, o que, inclusive, gera mal estar entre os empregados e reflete no seu desempenho. A regulamentação do art. 7º, I, da CR/88, pode contribuir para esta dinâmica.

No que tange ao argumento de que a garantia de emprego aumentaria os índices de informalidade das relações de emprego, chamamos a atenção para a sua fragilidade. Não raro, o destinatário da norma encontra formas de se furtar ao seu cumprimento quando ela lhe causa maiores ônus.

Entretanto, este é um problema decorrente da nossa recente história democrática, haja vista muitos ainda negligenciarem o fato de que a lei é resultado do anseio de diferentes estratos sociais. De tal modo que, assim como o outro deve respeitar a norma que nos beneficia, embora lhe seja onerosa, também nós devemos respeitar a lei de que desgostamos, porque escolhemos viver em um Estado de Democrático de Direito, que abriga interesses antagônicos mas que convivem lado a lado.

Por fim, a alta rotatividade também gera custos para o governo, que perde com o pagamento do seguro desemprego. Estes valores desembolsados poderiam

ser investidos em outros programas em benefício dos trabalhadores e empregadores, como, por exemplo, em qualificação de mão-de-obra.

A regulamentação do direito à garantia de emprego, sendo analisada não apenas pelo enfoque obreiro, baseado no princípio da proteção, mas pelo enfoque patronal e governamental, nos faz crer que ela é capaz de gerar expressivos benefícios. Deve ser feita uma análise do tema divorciada de preconceitos e com base em estatísticas e dados comprovados sobre o contexto atual do mercado de trabalho brasileiro, com participação de todos os envolvidos, para se chegar a um texto de lei que reflita a realidade. Assim,

Regulamentar a garantia contra a dispensa imotivada ou arbitrária implica uma tentativa de buscar equilíbrio entre um sistema rígido, que impede qualquer tipo de dispensa, exceto a da “justa causa”, e um sistema, como o brasileiro, que garante ampla liberdade do empregador na demissão do empregado. É razoável reconhecer a possibilidade de dispensa em algumas situações, mesmo na ausência de “justa causa”. Todavia, não se pode esquecer o sentido social da proteção e segurança do emprego, a menos que se queira relegá-lo ao mero jogo das forças econômicas. Assim, a busca permanente de equilíbrio entre a segurança no emprego e a liberdade de dispensa dos trabalhadores deve ser assumida como um objetivo da sociedade brasileira (DEPARTAMENTO, 2013, p.9).

Conclusão

Desde os tempos mais antigos, o embate de interesses é inerente à relação entre capital e trabalho, mas é preciso absorver os anseios e valores da época em que vivemos, em especial, aqueles que norteiam nosso ordenamento jurídico.

A garantia de emprego, direito fundamental constitucionalmente garantido aos trabalhadores, é instrumento de reafirmação da centralidade do trabalho na sociedade, na medida em que não se trata de inibir a atividade empresarial mas, ao contrário, de adotar parâmetros para que ela ocorra, respeitando e promovendo os princípios da dignidade da pessoa humana e a função social do trabalho.

O fundamento da necessidade de regulamentação do referido direito pode ser encontrado nestes princípios constitucionais, bem como nos princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego, específicos da seara laboral.

A inserção do direito à garantia de emprego na CR/88 representou um avanço para a classe de trabalhadores, mas a sua falta de regulamentação lhes custa caro, pelo seu temor da dispensa imotivada, pela alta rotatividade da mão-de-obra como instrumento de redução de salário, pelo desconhecimento do motivo de seu desligamento e pela negação da possibilidade de argumentar.

Por vários momentos, vimos o assunto nascer e ser combatido, em especial, quando da ratificação e denúncia da Convenção nº 158 da OIT, o que, por si só, demonstra sua importância.

É preciso analisar o tema sem a paixão que suscita e, de maneira racional, fazer uma análise aprofundada do mercado de trabalho, dos custos da dispensa e da melhor forma de regulamentação da norma, atendendo, dentro do possível, às reivindicações de ambas as partes.

Vivemos em uma era em que a luta não é mais pela criação de leis, mas sim pela manutenção, regulamentação e efetivação dos direitos, para que os preceitos normativos não passem de “promessas não cumpridas”, em especial, na seara laboral, para que as normas trabalhistas possam, de fato, melhorar a condição social do obreiro.

Notas

1. Art. 145 da Constituição de 1946: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. Parágrafo único: “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”.
2. Além desta função, Maurício Godinho Delgado (2009) assevera que o Direito do Trabalho tem caráter progressista, modernizante e político conservador.
3. Expressão cunhada por Maurício Godinho Delgado (2009).
4. Segundo Ledur (1998, p.149), “as mudanças econômicas vêm expondo à mais absoluta insegurança aqueles que necessitam de trabalho. Diante desse quadro, impõe-se ao Direito que sinalize quais as opções que o legislador e o administrador devem assumir para a afirmação dos direitos fundamentais sociais. Ou isso se dá com a garantia de proteção a quem precisa trabalhar para prover a sua existência, ou então o Direito será identificado com fórmulas vazias, como mero servo dos beneficiários da concentração da riqueza e poder”.
5. O mesmo autor, com base na doutrina de Alexy, assevera que a dig-

nidade não é garantida quando a pessoa é humilhada, discriminada, perseguida, desprezada ou encontra-se desempregada (LEDUR, 1998). A partir da ideia aqui defendida, pode-se acrescentar que também há ofensa à dignidade da pessoa humana quando os direitos trabalhistas não são cumpridos ou carecem de regulamentação. Importante salientar que é possível visualizar na seara laboral um baixo índice de cumprimento voluntário das normas trabalhistas, fato que pode ser atribuído a diversos fatores. Uma das formas de se alterar a realidade é através do Processo, pois, quanto mais célere e eficaz for a prestação jurisdicional, menos interessante será para o empregador deixar para pagar as verbas judicialmente. Neste contexto, as tutelas de urgência, evidência e metaindividual se mostram úteis a esta finalidade.

6. Cumpre salientar que fora dos moldes do Direito do Trabalho, o poder aquisitivo dos trabalhadores e a arrecadação tributária diminuem o que é prejudicial ao próprio sistema. Maurício Godinho Delgado (2009) afirma que o Direito do Trabalho tem uma função política conservadora, na medida em que esse ramo jurídico especializado confere legitimidade política e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea.
7. Por todos, Maurício Godinho Delgado (2009, p.1138).
8. A terminologia *decenal* se devia ao tempo de 10 (dez) anos, após o qual os empregados alcançavam estabilidade no emprego.
9. Posteriormente, em 1990, a Lei nº 8.036, que substituiu a Lei nº 5.107 e passou a dispor sobre o FGTS, incorporou, no texto de seu artigo 18, a disposição do artigo 10, inciso I, do ADCT. Resultado disso é o valor da multa agora devida ao empregado pela sua dispensa sem justa causa, no patamar de 40% (quarenta por cento) do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho.
10. Art. 1º: “O aviso prévio [...] será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa”. Parágrafo único: “Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias”.
11. A suspensão e a interrupção do contrato de trabalho geram a cessação temporária da prestação de serviços pelo empregado. Mas, enquanto na suspensão não são devidos salários nem há cômputo do período de paralização no tempo de serviço do empregado (ex: intervalo inter e

intrajornada), na interrupção há pagamento de salário e contagem do tempo de serviço (ex: período de férias, repouso semanal remunerado, faltas justificadas).

12. De acordo com o texto da Convenção, não constituem motivos válidos de dispensa por justa causa: filiação sindical; exercício de mandato de representação dos trabalhadores; apresentação de queixa ou participação em processos contra o empregador por violações da legislação; razões relacionadas a raça, cor, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, gravidez, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social; ausência do trabalho durante licença-maternidade; e ausência temporária por força de enfermidade ou acidente.
13. Desconstruindo a afirmação da classe patronal, a Nota Técnica nº 61, de março de 2008, do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE): “essa argumentação, contudo, não resiste a uma análise comparativa. O fato de o empregador brasileiro, pela atual legislação, poder demitir sem justa causa não o exime do pagamento da compensação de 40% do saldo do FGTS ao trabalhador. Em síntese, atualmente é legal demitir sem justa causa, mas tem que indenizar o trabalhador demitido. Do mesmo modo, uma futura regulamentação da garantia contra a dispensa imotivada pode prever situações em que é lícito demitir em algumas circunstâncias (motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos bem definidos), desde que se pague ao trabalhador uma compensação pela perda do emprego. Se a compensação será menor, igual ou até mesmo maior do que a atual, só a lei complementar definirá” (DEPARTAMENTO, 2013).
14. Por votação majoritária, em 4/09/1997, o Tribunal Pleno do STF decidiu o pedido de medida cautelar para, em interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, afastar qualquer exegese que viesse a ter como autoaplicáveis as normas da Convenção nº 158 da OIT, constituindo as mesmas meras propostas de legislação dirigidas ao legislador interno (restaram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence) (BRASIL, 2014b).
15. De acordo com o último andamento publicado no site do STF os autos da ADIn foram remetidos em 03/06/2009, ao Gabinete da então Ministra Ellen Gracie, em virtude de pedido de vista. Sem outra movimentação até 05/04/2011, quando Vanderlino Miranda Nunes requereu prioridade na tramitação do feito ainda pendente de julgamento (BRASIL, 2014c).

16. A Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, em 03/06/2008, decidiu, por maioria, pela rejeição da proposta, fundamentada no “enorme prejuízo para os trabalhadores, para a geração de empregos, para o crescimento interno e a competitividade internacional do país” e pelo fato de que, no texto da Convenção, estaria “claro que esta não se aplica quando se chocar com as leis nacionais (artigo 1º) e, no caso do Brasil, isso ocorre com a própria Constituição Federal” (BRASIL, 2014a).
17. Também a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, por maioria, em 11/07/2011, opinou pela rejeição sob a justificativa de que, se a Convenção fosse aprovada, representaria um retrocesso ao país ante o risco iminente de uma redução na criação de empregos e, também, pelo fato de que o Brasil já possui um marco legal protetivo mais do que suficiente contra a dispensa de trabalhadores, fundado no aviso prévio, no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, na indenização sobre o FGTS e no seguro-desemprego (BRASIL, 2014a).
18. O fenômeno da litigiosidade contida é abordado por José Roberto Freire Pimenta (2000), mas segundo o autor, este grave estado de coisas foi analisado pioneiramente na doutrina brasileira por Antônio Álvares da Silva, em seu trabalho “A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil”, na obra coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, “As garantias do cidadão na Justiça”, publicada pela Editora Saraiva, em 1993.
19. Mesmo quando já cessado o vínculo empregatício, o receio é de não conseguir outra colocação profissional, por ter seu nome incluído em “listas negras” que circulam entre empregadores identificando os obreiros que já demandaram na Justiça do Trabalho. Neste sentido, Márcio Túlio Viana (2008).

Referências

- BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTR, 2009.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Mensagem nº 59/2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>>. Acesso em: 15/01/2014a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento proces-

sual ADIn nº 1480/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&sl=Conven%E7%E3o%20%20e%20158%20e%20OIT&processo=1480>>. Acesso em: 15/01/2014b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual ADIn nº 1625/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&sl=Conven%E7%E3o%20%20e%20158%20e%20OIT&processo=1625>>. Acesso em: 15/01/2014c.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre: Síntese, v. 16, n. 186, p. 5-20, dez. 2004.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Nota técnica número 61 de março de 2008. A convenção 158 da OIT e a garantia contra a dispensa imotivada. Disponível em: <<http://www.vigilantecntv.org.br/Dieese/nota%20tecnica%2061%20-%20RatificacaoConvencao158rev.pdf>>. Acesso em: 20/06/2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MACIEL, Jose Alberto Couto. *Comentários à convenção 158 da OIT*. 2.ed, atual. São Paulo; LTR, 1996.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

MARÇAL, Antonio Cota. Princípio: estatuto, função e usos no direito. In: TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Editora Juruá. 2007.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 6.ed. São Paulo: LTr, 2011.

PIMENTA, José Roberto Freire. *Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: o*

potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In;

- _____, et al., (Coord.). *Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr. 2004.
- _____. Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista: a tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3.ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.
- SUSSEKIND, Arnadoet al. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- VASCONCELOS, Andréa. *Dispensa imotivada*. Análise à luz da Convenção 158 da OIT. Florianópolis: Conselho Editorial, 2010.
- VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v.47, n.77, p.163-172, jan./jun.2008.
- VILLELA, Fábio Goulart. *Manual de Direito do Trabalho*. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=KKzVU93z5WkC&dq=>. Acesso e: 02/12/2013.

O Direito Social Fundamental à Alimentação e à Nutrição Adequada na Região da Amazônia Legal.

Human Right to Adequate Food and Nutrition in the Brazilian Legal Amazon Region.

Artigo recebido em 27/07/2014.

Revisado em 08/08/2014.

Aceito para publicação em 17/08/2014.

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1991). Mestrado em Direito das Relações Econômicas (2002). Ph.D. em Direito e Economia (2008). Pesquisadora e Coordenadora de Extensão da Faculdade da Comunidade de Rondônia - IESUR / FAAR. Instituto de Ensino Superior de Rondônia - IESUR/FAAR

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVI - N.º 31 - 2.º Semestre/2014

O Direito Social Fundamental à Alimentação

e à Nutrição Adequada na Região da Amazônia Legal. - pp. 591-623

NUNES C. R. P.

Resumo

A história, a sociologia, a antropologia e o direito passaram a estudar os impactos das práticas humanas no âmbito sócio, econômico e ambiental, entre outros. Por conseguinte, com o desenvolvimento desses estudos, o homem desperta e desenvolve mecanismos legais para garantir a dignidade do ser humano. Estes direitos conquistados ano a ano desenvolvem-se em dimensões. Dentro deste contexto, este artigo tem por objeto geral analisar a institucionalização dos direitos fundamentais sociais à alimentação e nutrição adequada no ordenamento jurídico brasileiro como categoria dos Direitos Fundamentais Sociais, em contraposição do seu estudo na qualidade de *commodity*. Seus objetivos especiais são: (i) delinear resumidamente as características gerais dos Direitos Fundamentais e apresentar notas; e (ii) identificar como se deu a evolução do Direito Fundamental Social à Alimentação e Nutrição Adequada como categoria de Direito Fundamental Social no Brasil. A metodologia empregada, para atingir os objetivos pretendidos na pesquisa é o “estado da arte” e as abordagens empregadas são: (i) teórica; e (ii) dados secundários obtidos em sites oficiais.

Palavras Chave

Direito Fundamentais Sociais. Alimentação adequada. Desenvolvimento.

Abstract

The history, sociology, anthropology and the law now study the impact of human practices on social, economic and environmental context, among others. Therefore, with the development of these studies, the man awakens and develops legal mechanisms to guarantee human dignity. These rights won every year develop in dimensions. Within this context, this article is to analyze the general direction of the object institutionalization of human rights to adequate food in Brazilian law as a category of Fundamental Social Rights, in opposition of his study as a commodity. Their special objectives are: (i) briefly outline the general characteristics of Fundamental Rights and present notes; and (ii) identify how was the evolution of the right to adequate food as a category of Fundamental Social Rights in Brazil. The methodology used to achieve the desired objectives in this research is the “state of the art” and the approaches used are: (i) theoretical; and (ii) secondary data from official websites.

Key Words

Social Fundamental Rights. Adequate Food. Development.

Sumário

Introdução. 1. Características gerais dos Direitos Fundamentais. 2. Diferenças dos Direitos Fundamentais Cíveis e os Sociais. 3. A alimentação no Brasil é um direito ou uma *commodities*? 4. O Direito Fundamental Social à Alimentação e à Nutrição Adequada no ordenamento jurídico brasileiro constitucional. 5. Análise da “segurança alimentar” na qualidade de objeto do Direito Fundamental Social à Alimentação e às Nutrição Adequada no ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

Por força do *modus vivendi* do homem ocorre uma grande alteração das condições naturais da Terra e os ecossistemas, à época existente, se transformam. Os anos se passam e o desenvolvimento da agricultura fixa, cada vez mais, o homem em locais determinados onde se torna viável as suas plantações. Então, para preservar suas terras e o comércio, o homem cria normas para regulamentação da vida em sociedade de forma respeitosa e civilizada com as quais protege, especialmente, a “propriedade imobiliária” e mais adiante quando “produtiva”, ou seja, as melhores terras cultiváveis que podem trazer prosperidade e riqueza.

Diante do comportamento do homem com relação à produção, utilização e o desperdício dos alimentos, a história, a sociologia, a antropologia e o direito

passaram a estudar os impactos dessas práticas humanas no âmbito histórico, social, econômico e ambiental, entre outros.

Por conseguinte, os estudos fazem o homem despertar e desenvolver mecanismos legais para garantir alimentação adequada como um direito que dignifica o ser humano. Tanto a ONU – Organização das Nações Unidas – no âmbito internacional, quanto o Estado brasileiro, no âmbito nacional, reconhecem a alimentação enquanto um direito fundamental social.

Além disso, o Brasil é um dos países da América Latina que possui um sistema jurídico de proteção do Direito Fundamental Social à Alimentação e Nutrição Adequada – bem como elaborou uma política pública voltada para a segurança alimentar da população brasileira no século XXI.

Dentro deste contexto, este artigo tem por objeto geral analisar os rumos da institucionalização da alimentação adequada no ordenamento jurídico brasileiro como um dos Direitos Fundamentais sociais, em contraposição do seu estudo do alimento na qualidade de *commodity*. Seus objetivos especiais são: (i) delinear resumidamente as características gerais dos Direitos Fundamentais e apresentar notas; e (ii) identificar como se deu a evolução do Direito Fundamental Social à Alimentação e Nutrição Adequada como categoria de Direito Fundamental Social no Brasil.

A metodologia empregada na pesquisa é o “estado da arte” e as abordagens empregadas são: (i) teórica por meio de revisão bibliográfica da doutrina especializada; e (ii) dados secundários decorrentes das legisla-

ções competentes e existentes nos sites oficiais como os que apresentam os relatórios científicos acerca do tema enfrentado, visando atingir os objetivos pretendidos nesta pesquisa aprimorando o entendimento relativo a proteção jurídica e de efetivação do Direito Fundamental Social à Alimentação e Nutrição Adequada no ordenamento jurídico brasileiro.

Agradece-se a equipe de pesquisadores discentes do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito do IE-SUR/FAAr - <http://www.faar.edu.br/portal/nucleo-pesquisa-cientificas-direito.php> - e seus dois Laboratórios (Humanos e Sustentabilidade) que colaboraram neste artigo, ao pesquisador júnior pela incansável pesquisa histórica e econômica realizada e aos revisores que atuaram tanto no primeiro quanto no último *draft paper*.

1. Características gerais dos Direitos Fundamentais¹

Os Direitos Fundamentais são considerados, *prima facie*, como os direitos mínimos existenciais necessários a manutenção da existência humana no *habitat* como hoje é conhecido por todos, ou seja, aqueles que, nas palavras de MIRANDA, se consideram: "(...) como direitos inerentes à própria noção de pessoa (...), como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana (...)" (2000, p.10). Estes direitos transformam-se ao longo da história para resguardar, de forma ampla, a integridade humana nos termos da concepção de bem

estar de cada época em que se reformulam e evoluem (CANOTILHO, 2002, p. 40). Ressalvem-se as palavras do jurista português, catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, VIEIRA DE ANDRADE: “*A História revela um sistema de direitos fundamentais em permanente transformação, na busca de um estatuto de humanidade.*” (2006, p. 35).

Os Direitos Fundamentais tem como características gerais serem absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica (SARLET, 2006, p. 31).

Ratificando tal entendimento, colacionam-se os trechos das considerações preliminares da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, os quais estabelecem a não segregação dos “direitos naturais dos cidadãos”, conforme reconhecido pela ONU/NY - Organização das Nações Unidas:

[...] Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades [...].
[...] promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos [...] (grifo nosso) (ONU/NY, 1948)

Diante das características gerais dos Direitos Fundamentais como universais, não há consenso sobre a possibilidade de serem analisados por meio de diversas perspectivas ou distintos *modus* de abordagem de análise². Em havendo tal possibilidade, também não há consenso também sobre a terminológica acerca da divisão, categoria, segmentação ou classificação do tema, ora estudado. Nesta pesquisa, serão arrolados como civis e sociais e demonstrar-se-á a evolução histórica, pela finalidade didática.

2. Diferenças dos Direitos Fundamentais Civis e os Sociais³

Os “Direitos Fundamentais” são considerados uma categoria dos direitos estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Título II, bem como pode representar a categoria dos direitos dos seres humanos reconhecidos e positivados nas Cartas Magnas dos outros países.

A) Direitos Fundamentais Civis

Os Direitos Fundamentais civis tem por base normativa o fato de serem estabelecidos ou atribuídos no Direito Constitucional e referirem-se aos estudos científicos cujo principal objeto seja as liberdades individuais, direitos civis, direitos cívicos, em seu sentido amplo (SANTOS, 2005, p.18).

Sucintamente, ocorreram quatro eventos mun-

diais relevantes para que ocorresse o reconhecimento e a busca da eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais civis, a saber: (i) Revolução Gloriosa, com a assinatura do *Bill of Rights* (1688 e 1689); (ii) Independência das 13 Colônias Americanas e com a assinatura da Declaração de Direitos da Virginia (1776); (iii) Revolução Francesa (1789), na qualidade emblemático fato histórico - ao disseminar a outros continentes a necessidade da defesa dos direitos dos homens face aos abusos do poder absolutista e a economia mercantilista⁴ -; e (iv) Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1791).

B) Direitos Fundamentais Sociais

O termo - Direitos Fundamentais sociais - é adotado, nesta pesquisa, em seu sentido amplo, conforme o Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵ e compreende os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Os Direitos Fundamentais sociais são estabelecidos por força da evolução científica da humanidade foram surgindo como novos direitos a serem amparados pelas Cartas Magnas dos países.

A proteção destes direitos passou de uma pessoa individualizada, no âmbito dos Direitos Fundamentais civis, para uma coletividade e desta para os grupos indeterminados, na hipótese de possibilitar a difusibilidade e a participatividade desses direitos (PIOVESAN, 2009. p. 52).

Ressalva-se que, tais direitos, compreendidos acima, não se sujeitam a qualquer critério temporal

nem se sujeitam a nenhuma hierarquia (BOBIO, 1992, p. 17). O objetivo primordial de tais direitos foi, é e será o de garantir a dignidade aos seres humanos (ALEXY, 2008, p. 22) e a sua coexistência na biosfera dentro de um contexto evolucionista histórico, social, econômico e político.

Contudo, de forma diferente, em cada país. Pois, depende da contextualização histórica, social, econômica e política de cada Estado para haver o reconhecimento e o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais sociais.

Neste sentido, afirma Arendt que “*os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma intervenção humana, em constante processo de construção e reconstrução*” (2010, p.24).

Assim procurar-se-á demonstrar, o processo de consolidação desse Direito Fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro.

3. A alimentação no Brasil é um direito ou uma *commodities*?

A maioria dos países em desenvolvimento são dependentes da venda de produtos primários para compor receitas de exportação. Quando há alta demanda internacional, os preços sobem e as empresas obtêm altos lucros com a circulação e alienação das *commodities*⁶ (BROWN, CRAWFORD, GIBSON, 2008, p. 15).

Do ponto de vista econômico dos países em desenvolvimento, como o Brasil, a produção de alimentos

é uma estratégia necessária para o desenvolvimento nacional e a commodities, ao representar a produção de alimentos torna-se um ativo econômico (RODRIGUES, 2008, p. 43).

Por outro lado, no âmbito internacional, em 16 de outubro de 1945, foi criada a FAO/ONU - NY - Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura⁷, que lidera os esforços internacionais de erradicar a fome e a insegurança alimentar, fundando suas ações nas seguintes linhas de atuação:

- **Assistência Técnica aos Países em Desenvolvimento e Cooperação Sul-Sul:** Apóia os países em desenvolvimento com a formulação e execução de políticas e projetos de assistência técnica em apoio de programas nas áreas agrícola, alimentar, de desenvolvimento rural, florestal e pesqueira e para a cooperação Sul-Sul.
- **Informação ao alcance de todos:** A FAO/ONU - NY - funciona como uma rede de conhecimentos. Usamos a excelência de nosso *staff* - agrônomos, engenheiros florestais e outros profissionais - para coletar, analisar e disseminar informações. Também publicamos *newsletters* e livros, distribuímos revistas e criamos material em mídia eletrônica.
- **Assessoramento aos governos:** A FAO/ONU - NY - divide sua experiência com os países membros prestando assessoria sobre política e planejamento agrícola, desenvolvendo legislações e criando estratégias nacionais (FAO/ONU - NY, 2002, s/p).

Mesmo assim, somente alguns anos depois é que pela primeira vez o Direito Fundamental Social à Alimentação e Nutrição Adequada foi reconhecido como direito no Art. XXV⁸ da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948. Depois, o referido direito apenas foi preconizado no Brasil, por meio do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁹.

No século XXI, alguns eventos tornaram-se extremamente importantes entre 2002 e 2010: (i) a assinatura das Declarações Voluntárias ao Direito à Alimentação da FAO - Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura -, reconhecidas pelo Brasil, em 28 de outubro de 2002. (Nesta data, foi assumido pelo governo federal brasileiro, o compromisso político, social e econômico de proteger o direito à alimentação adequada, ou seja, o direito de qualquer ser humano ter o acesso aos alimentos saudáveis e nutritivos no Brasil); e (ii) a promoção da Cúpula Mundial da Fome, que reuniu os Chefes de Estado e de Governo e os membros da ONU - Organização das Nações Unidas em 2008. (Nesta ocasião, os representantes mundiais envolvidos nas discussões - inclusive o Brasil -, revisaram os compromissos, assumidos neste documento denominado as Metas do Milênio).

De acordo com o Relatório da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, outras ações desenvolvidas em parceria com programas brasileiros, dentro das linhas de ações da entidade internacional são também de grande importância para tornar à alimentação um Direito Fundamental Social:

- Apoio ao Programa Fome Zero, em parceria com o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome (MDS).
- Apoio ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF, em parceria com o Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA).
- Apoio ao Programa de Organização Produtiva de Comunidades – PRODUZIR, em parceria com o Ministério da Integração Nacional (MI).
- Apoio ao Programa Nacional de Florestas – PNF, em parceria com o Ministério do Meio Ambiente (MMA).
- Apoio ao Programa Nacional de Gestão Ambiental Rural, em parceria com o Ministério do Meio Ambiente (MMA).
- Apoio ao Plano Nacional de Desenvolvimento da Pesca e Aquicultura, em parceria com o Ministério da Pesca e Aquicultura da Presidência da República.
- Apoio ao Programa Nacional de Alimentação Escolar, em parceria com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), Ministério da Educação (MEC).
- Apoio ao Programa de Áreas Degradadas na Amazônia (Pradam), do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e iniciativas regionais e subregionais vinculadas a Sanidade Animal, Proteção Vegetal, Biocombustíveis, Segurança Alimentar.
- A FAO trabalha em parceria com agências do

Sistema da Organização das Nações Unidas, Banco Mundial, Missão Européia, Fundo Global para o Desenvolvimento (GEF), Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura (IICA), entre outras.

- Trabalha, também, com a Sociedade Civil como Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), Confederação Nacional da Agricultura (CNA), Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE), universidades e outras organizações (FAO/ONU - NY, 2010, s/p).

Então, constata-se que apenas 20% da produção brasileira de alimentos, realmente, está sendo utilizada pra a finalidade de garantir a sobrevivência do povo brasileiro ou sua vida com saúde e dignidade (IBGE, 2010, Relatório Estatístico, s/p). Para viver com saúde e dignidade são necessários para um adulto feminino a teor calórico de 1200 e para o adulto masculino o de 2000, diariamente¹⁰ (FAO/ONU, 2010, s/p).

Com base nestes dados apresentado, tem-se que: De acordo com o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, cerca de 16,2 milhões de brasileiros na faixa da extrema pobreza¹¹ (IBGE, 2010, Relatório Estatístico, s/p). Segundo a Secretaria Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional do mesmo Ministério e a Coordenação Geral de Política de Alimentação e Nutrição do Ministério da Saúde, consideram-

se que os brasileiros situados nesta faixa não possuem acesso diário a uma alimentação adequada por não conseguirem comer, minimamente 800 calorias por dia. (IBGE, 2010, Relatório Estatístico, s/p).

4. O Direito Fundamental Social à Alimentação e à Nutrição Adequada no ordenamento jurídico brasileiro constitucional

No Brasil, o principal marco jurídico constitucional do Direito Fundamental Social à Alimentação e Nutrição Adequada é a Emenda Constitucional nº 64, de 04 de fevereiro de 2010¹², que inseriu a palavra alimentação entre os direitos sociais preconizados no Art. 6º. A referida Emenda Constitucional tramitou no Congresso Nacional ao longo de sete anos como a Proposta de Emenda Constitucional - PEC nº 047 -, 13 de maio de 2003.

Historicamente, esta luta iniciou-se por Josué de Castro, quando em 1946, na sua obra *Geografia da Fome*, denunciava que a fome não é um fenômeno natural ou da vontade divina, mas resultado da desigualdade social e do descaso político (CASTRO, 1992. p. 17). A luta e produção literária de Josué de Castro foram ganhando força na história recente e a sociedade civil passou a colaborar com participando dos movimentos denominados: Ação da Cidadania contra a Fome, a Miséria e pela Vida. O resultado destes movimentos foi a institucionalização da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN) com a criação do

Conselho Nacional de Segurança Alimentar - CONSEA -, em 1992, no governo do Presidente Itamar Franco. Este o órgão é de controle social da execução desta política e de monitoramento do sistema de proteção e defesa do Direito à Alimentação Adequada.

Com o governo do Presidente Lula da Silva, em 2002, o Programa Fome Zero foi institucionalizado como uma das políticas do seu Governo. Quatro anos depois, o Congresso Nacional aprova a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, criando o do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN.

Com base na evolução do instituto, o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN - passa a ter princípios e diretrizes tanto no orçamento brasileiro quanto no Plano Plurianual e, por fim, consagra o Direito Fundamental Social à Alimentação e à Nutrição Adequada como um dos institutos mais relevantes no Brasil com a meta de auxiliar a erradicação da pobreza que é um os objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Art. 3º¹³.

Percebe-se que o Direito Humano à Alimentação Adequada apresenta-se em dois aspectos, pois: (i) as políticas públicas do país estão estabelecidas; e (ii) as etapas da gestão pública estão legalmente estipuladas (planejamento – por meio do Programa, execução – por meio das indicações orçamentárias e a distribuição das competências que se apresentam na lei infraconstitucional, e o controle – realizado na forma da lei) (ZONCKUN, 2009. p. 78)

Importa salientar que, o governo atual manteve íntegra a política já implantada e deu sequência a fase

do controle, tão necessária ao retorno socioeconômico pretendido pela sociedade brasileira.

Assim, percebe-se que o próprio legislador brasileiro consagrou a alimentação enquanto um direito e o elevou a categoria de Direito Fundamental Social. Iniciou o processo de reconhecimento pela Emenda Constitucional nº 64, de 04 de fevereiro de 2010, que inseriu a palavra alimentação entre os direitos sociais preconizados no Art. 6º.

Desta forma, conclui-se que o Direito Fundamental Social à Alimentação e à Nutrição Adequada reconhecido como uma categoria de Direito Fundamental. Sua categoria denomina-se social. Ademais, encontra-se inserido entre as cláusulas pétreas estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, além de ser considerado como um dos direitos indispensáveis para a realização de outros por ser necessário à sobrevivência dos seres humanos, tendo em vista duas dimensões: a dos mínimos existenciais; e da sustentabilidade.

No que tange ao mínimo existencial, para Torres, o mínimo existencial representa um conjunto, indispensáveis, de condições no exercício das liberdades, afirmando que “*os direitos à alimentação, saúde e educação[...] adquirem o status daquele no que concerne à parcela mínimasem a qual o homem não sobrevive* (2009, p. 55). Acrescentando que o mínimo existencial,

não pode ser princípio jurídico por não possuir a característica de ponderação tendo, portanto, validade definitiva porque constitui o conteúdo

essencial dos direitos fundamentais, sendo irredutíveis por definição e insuscetíveis de sopesamento. Ele é, a regra porque se aplica a subsunção, constitui direitos definitivos (...) (TORRES, 2009, p. 56).

Assim, a proteção do Direito Fundamental social à alimentação adequada, com base no mínimo existencial, se fundamenta no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁴). Este, por sua vez, constitui-se num referencial tanto para a exigência de prestação como também para a definição do mínimo existencial.

Quanto à sustentabilidade, no entendimento de Sachs, passou-se a considerar sustentabilidade, a acepção político, social, cultural e ambiental equilibradas, que satisfaçam as necessidades das gerações atuais, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades (1993: 17-38).

Faz-se mister, neste contexto, entender que o Direito Humano à Alimentação Adequada necessita do estudo de como usar os recursos naturais visando minimizar danos aos sistemas de sustentação da vida. A produção de alimentos ainda não se realiza com bases sustentáveis. Surgem, então, duas correntes acerca da eficácia horizontal¹⁵ dos direitos fundamentais: (i) a que defende a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares sem intermediação de lei ou de qualquer outra natureza (eficácia direta); b) a que entende que a aplicação, na esfera privada, fica-

rá na dependência de uma autorização legislativa (lei ordinária, medida provisória, etc.) ou de meios postos à disposição pelo sistema jurídico, ou ainda, de interpretações do direito privado (eficácia mediata).

Independentemente da corrente escolhida pelo leitor, no caso do DHAA – Direito Humano à Alimentação Adequada, o poder derivado foi exercido de 2006 a 2010 e foram promulgados dois diplomas legais, uma Lei Ordinária e um Decreto Presidencial.

5. Análise da “segurança alimentar”¹⁶ na qualidade de objeto do Direito Fundamental Social à Alimentação e às Nutrição Adequada no ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional

São dois os diplomas legais infraconstitucionais - Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, criando o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o DHAA - Direito Humano à Alimentação Adequada e dá outras providências relativas aos Programas do FAO/ONU.

No último ano de governo do presidente Lula foi regulamentada a Lei acima mencionada, mediante o Decreto Presidencial nº 7.272, de 25 de agosto de 2010, onde foi previsto a institucionalização do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, com vistas a assegurar o Direito Humano à Alimentação Adequada; a instituição da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – PNSAN; o estabe-

lecimento dos parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional; e dá outras providências relativas ao tema.

A Lei acima aludida estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente. Contrapondo a necessidade humana de não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, também disposta no Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural sustentável para todos os brasileiros.

Destaca-se nos arts. 2º e 3º da Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 que o Direito Fundamental Social à Alimentação e à Nutrição Adequada foi positivado da seguinte forma:

Art. 2º. A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população (grifo nosso).

Art. 3º. A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo

como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis (grifos nossos).

Os parâmetros legais da abrangência relativa à segurança nutricional foi estabelecida no Art. 4º da Lei mencionada acima:

Art. 4º A segurança alimentar e nutricional abrange:

I - a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, incluindo-se a água, bem como da geração de emprego e da redistribuição da renda;

II - a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos;

III - a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade social;

IV - a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida

saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população;
V – a produção de conhecimento e o acesso à informação; e
VI – a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País.

Nos termos do diploma legal, ora em análise, faz-se mister interpretar o inciso I compreendendo que a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, apresenta duas logísticas a serem implementadas:

- A) o abastecimento e a distribuição dos alimentos, referindo-se, na primeira etapa da produção, ao uso organizado da água. E, na segunda etapa da produção, ao armazenamento dos alimentos para a manutenção dos preços quando for a ocasião da sazonalidade produtiva ou ocorrer algum evento devastador nos campos produtivos;
- B) a mecanização das etapas de processamento, industrialização e comercialização, referente às políticas educacionais para que o homem do campo tenha a habilidade para desenvolver a agricultura mecanizada bem como às políticas de financiamentos, em especial, para a agricultura tradicional e familiar, visando a sustentabilidade da produção de alimentos;

- C) o impacto das políticas implantadas devem elevar qualitativa e quantitativamente a geração de emprego e a redistribuição da renda e estes índices devem ser aplicado em ambas logística aludidas acima; e
- D) a produção de conhecimento e o acesso à informação (objeto de análise do inciso V do dispositivo legal em análise) serão impactados se não houver uma política educacional adequada ao homem do campo.

O inciso II trata da conservação da biodiversidade e da utilização sustentável dos recursos, neste contexto, é essencial para que a produção cresça em conformidade com o desenvolvimento populacional de uma determinada região ou país. Por exemplo, o uso de sementes transgênicas na produção agrária, o uso dos antibióticos nos animais a serem abatidos, ambos para o consumo humano não deve ser utilizado, ou se utilizado deverá ser limitado a uma região não representativa da produção do país, sob pena de causar alterações irreversíveis ao ecossistema de uma região ou país e mesmo auxiliar a desertificação das terras depois de alguns anos com alta produtividade.

Ademais, esta característica da segurança alimentar quando descumprida afeta diretamente a outra descrita no inciso IV, que trata da garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população.

Dentro do inciso III, tem-se que também é essencial a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade social por meio de políticas representativas do DHAA – Direito Humano à Alimentação Adequada.

Por fim, o inciso VI, da Lei em análise, estabelece a necessidade da implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e democraticamente participativas tanto na produção, na comercialização quanto no consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País.

Conclusão

O mundo todo atravessa uma mudança de paradigmas. O capitalismo financeiro que produziu a sociedade de consumo e de massas não respeita os ciclos na natureza porque precisa manter o modelo que os sustenta – o consumo.

O alimento é entendido como ativo financeiro e instrumento de produção de riquezas. Os agentes de mercado buscam a produção de riquezas a qualquer custo e o modelo financeiro das commodities veio ao encontro dos anseios da economia contemporânea. Como consequência, quando necessário alcançar alta produtividade, prevalece à devastação de biomas.

A viabilidade econômica da agricultura familiar, a melhoria quantitativa e qualitativa do abastecimento alimentar local, o acesso a uma alimentação

adequada leva a sociedade a um novo patamar, pois estabelece a justa distribuição e geração de trabalho e renda.

Para que isso possa ocorrer, faz-se necessário a participação ativa da sociedade civil visando à proteção das populações excluídas, mediante ações concertadas entre sociedade civil, empresariado e organismos governamentais encontrado as soluções que atendam às exigências da realidade e à cidadania de povo brasileiro.

Sendo assim, a conclusão é de que o direito à alimentação adequada, assim como os outros direitos sociais previstos no Art. 6º, da constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, reveste-se da natureza de direito fundamental social conforme comprovado neste artigo e, portanto, fazem parte do núcleo essencial da Constituição brasileira.

A Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, regulamentada pelo Decreto Presidencial nº 7.272, de 25 de agosto de 2010, estabelece direitos e obriga o Estado a garantir as condições materiais para a obtenção, é claro, do mínimo existencial.

Com a leitura das normas infraconstitucionais, tem-se que o este direito é eficaz. Poder-se-ia acrescentar, tangibilizado, por força do conteúdo dos próprios dispositivos legais. São instrumentos aptos a atingir um dos objetivos do Estado Democrático de Direito - a dignidade da pessoa humana.

Então, por que do debate acerca das restrições à efetividade destes Direitos Fundamentais sociais por meio da “Cláusula da Reserva do Possível”, como reser-

va de financiamento possível para garantir os direitos aos cidadãos de uma região ou país?

Se o Estado passa a ser obrigado em suas políticas públicas, a assegurar o mínimo existencial para a garantia dos direitos fundamentais, o que já ocorre com o conjunto de normas apresentadas, o que falta para que haja consenso dogmático do tema? O fato das normas não efetivarem os direitos pela mera existência, mas da operacionalização adequada pela Administração Pública.

Afinal, alimentar-se é Direito Humano à Alimentação Adequada. É essencial, basilar, irrenunciável, público, subjetivo e eficaz. Jamais pode sofrer qualquer restrição, seja material seja formal seja operacional. Todos têm o direito à nutrição. Consequentemente, ao alimento sustentável e adequado as necessidades correspondentes ao desenvolvimento pessoal e cultural do homem, sob pena de: desaparecer o sujeito de direitos da biosfera – a humanidade.

Notas

1. Caracterizar direitos que dogmaticamente revestem-se de terminologias diversas, por si só, obriga o autor a fazer escolhas para indicar um termo para cada um dos direitos objetos da investigação da pesquisa. Este artigo acolhe as terminologias: Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, como sinônimos, no desenrolar da investigação apresentada em forma de artigo.
2. HABERMAS enfrenta a questão revelando as possibilidades conceituais do termo, seja no âmbito do direito positivo seja no âmbito moral, citando os diversos usos da mesma noção jurídica e valorativa (moral), *in verbis*: “(...) quando pretendemos falar do direito no sentido do

direito positivo temos que fazer uma distinção entre direitos humanos enquanto normas de ação justificadas moralmente e direitos humanos enquanto normas constitucionais positivamente válidas. O status de tais direitos fundamentais não é o mesmo que o das normas morais – que possivelmente têm o mesmo significado. Na forma de direitos constitucionais normatizados e de reclamações, eles encontram abrigo no campo de validade de determinada comunidade política.” (2003, p. 316).

3. A apresentação dos Direitos Fundamentais dicotomicamente como civis e sociais tem por finalidade enquadrar o tema estudado, em conformidade com as diretrizes canônicas de metodologias de pesquisa científica e da redação científica dessa pesquisa. Ressalva-se que, a classificação dos direitos fundamentais é um tema polêmico.
4. PORTANOVA, afirma que a Revolução Francesa impulsionou as conquistas dos direitos fundamentais: “[...] *pela primeira vez na história do homem pôde sentir-se como o verdadeiro artesão de seu destino. Ele podia escrever a história com suas próprias mãos, e não aceitar a determinação dogmática de leis estabelecidas pela natureza religiosa das mesmas, superiores ao homem e, portanto, inquestionáveis por estes. Não estávamos diante de um novo fato que viria a modificar para sempre a forma de agir politicamente [...]. Estávamos dando os primeiros passos na direção da cidadania*”. (2005, p.58).
5. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 04 de fevereiro de 2010, que incluiu a palavra alimentação no *caput* do texto constitucional).
6. *Commodities* são títulos negociais impróprios representativos de mercadorias que circulam nas bolsas de mercadorias futuras de todo mundo. Os seus preços são definidos globalmente pelo mercado internacional. Existem quatro tipos de *commodities*: (i) *commodities* agrícolas: soja, suco de laranja congelado, trigo, algodão, borracha, café, etc.; (ii) *commodities* de produtos minerais de minério, de alumínio, óleo, ouro, níquel, prata, etc.; (iii) *commodities* financeiras: moedas negociadas em vários mercados, títulos de dívida pública dos governos federais, etc.; e (iv) *commodities* ambientais: créditos de carbono (UNCTAD, Handbook of Statistics – Commodities - 2013, s/p).
7. Esclarece-se que os fatos históricos, ora apresentados, sumariamente,

foram extraídos do site da FAO/ONU - NY - Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, no Brasil.

8. Artigo XXV da Declaração dos Direitos dos Homens de 1948: 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social (grifo nosso).
9. Ressalva-se que este tratado internacional embora apresentado no início do período ditatorial brasileiro, só foi assinado pelo Brasil em 12 de novembro de 1991, no Governo do Presidente Sarney, após o término da ditadura brasileira.
10. Nas pesquisas da área de saúde para cada faixa etária de adulto e da criança, são indicadas variações calóricas visando o desenvolvimento do ser humano ou o seu bem estar na fase idosa. O dado apresentado acima não está completo. Contudo, para a finalidade didática é suficiente, no contexto da pesquisa, já que se apresenta como um exemplo e esta é uma pesquisa da lavra das ciências sociais aplicadas e não de ciências de saúde.
11. O Ministério do Desenvolvimento Social assim define as famílias que vivem com até R\$ 70,00 – setenta reais -ou US\$ 34,40 – trinta e quatro dólares e quarenta centavos (câmbio médio de julho de 2014) per capita por mês – dado obtido no site do órgão do governo federal.
12. Em linhas gerais, as Emendas são normas constitucionais. As Emendas Constitucionais são a espécie normativa que autoriza a alteração do próprio texto constitucional. O artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, determina que o poder derivado de emenda para que seja permitido apenas em determinadas por proposta: (i) no *quorum* de 1/3 dos membros da Câmara ou do Senado; (ii) por encaminhamento do Presidente; ou (iii) por *quorum* representativo de mais da metade das assembléias legislativas dos Estados da Federação e com a aprovação pelo *quorum* de maioria relativa (apenas para a proposta cuja votação para alteração ocorre no Congresso Nacional). Observe que não se admite proposta de alteração da Constituição enquanto vigorar o Estado de Sítio, de Defesa

ou Intervenção Federal. A proposta de emenda deve ser votada duas vezes em cada uma das Casas do Congresso (Câmara dos Deputados e Senado), e somente será aprovada se nas duas votações obtiver o *quorum* qualificado de 3/5 dos membros. Não se aprecia proposta de emenda que tenha por objeto a abolição da forma federativa do Estado brasileiro, do sistema de voto (direto, secreto, universal e periódico), a separação dos poderes e contra direitos e garantias individuais (resumo extraído do texto de BONAVIDES, 2008. p. 104 e de BRABÃO, 2010. p. 469)

13. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 - II - garantir o desenvolvimento nacional;
 - III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 - IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
14. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
- I - a soberania;
 - II - a cidadania
 - III - a dignidade da pessoa humana;
 - IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
 - V - o pluralismo político.
- Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
15. A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem seu início em Hans Carl Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho Alemão. Na oportunidade, Nipperdey defendeu que alguns direitos fundamentais não só tinham aplicação direta na relação do indivíduo com o Estado, mas também em toda e qualquer relação de poder, tendo uma ligeira inclinação para a eficácia direta ou imediata. Todavia, a visão, seguida pelos tribunais germânicos, orientou-se no sentido da eficácia mediata dos direitos fundamentais, sendo a famosa decisão sobre o caso Luth um ponto culminante para a solidificação dessa visão na Alemanha. Dessa forma, na Alemanha, o Tribunal Consti-

tucional Federal (Bundesverfassungsgericht) tem entendimento segundo o qual não é possível a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, sendo necessária sua concretização pelo legislador, por isso sua aplicação, nas relações privadas, somente se realiza através de outra norma. Comentando este contexto, Mendes destaca que “um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (GeneralKlauseln), que serviriam de porta de entrada (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado”. No Brasil, o tema vem despertando interesse da doutrina de forma progressiva, após a Constituição de 1988, tendo uma tendência para a aplicação direta (resumo extraído da obra de MENDES, 2012, p. 122- 128).

16. Segurança alimentar tem duas acepções a serem utilizadas dogmaticamente: (i) a primeira refere-se às condições mínimas essenciais que permitem aos seres humanos sobreviverem; e (ii) a segunda tem haver com as condições necessárias que permitem ao homem ter uma alimentação adequada, entendendo-se como digna e visando o desenvolvimento sustentável do país. A Lei em análise, quando interpretada em conformidade com a constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, indica que estamos diante da segunda acepção (ALTIERI, 2001, p.46).

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALTIERI, Miguel. **Agroecologia, a dinâmica produtiva da agricultura sustentável**. Porto Alegre: Editora UFRS, 2001.
- ARENDETT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: Eficácia e Acionalidade à Luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2006.
- BRABDÃO, Rodrigo. São os Direitos Sociais Cláusulas Pétreas? Em que medida? In: NETO, Cláudio Pereira de Sousa; SARMENTO, Daniel.

- (Org.) **Direitos sociais**: fundamentos, jurisprudência em Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 451-483.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Texto compilado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jan. 2014.
- _____. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm>. Acesso em: 21 fev. 2014.
- _____. **Decreto Presidencial nº 7.272, de 25 de agosto de 2010**. Regulamenta a Lei no 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - PNSAN, estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7272.htm>. Acesso em: 13 fev. 2014.
- BROWN, Oli, CRAWFORD, Alec, GIBSON, Jonh, **Boom or Bust: How Commodity Price Volatility Impedes Poverty Reduction, and What to Do About it**. From International Institute for Sustainable Development (IISD). Manitoba: Canada. 2008. Available at: <http://www.iisd.org/pdf/2008/boom_or_bust_commodity.pdf>. Accessed on: January, 23rd, 2014.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CASTRO, Josué. **Geografia da Fome**, Rio de Janeiro: Editora O Cruzeiro, 1946. Rio de Janeiro: Gryphus, 1992.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 Nova York: ONU, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 10 mar. 2014.
- FAO - Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura/ New York: ONU.

- _____. **Diretrizes Voluntárias do Direito à Alimentação**. 2002. Disponível em: acesso em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/7.1.7-seguranca-alimentar-fao>>10 de janeiro de 2014.
- _____. **Avaliação das Metas do Milênio**. 2010. Disponível em: acesso em: <http://www.pnud.org.br/Docs/5_RelatorioNacionalAcompanhamentoODM.pdf>10 de janeiro de 2014.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.
- IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Contas Nacionais, 2010. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Sistema_de_Contas_Nacionais/Notas_Metodologicas_2010/03_classificacao.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.
- IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. PNAD 2008: Primeiras Análises - Desigualdade de renda; Sobre a evolução recente da pobreza e da desigualdade; Condições de vida: qualidade dos domicílios e acesso a bens. Setembro 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_previdencia/09_09_24_ComunicaPresi_30_PNAD2008.pdf> Acesso em: 10 de janeiro de 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição de 1988. In: NOVELINO, Marcelo (Org) **Direito Constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. São Paulo: 2009. p. 49-62.
- PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: **Ilha - Revista de Antropologia**, n. 1-2, v. 7, 2005, p. 58. Disponível em: <<https://journal.ufsc.br/index.php/ilha/article/view/1560>>. Acesso em 15 jan. 2014.
- RODRIGUES, Luciana. **Governo dará crédito para armazéns e mais dinheiro para apoio técnico**. Jornal O Globo. Caderno de Economia, 1º de junho de 2008.
- SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **A globalização das ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais da constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2006.
- UNCTAD - **United Nations Conference on Trade and Development, Commodities - 2013**, Handbook of Statistics, United Nations Conference on Trade and Development, Geneva. New York: ONU. Available at: <http://unctad.org/en/PublicationChapters/tdstat38_ch06.pdf> Accessed on: January, 23rd, 2014.
- ZONCKUN, Cartolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo, Malheiros, 2009.

Informações sobre a Revista Direito & Paz e os Procedimentos para Publicação

1. Missão

A Revista Direito & Paz, periódico do Programa de Pesquisa e Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, está aberta à comunidade acadêmica nacional e internacional e destina-se à publicação de trabalhos que, pelo seu conteúdo, possam contribuir para a formação e o desenvolvimento científico, além da atualização do conhecimento na área específica de Direito.

Tem por finalidade o debate e a divulgação dos conhecimentos produzidos pelo seu corpo docente, discente e colaboradores de outras instituições, com vistas a abrir espaço para o intercâmbio de ideias e fomentar a produção científica.

2. Objetivos

- a) Divulgar trabalhos originais da área do Direito, sobretudo aqueles que tratam da Ética e Meio Ambiente e Direitos Sociais e Cidadania.
- b) Fomentar a produção e facilitar a divulgação de trabalhos acadêmico-científicos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL e de outras Instituições de Ensino Superior do Brasil e do exterior.
- c) Propiciar o intercâmbio de informações entre profissionais da área do Direito, por meio da publicação de textos que se enquadrem nas normas para publicação de trabalhos da Revista.

3. Linha editorial

Articulada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do UNISAL – Mestrado em Direito – em parcerias com outras Instituições de Ensino e Pesquisa brasileiras e de outros países da América Latina, a Revista Direito & Paz constituir-se-á como um estímulo à produção acadêmica dos integrantes da comunidade salesiana de ensino e dos demais Programas de Pós-Graduação em Direito nacionais e internacionais. Ela abrirá espaço prioritariamente para as produções que versem sobre Ética e Meio Ambiente e Direitos Sociais e Cidadania.

Dessa maneira, a Revista pretende possibilitar a mediação dialógica de pesquisadores, acadêmicos, operadores, juristas e filósofos das mais variadas referências teórico-metodológicas, epistemológicas e práticas, sendo considerada um veículo que permite a otimização da produção acadêmico-científica, que visa à melhor

compreensão da ciência do Direito e que contribui para resolução dos problemas jurídicos.

Com periodicidade semestral, junho e novembro, a Revista Direito & Paz tem edição em formato impresso. Porém, atualmente se projeta sua publicação também em formato digital. Ela receberá trabalhos que estejam adequados às condições de publicação, linha editorial e normas de publicação.

4. Sobre o formato dos números da Revista Direito & Paz

Todos os números da Revista deverão necessariamente publicar no mínimo 6 (seis) artigos ou ensaios que preferencialmente versem sobre as linhas de pesquisa: 1- Ética e Meio Ambiente e; 2- Direitos Sociais e Cidadania.

A Revista Direito & Paz prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos, resenhas, resumos de teses e dissertações, traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa, estudo de casos, relatórios de pesquisas, debates científicos, comentários jurídicos, estudos estatísticos, transcrição de palestras e outros temas relevantes relativos à área do Direito.

Além do formato impresso, a Revista também será disponibilizada on-line na página do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, de forma a facilitar o acesso ao seu conteúdo.

5. Procedimentos para a publicação

Os critérios de avaliação para aceitação ou rejeição dos trabalhos são os seguintes:

- 1 - Os originais serão avaliados pelos pareceristas, todos professores doutores, de forma anônima e o parecer será referendado pelo Conselho Editorial e comunicado ao(s) autor(es).
- 2 - Na avaliação dos trabalhos serão considerados os seguintes critérios:
 - a) fundamentação teórica e conceitual;
 - b) relevância, pertinência e atualidade do assunto;
 - c) consistência metodológica;
 - d) formulação em linguagem correta, clara e concisa.
- 3 - A avaliação realizada pelos pareceristas apontará se o artigo foi:
 - a) aceito sem restrições;
 - b) aceito com propostas de alteração;
 - c) rejeitados;
- 4 - A “aceitação com propostas de alteração” implicará em que o autor se responsabilize pelas reformulações, as quais serão novamente submetidas aos pareceristas.
- 5 - Havendo necessidade, serão feitas modificações de modo a obter-se a formatação homogênea dos textos, sem alteração de conteúdo, a critério dos editores, na revisão final.
- 6 - Os trabalhos recusados serão devolvidos.
- 7 - Os pareceristas deverão incluir em seus pareceres sugestões cabíveis visando à melhoria de conteúdo e forma.
- 8 - Os pareceres serão encaminhados aos autores pelo Editor Responsável, preservando o anonimato dos pareceristas, informando-os da aceitação sem restrição, da aceitação com modificações ou da rejeição do trabalho pelo Conselho Editorial.

- 9 - Antes da publicação, o autor deverá encaminhar ao Conselho Editorial as seguintes declarações:
 - a) termo de aceitação das normas da Revista, declarando não ter apresentado o trabalho, na íntegra, em nenhum outro veículo de informação nacional ou internacional;
 - b) autorização ou declaração de direitos cedidos por terceiros, caso reproduza figuras, tabelas ou textos com mais de 200 vocábulos;
- 10 - Cada autor terá direito a cinco exemplares do número da Revista em que seu trabalho for publicado.
- 11 - Para publicação, os trabalhos deverão ter a aprovação de pelo menos dois (2) pareceristas, e de um terceiro parecerista em caso de controvérsia.
- 12 - Os colaboradores só poderão publicar um trabalho: artigo, síntese, comentário etc. em um mesmo número da Revista.
- 13 - O Conselho Editorial reserva-se o direito de vetar a publicação de matérias que não estejam de acordo com os objetivos da Revista.
- 14 - Considera-se responsável pelo trabalho publicado o autor que o assinou e não a Revista e seu Conselho Editorial.
- 15 - É permitida a cópia (transcrição) desde que devidamente mencionada a fonte.

6. Normas para a apresentação de trabalhos à *Revista Direito & Paz*

Cada número da Revista Direito & Paz terá um ou mais organizadores que serão indicados e trabalharão em parceria com o Editor Responsável da Revista.

Os textos e documentos (no formato impresso com a respectiva cópia em formato digitalizado) necessários para a avaliação deverão ser encaminhados ao Editor Responsável pela Revista Direito & Paz, Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano, para o seguinte endereço:

REVISTA DIREITO & PAZ
A/C: Editor responsável
- Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano
UNISAL - Centro Universitário Salesiano de São Paulo
- Campus São Joaquim
Rua Dom Bosco, 284
Centro
Lorena/São Paulo
CEP: 12.600-970

Os textos encaminhados à Revista Direito & Paz devem conter entre 20000 e 60000 caracteres com espaço assim editados:

- a) A formatação das páginas deverá ser configurada em A4 com margens superior e esquerda de 3 cm, e inferior e direita de 2 cm.
- b) Título e, se for o caso, subtítulo, que devem indicar o conteúdo do texto (título: no máximo 12 palavras; subtítulos: no máximo 15 palavras); devem ser centralizados, fonte Times New Roman e negrito, corpo 12.
- c) Identificação do autor ou autores:
 - deve ser enviada em folha à parte para assegurar o anonimato, acompanhado do título do trabalho;
 - deve conter o nome completo do(s) proponen-

te(s) do texto, titulação acadêmica, função e origem (instituição e unidade), e-mail, bem como telefone e endereço para contato do Conselho Editorial;

- d) A primeira página do texto deve conter: título e, se for o caso, subtítulo, resumo (no máximo 1300 caracteres com espaço), abstract (em inglês) ou resumen (em espanhol), e entre três e seis palavras-chave e keywords ou palabras clave (em espanhol). O(s) nome(s) do(s) autor(es) e da instituição não deve(m) aparecer nesta primeira página.
- e) Os textos devem ser apresentados em formato “word” (versão 6.0 ou posterior), alinhados (justificados), e editados na fonte Times New Roman, corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5.
- f) As citações, a composição da bibliografia e as referências devem ser editadas seguindo as orientações do “Guia para Elaboração de Trabalhos Acadêmicos do UNISAL”, disponível em <http://www.am.unisal.br/institucional/pdf/normas-trabalhos-academicos-2005.pdf>.
- g) Eventuais ilustrações e tabelas com respectivas legendas deverão ser apresentadas separadamente, com indicação, no texto, do lugar onde serão inseridas.
- h) Os originais, que não serão devolvidos, deverão ser encaminhados em duas cópias impressas e outra em CD (editor Word for Windows 6.0 ou superior), com texto rigorosamente corrigido e revisado.

- i) Ao autor de artigo aprovado e publicado serão fornecidos, gratuitamente, cinco exemplares do número correspondente da Revista.
- j) A Revista Direito & Paz reserva-se o direito autoral do trabalho publicado, inclusive os de tradução, permitindo, entretanto, a sua posterior reprodução como transcrição e com a devida citação da fonte.
- l) Os artigos representam o ponto de vista de seus autores e não a posição oficial da Revista ou dos autores ou das instituições que compõem o Conselho Editorial.

Todos os textos enviados no formato impresso deverão vir acompanhados por versão digitalizada.

As dúvidas podem ser dirimidas com envio de e-mail ao Editor Responsável pela Revista Direito & Paz, Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano, e-mail: revista@lo.unisal.br ou metodologo2001@yahoo.com.br

Edição e Coedições Recentes do UNISAL

- Francisca Amélia da Silveira
A Selva e a Bagaceira: práxis artística e discurso social.
São Paulo: Unisal, 2001.

Com Editora Vozes

- Jorge Jaime
História da Filosofia no Brasil.
Petrópolis: Vozes, 1997. 4v.
- Nivaldo Luiz Pessinatti
Políticas de Comunicação da Igreja Católica no Brasil.
Petrópolis: Vozes, 1998.

Com Editora Santuário

- Paulo César da Silva
A pessoa em Karol Woytilla. (ESGOTADO)
Aparecida: Santuário, 1997.
- Paulo César da Silva
A Ética Personalista em Karol Woytilla.
Aparecida: Santuário, 2001.
- José Prado Pereira Junior
Carnaval em Guaratinguetá:
Embaixada do Morro 60 anos
Aparecida: Santuário, 2004.
- José Luiz Pasin
Vale do Paraíba A Estrada Real:
caminhos & roteiros
Aparecida: Santuário, 2005.

Com Editora Salesiana Dom Bosco

- Belmira O. Bueno
Epistemologia da Pedagogia:
a obra pedagógica do P. Carlos Leôncio da Silva.
São Paulo: E.S.D.B., 1992.
- Nivaldo Luiz Pessinatti
Livros em revistas.
São Paulo: E.S.D.B., 1996.

- Anelise de Barros Leite Nogueira
Criatividade e Percepção
em Estudantes de Psicologia. (ESGOTADO)
Lorena: Stiliano, 1998.
- Izabel Maria Nascimento da Silva Máximo
Imagem Corporal: (ESGOTADO)
uma leitura psicopedagógica e clínica.
Lorena: Stiliano, 1998.
- Lino Rampazzo
Metodologia Científica. (ESGOTADO)
Lorena: Stiliano, 1998.
- Ana Carlota Pinto Teixeira
Adoção: um estudo psicanalítico.
Lorena: Stiliano, 2000.
- André Luiz Moraes Ramos
Ciúme Romântico:
teoria e medidas psicológicas.
Lorena: Stiliano, 2000.
- Antonia Cristina Peluso de Azevedo
Psicologia Escolar: o desafio do estágio.
Lorena: Stiliano, 2000.
- Denise Procópio
Crise e reencontro consigo mesmo.
Lorena: Stiliano, 2000.

- Eduardo Luiz dos Santos Cabette
Interceptações Telefônicas.
Lorena: Stiliano, 2000.
- Margareth M. Pacchioni
Estágio e Supervisão:
uma reflexão sobre a aprendizagem significativa.
Lorena: Stiliano, 2000.
- Maria José Urioste Rosso
Cultura Organizacional: uma proposta metodológica.
Lorena: Stiliano, 2000.

Com Editora Salesiana

- Francisco Sodero Toledo
Outros caminhos: Vale do Paraíba:
do regional ao internacional, do global ao local. (ESGOTA-
DO)
São Paulo: Salesiana, 2001.

Com Editora Cabral

- Fábio José Garcia dos Reis (Org.)
Turismo: uma perspectiva regional. (ESGOTADO)
Taubaté: Cabral, 2002.
- Fábio José Garcia dos Reis (Org.)
Perspectivas da Gestão Universitária. (ESGOTADO)
Taubaté: Cabral, 2003.

- Francisco Sodero Toledo
Igreja, Estado, Sociedade e Ensino Superior:
A Faculdade Salesiana de Lorena.
Taubaté: Cabral, 2003.
- Flávio Martins Alves Nunes Júnior
Princípios do Processo
e outros temas processuais – Volume I. (ESGOTADO)
Taubaté: Cabral, 2003.
- Grasielle Augusta Ferreira Nascimento; Lino Rampazzo
(Orgs.)
Biodireito, Ética e Cidadania. (ESGOTADO)
Taubaté: Cabral, 2003.
- Francisco de Assis Carvalho
Educação Integral:
a proposta educacional numa perspectiva católica.
Taubaté: Cabral, 2004.
- Luis Fernando Rabelo Chacon
Direito internacional
com ênfase em comércio exterior. (ESGOTADO)
Taubaté: Cabral, 2004.
- José Luiz Pasin
Catálogo da Sala “Euclides da Cunha”
Taubaté: Cabral, 2005.

Com Editora Alínea

- Ana Maria Viola de Sousa
Tutela jurídica do idoso. (ESGOTADO)
Campinas: Alínea, 2004.
- Flávio Martins Alves Nunes Júnior; Grasielle Augusta
Ferreira Nascimento (Orgs.).
O Direito e a Ética
na Sociedade Contemporânea. (ESGOTADO)
Campinas: Alínea, 2005.

Com Editora Lucerna

- Severino Antonio
Educação e transdisciplinaridade:
crise e reencantamento da aprendizagem. (ESGOTADO)
Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.
- Severino Antonio
A utopia da palavra:
linguagem, poesia e educação:
algumas travessias. (ESGOTADO)
Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.
- Laureano Guerreiro
A educação e o sagrado:
a ação terapêutica do educador. (ESGOTADO)
Rio de Janeiro: Lucerna, 2005.

Com Editora Idéias e Letras

- Paulo Cesar da Silva
A antropologia personalista de Karol Wojtyła:
pessoa e dignidade no pensamento de João Paulo II.
Aparecida: Idéias e Letras, 2005.

Com Editora Juruá

- Grasielle Augusta Ferreira Nascimento
A educação e o trabalho do adolescente.
Curitiba: Juruá, 2004.
- Maria Aparecida Alckmin
Assédio moral na relação de emprego. (ESGOTADO)
Curitiba: Juruá, 2005.

EDITORAÇÃO



Rua Professor Elizeu Chagas, 549 – Jardim Paraiba
Fone: (12) 3105-7482 – 12570-000 – Aparecida-SP.
E-mail: marcelosanna@hotmail.com

Pré-impressão, impressão e acabamento



**GRÁFICA
SANTUÁRIO**

grafica@editorasantuario.com.br
www.editorasantuario.com.br
Aparecida-SP