

DIREITO & PAZ

DIREITO & PAZ

Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015 - Lorena/SP
ISSN 1518-7047 - CDU - 34

APOIO - UNISAL
Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Direito & Paz – Ano XVII. N.º 32 (2015)
Lorena: Editoria: Pablo Jiménez Serrano, 2015

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 XVII– N.º 32 – 1.º Semestre/2015 – p. 432 – 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 do Uruguai – UCUDAL. Professor de Direito Penal da Universidad 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. A destruição do patrimônio histórico cultural e os desafios da preservação nos dias atuais em face da sociedade da informação
 - *Regina Célia Martinez* 11
2. A judicialização da saúde, o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana no contexto das políticas públicas nacionais
 - *Regina Vera Villas Bôas*
 - *Andreia Maura Bertoline Rezende de Lima* 33
3. A Relação de Consumo Sustentável: Uma análise crítica sobre o manejo de resíduos sólidos e a dignidade da pessoa humana
 - *Luiz Dario dos Santos* 73
4. O Direito como Linguagem na construção do sentido das Ações Afirmativas
 - *Consuelo Yatsuda M. Yoshida*
 - *Katya A. Sene de Santis* 111
5. Instrumento de celeridade processual: Gestão do conhecimento
 - *Cláudia Ribeiro Pereira Nunes* 145

6. Positivismo e Filosofia Hermenêutica: uma leitura do papel dos princípios constitucionais no direito	
• <i>Oswaldo Pereira de Lima Junior</i>	165
7. Ojeada histórica de los derechos humanos a partir de sus fundamentos doctrinales. Desafíos y perspectivas	
• <i>Suleimane Só</i>	217
8. A ordem econômica e a função social da empresa	
• <i>Patricia Maria Dusek</i>	281
9. Publicidad infantil y los derechos humanos de los niños	
• <i>Dario Aragão Neto</i>	341
10. La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS	
• <i>Alcides Francisco Antúnez Sánchez</i>	
• <i>Elena Polo Maceiras</i>	369
Informações sobre a Revista Direito & Paz e os Procedimentos para Publicação.....	421
Edição e coedições recentes do UNISAL.....	427

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

A destruição do patrimônio histórico cultural e os desafios da preservação nos dias atuais em face da sociedade da informação

Destruction of cultural heritage and preservation challenges in present day in face of the information society

Artigo recebido em 10/08/2015
Revisado em 08/09/2015
Aceito para publicação em 25/09/2015

Regina Célia Martinez

Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professora dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Sociedade da Informação na FMU. Secretária Geral da Comissão Permanente de Meio Ambiente da ABSP. Diretora do IBDC.

Resumo

A destruição do patrimônio histórico edificado tem ganhado espaço na mídia e ao mesmo tempo trazido à baila os desafios da preservação cultural edificada na medida que, a sociedade e os órgãos internacionais observam tais notícias sem possuir medidas eficazes que possam evitar à tempo tais atos.

Palavras-chave

Preservação. Cultura; Edificação. História. Sociedade da Informação.

Abstract

The destruction of the cultural heritage buildings has gained ground in the media and at the same time brought up the challenges of cultural preservation as society and international bodies, observe such news without having effective measures which could have avoid those acts.

Keywords

Preservation. Culture. Building. History. Information Society

Sumário

Introdução. 1. Preservação e patrimônio cultural edificado. Conceito e importância 2. Os desafios da preservação e a destruição do patrimônio edificado. 3. Sociedade da informação e seus efeitos. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

Neste século tem se acentuado notícias envolvendo a destruição de patrimônio histórico da humanidade por questões econômicas ou religiosas. A questão econômica é uma justificativa plausível diante dos recursos disponíveis e prioridades administrativas nos dias atuais, diferente portanto, da motivação religiosa na medida, que em decorrência da sociedade da informação permite maior reflexão e até certo ponto debates sobre a justificativa da ação. Edificações consideradas internacionalmente como de importância ímpar são destruídas por questões religiosas, do qual destacamos algumas manchetes:

[...] grupo extremista que controla cerca de 90% do Afeganistão, determinou a destruição de todas as imagens no país, por considerá-las ofensivas.¹ E em 2015 “O grupo extremista começou a destruir mais um sítio arqueológico no norte do Iraque, segundo fontes curdas².

Ocorre que esta prática não é nova. A história descreve fatos, ações destruidoras muito próximas aos acontecimentos atuais, só que sem os efeitos imediatos na sociedade da informação uma vez que, esta integra nossa era.

No Egito, historiadores ensinam que Amon estabeleceu o monoteísmo tendo o Deus Sol como único, o que causou descontentamento nos sacerdotes que cultuavam vários Deuses. Assim após a morte de Amon, sua imagem foi usurpada e apagada e os sacerdotes restabeleceram o politeísmo.

Com a queda do Império Romano os cristãos logo se preocuparam em destruir todas as imagens relacionadas a cultura anterior.

Nas Américas, catedrais foram construídas sobre os templos dos antigos incas e astecas e os símbolos das culturas pré-colombianas foram demonizados e destruídos.

A Organização das Nações Unidas (ONU) através da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura) tem por mister não só catalogar, mas, colaborar na orientação pela preservação dos espaços significativos da memória mundial na existência humana e através da sociedade da informação, com os meios tecnológicos à disposição, que em tese, possibilitariam maior eficácia em prol da preservação. Infelizmente, de forma plena a preservação não tem acontecido, muito embora tenha servido como registro da destruição.

Pensar sobre os recursos tecnológicos que temos na atualidade e, ao mesmo tempo, nos impasses que

fazem com que na prática não sejam totalmente aproveitados traz ao cientista jurídico até certo ponto, uma angústia aliada com a perplexidade e a arguição da melhor solução.

1. Preservação e patrimônio cultural edificado. Conceito e importância

Preservação do patrimônio cultural edificado significa o conjunto de ações com o objetivo de manter o material edificado de um determinado lugar em seu estado de existência e portanto, tem por finalidade retardar a sua deterioração e utilizar no tempo devido recursos de conservação e ou restauração adequada.

A questão econômica neste assunto é fundamental porque todos os projetos de preservação envolvem o investimento financeiro em prol das presentes e futuras gerações.

A preservação é uma ciência inter e multi-disciplinar que permite a permanência do marco de uma existência possibilitando a construção da identidade de um povo ou da própria essência humana.

No conjunto de bens culturais produzidos pela humanidade temos o rol dos bens que devem ser preservados constituindo assim patrimônio cultural.

O patrimônio cultural edificado carrega em si, o registro da arquitetura de uma época com todos os sentimentos e condições de um período. Em conjunto destinam bairros e até mesmo cidades inteiras como bens de preservação e individualmente considerados,

trazem sua própria história e registro como digna também de preservação.

O patrimônio cultural constitui um conjunto de riquezas inclusive arqueológicas a serem descobertas e estudadas e quando destruído todas as ciências especificando Arqueologia, Direito, Arquitetura dentre outras, são prejudicadas.

A Carta de Lausanne, em 1990 engloba como patrimônio arqueológico “ todos os vestígios da existência humana e interessa todos os lugares onde há indícios de atividade humana não importando quais sejam elas; estruturas e vestígios abandonados de todo o tipo, na superfície, no subsolo ou sob as águas, assim como o material a eles associado.”³

A preservação de um bem ou cidade permeiam desafios que vão desde o econômico, na medida que representa custo até o aspecto social-religioso, como registro de uma época que agrega um valor de importância que deve ser disseminado para as presentes e futuras gerações, estruturando assim, a cultura material.

A problemática econômica tem sido um dos desafios para permitir a preservação e em muitos casos tivemos a perda ou o perecimento dos bens. Ocorre que, a problemática preservacionista em relação a motivação religiosa é até certo ponto, muito mais difícil de conter por envolver o sentimento, a vontade da destruição do outro pelo que foi construído, um símbolo, uma afirmação.

Na História, em vários momentos temos esse registro com inúmeros exemplos da imposição religiosa sobre o antecessor numa forma de apagar a cultura anterior, e fazer valer à força.⁴

Internacionalmente esta preocupação é celebrada desde muito tempo, como registra A Carta de Atenas, em outubro de 1931, VII a, “ A conferência, convencida de que a conservação do patrimônio histórico e arqueológico da humanidade interessa à comunidade dos Estados, guardiã da civilização, deseja que os Estados, agindo no espírito do Pacto da Sociedade das Nações⁵, colaborem entre si, cada vez mais concretamente, para favorecer a conservação dos monumentos de arte e de história.”⁶

A cultura material assim, envolvendo um sítio histórico tem como principal característica não somente a “monumentalidade, a beleza ou a raridade, mas sim o referencial histórico, a atribuição de um valor particular ao tempo e à duração, tempo esse que pode se referir ao passado ou mesmo integrar o tempo vivido.”⁷

A política preservacionista assim, tem total relação com o princípio da ubiquidade porque temos que pensar global e agir local, ou seja, temos que pensar no patrimônio mundial mas, temos também que resolver e agir pela preservação do patrimônio local. Para o movimento preservacionista temos que sensibilizar a população e os indivíduos que precisam e devem estar integrados na discussão da preservação para que tenhamos uma identidade com o patrimônio cultural e logo, com formação de aliados tenhamos gestores e vigias no cuidado dos bens.

Mas, o que fazer quando os cientistas entendem que determinados bens estão vinculados à identidade de um povo, de uma época, de uma história e parte dos indivíduos assim não entende?

O patrimônio histórico cultural edificado são construções humanas realizadas em uma determinada época, servindo como um símbolo, um registro da mesma. Desta forma, pode ser uma construção arquitetônica que tem sua estrutura total ou parcialmente preservada, ou pode ser uma construção representativa de uma dada coletividade.

Desta forma, o conceito de patrimônio edificado é definido como um bem cultural que é produzido por um determinado povo, nação ou civilização, e tendo esta força de significado por si só, já deveria ser preservado, na medida que, passa a integrar o patrimônio de um povo, registro de uma era.

2. Os desafios da preservação e a destruição do patrimônio edificado

A realidade traz impasses e praticamente confronta a ciência.

Em 2001 a comunidade científica foi surpreendida com o anúncio de que os soldados da milícia começaram a destruir duas estátuas gigantes de Buda (quase 2000 anos) na cidade de Bamiyan, (Afeganistão). A destruição de todas as imagens do país, aconteceu por serem consideradas ofensivas, por ordem de líder de grupo extremista religioso. Ocorre que as imagens destruídas estavam em um ponto principal de um dos maiores complexos budistas do mundo, na medida que concentravam vários santuários budistas.

Cumprе salientar que “os pesquisadores estuda-

ram as centenas de fragmentos de arenito das estátuas -- a maior imagem do buda em pé tinha cerca de 53 metros de altura -- e descobriram que elas eram coloridas em vermelho, branco e azul, segundo o professor e pesquisador Erwin Emmerling, da Universidade Técnica de Munique. E complementa: “Os Budas já tiveram uma aparência intensamente colorida”, diz Emmerling.”⁸

Até o último instante as autoridades não acreditavam que esta ação aconteceria e segundo “Pierre Lafrance, representante da UNESCO na região, havia uma pequena esperança de que as estátuas fossem salvas, pedindo inclusive aos países muçulmanos que intervissem para preservar as imagens.

Ocorre que, “milícia que controla a maior parte do Afeganistão, determinou a destruição de todas as estátuas do país.”⁹

Em meados de abril de 2015 chega a notícia inclusive com imagens mostrando militantes de grupo extremista religioso, “começando a demolir as ruínas da cidade de Nimrud, antiga capital do império assírio fundada no século 13 a. C.” E complementa que o grupo extremista religioso divulgou na semana passada um vídeo em que destruía artefatos assírios em um museu em Mosul, cidade localizada a 30 km de Nimrud.

Relatos também dão conta de que extremistas incendiaram uma biblioteca na mesma cidade, junto com mais de 8 mil manuscritos.

No controle de grandes áreas na Síria e no Iraque, o grupo extremista segue uma vertente radical segundo a qual estátuas são usadas para idolatrar falsos deuses.

Ao mesmo tempo, o grupo extremista religioso

pôs à venda alguns artefatos no mercado negro, transformando antiguidades em uma importante fonte de renda para o grupo, junto com o petróleo e sequestros.¹⁰

Sobre os fatos é possível refletir sobre a importância dos bens que integram o patrimônio histórico cultural e o que representam, na medida que dizem “respeito às manifestações fruto das culturas dos povos. Diz respeito à manifestação que surge das condicionantes culturais de cada comunidade. Note-se que a tese do direito vincado no multiculturalismo apenas ganha força com o reconhecimento do ambiente cultural..

Para Helenita Barreira Custódio, patrimônio cultural “ em princípio, sem entrar nas particularidades doutrinárias, considera-se patrimônio cultural o conjunto de bens móveis e imóveis, materiais ou imateriais, decorrentes tanto da ação da natureza e da ação humana como da harmonia ação conjugada da natureza e da pessoa humana, de reconhecimento a valores vinculados aos diversos e progressivos estágios dos processos civilizatórios e culturais de grupo e povos. Integrado de elementos básicos da civilização e da cultura dos povos o patrimônio cultural, em seus reconhecidos valores individuais ou em conjunto, constitui complexo de bens juridicamente protegidos em todos os níveis de governo, tanto nacional como internacional¹¹.

Meio Ambiente digital faz parte do meio ambiente artificial e do meio ambiente cultural.

Meio ambiente artificial envolve espaço urbano construído, que consiste no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto).

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo, em conformidade com a nossa legislação, entende que “o meio ambiente digital, por via de consequência, fixa no âmbito de nosso direito positivo deveres, direitos, obrigações e regime de responsabilidades inerentes à manifestação de pensamento, criação, expressão e informação realizados pela pessoa humana, com a ajuda de computadores(art. 220 da CF) dentro do pleno exercício dos direitos culturais assegurados a brasileiros e estrangeiros residentes no país (arts. 215 e 5º da CF) orientado pelos princípios fundamentais da Constituição Federal(arts. 1 a 4º).¹²

Diante de tantos conceitos como evitar a destruição do patrimônio histórico cultural?

Como fazer para que as medidas preservacionistas entrem em ação conjunta com a sociedade antes da destruição?

Como integrar a ação do meio ambiente digital em uma política preservacionista?

Estando o meio ambiente digital inserido no meio ambiente cultural adaptado à sociedade da informação, como uma nova forma de viver, pensar, de se expressar por meio de elementos tecnológicos, como a televisão, rádio e internet, revela assim, uma nova face do meio ambiente cultural, com obediência à vários princípios destacando neste trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, temos nesta seara não só a busca econômica para a preservação dos bens culturais, mas talvez a mais difícil, ou seja, a busca da sensibilização para a preservação dos bens culturais como prin-

cípio da dignidade humana registrando a identidade num momento histórico para as presentes e futuras gerações.

3. Sociedade da informação e seus efeitos

A sociedade da informação é integrada por todos os aparatos tecnológicos, que vão dia-a-dia se aperfeiçoando, transformando assim, a vida e os costumes na sociedade.

Manuel Castells, explica que por tecnologia da informação deve-se incluir todo o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação(-software e hardware), telecomunicações/rádiodifusão e optoeletrônica. Além disso, diferentemente de alguns analistas, também inclui nos domínios da tecnologia da informação a engenharia genética e seu crescente conjunto de desenvolvimento e aplicações.¹³

Logo, devemos refletir que o visualizado na internet é apenas um item da sociedade da informação, ganhando assim, um vulto desconhecido cada notícia sobre destruição de patrimônio histórico cultural por motivos religiosos.

A tecnologia da informação é patrimônio cultural da humanidade e de acordo com Roberto Senise Lisboa, “a expressão sociedade da informação abrange o Direito da Informática, porém não se resume tão somente a esse ramo da ciência jurídica. Abrange o estudo das relações jurídicas pelos mais variados meios de comunicação. Pode-se afirmar que a sociedade da in-

formação atua com um ambiente informacional, e não necessariamente informatizado”¹⁴

Ocorre que o ambiente informacional se dissemina para pessoas de diferentes níveis culturais e de formação diferenciada sem fronteiras criando novos paradigmas, sem necessariamente ter um controle estatal.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo, diz que “a internet, uma das mais poderosas ferramentas dessa sociedade, é caracterizada como um espaço aberto e sem fronteiras e atualmente demonstra seu potencial positivo entre processos sociais e intervenções tecnológicas que, de modo interligado, estimulam a mudança de determinados padrões de desenvolvimento.”¹⁵

Como e quem está apto para identificar o potencial positivo separando do negativo quando da utilização da ferramenta? Fomos preparados para esse processo? O mundo está organizado para esta recepção com as diferentes formações culturais?

Temos pessoas estudando esse processo e outras completamente alheias seja do conteúdo como dos efeitos dessa ciência.

Joost Abraham, destaca que “precisamos estar atentos à ação hipnotizadora, sedutora, de todas as formas de comunicação que tudo invadem, como à de todos os meios de ação sobre massas. As pessoas ficam fascinadas, mesmo quando não estão muito interessadas. Devemos lembrar-nos de que o desenvolvimento individual necessita, a cada passo, de isolamento, bem como de conversação, de debate consigo mesmo e de uma revisão com o próprio eu.”¹⁶

A questão em relação a reflexão sobre preservação do patrimônio Histórico e Cultural e a destruição por questões religiosas passa pelo desenvolvimento individual que precisa ser formado até o desenvolvimento social, num plano maior que precisa ser definido e confirmado.

Os fatos acontecem e as notícias entram pelos canais de comunicação, todavia, não passam por um debate reflexivo e simplesmente deixam, uma parte da sociedade refletindo, mas sem saber o que fazer e outra parte apenas olhando absorta condutas que trazem perdas tão significativas para as presentes e futuras gerações.

Faz-se mister a construção da ação social e de políticas em torno de identidades primárias ou atribuídas ou recém construídas.

Manuel Castells observa que “as novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade. A comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais. Mas a tendência social e política característica da década de 90 é a construção da ação social e das políticas em torno de identidades primárias – ou atribuídas, enraizadas na história e geografia, ou recém-construídas, em uma busca ansiosa por significado e espiritualidade. Os primeiros passos históricos das sociedades informacionais parecem caracterizá-las pela preeminência da identidade como seu princípio organizacional. Por identidade, entendo o processo pelo qual um ator social se reconhece e constrói significado principalmente com base em determinado

atributo cultural ou conjunto de atributos, a ponto de excluir uma referencia mais ampla a outras estruturas sociais. Afirmção de identidade não significa necessariamente incapacidade de relacionar-se com outras identidades (por exemplo, as mulheres ainda se relacionam com os homens), ou por abarcar toda a sociedade sob essa identidade (por exemplo, o fundamentalismo religioso aspira converter todo o mundo). Mas as relações sociais são definidas vis-à-vis as outras, com base nos atributos culturais que especificam a identidade.”¹⁷

Mas como formar e criar políticas em prol da preservação dos bens culturais?

O Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas proibiu todo o comércio de artefatos históricos vindos da Síria e acusou militantes do grupo extremista de saquear a herança cultural para aumentar sua capacidade de “organizar e realizar ataques terroristas” e o secretário-geral da ONU Ban Ki-moon, considerou a destruição um “crime de guerra”, segundo seu porta-voz. Tais notícias foram divulgadas na internet.

Segundo Manuel Castells a “internet é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global. Assim como a difusão da máquina impressora no Ocidente criou o que Macluhan chamou de a “Galáxia de Gutenberg”, ingressamos agora num novo mundo de comunicação: a Galáxia da *Internet*. O uso da *internet* como sistema de comunicação e forma de organização explodiu nos últimos anos do segundo milênio. No final de 1995, o primeiro ano de

uso disseminado do *world wide web*, havia cerca de 16 milhões de usuários de redes de comunicação por computador no mundo. No início de 2001, eles eram mais de 400 milhões; previsões confiáveis apontam que haverá cerca de 1 bilhão de usuários em 2005, e é possível que entejamos nos aproximando da marca de dois bilhões por volta de 2010, mesmo levando em conta uma desaceleração da difusão da internet quando ela penetrar no mundo da pobreza e do atraso tecnológico. A influência das redes baseadas na *internet* vai além do número de seus usuários: diz também a qualidade do uso. Atividades econômicas, sociais, políticas e culturais essenciais por todo o planeta estão sendo estruturadas pela *internet* e em torno dela, como por outras redes de computadores.¹⁸

A previsão se confirmou: “Internet alcança marca de 2 bilhões de usuários no mundo, diz ONU”¹⁹, ou seja, segundo Hamadoun Toure, responsável pela agência de telecomunicações da ONU, no fim de 2010, 2,08 bilhões de pessoas tinham acessado a rede. A reportagem destaca também que o número de assinaturas de telefones móveis passou a marca simbólica de 5 bilhões (5,28 bilhões).

A sociedade da informação desta forma, pelo seu alcance deve ser acompanhada pelos Estados em prol da cultura e da preservação dos bens culturais dando oportunidade e chance as presentes e futuras gerações de seu conhecimento no próprio local registro da história, marco de uma era.

Conclusão

Em que pese estarmos no século XXI os registros da destruição do patrimônio histórico cultural ainda se fazem acentuados sejam por questões econômicas, como por motivos religiosos.

A importância dos bens que integram o patrimônio histórico cultural é incontestável para a ciência, por representarem o registro de uma era. Todavia, para alguns além de não ser salutar ainda representa uma agressão e o símbolo de valor de uma existência que não deve ser preservada.

Documentos internacionais (Protocolos, Tratados, Pactos dentre outros) confirmam a necessidade da preservação de determinados bens culturais como registro de uma era.

Os desafios da preservação passam por custos para manter as técnicas de referência preservacionistas até a definição do que e como preservar.

A sociedade da informação evoluindo dia-a-dia permite o acompanhamento das ações preservacionistas que estão dando certo, até as que foram prejudicadas, bem como os respectivos motivos.

A sociedade da informação registra na história inúmeros exemplos da imposição religiosa sobre a antecessora como forma de apagar a cultura anterior.

É quase impossível deter os danos das guerras e dos extremos das manifestações religiosas.

Presente e futuro lamentam o desaparecimento do registro, ou seja, do que foi destruído e usurpado.

Gerações futuras irão aos museus para ver os

fragmentos da cultura humana, daquilo que já foi parte de obras grandiosas, bem como, por outro lado, terão a possibilidade de utilizar a tecnologia e “reconstruir” virtualmente o que foi destruído.

No virtual embora com recursos avançados tecnologicamente não usufruímos do prazer de sentir a obra e sua grandiosidade.

Cumpre salientar por oportuno, que faz parte do ser humano e de sua essência ações destrutivas e o radicalismo religioso tem contribuído para a construção de grandes monumentos como também de sua destruição.

Não há lógica, há sim, necessidade premente de educação ambiental preservacionista valorizando obras como registros de um tempo, de um valor, de uma cultura para as presentes e futuras gerações.

Notas

- 1 Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2011/03/01/para-cientistas-reconstrucao-de-estatua-do-buda-no-afeganistao-e-possivel.htm> Acesso em 14/04/2015
- 2 Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/03/150307_destruicao_estado_islamico_iraque_rb Acesso em 14/04/2015
- 3 BASTOS, Rossano L. e SOUZA, Marise C. (orgs.) Normas e Gerenciamento do Patrimônio Arqueológico. P.33.
- 4 “Ao restaurar a mesquita de Abul Hagag El- Luxory, em setembro de 2007, técnicos descobriram, acidentalmente, uma coleção de pilares do Império Novo(c. 1550 a 1070 aC), padieiras e relevos do Templo de Luxor. O material pertence ao reinado do faraó Ramsés II (c. 1290 a 1224 a.C.) e estava dentro das paredes internas da mesquita, contruída no pátio aberto daquele templo. Entre os relevos mais importantes encontra-se o que mostra Ramsés II oferecendo ao Deus Amon-Rá

dois obeliscos a serem instalados na fachada principal do templo, um dos quais permanece no local, enquanto que o outro está actualmente na Place de La Concorde, em Paris. Outro relevo mostra três estátuas do faraó usando a coroa branca. (...) Os relevos descobertos contêm representações de serem humanos e de animais, o que é proibido dentro das mesquitas. Os cristãos, e depois os muçulmanos, frequentemente construíram seus santuários em cima de antigos locais sagrados egípcios. Os construtores de ambas as crenças normalmente apagavam ou deformavam a antiga arte dos templos, mas estes relevos encontrados permaneceram virtualmente intactos. Em lugar de destruir os relevos, nesse caso os construtores os esconderam cuidadosamente com uma camada protectora de gesso reforçado. Os peritos disseram que as inscrições esculpidas provêm alguns dos melhores exemplos de escritura criptográfica ou enigmática, uma forma incomum de texto hieroglífico no qual cada sinal poderia representar uma palavra inteira, uma frase, ou um conceito. Os arqueólogos terão que negociar com líderes religiosos locais, os quais encaram o material exposto na mesquita como uma violação da lei islâmica. Uma das soluções seria incluir coberturas retracteis ou telas por cima das inscrições, já que remover completamente as partes antigas provavelmente causaria dano à mesquita.” Descoberto no Egito. Pedacos de Luxor. Curiosidades da história. <http://passadocurioso.blogspot.com.br/2011/06/descobertos-no-egipto-pedacos-de-luxor.html> acesso em 20/04/2015.

- 5 Pacto é a primeira parte do Tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919. No Brasil foi ratificado em 10 de dezembro de 1919 e promulgado pelo decreto 13990 de 12 de janeiro de 1920.
- 6 Carta de Atenas. Escritório Internacional dos Museus. Sociedade das Nações. Atenas, outubro de 1931.
- 7 SOARES, Inês Virginia Prado. Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro. P. 241.
- 8 Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2011/03/01/para-cientistas-reconstrucao-de-estatua-do-buda-no-afeganistao-e-possivel.htm> Acesso em 14/04/2015
- 9 Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2001/010303_afeganistao.shtml Acesso em 14/04/2015
- 10 Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/03/150307_destruicao_estado_islamico_iraque_rb Acesso em 14/04/2015

- ¹¹ CUSTÓDIO, Helenita Barreira. *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes*. São Paulo: Millennium, 2005 p 145
- ¹² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 13 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.
- ¹³ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, v. I p 67.
- ¹⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Direito na sociedade da informação*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 95, vol. 847, mai. 2006, p. 90
- ¹⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.
- ¹⁶ MEERLOO, Joost Abraham Maurits. *Lavagem cerebral: mentecídio – o rapto do espírito*. São Paulo: IBRASA, 1980, p. 247.
- ¹⁷ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: era da informação*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, v. I pp.38-39.
- ¹⁸ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 8.
- ¹⁹ <http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2011/01/26/internet-alcanca-marca-de-2-bilhoes-de-usuarios-diz-onu.jhtm> Acesso em 20 abr 2015

Referências

- BRASIL. *Livro verde da sociedade da informação no Brasil*. Brasília: Ministério da Ciência e da tecnologia, 2000.
- BASTOS, Rossano L. e SOUZA, Marise C. (orgs.) *Normas e Gerenciamento do Patrimônio Arqueológico*. 2. ed. São Paulo: Superintendência Regional do IPHAN, 2008.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v.I
- _____. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- _____. *A sociedade em rede: era da informação*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- CUSTÓDIO, Helenita Barreira. *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes*. São Paulo: Millennium, 2005.

- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Manifestações culturais, fauna e o direito ambiental(a)*. Disponível em: www.saraivajur.com.br 2004 Acesso em 19 abr. 2015.
- GIDDENS, Anthony. *O mundo na era globalizada*. Lisboa: Presença, 2000.
- LEITE, José Rubens Morato. *Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004
- LISBOA, Roberto Senise. *Terceira seção. Direito na sociedade da informação*. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 847, mai. 2006
- MEERLOO, Joost Abraham Maurits. *Lavagem cerebral: mentecídio – o rapto do espírito*. São Paulo: IBRASA, 1980 .
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 6aed. São Paulo: RT, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º. a 5º da Constituição da República do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9ed. São Paulo: Atlas, 2011
- NALINI, José Renato. *A evolução do direito ambiental nos 20 anos de vigência da CF/88*. In: MORAES, Alexandre de (Coord.) *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- PAESANI, Liliana Minardi (Coord.) *O direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SOARES, Inês Virginia Prado. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- SOARES, Ismar de Oliveira. *Sociedade da Informação ou da comunicação*. São Paulo: Cidade Nova, 1986

Sites consultados

BBC BRASIL.

http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/03/150307_destruicao_estado_islamico_iraque_rb acesso em 14/04/2015

PASSADO CURIOSO

<http://passadocurioso.blogspot.com.br/2011/06/descobertos-no-e-gipto-pedacos-de-luxor.html> acesso em 20/04/2015.

NOTÍCIAS UOL

<http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2011/03/01/para-cientistas-reconstrucao-de-estatua-do-buda-no-afeganistao-e-possivel.htm> acesso em 14/04/2015

<http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2011/01/26/internet-alcanca-marca-de-2-bilhoes-de-usuarios-diz-onu.jhtm> Acesso em 20 abr 2015

A judicialização da saúde, o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana no contexto das políticas públicas nacionais

Health judicialization, respect to life and human dignity in the context of national public policy

Artigo recebido em 17/07/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 25/09/2015

Regina Vera Villas Bôas

Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/*Ius Gentium Conimbrigae*. Graduada em Direito, Mestre em Direito Civil, Doutora em Direito Privado e Doutora em Direito Difusos e Coletivos, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora e Pesquisadora nos Programas de Graduação e de Pós-Graduação *lato e stricto sensu* na PUC/SP, integrando o Projeto de Pesquisas de Direito Minerário (convênio PUC/SP e VALE), coordenando as Pesquisas sobre as

“cavidades naturais subterrâneas”. Professora e Pesquisadora no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Universitário Salesiano/SP, integrando o Projeto de Pesquisas “Minorias, discriminação e efetividade de direitos” e o Observatório de Violência nas Escolas (UNESCO/UNISAL), todos do UNISAL – Lorena (SP). Avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais.

Andreia Maura Bertoline Rezende de Lima

Juíza de Direito em São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutoranda em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

“A única revolução possível é dentro de nós.

Não é possível libertar um povo, sem antes,

livrar-se da escravidão de si mesmo.

Sem esta, qualquer outra será insignificante,

efêmera e ilusória, quando não um retrocesso.

Cada pessoa tem sua caminhada própria.

Faça o melhor que puder. Seja o melhor que puder.

O resultado virá na mesma proporção de seu esforço.

Compreenda que, se não veio, cumpra a você (a mim e a todos)

modificar suas (nossas) técnicas, visões, verdades, etc.

Nossa caminhada somente termina no túmulo. Ou até mesmo além...

Segue a essência de quem teve sucesso em vencer um império...”

(Mahatma Gandhi)

Resumo

A dignidade da pessoa, humana ou não, constitui um dos fundamentos do Estado Socioambiental Democrático de Direito brasileiro, sendo garantida a todos – humanos ou não –, independentemente da titularidade de direitos e das condições de vida de cada ser, que compõe o meio ambiente. Relativamente ao homem, a dignidade é inerente à sua essência e relaciona-se à plenitude do seu desenvolvimento, enquanto pessoa que dispõe de uma esfera de valores próprios, que são extraídos do meio cultural em que se insere, lhes sendo transmitidos na convivência com os semelhantes. O desenvolvimento integral do ser humano deve ser compreendido dentro de uma estrutura envolvente do seu bem-estar físico, mental e social. Nesta linha de pensamento, tem-se a saúde como direito fundamental e social, indissociável à realização do direito à vida, destinado a amparar o cidadão nas suas necessidades vitais, resguardando-lhe condições mínimas e indispensáveis para uma existência digna. Os direitos e as garantias são consagrados pela Carta Magna vigente, que dispõe ser a vida um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que tenham por escopo a redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Na atualidade, entretanto, as escassas políticas públicas destinadas à saúde não atendem as necessidades prementes do cidadão, o que enseja a efetiva intervenção do Poder Judiciário junto

aos Poderes Executivo e Legislativo para determinar a implementação destas políticas, fenômeno este denominado judicialização que é entendido como ativismo, na maioria das vezes. O escopo precípuo deve ser o exercício pleno da cidadania, por meio do atendimento das necessidades vitais do ser humano, entendimento este difundido após a Segunda Guerra mundial, que se voltou à proteção dos direitos humanos, sem esquecer dos deveres do cidadão e da proteção ao meio ambiente que deve ser sadio e ecologicamente equilibrado, para garantir a manutenção da vida de todos os seres e as gerações presente e futura.

Palavras-chave

Judicialização. Direito à vida. Direito à saúde. Dignidade da pessoa humana. Meio-ambiente. Políticas públicas nacionais.

Abstract

A person's dignity constitutes one of the foundations of the State Environmental Law, is guaranteed to all, regardless of ownership of rights and living conditions of each being, composing the environment. In relation to the man, dignity is inherent to his essence and relates to the fullness in his development as a person who features a sphere of values, which are extracted from the cultural environment in which one ope-

rates, and are transmitted towards living in community. The full development of a human beings must be understood as within a surrounding structure of their physical, mental and social well-being. Following this line of thought, health care has to be considered a fundamental and social right inextricably linked to the right of life, designed to support citizens on vital needs, also safeguarding one's minimum conditions for a dignified existence. Rights and guarantees are consecrated by the present Constitution, which sets life as one's right and duty of the State to ensure through social and economic policies having as their scope reduction of the risks of diseases and other hazards, and also equal access to actions and services for one's promotion, protection and recovery. In present days, however, the fewer public policies aimed at health care do not meet the pressing needs citizens, which entails the effective intervention of the Judiciary together with the Legislative and Executive powers to determine the implementation of said policies, action called judicialization, which is understood as activism most of the time. The essential scope should be the full exercise of citizenship, met through addressing vital human needs, understanding this widespread after the Second World War, which turned to protecting the human rights, not forgetting the citizen's responsibility and protection of the environment which must be healthy and ecologically balanced, to ensure the maintenance of life of all beings and the present and future generations.

Key words

Judicial activism. Right to life. Human dignity. Right to health. Environment - State public policies.

Sumário

Introdução. 1. O direito à vida e à dignidade da pessoa humana. 2. O direito fundamental e social à saúde. 3. Os princípios da igualdade e da solidariedade e os direitos fundamentais. 4. A Judicialização e/ou o ativismo judicial e o controle das políticas públicas na esfera da saúde: Jurisprudência do STJ e STF. Conclusão. Notas. Referências

Introdução

O objetivo do presente estudo é realizar reflexões sobre a intervenção que o Poder Judiciário produz nos Poderes Executivo e Legislativo, por meio da denominada judicialização. Dá-se destaque a implementação das políticas públicas relacionadas à saúde, trazendo-se à baila a problemática do efetivo respeito à vida e à dignidade da pessoa – humana ou não -, resultante das concretas políticas adotadas. No contexto e, relativamente à pessoa humana, interroga-se sobre a concretização promovida pelo Estado do direito fundamental e social à saúde, que lhe é garantido constitucionalmente e cuja definição socio-jurídica não deve ser restrita à

ausência de doença ou seus agravos, mas sim, ao completo bem-estar físico, mental e social do ser humano, sendo este atrelado ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, certamente.

A questão polêmica que envolve os três poderes para a efetivação das políticas públicas na área da saúde, sem qualquer interferência de interesses secundários relacionados à política, que podem prejudicar o exercício da cidadania é enfocada, na presente pesquisa, notadamente a partir do entendimento jurisprudencial do STJ e do STF.

Em face da amplitude e da complexidade que envolvem a esfera da saúde, aborda-se, de início, o direito à vida - indissociável do direito à saúde -, seguido do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto na Carta Magna de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.

Investiga-se o direito fundamental e social à saúde, a partir do teor do artigo 196 da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, devendo este assegurá-la mediante políticas sociais e econômicas que busquem reduzir o risco de doenças e outros agravos, além de fornecer o acesso global e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Averigua-se que a norma constitucional do referido artigo 196 propicia o entendimento de que o conceito de saúde envolve interesses que devem ser protegidos por todas as esferas (pública, privada, difusa e coletiva), porque a busca de soluções adequadas e benéficas ao bem-estar físico, mental e social do ser

humano é meta a ser alcançada por todas as esferas, notadamente pelo Poder Público, pelo cidadão e pela coletividade, por intermédio da participação efetiva de todos, exigindo-se o cumprimento dos seus direitos e interesses socio-jurídicos e ambientais.

Em reforço à garantia do direito à vida sadia e digna, o artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe, *in verbis*:

Todo homem tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar para 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 em circunstâncias fora de seu controle.

A efetivação das políticas públicas sanitárias deve obedecer aos princípios da igualdade e solidariedade, que designam fundamentos da dignidade da pessoa humana e do acesso universal à saúde.

Os cuidados com o bem-estar, humano ou não, que alcançam a qualidade de vida sadia e digna, abarcam entre os seus componentes básicos, as questões políticas, envolventes da efetiva atuação do Estado, da participação do cidadão e dos grupos sociais na vida comunitária. A sensibilização de todos e de todas as esferas é fundamental na identificação das potencialidades e na solução dos problemas socio-jurídicos, que envolvem a garantia de uma ordem social equitativa, pacífica e solidária.

Aliás, o bem-estar social se relaciona à realização de valores, entre os quais se inclui a saúde, como já foi dito, anteriormente

O bem-estar social deve revelar um estado de plena satisfação das necessidades e interesses do homem, abraçando suas aspirações - materiais e espirituais - de segurança, tranquilidade, prosperidade, provocando-o a sentir-se, de modo constante, agradavelmente confortável, aconchegado, saudável e feliz¹.

1. O direito à vida, à dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente

O direito à vida é o alicerce dos demais direitos, sendo garantido pela Carta Magna vigente em seu artigo 5º, caput². A relevância do direito à vida é ratificada pelo artigo 2º do Código Civil³, que dispõe ser do nascimento com vida o início da personalidade civil da pessoa.

Apresentar o conceito biológico de vida não é escopo do presente estudo. Importante é memorar-se a indissociabilidade do direito à vida e à saúde, enfocando-a como um processo vital, contínuo, interdependente e imprescindível à constituição, continuidade da integralidade da vida, que considera aspectos físicos, mentais, sociais e ambientais.

Ensina Elio Sgreccia citado por Márcia Helena Caprara Lionço

[...] vida é a capacidade de ação imanente, além dos fatores físicos, químicos e bioquímicos, é a capacidade real de ser causa e fim da própria ação. A distinção dos três tipos de vida – vegetativa, intelectual e sensitiva – é filosófica; o que distingue verdadeiramente o homem é a sua autonomia e sua superioridade quanto às escolhas e aos fins pelos quais realiza algo, pois é um ser livre.⁴

A concepção de vida não se restringe às funções humanas ou ao potencial humano, isto é, à vida humana biológica, conforme leciona Guy Durant

[...] a expressão pode indicar uma vida que permita a consciência da realidade, a comunicação e o senso de responsabilidade. Ou, ao menos, a capacidade de conscientizar e de comunicar. É a vida humana pessoal.⁵

A vida sadia e digna compreende aspectos físicos, psíquicos e espirituais, que possibilitam a interação do ser com o ambiente natural e social, lhe agregando valores que corroboram a formação da sua ideologia e filosofia de vida, as quais tornam possível o respeito ao bem comum e à dignidade da vida.

Recorda-se que é antiga a preocupação com a integridade física e com a dignidade humana: o Cristianismo defende a dignidade do homem, o Jusnaturalismo os direitos inatos, o iluminismo valoriza o indivíduo perante o Estado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pelas

Nações Unidas em 1948, consagra os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais do homem, dispondo no artigo 1º: “*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.*”

No ordenamento jurídico pátrio, a vigente Carta Magna estabelece no artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República.⁶

O homem, pelo simples fato de sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes, pela comunidade e pelo Estado, direitos estes considerados fundamentais ao exercício da sua cidadania. Nesse sentido, mister se faz a análise da dignidade da pessoa humana (concreta), que abrange a sua vida cotidiana.

Ademais, o ser humano integra uma comunidade, estando socialmente vinculado ao cumprimento de deveres e obrigações impostos pelo Estado, o qual é responsável pela proteção da vida humana - valor fundamental constitucionalmente tutelado (art. 5º, caput) -, razão pela qual deve voltar as suas ações ao desenvolvimento pleno da pessoa humana, promovendo o seu bem-estar físico, mental e social, o que deve se dar em ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, conforme já exposto, anteriormente

Do conteúdo da norma do art. 225, da Constituição Federal extrai-se o dever de defesa e de preservação do meio ambiente, que é do Poder Público e da coletividade, o que implica a

previsão constitucional de um dever e de um direito Constitucional, relacionado à preservação e à defesa do meio ambiente.⁷

O conceito de dignidade da pessoa humana traz consigo uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva, conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁸

O conceito de dignidade da pessoa humana inclui o respeito à integridade física, moral, intelectual e espiritual, e afasta qualquer diferença étnica, cultural e/ou social, conforme afirma Rizzato Nunes, inspirado na lição de Chaves Camargo

[...] toda pessoa humana pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exer-

cício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação é a raiz da dignidade da pessoa humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental ou crença religiosa.⁹

Recorda-se que desde os primórdios da civilização é presente a preocupação com o respeito e a proteção da dignidade do homem, que carrega na sua essência o objetivo de desenvolver plenamente a sua personalidade, de maneira a agregar aos seus valores a busca permanente da igualdade social, conforme se presencia na sociedade hodierna.

2. O direito fundamental social à saúde

Em seu preâmbulo, dispõe a Organização Mundial da Saúde – OMS que:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir

constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos. O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum. O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento. A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde. Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos. Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas. Aceitando estes princípios com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do artigo 57 da Carta das Nações Unidas.¹⁰

No ordenamento pátrio, o direito à saúde foi elevado à condição de direito fundamental e social a partir da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ao versar sobre o direito à saúde, José Afonso da Silva salienta

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só na Constituição de 1988 tenha sido elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem direito a tratamento condigno de acordo com o estado atual da Ciência Médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.¹¹

Os direitos fundamentais são garantidos pela Carta Magna vigente e requerem uma prestação positiva do Poder Público, impondo, assim, uma limitação à sua atuação, razão pela qual as normas que os definem têm imediata aplicação (art.5º, § 1º, CF/88)¹², sob pena de se tornarem letras mortas, responsabilizando-se o Poder Público por sua omissão quanto à efetivação de referidos direitos.

Os direitos fundamentais encontram amparo legal no artigo 60, § 4º, IV da vigente Carta Magna¹³, afastando qualquer proposta de emenda à Constituição que

tenha por escopo abolir direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas que são.

Nesse prisma, em se tratando do Poder Público e os direitos fundamentais, Gilmar Mendes, com percuciência, dispõe que há proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*) e postulado de proteção (*Schutzgebote*),^o que significa a possibilidade de se afastar ingerências inadequadas do Estado, que tenham o intuito de dificultar o acesso dos cidadãos ao atendimento de suas necessidades vitais, exigindo-se a concretização dos direitos fundamentais e sociais, notadamente o direito à saúde.

A respeito dos direitos sociais, ensina André Ramos Tavares

[...] são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais.¹⁴

E quando se fala em direitos humanos, lembre-se do pensamento de Joaquín Herrera Flores, conforme apresentado, a seguir

Trazido o debate ao campo dos direitos humanos, relevante a reflexão que se faz a partir das lições de Joaquín Herrera Flores. Ao afirmar que a origem histórica dos direitos humanos resulta do processo cultural de reação posta em funcio-

namento pelos seres humanos - por meio das relações com eles mesmos, com os outros seres humanos e/ou com a natureza -, localiza os direitos humanos entre as produções culturais. O autor caracteriza a luta pelos direitos humanos, como mais uma luta, entre as inúmeras que foram produzidas pelo mundo ocidental “a partir dos séculos XV e XVI, quando se encontra com outros povos, tão ou mais avançados do que aquilo que se considerava civilização” (p. IX). Lembra Flores que sempre que se pesquisa sobre os direitos, torna-se imperiosa a revisitação aos seus fundamentos e conceitos, além de que, em hipótese alguma, se pode deixar de considerar a impactante realidade da vida social das vítimas das opressões e das injustiças sofridas. Isso é feito com o escopo geral de reinventar a vida de todos a partir da dignidade de cada um, e “não da mera coerência formal ou lógica dos textos” (p. 48)¹⁵

Note-se que os direitos do homem, conquistados com muitas lutas – sejam individuais, sociais, difusos e/ou coletivos (notadamente os direitos relacionados ao meio ambiente) – necessitam de ser garantidos e protegidos sócio-juridicamente pelo Estado, buscando sempre a efetividade da vida (sadia e digna). E essa dignidade esperada, somente pode se concretizar quando o Estado proporciona ao homem condições dignas de receber educação, saúde, trabalho, moradia, segurança e lazer, entre outros.

Na sociedade hodierna, o bem-estar físico, mental, intelectual, espiritual, social e ambiental do ser humano é sua preocupação constante, na conquista de uma qualidade de vida melhor, o que impõe lugar destacado ao Direito Sanitário, principalmente a partir da promulgação da vigente Carta Magna .

É cediço, também, que o desenvolvimento integral da personalidade humana resguarda a sua dignidade, ofertando-lhe o direito à incolumidade do corpo humano e da alma (espírito), o que impõe ampliação da consideração e análise do direito à saúde, que deve abraçar, entre outros, os aspectos biológico, psicológico, intelectual e espiritual.

A despeito das diferenças existentes, o acesso aos serviços públicos essenciais é – ou pelo menos deveria ser – gratuito à população, já que a seguridade social é financiada pela sociedade, de maneira direta e/ou indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como também, das contribuições sociais dos empregadores, trabalhadores, sobre a receita de concursos de prognósticos e do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (Art. 195, I a IV, C.F.).

Verifica-se, outrossim, que a participação da população nessa dinâmica público-social é de suma importância, razão pela qual ela (população) deve ser sempre convocada para participar das audiências públicas, cumprindo o teor do artigo 197 da Carta Magna, que dispõe serem de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público, em confor-

midade com a lei, dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, sendo a sua execução realizada de maneira direta ou por meio de terceiros, como também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.¹⁶

A efetivação da política de saúde pátria se realiza – ou deveria se realizar – pelo Sistema Único de Saúde, que envolve um conjunto de ações e serviços voltados à saúde, de modo a possibilitar o acesso universal e igualitário, conforme disposto na Carta Magna de 1988 e das constituições estaduais e leis orgânicas dos municípios. E, mais: a assistência à saúde da população por intermédio do Sistema Único de Saúde é obrigatória a todo cidadão e, por isso, deve dispor de uma estrutura eficiente com incentivos destinados ao aprimoramento dos profissionais que nela atuam.

Na prática, entretanto, o atendimento relacionado à saúde, prestado pela rede pública à população mais vulnerável, é precário, pois os recursos destinados para esta área são desviados para outros setores, ocorrendo, também, suspeitas de fraudes e favorecimentos no setor, o que ratifica o descaso com a dignidade da pessoa humana, que envolve os direitos fundamentais da pessoa humana, entre os quais, notadamente, o direito à vida e à saúde.

Extrai-se, do contexto, que a dignidade não compreende apenas um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem política, econômica, social, cultural e ambiental, o que implica que a saúde requer políticas públicas que promovam efetivos serviços e ações, destinados à promoção, proteção e recuperação da existência digna das pessoas, integradas a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

3. Os princípios da igualdade e da solidariedade e os direitos fundamentais

A igualdade formal é consagrada no artigo 5º, caput, na vigente da Carta Magna, que veda distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A importância do princípio da igualdade no Estado Democrático contemporâneo é corroborada por Paulo Bonavides que o considera como “*centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica*”, denominando-o, também, de “direito-guardião do Estado Social”.¹⁷

O princípio da igualdade permeia todos os direitos sociais, sendo certo que a saúde integra a seguridade social, que se organiza visando à universalidade da cobertura e do atendimento, pois compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e à assistência social (Art. 194, I, C.F.).

Urge, ainda, salientar que não obstante o princípio da igualdade seja considerado guardião do Estado Social, não há que se falar em proibição de diferenciações de tratamento, uma vez que, concretamente, as condições sociais, econômicas e psíquicas, entre outras, dos seres humanos nem sempre são similares.

Ao tratar da cidadania, como mecanismo de inclusão, Marcelo Neves assenta que o princípio da igual-

dade compreende o núcleo da cidadania, afirmando que “a noção de cidadania como integração jurídico-política igualitária não importa a inexistência de estratificação social. Inegavelmente variam, conforme a classe social, as chances dos indivíduos e grupos em face dos juízes e tribunais, como também de influenciar a legislação e o governo ou a administração”.¹⁸

No mesmo sentido, ao discorrer sobre o princípio da isonomia no processo, Nelson Nery Junior afirma que

[...] são constitucionais dispositivos legais discriminadores, quando desiguam corretamente os desiguais, dando-lhes tratamentos distintos; e são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desiguam incorretamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos. Deve buscar-se na norma ou texto legal a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional.¹⁹

O alcance da igualdade disposta em lei, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, não revela restrição ao nivelamento dos cidadãos, diante da norma legal, mas sim, a impossibilidade de a lei ser editada em desconformidade com a isonomia.²⁰

Em decorrência das estratificações sociais, que não podem ser ignoradas, sob pena de prejudicar o direito à vida digna, o Título I, da Carta Magna prescreve que a solidariedade é um princípio fundamental, dispondo no artigo 3º, inciso I, *in verbis*

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária.” No inciso III há outra finalidade a ser desenvolvida que complementa a anterior, a saber: III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O princípio da solidariedade pressupõe que o homem não vive isolado, devendo manter, sempre, uma relação de interdependência com o seu semelhante, integrando-se ao ambiente de que participa, o qual deve ser sadio e ecologicamente equilibrado, em prol da manutenção da vida das gerações presente e futura. A solidariedade requer, também, entrosamento harmônico entre os homens, que buscam conviver de maneira pacífica, estável, equilibrada e justa, por meio da cooperação e do respeito mútuo em prol do desenvolvimento humano, que deve ocorrer em ambiente saudável.

Edith Stein, citada por Wambert Gomes di Lorenzo, afirma que:

[...] a solidariedade demonstra que o indivíduo é uma abstração, e que o ser humano é um dever constante do seu meio.²¹

Na condição de participante do meio em que se encontra inserido, o cidadão não pode permanecer alheio às dificuldades e indiferenças que assolam a sociedade, principalmente no que concerne à ineficácia da saúde pública no Brasil, diante da burocracia e da

inércia na provisão de políticas públicas, ou dos obstáculos à sua implementação. Nesse sentido, o legislador concretiza os direitos fundamentais sociais, apesar de não se encontrar (ele próprio), vinculado a estes.²²

Lembra-se, no entanto, que referida concretude é apenas teórica. Na prática, é patente à população a desvinculação do legislador com a manutenção da eficácia dos direitos fundamentais sociais constitucionais. A concretização desses direitos – que deve respeitar os princípios da igualdade e da solidariedade – tem se valido da atuação consciente – e não arbitrária – do Poder Judiciário, que ao julgar determinados casos concretos, acaba tendo que invocar a implementação de políticas públicas, em prol da efetividade da Justiça, notadamente em casos relacionados à saúde, que é considerada um direito de todos e um dever do Estado.

4. A judicialização e/ou ativismo judicial e o controle das políticas públicas na esfera da saúde: jurisprudência do STJ E STF

O cumprimento pelo Poder Público dos direitos fundamentais, notadamente, os direitos sociais relacionados à saúde, encontra resistência nos recursos orçamentários disponíveis à sua execução, não obstante as ações e serviços de saúde serem de relevância social, conforme disposto no artigo 197 da vigente Carta Magna, cuja interpretação sistemático-constitucional evidencia o dever do Poder Público de dispor sobre a regulamentação, controle, fiscalização e execução des-

tas ações e serviços. Referida execução pode se dar diretamente pelo Poder Público ou por terceiros, integrantes da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde, nos moldes dispostos nos artigos 198, 199 e 200 da Constituição da República Federativa do Brasil e das legislações pertinentes.

Ora, a efetivação do direito à saúde é nitidamente presenciada pela população, nas ocasiões em que a execução das políticas sociais, econômicas e ambientais do setor sanitário se concretizada, o que impõe ao Poder Público o dever contínuo de garantir condições de uma vida sadia para todos os seres, sem distinção.

Aliás, de um lado, uma característica presente em inúmeras Constituições garantistas dos direitos humanos contemporâneas está ligada à amplitude de ferramentas disponibilizadas à sociedade para se efetivar o controle judicial, que deve servir às garantias destes direitos conquistados, não obstante, de outro lado, possa significar controle do domínio político das diversas esferas de governos.

Hodiernamente, a ocorrência de uma negativa do Poder Público à implementação de políticas públicas na área da saúde, sintomaticamente tem gerado polêmicas e debates intensos, principalmente no que tange à ingerência do Poder Judiciário nos Poderes Legislativo e Executivo.

Ocorre que a omissão do Poder Público ou a prestação inadequada dos serviços destinados à saúde favorecem o ajuizamento de demandas que buscam a efetivação dessa prestação positiva pelo Estado, fato que pode ocasionar a denominada judicialização,

a qual, segundo alguns doutrinadores, entre os quais Lenio Luiz Streck, é contingencial, sendo inexorável a sua ocorrência diante da proteção constitucional dos direitos fundamentais, do ordenamento pátrio e da complexidade social.²³

Nesse sentido, esclarece Clarissa Tassinari que

(...) a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade- característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.²⁴

Nesse contexto, é certo que as garantias e os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados contribuem fortemente para o efetivo exercício da cidadania, que não se resume tão somente ao direito ao voto. É certo, também, o questionamento que se faz sobre a legitimidade do Poder Judiciário ao determinar ao Poder Público que implemente política pública, já estabelecida na área da saúde, cumprindo ordem (judicial) concreta, sem que ocorra interferência que crie desar-

monia entre os Poderes, que devem se manter independentes entre si, ao teor do artigo 2º da Carta Magna.²⁵

No entender de Hely Lopes Meirelles:

[...] a função precípua do Poder Legislativo é a elaboração da lei (função normativa); a função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa); a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes (função judicial). Referimo-nos à função precípua de cada Poder de Estado porque, embora o ideal fosse a privatividade de cada função para cada Poder, na realidade isso não ocorre, uma vez que todos os Poderes têm necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento, e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder. O que há, portanto, não é a separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das três funções estatais precípua entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível.²⁶

No mesmo sentido, Paulo Bonavides dispõe que:

O princípio vale unicamente por técnica distributiva e funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca porém valerá em

termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível.²⁷

Veja-se que a independência entre os poderes não é afetada nas ocasiões em que o Poder Judiciário impõe deveres relacionados ao cumprimento pelo Poder Público de políticas públicas existentes, implementando-as, conforme previsto no ordenamento jurídico pátrio.

Nessa linha, Pedro Machete reafirma a subordinação do Poder Público ao direito, quando leciona que a Administração deve agir sempre que estiver em pauta o interesse público e desde que respeite os limites legais.²⁸

Entretanto, necessária a lembrança de que não se trata de determinação de criação de políticas públicas, mas, sim, de implementação das já existentes, pois, se assim agisse – determinasse a criação de políticas públicas –, o Poder Judiciário extrapolaria os limites impostos pela Constituição Federal, e poderia gerar uma desarmonia entre os Poderes, colocando em risco a fruição dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente o que fragilizaria o direito, ao permitir a ocorrência desse dito *ativismo judicial*.

Entende-se que o acatamento pelo Poder Judiciário do descumprimento da ordem constitucional – pertencente ao sistema jurídico nacional – coloca em risco toda a segurança e autonomia do direito, que pode se expandir para todas as instituições sócio-po-

líticas nacionais e acarretar abalo ao próprio Estado Socioambiental Democrático de Direito. Reprise-se, porém, que determinar a implementação de políticas públicas em prol da efetivação de um direito social à saúde não é o mesmo que determinar a criação de uma (nova) política pública.

Lenio Luiz Streck afirma, no mesmo sentido, que quando o Judiciário descumpra uma ordem constitucional coloca em risco a segurança jurídica e a autonomia do direito²⁹.

Em sua obra dedicada ao controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, Eduardo Cambi leciona que:

O controle judicial de políticas públicas não se refere, a rigor, à criação destas políticas (*make public choices*), isto é, à definição de que objetivos ou interesses devam ou possam ser eficazmente alcançados, mas da conformação, modelação e efetivação dos direitos fundamentais consagrados no Estado Democrático de Direito.³⁰

O Superior Tribunal de Justiça, dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, entende que a excepcional determinação de fornecimento de medicamentos, não viola o princípio da separação dos poderes, conforme se observa da ementa trazida abaixo

Administrativo. Controle judicial de políticas públicas. Possibilidade em casos excepcionais. Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos. Manifesta necessidade de obrigação do po-

der público. Ausência de violação do princípio da separação dos poderes. Não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.³¹

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o entendimento não diverge no que tange ao controle judicial das políticas públicas pelo Poder Judiciário, conforme se extrai da decisão da lavra do Ministro Celso de Mello, ao tratar de caso de implementação de política pública em prol da efetividade de direitos sociais, econômicos e sociais, em confronto com a abusividade governamental, conforme trazida na ementa trazida a seguir

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).³²

Referido Ministro, também, assentou que: “*Em tema de implementação de políticas governamentais, previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil e de saúde pública, a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.*”³³

E, ainda, da lavra do Ministro Celso de Mello extrai-se que não houve grave lesão à ordem, à economia, à segurança e à saúde pública, de maneira a justificar a judicialização do direito à saúde, conforme exposto na ementa, abaixo transcrita

Direito constitucional. Direito à saúde. Agravo regimental em agravo de instrumento. Implementação de políticas públicas. Ação civil pública. Prosseguimento de julgamento. Ausência de ingerência no poder discricionário do poder executivo. Artigos 2º, 6º e 196 da constituição federal.³⁴

Suspensão de liminar. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art.196 Da constituição. Audiência pública. Sistema único de saúde – sus. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos

casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.³⁵

Lembra-se, também, que a evolução dos direitos fundamentais, entre os quais os direitos dos negros e das mulheres, se desenvolve a partir da participação do Poder Judiciário - o que desarmoniza os poderes constituídos, em um primeiro momento, mas, após, retoma o equilíbrio e permite a evolução dos direitos -, e não por meio de propostas oriundas do Poder Legislativo, como bem esclarece o texto produzido por Luis Roberto Barroso, a seguir exposto

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte - americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*,

1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).³⁶

Importa, ainda, observar que a complexa dialogia regularmente estabelecida entre o Poder Judiciário e os demais poderes constituídos é fator determinante à evolução dos direitos fundamentais. Quando o Legislativo ou o Executivo deixam de atuar na proteção de referidos direitos, o Judiciário deve satisfazer a pretensão de justiça da sociedade, realizando a sua função primordial, fato que corrobora a evolução e o reequilíbrio do sistema harmonioso de separação dos poderes. Lembra-se, todavia, que o “*implementar*” uma política pública, em favor da concretização de um direito fundamental social, se difere do “*criar*” uma política pública, conforme já explicado.

Pelo exposto, dessume-se que o Poder Judiciário, ao ser acionado, não pode se curvar perante a falta de interesse/agir do Poder Público no que tange ao cumprimento de obrigações prioritárias, entre elas, a saúde,

o que impõe ao Poder Judiciário, quando for o caso, a determinação ao Poder Público, de implementação de políticas públicas em prol da efetivação de referido direito, concretizando a dignidade da condição humana, o que é feito dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal, evitando-se interpretações conforme a vontade ou o livre convencimento dos julgadores, que podem gerar instabilidade, desequilíbrio e insegurança sócio-jurídica.

Conclusão

A vida comunitária ocupa-se do respeito de bens valorados pela coletividade e protegidos pelo direito em prol das pessoas, humanas ou não, e do ambiente. A liberdade, a igualdade e a solidariedade são princípios que põem em destaque discussões relevantes sobre valores considerados pelo homem e pelas coletividades, como o respeito mútuo, ao semelhante, ao meio ambiente, todos em proveito da vida sadia e digna.

Assim, o homem, para bem exercer a sua cidadania necessita de conhecer as suas potencialidades e limitações e a dos seus semelhantes e não semelhantes; conhecer todos os seus deveres e direitos fundamentais; exercer suas atividades em sociedade, buscando contribuir para a subsistência e garantia do bem comum, realizando efetivamente a vida digna, em sociedade, que impõe, também, o respeito ao meio ambiente, que deve ser mantido sadio e ecologicamente equilibrado em proveito da presente e das futuras gerações.

Em se tratando do direito fundamental e social à saúde, a falta de recursos orçamentários não pode ser obstáculo para a efetiva implementação das políticas públicas existentes, pois os entes federativos têm o dever de cuidar da saúde de todos, fornecendo-lhes condições de desfrutarem de ambiente familiar e social que lhes permitam viver com saúde e dignidade.

A ação governamental deve ser fundamentada na legislação e cabe ao cidadão exigir a alocação de recursos para a efetiva execução das políticas públicas, de modo que objetivos claros e específicos possam ser alcançados, obtendo-se resultados concretos em setores considerados prioritários, entre eles, a saúde.

O Poder Judiciário, entre outras, tem a função social de atuar de maneira equilibrada, justa e consciente e, quando for o caso – conforme foi discutido no presente artigo – deve observar, conscientizar, instruir e fazer cumprir a atividade administrativa, no sentido do cumprimento dos deveres do Poder Público perante a coletividade, notadamente daqueles relacionados à saúde pública. Então, no contexto e, relativamente à garantia da implementação das políticas públicas existentes, deve exigir do Poder Público que, a partir dos planos orçamentários aprovados, sejam destinados recursos suficientes à garantia de referidos direitos fundamentais, que são constantemente lesados.

Os operadores do direito não podem considerar violação ao princípio da separação dos poderes a ingerência necessária do Poder Judiciário no Poder Público, pois, não obstante as diferenças sociais existentes na

complexa sociedade moderna, que não serão solucionadas e tampouco amenizadas com a mera liberação de cotas, os princípios da igualdade e da solidariedade não podem ser desprezados na prestação dos serviços de saúde, de modo a evitar a postergação pelo Poder Público do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil garantiu lugar de destaque ao Direito Sanitário. O exercício efetivo da cidadania gera um aumento excessivo das demandas judiciais no que concerne aos direitos relacionados à saúde e o Poder Judiciário não pode permanecer alheio à sua atuação eficiente, pois a sociedade aguarda uma resposta íntegra, justa e adequada aos seus anseios, que envolvem o respeito e a preservação da dignidade da pessoa, humana ou não, e ao ambiente em que está integrada.

Por derradeiro, diante desse contexto social, percebe-se a necessidade de o Poder Judiciário participar de maneira mais integrada e efetiva da formação das políticas públicas orçamentárias nacionais que envolvem a garantia da efetividade dos direitos fundamentais sociais, fato que poderá propiciar o afastamento de eventuais decisões desequilibradas e arbitrárias, decisionismos e exibicionismos, que podem denigrir a sua imagem. Afinal, o Poder Judiciário tem o dever precípua de ser o guardião da lei e da autonomia do direito.

Notas

- 1 VILLAS BÔAS, Regina Vera. *A proteção dos valores, necessidades e interesse do homem, da sociedade e da natureza contra a violência contemporânea, seguindo o itinerário da sustentabilidade e em favor da paz mundial*, in Obra Coletiva “Direito Administrativo e Liberdade: estudos em Homenagem a Lúcia Valle Figueiredo”. Coord. por Amauri Feres Saad, Celso Antônio Bandeira de Mello, Sérgio Ferraz e Sílvio Luís Ferreira da Rocha, led. SP: Malheiros Editora, 2014, p. 707.
- 2 Art. 5º, caput - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes...
- 3 Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.
- 4 LIONÇO, Márcia Helena Caprara. “Proteção à vida: direito à vida ou direito ao respeito à vida?”, in: BRUSTOLIN, Leomar Antônio (org.). *Bioética: cuidar da vida e do meio ambiente*. São Paulo: Paulus, 2010, p.109.
- 5 DURANT, Guy. *A bioética: natureza, princípios, objetivos*. São Paulo: Paulus, 1995, p.59.
- 6 Art.1º, III. 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: III- a dignidade da pessoa humana.
- 7 VILLAS BÔAS, Regina Vera, NASCIMENTO. Grasielle Augusta F. *O Estado Democrático de Direito, a Constituição da República Federativa do Brasil e o Desenvolvimento Sustentável realizando os Direitos Humanos e Fundamentais*. Apresentado no GT-1 “Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Internacional”, no I Encontro de Internacionalização do CONPEDI na Faculdade de Direito da da Universidade de Barcelona, nos dias 08, 09 e 10 de outubro de 2014, p.7.
- 8 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.67.
- 9 NUNES, Rizzato. Luiz Antônio. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana- doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.51-52.
- 10 CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS/WHO)- 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>> (Acesso em:09mai.2011)
- 11 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.767.
- 12 Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
- 13 Art.60, §4º, IV. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta. § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV- os direitos e garantias individuais.
- 14 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.837.
- 15 VILLAS BÔAS, Regina Vera; FERNANDES, Francis Ted. *O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade: prática da ponderação de princípios, realizando a dignidade da condição humana*. Revista de Direito Privado nº 60 - Editora Thomson Reuters - Revista dos Tribunais - Ano 15 - out/dez/2014, p. 62.
- 16 Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
- 17 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.376.
- 18 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã; uma relação difícil*.3.ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2012, p.175 e 183.
- 19 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*.9.ed. rev., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.97.
- 20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.9.
- 21 DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do Estado de Solidariedade: da desigualdade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.132.
- 22 QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos*

- fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.* Portugal: Coimbra Editora, 2006, p.61-62.
- 23 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 113.
- 24 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.32-33.
- 25 Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
- 26 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 24. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 55-56.
- 27 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política.* 20.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 158.
- 28 MACHETE, Pedro. *A subordinação da Administração Pública ao direito e a dogmática do direito administrativo no âmbito do Estado de direito democrático.* In: Augusto de ATHAYDE; João CAUPERS; Maria da Glória GARCIA F.P.D. (orgs.). Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2010, p.216.
- 29 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.
- 30 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.269.
- 31 AgRg no REsp. 1.136.549/RS, rel. Min. Humberto Martins, Dje 21.06.2010.
- 32 ADPF n. 45-9/ Distrito Federal, rel. Min. Celso de Mello, j29.04.2004
- 33 AI 807372 AgR-segundo/ São Paulo, rel. Min. Celso de Mello, j14.08.2013.
- 34 AI 734.487 AgRg/PR, rel. Min. Elen Gracie, Dje 20.08.2010.
- 35 SL 47 AgR/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 30.04.2010.
- 36 BARROSO, op. cit. <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao-ativismo-legitimidade-democratica> Acesso em 25/20/2004.

Referências

- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. São Paulo: RT, 2009.
- CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS/WHO)- 1946. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/>

- index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html> Acesso em: 09mai.2011
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- _____. *Ciência política.* 20.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* 2.ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do Estado de Solidariedade: Da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- DURANT, Guy. *A bioética: natureza, princípios, objetivos.* São Paulo: Paulus, 1995.
- LIONÇO, Márcia Helena Caprara. “Proteção à vida: direito à vida ou direito ao respeito à vida?”, in: BRUSTOLIN, Leomar Antônio (org.). *Bioética: cuidar da vida e do meio ambiente.* São Paulo: Paulus, 2010.
- MACHETE, Pedro. *A subordinação da Administração Pública ao direito e a dogmática do direito administrativo no âmbito do Estado de direito democrático.* In: Augusto de ATHAYDE; João CAUPERS; Maria da Glória GARCIA F.P.D. (orgs.). Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de direito constitucional.* 4.ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.* 9.ed. rev., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã; uma relação difícil.* 3.ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2012.
- NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana- doutrina e jurisprudência.* 2. ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fun-*

- damentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.* Portugal: Coimbra Editora, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. *Verdade e consenso - constituição*, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VILLAS BÔAS, Regina Vera. *A proteção dos valores, necessidades e interesse do homem, da sociedade e da natureza contra a violência contemporânea, seguindo o itinerário da sustentabilidade e em favor da paz mundial*, in Obra Coletiva “Direito Administrativo e Liberdade: estudos em Homenagem a Lúcia Valle Figueiredo”. Coord. por Amauri Feres Saad, Celso Antônio Bandeira de Mello, Sérgio Ferraz e Sílvio Luís Ferreira da Rocha, 1ed. SP: Malheiros Editora, 2014, p. 707. 701-720.
- _____. FERNANDES, Francis Ted. Título: □ *O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade: prática da ponderação de princípios, realizando a dignidade da condição ‘humana’*. Revista de Direito Privado nº 60 - Editora Thomson Reuters - Revista dos Tribunais - Ano 15 - out/dez/2014; ISSN: 1517-6290; pg. 57 -81.
- _____, NASCIMENTO, Grasielle Augusta F. *O Estado Democrático de Direito, a Constituição da República Federativa do Brasil e o Desenvolvimento Sustentável realizando os Direitos Humanos e Fundamentais*. Apresentado no GT-1 “Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Internacional”, no I Encontro de Internacionalização do CONPEDI na Faculdade de Direito da da Universidade de Barcelona, nos dias 08, 09 e 10 de outubro de 2014, p. 07

A Relação de Consumo Sustentável: Uma análise crítica sobre o manejo de resíduos sólidos e a dignidade da pessoa humana

The Relation of Sustainable Consumption: A critical analysis of the management of solid waste and the dignity of human beings

Artigo recebido em 17/07/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 29/09/2015

Luiz Dario dos Santos

Doutor em Direito do Consumidor pela UNIMES - Santos/SP. Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro UNISAL - Lorena/SP. Especialista em: Gestão Ambiental, Direito do Consumidor e Direitos Humanos pelo Centro Universitário Claretiano/SP. Direito Ambiental/Urbanístico e Direito Constitucional pela UniAnhanguera - Uniderp/SP. Direito do Trabalho e Educação Ambiental pela Unid/SP. Direito Processual Civil pelo Uni-FMU/SP.

Resumo

Este artigo discutirá os dilemas do consumo (in) sustentável na sociedade contemporânea e as tentativas de tornar esse consumo mais social e ambientalmente responsável. Para tanto, busca verificar as responsabilidades no manejo de resíduos sólidos com vistas à dignidade da pessoa humana. O consumo sustentável configura-se como uma das possibilidades para sanar os impactos gerados pelo consumismo. A partir da relação entre consumo, educação e a legislação sugerem-se uma nova proposta, do ponto de vista do manejo de resíduos sólidos, para a formação de uma sadia qualidade de vida dos consumidores.

Palavras-chave

Consumo sustentável, resíduos sólidos e dignidade da pessoa humana.

Abstract

This article will discuss the intricacies of (un) sustainable consumption in modern society and attempts to make it more socially and environmentally responsible. Thus, it seeks to assess the responsibility in the management of solid waste with aiming at human dignity. Sustainable consumption appears as one of the possibilities to remedy the impacts caused

by consumerism. Based on the relation amongst consumption, education and legislation, a new proposal is suggested due to solid waste management to make quality of consumers' life sound.

Keywords

Sustainable consumption, solid waste and human dignity.

Sumário

Introdução. 1. A globalização do consumo: a visão de consumo numa sociedade líquida. 2. A sociedade do consumo e a cultura do excedente. 2.1 A crescente postura do consumo descartável. 2.2 O consumidor como cidadão. 2.3 Consequências ambientais da sociedade de consumo. 2.4 Desenvolvimento e Consumo Sustentável: críticas e reflexões. 2.4.1 O conceito de desenvolvimento sob uma visão constitucional sustentável. 2.5. Reflexões sobre o Consumo Sustentável: uma mudança comportamental. 2.5.1 Apontamentos conceituais sobre o Consumo Sustentável. 3. Elementos de proteção ambiental no Código de Defesa do Consumidor. 3.1 A preocupação do Código de Defesa do Consumidor quanto à proteção ambiental. 4. Sociedade de Consumo e os resíduos sólidos. 4.1 A problemática a ser combatida: a geração de resíduos sólidos. 4.2 Resíduos sólidos como bem de consumo. 5. Uma nova proposta para es-

timular a prática do consumo sustentável na geração de resíduos sólidos, com vista à dignidade da pessoa humana. 5.1 A dignidade da pessoa humana na sociedade de consumo. Conclusão. Referências.

Introdução

As transformações oriundas de uma sociedade consumista levaram com que surgissem, ao longo do tempo, inúmeros efeitos colaterais ambientais. O problema relativo à produção crescente de resíduos sólidos recebeu dimensões inimagináveis, passando a incomodar ou a gerar preocupações em inúmeros segmentos da sociedade.

O anseio por um consumo sustentável, em que pese se tratar de uma sociedade capitalista é possível desde que os personagens envolvidos assumam, efetivamente, às suas respectivas responsabilidades.

Com efeito, questões surgem na intenção de direcionar a uma solução possível, dessa forma almejando um modelo de desenvolvimento ambientalmente viável, socialmente justo e economicamente sustentável, bem como capaz de compatibilizar por meio da previsão de instrumentos jurídicos de proteção ambiental e de consumo.

Com o advento das leis infraconstitucionais, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10), cada lei com as suas características e peculiaridades, novas regras surgem para serem seguidas pelo Poder

Público e pela sociedade, com o intuito de proteger o consumidor e disciplinar o manejo/tratamento dos resíduos sólidos.

Feitas estas considerações preliminares, registramos que o presente artigo tem por objetivo propor um caminho para uma relação de consumo sustentável, prevenção e educação ambiental referente à geração de resíduos sólidos com vistas à dignidade da pessoa humana.

Esclarecemos que o intuito deste artigo, longe da pretensão de esgotar o tema, mas trazer subsídios e fomentar a discussão pertinente ao consumo sustentável e sua relação com a geração de resíduos sólidos, desta forma, buscando opções e possibilidades na geração de uma vida com dignidade.

1. A globalização do consumo: a visão de consumo numa sociedade líquida

Nas palavras de Bauman (1999, p. 67), a globalização inspira a situação de desconfiança e desordem presentes na sociedade pós-moderna:

(...) o significado mais profundo transmitido pela idéia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; ausência de um centro, de painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo.

A globalização trouxe consigo a alteração dos conceitos de limites geográficos e da distância, uma vez que as fronteiras e o espaço físico existentes entre uma localidade e outra são rapidamente superados pelos meios de comunicação, pela velocidade com que a informação é dissipada e pela intensa interação social e tecnológica.

2. A sociedade do consumo e a cultura do excedente

Com efeito, o comportamento do consumidor é uma forma de conhecer a si e a sociedade em que se vive, na qual o dinamismo do consumo é retratado pelas necessidades constantes de adquirir bens e/ou serviços. A cultura da compra possibilita o entendimento dos consumidores, participantes ativos de uma sociedade denominada “padrão”. O homem na sociedade de consumo tem múltiplos papéis e funções culturalmente adquiridos.

O esforço em garantir a vida e o sustento, culturalmente dá ao homem, pela via de consumo, o *status* na sociedade, de forma que esse homem não apenas se paute pelo ato de comprar, mas também, exercite a ostentação para se sentir incluído na sociedade contemporânea.

Nesta linha de raciocínio, esclarece Bauman (2008, p. 63):

A sociedade de consumo tem como base de suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos em um grau que nenhuma sociedade do passado pôde alcançar, ou mesmo sonhar, mas a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua insatisfeito; mais importante ainda, quando o cliente não está plenamente satisfeito – ou seja – enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham sido verdadeira e totalmente realizados.

Aduz o referido autor (2011, p. 45-46), quando raciocina que:

(...) na sociedade de consumo contemporânea as “necessidades” adquiriram uma nova plasticidade, que nos eximem de justificá-las por referência a qualquer critério. O prazer que elas proporcionam lhes confere legitimidade. Assim, na sociedade do consumidor, o consumo é o seu próprio fim e, por conseguinte é autopropulsor.

Desta forma, esta necessidade de consumir pode levar, comumente, a uma cultura do excedente, ou seja, a aquisição de produtos e serviços sem a efetiva necessidade de uso, o que gera apenas uma sensação temporária de satisfação, mas com sérias consequências negativas para a sociedade em geral.

2.1 A crescente postura do consumo descartável

Em qualquer país, os bens funcionam como manifestação concreta dos valores e da posição social de seus usuários. Na atividade de consumo desenvolvem-se as identidades sociais e sentimentos que pertencemos a grupos de comportamentos consumistas.

O consumo envolve também certa conexão social, produção e reprodução de valores, abarcando a tomada de decisões políticas e morais praticamente todos os dias. Quando consumimos, de certa forma manifestamos a forma como vemos o mundo.

Na visão de Bauman (2008, p. 31), o próprio sistema consumista gera o ciclo do descartável, como segue:

A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem).

Há, portanto, uma conexão entre valores éticos, escolhas políticas, visões sobre a natureza e comportamentos relacionados às atividades de consumo. Esta crescente postura consumista é rápida e instantânea e culmina em um comportamento de consumo descartável por parte dos consumidores.

2.2 O consumidor como cidadão

Os consumidores são elementos políticos e sociais e, como tais, comportam-se em relação aos seus padrões de consumo. Em razão disso, mister se faz conciliar o pensar e o agir para transformar o mundo. E, sobre essa perspectiva, algumas das principais questões que se impõem são: como manter os atuais padrões de consumo? Como lidar, por exemplo, com a geração e o descarte de resíduos sólidos?

Trata-se de questões complexas e de difícil solução, porém o consumidor como cidadão, consciente de seus direitos/deveres é um dos principais responsáveis por esta modificação comportamental para o futuro do planeta e das gerações que nele irão habitar.

Os consumidores não são obrigatoriamente alienados e manipulados pelo mercado. O consumidor “também pensa” e, portanto, pode optar por ser um cidadão ético, consciente e responsável. Podemos agir de maneira subordinada aos interesses do mercado, ou podemos ser atuantes às regras impostas de fora, erigindo-nos como cidadãos e discutindo as regras fixadas pelo mercado.

Assim propõe Canclini (2005, p. 14), a reconceitualização do consumo, “[...] não como simples cenário de gastos inúteis e impulsos irracionais, mas como espaço que serve para pensar, e no qual se organiza grande parte da racionalidade econômica, sociopolítica e psicológica das sociedades”.

A partir desta consciência e de outras manifestações, entre elas, a defesa dos ecossistemas do planeta,

nasce um novo ator social: o consumidor responsável. Este na sua esfera de ação individual e, principalmente, na sua esfera de ação coletiva, por meio dos movimentos dos consumidores, tem muito a contribuir para uma modificação da situação atual por meio de um processo de conscientização da sociedade no tocante ao enfrentamento dos problemas de sustentabilidade ambiental decorrentes da sociedade de consumo.

Uma parte considerável da sociedade consumista é ávida pelo privilégio em adquirir produtos/serviços, entendendo que ter o mais e o melhor é sinônimo de prosperidade, sucesso e de *status*.

Volpi (2007, p. 91) entende que, “esse homem consome na constante busca da felicidade individual, para responder aos seus anseios e de sua família, na busca incessante da realização de seus sonhos e mutáveis a cada ano”.

Neste sentido, as questões que ficam são as seguintes: Até onde iremos ou queremos chegar com esta modalidade de sociedade de consumo? Qual é o preço que pagamos para alcançarmos a chamada “felicidade material”?

2.3 Consequências ambientais da sociedade de consumo

A sociedade contemporânea passou por outra transformação relevante, que foi a sua massificação. A sociedade de consumo e o avanço tecnológico, notadamente na área da comunicação e informação, contribuíram em grande parte para a instalação desse fenômeno social, que, hoje, parece irreversível.

A sociedade de massa é aquela em que a grande maioria da população se encontra envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em larga escala, na distribuição e no consumo dos bens e serviços, tomando igualmente parte na vida política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, através do uso dos meios de comunicação em massa.

Torna-se, assim, uma fácil massa de manobra, manipulada e controlada pelos meios de comunicação e pelas elites dominantes, passando a adotar hábitos e padrões generalizados de consumo, com evidente repercussão nas questões ambientais.

A partir do crescimento do movimento ambientalista, surgem novos argumentos contra os hábitos ostensivos, esbanjadores e consumistas, deixando evidente que o padrão de consumo das sociedades ocidentais modernas, além de ser socialmente injusto e moralmente indefensável, é ambientalmente insustentável.

A crise ambiental mostrou que não é possível a incorporação de todos no universo de consumo em função da finitude dos recursos naturais existentes. O ambiente natural está sofrendo uma exploração excessiva que ameaça a estabilidade dos seus sistemas de sustentação (exaustão de recursos naturais renováveis e não renováveis, alteração do solo, perda de florestas, poluição da água e do ar, perda de biodiversidade, mudanças climáticas etc.). Por sua vez, o resultado dessa exploração excessiva não é repartido equitativamente e apenas uma minoria da população planetária se beneficia dessa riqueza.

Neste contexto, os riscos de conflitos em razão de recursos naturais, fome, migrações internacionais e refugiados ecológicos tenderão a aumentar. Tal dilema aponta para a percepção ética de que todos os povos devem ter direitos proporcionais no acesso e utilização dos recursos naturais.

Assim, para reduzir a disparidade entre o social e econômica, talvez seria necessário estabelecer um equilíbrio ou um teto (limite) de consumo (Se é que isto é possível!) equilíbrio de consumo (se é que isto é possível!?) na sociedade contemporânea.

2.4 *Desenvolvimento e Consumo Sustentável: críticas e reflexões*

Trata-se de um dos grandes desafios da sociedade contemporânea, pois com o progresso tecnológico, aquecimento da economia, geração de empregos e melhores salários, o desejo de consumir surge naturalmente nas pessoas, porém este “progresso” acarreta um custo ambiental, uma vez que, com o aumento do consumo, o meio ambiente é manipulado, justamente para atender a esta demanda consumista, com novas indústrias e estradas que são construídas, além da ampliação, cada vez mais frequente, das áreas destinadas à agricultura.

Outro ônus com o qual a sociedade arca é a extraordinária geração de resíduos sólidos, sobretudo porque o seu descarte ocorre sem qualquer ou nenhum critério de destino, assim, acumulando-se nos aterros ou lixões existentes. Fica aqui, consignada uma crítica,

mas que progresso é este? Este é o preço que pagamos pelo nosso desenvolvimento e bem-estar?

Na verdade, o que se deve pretender sempre é a minimização das perdas ambientais, de modo a preservar, da melhor maneira possível, os recursos naturais, tentando conciliar a preservação com a realização do progresso, buscando o equilíbrio e a harmonia, visto que a correção da degradação ambiental é, em todas as situações, mais custosa do que a sua prevenção.

2.4.1 *O conceito de desenvolvimento sob uma visão constitucional sustentável*

Disposto como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, o desenvolvimento é considerado como um valor supremo, tal como é declarado no seu Preâmbulo, restando clara a opção adotada, por um capitalismo de natureza humanista, de maneira a garantir existência digna à população brasileira.

Para tanto o desenvolvimento sustentável, dentro da visão constitucional pátria, é a junção dos artigos 170 e 225, desse modo, garantido o desenvolvimento, bem como assegurando o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse momento, a ideia de desenvolvimento já surge associada à sustentabilidade e, conforme Marques (2012, p. 14) poder-se-ia:

(...) à primeira vista, pensar que há incompatibilidade entre a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento nacional, uma vez que este

implica sempre degradação ambiental, ainda que em seu grau reduzido. A conciliação entre as vertentes é o que se pode chamar de *desenvolvimento sustentável*. É a busca do equilíbrio entre a degradação inevitável e a máxima proteção possível, considerando-se que esses dois elementos devem coexistir, mas com respeito ao aspecto social, ou seja, aos benefícios de toda essa operação.

Em brevíssimas palavras, pode-se inferir que o desenvolvimento não deveria ser compreendido pelo viés do conceito tradicional e restrito de desenvolvimento econômico, uma vez que não se limitaria ao acúmulo de bens e estrutura.

Para Viegas (2010, p. 54-55): “A mera importação destes elementos não geraria o desenvolvimento de uma região, pelo contrário. O desenvolvimento se relacionaria, sim, à capacidade de criação do ser humano e é ele quem deveria ser valorizado e estimulado a se revelar em sua plenitude”.

Do mesmo modo, Sachs (2008, p. 13) afirma que:

(...) os objetivos do desenvolvimento vão bem além da mera multiplicação da riqueza material. O crescimento é uma condição necessária, mas de forma alguma suficiente (muito menos é um objetivo em si mesmo) para se alcançar a meta de uma vida melhor, mais feliz e mais completa para todos.

Em razão disso, a visão desenvolvimentista não deve deixar de lado a ideia da sustentabilidade, sob pena de fracassar nos seus projetos de crescimento tão somente econômico.

2.5 Reflexões sobre o Consumo Sustentável: uma mudança comportamental

Olhando especificamente para o consumo sustentável, observa-se que o tema penetra cada vez mais fundo na sociedade, mobilizando governos, cidadãos e um número de entidades espalhadas por todo o planeta. O discurso fundamental do consumo sustentável, em princípio, é o de alertar, questionar e convocar os indivíduos para as escolhas equilibradas, racionais e favoráveis ao meio ambiente.

O consumo sustentável se insere em um conjunto de atitudes e práticas da sociedade que visam estabelecer o equilíbrio entre as necessidades humanas e as demandas promovidas pelo desenvolvimento global. De acordo com a definição do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD (1998, p. 65), publicado pela Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo:

(...) o consumo sustentável significa o fornecimento de serviços e de produtos correlatos, que preenchem as necessidades básicas e dão uma melhor qualidade de vida, ao mesmo tempo em que se diminui o uso de recursos naturais e de substâncias tóxicas, assim como as emissões de

resíduos e de poluentes durante o ciclo de vida do serviço ou do produto, com a saída de não se ameaçar as necessidades das gerações futuras.

Nota-se a valorização da defesa de um estilo de vida mais comedido, mas, também, evidencia-se a presença pouco expressiva do Estado, em que este espaço é ocupado muito mais por um sem número de entidades e organizações “não governamentais”.

O consumo com responsabilidade, aquele preocupado com os impactos causados ao meio ambiente, passa a orientar as decisões de compra de uma crescente onda de consumidores verdes para os quais tudo pode ser resumido apenas à escolha das mercadorias certas.

No entanto essa perspectiva restrita da questão, que interessa apenas a um dos lados da cadeia de produção e consumo, reserva surpresas futuras aos consumidores. Como adverte Portilho (2005, p. 118):

Os consumidores querem dar passos fáceis que beneficiem o meio ambiente; mas ainda se desconhece até que ponto a maioria dos consumidores será “verde” quando se der conta de que reduzir os danos ao meio ambiente requer mudanças significativas nos hábitos de compra, principalmente custos mais altos, ou mudanças no estilo de vida básico.

A partir de um entendimento mais profundo sobre o tema, observa-se que o consumo consciente, às vezes, tenta separar a responsabilidade do fornece-

dor com a do consumidor, conforme identifica Fátima Portilho, que coloca sobre as práticas de consumo a responsabilidade pelas agressões ao meio ambiente e delega parte substancial da tarefa de repará-las ao consumidor.

Sobre essa flagrante e oportunista terceirização de responsabilidades, Portilho (2005, p. 3) acrescenta que:

(...) governos e empresas – encorajariam a responsabilidade individual, implícita ou explicitamente, através de referências ao poder do consumidor, ao “bom cidadão” ou à valorização da contribuição pessoal de cada um, transferindo a responsabilidade para um único lado da equação: o indivíduo.

Na verdade, todos (Poder Público, empresas e os consumidores) têm a responsabilidade e a participação desta cadeia consumista, seja ativa ou passivamente, para uma solução sustentável de consumo. A questão é detectar o real comprometimento e interesse dos agentes responsáveis neste processo contemporâneo capitalista e consumista.

2.5.1 Apontamentos conceituais sobre o Consumo Sustentável

A doutrina nacional ainda não se debruçou com afinco sobre o efetivo estudo do consumo sustentável, porém o seu conceito precisa de uma reflexão de todos

nós, em razão de sua importância e complexidade na sociedade consumista que vivemos.

No Dicionário Houaiss, consumir significa:

1. O que se gasta; dispêndio, despesa, consumação. 2. Quantidade que se utiliza de (serviços, combustível etc.). 3. Ingestão, utilização. 4. Venda de produtos. 5. Utilização, pela população, das riquezas, materiais, artigos produzidos. (Dicionário Houaiss. Consumir. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?Palavra=consumir>>. Acesso em: 14 mai. 2014).

Você já pensou na origem da matéria-prima que se transformou no produto (industrializado) que está comprando? Será que haveria necessidade de comprar tudo que adquirimos?

No Dicionário Michaelis, consta que sustentar é:

1. Que pode ser sustentado; passível de sustentação. 2. Planejado com base na utilização de recursos e na implantação de atividades industriais, de forma a não esgotar ou degradar os recursos (Dicionário Michaelis. **Sustentar**. Disponível em: <<http://Michaelis.uol.com.br/moderno/português/index.php?lingua=português-portugues&palavra=sustentar&CP=159912&typeToSearchRadio=exactly &PA>>. Acesso em: 14 mai. 2014).

Pinto (2004, p. 930) oferece uma explicação mais próxima de “produção” do que de “consumo”. Vejamos:

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

3 A Relação de Consumo Sustentável: Uma análise crítica sobre o manejo de resíduos sólidos e a dignidade da pessoa humana - pp. 73-110
SANTOS L. D. dos

(...) o consumo sustentável, nada mais é do que um grande cuidado que os homens devem ter no instante que exploram o meio ambiente através de suas atividades econômicas, só intuito [sic] de se buscar uma redução dos impactos causados por essas atividades, de maneira que os recursos naturais não se esgotem de forma irreversível.

Almeida (2010, p. 231) vale-se de um conceito que atribui ao Relatório Brundland:

Consumo sustentável é o ato de adquirir, utilizar e descartar bens e serviços com respeito ao meio ambiente e à dignidade humana. Consumo sustentável quer dizer saber usar os recursos naturais para satisfazer nossas necessidades, sem comprometer as necessidades das gerações futuras.

Filomeno (2004, p. 268) também não conceitua, mas salienta que o consumo sustentável é mais um dever do que propriamente um direito:

Em 1995, entretanto, um outro direito – na verdade mais um dever do que um direito porque é de nossa responsabilidade temos um ambiente sadio e bem cuidado – foi declarado pela ONU, o chamado consumo sustentável, que deve ser a preocupação e responsabilidade não só dos fabricantes de produtos de coisas que compramos e serviços de que precisamos no dia a dia e dos governos, mas também nossa.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

3 A Relação de Consumo Sustentável: Uma análise crítica sobre o manejo de resíduos sólidos e a dignidade da pessoa humana - pp. 73-110
SANTOS L. D. dos

Enfim, com o intuito de conceituar “consumo sustentável”, pode-se dizer que é uma forma de gestão equilibrada e racional na medida em que exploramos o meio ambiente para o bem-estar do ser humano, todavia sem com que as futuras gerações não deixem de poder consumir, resguardando e garantindo a sua sadia qualidade de vida.

3. Elementos de proteção ambiental no Código de Defesa do Consumidor

Foi instituído o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) justamente para resguardar e regulamentar as relações de consumo nas quais figuram como sujeitos o consumidor e o fornecedor, com o objetivo essencial de almejar o reequilíbrio no mercado consumerista, desse modo, evitando a primazia do fornecedor em prejuízo do consumidor.

Quanto às questões ligadas ao meio ambiente, apesar de sua importância, o Código de Defesa do Consumidor as trata de forma tímida e superficial, não obstante os interesses dos consumidores e os do meio ambiente terem, em muitas situações, a mesma natureza.

Assim, justifica-se a pouca atenção da questão ambiental no código pelo fato de que a lei infraconstitucional (Lei nº 8.078/90) veio regulamentar o artigo constitucional (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXXII), para tanto, estabelecendo a efetiva proteção ao consumidor. E restam, portanto, as questões ambientais para um plano secundário de proteção consumerista.

De qualquer maneira, cumpre ressaltar que a Lei nº 8.078/90 se ocupa de aspectos ambientais em pelo menos quatro situações. Na primeira (artigo 4º, inciso III) cuida de aspectos ambientais ao determinar a defesa do consumidor em relação às atividades econômicas (CF/88, artigo 170, V e VI), como segue:

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

(...)

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Na segunda situação, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) trata do aspecto ambiental nos assuntos inerentes às coibições das publicidades abusivas (artigo 37, parágrafo 2º), ou seja, contra mensagens publicitárias que, com o pretexto de ofertarem seus produtos e serviços, instigam a degradação ao meio ambiente.

Na terceira situação, o código fixa a matéria ambiental na área da proteção contratual do consumidor, mais especificamente no artigo 51, XIV. De acordo com Bonatto (2004, p. 107), “(...) não há necessidade da efetiva agressão ao meio ambiente, bastando para caracte-

rizar a abusividade, que a cláusula contratual possibilite a ofensa ambiental”.

Já na quarta situação, a Lei nº 8.078/90 (CDC) trata do aspecto ambiental na previsão expressa de um direito à educação para o consumo (artigo 6º, II), que abarca, entre outras questões, a aplicabilidade de uma educação ambiental para chegarmos ao consumo sustentável.

3.1 A preocupação do Código de Defesa do Consumidor quanto à proteção ambiental

Inúmeras são as passagens do Código de Defesa do Consumidor que recebem a proteção ambiental (direta e indiretamente), com o objetivo de proteger o direito ao consumo sustentável da população.

Em destaque, temos os artigos 6º, 37, § 1º e 2º, 51, XIV, sendo que os referidos artigos são exemplificativos e não taxativos quanto à sua análise.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, no seu artigo 51, XIV, determina que:

Artigo 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

Sobre o assunto, Brandão (2013, p. 139) esclarece que:

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

3 A Relação de Consumo Sustentável: Uma análise crítica sobre o manejo de resíduos sólidos e a dignidade da pessoa humana - pp. 73-110
SANTOS L. D. dos

As normas que infringem a legislação ambiental são aquelas que flagrantemente não se coadunam com ela, porém, as normas que possibilitam a sua violação são aquelas que abrem brechas para que a infração ocorra.

Não por acaso temos, no art. 170 da CF, que dispõe sobre a ordem econômica, a imposição de observar o princípio da defesa do consumidor e da defesa do meio ambiente, porque o que se busca é conter o desenvolvimento sem sustentabilidade, que culmina com o consumo desenfreado.

Neste caso, é uma questão de suma importância o cuidado e a atenção por parte do legislador, pois sem uma efetiva previsão legal e fiscalização pelos órgãos competentes, o meio ambiente invariavelmente será prejudicado em benefícios às certas práticas comerciais degradatórias.

4. Sociedade de Consumo e os resíduos sólidos

Com especial atenção, a Política Nacional de Resíduos Sólidos coloca o consumidor no processo de debates e discussões na geração de resíduos sólidos, por ser um dos personagens principais e relevantes neste contexto de gestão, pois cabe a ele optar de forma responsável por produtos sustentáveis, além de conhecer e destinar apropriadamente aos resíduos sólidos. Diante disso, ressalta-se a necessidade da presença da edu-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

3 A Relação de Consumo Sustentável: Uma análise crítica sobre o manejo de resíduos sólidos e a dignidade da pessoa humana - pp. 73-110
SANTOS L. D. dos

cação ambiental, da informação e, principalmente, da participação de todos os envolvidos.

Em que pese à presença destes elementos, a atual sociedade está movida pela introdução constante de novos produtos e da cultura do descartável, para isto, Nusdeo (2013, p. 27) adverte que a sociedade moderna:

(...) vive a aparência de ter atingido o milagre de eliminar a lei da escassez, tal a eficiência com que introduz nos mercados quantidades sempre crescentes de produtos novos, rapidamente considerados obsoletos diante de outros mais novos, afastando, dessa forma, as condicionantes implacáveis da escassez. Contudo, a realidade não é assim.

Reforçando esta ideia, a sociedade de consumo, segundo Retondar:

Caracteriza-se, antes de tudo, pelo desejo socialmente expandido da aquisição “do supérfluo”, do excedente, do luxo. Do mesmo modo, se estrutura pela marca da insaciabilidade, da constante insatisfação, onde uma necessidade preliminarmente satisfeita gera quase automaticamente outra necessidade, num ciclo que não se esgota, num *continuum* onde o final do ato consumista é o próprio desejo de consumo. (A (re)construção do indivíduo: a sociedade de consumo como “contexto social” de produção de subjetividades. Revista Sociedade e Estado, Bra-

sília, v. 23, n. 1, p.137-160, jan./abr 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v23n1/a06v23n1.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2014).

Por isso, atualmente, Jacobi e Rizpah (2013) entendem que:

(...) um dos maiores problemas que a humanidade enfrenta, em razão do crescimento populacional, são os que se relacionam com a qualidade do meio ambiente, precisamente no que se refere ao aumento na geração, coleta e destino final dos resíduos sólidos (...). (Gestão de resíduos sólidos em São Paulo: desafios da sustentabilidade. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 25, n. 71, Abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142011000100010&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 mai. 2014).

Logo, em face do já exposto, a cidade de São Paulo e seus habitantes, por exemplo, não estão fora deste contexto, visto que é o município mais rico e populoso do estado e, por isso, gera um consumo exorbitante de produtos e o seu descarte, muitas vezes, ocorre de forma desapropriada, comprometendo, portanto, a sadia qualidade de vida da população paulistana.

4.1 A problemática a ser combatida: *a geração de resíduos sólidos*

Em que pese às inúmeras descobertas tecnológicas ocorridas ao longo do tempo, as consequências am-

bientais negativas foram consideráveis e percebidas por todos. As atividades econômicas, sempre visando ao lucro, não foram direcionadas para as questões preservacionistas (sustentabilidade ambiental) e não buscaram o equilíbrio social.

Neste contexto socioambiental está o consumo de produtos e a conseqüente geração, cada vez maior, de resíduos sólidos. Assim, é verificado se as pessoas estão realmente conscientes das suas obrigações e responsabilidades quanto à preservação do ambiente?

Com atenção à preocupação legislativa sobre temas ambientais, a reflexão e a crítica fazem-se necessárias, neste momento, pois somente em 2010, surgiu uma lei que especifica, com clareza e precisão, a parcela de responsabilidade de cada personagem do que podemos chamar de “processo produtivo” dos resíduos, com a determinação dos papéis e as atribuições de cada um.

Desta forma, os perigos ao meio ambiente e à saúde nascem tanto pela demasiada geração dos resíduos sólidos, quando pelo seu manejo inadequado, o que obriga o consumidor e à sociedade, como um todo, a refletirem a respeito do seu verdadeiro papel para, se não terminar, ao menos minimizar os impactos negativos gerados ao ambiente.

4.2 Resíduos sólidos como bem de consumo

Influenciada por uma publicidade feroz, a presente sociedade (caracterizada como consumista) consome inúmeros produtos para atender seus questionáveis desejos e, principalmente, reais necessidades. Nes-

se sentido, percebamos que em alguns lares, por exemplo, há grande quantidade de produtos eletrônicos e controles remotos. Será que precisamos, realmente, de tudo isso?

Será que ficamos reféns de computadores, *tablets*, *notebooks*, aparelhos fotográficos e de telefonia móvel, televisores de última geração?

E quanto mais se consome, mais o próprio mercado cria novos produtos para que, em um curto período, já sintamos a necessidade de trocarmos estes produtos por outros de melhor tecnologia e versão avançada, o que gera toneladas e toneladas de resíduos sólidos totalmente desprezados pela sociedade consumista.

A Constituição pátria estabeleceu a dinâmica do capitalismo como maneira econômica do Brasil ao instituir e fixar como preceito fundamental o valor social do trabalho e a livre iniciativa, como deixa consignado, o artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que protege e ampara, portanto, a produção e o consumo.

Entretanto é necessária uma sintonia com os outros preceitos constitucionais, entre eles o amparo e proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E, nesta perspectiva, Fiorillo e Abelha Rodrigues (1999, p. 410) asseveram que:

O artigo 225 traz a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Tutela-se uma vida com qualidade, e não somente um direito à sobrevivência. Assim, não há como admitir que este esteja exercitando um

direito à vida, porque ao se alimentar do lixo, um sem-número de doenças estaria minando aquele indivíduo. Fica visível a amplitude do conceito de meio ambiente do art. 225 da Constituição Federal de 1988, ao conceber a existência de uma vida com qualidade.

Complementando esta linha de raciocínio, Fiorillo (2013, p. 396) ressalta o cuidado que devemos ter em relação aos resíduos sólidos como bem de consumo, para ele:

De qualquer modo, existem perigos em admitir a existência de resíduos e considerá-los bens de consumo, uma vez que isso importaria na permissão de um descumprimento do dever estatal. A grande verdade é que o Estado, responsável majoritário por esses problemas de política urbana, na qual a temática do lixo está inserida. Deve encontrar soluções justas e eficazes, num plano fático-jurídico, de modo a eliminar as agressões oriundas do lixo urbano, e, ao mesmo tempo, conceder àqueles dependentes o direito não só a um meio ambiente sadio, mas à própria sobrevivência.

Cabe destacar, portanto, que o exponencial crescimento da produção e o insaciável desejo de consumir, fato típico do capitalismo de massa, fazem com que se crie uma gigantesca quantidade de resíduos sólidos, o que torna imprescindíveis a aplicação de políticas que

atuem na proteção do próprio consumidor e na diminuição dos impactos danosos ao meio ambiente.

5. Uma nova proposta para estimular a prática do consumo sustentável na geração de resíduos sólidos, com vista à dignidade da pessoa humana

As mudanças dos padrões de consumo passam por alterações éticas e comportamentais quanto aos costumes e valores consumistas embasada em paradigmas que primem pelo consumo sustentável e pela sadia qualidade de vida dos consumidores, assim substituindo o atual estilo de vida (in) sustentável.

A necessidade de despertar para uma conscientização, sem dúvida, consiste num trabalho bastante árduo, pois muitos valorizam o “consumo pelo consumo”, sem se darem conta das suas reais consequências (quase sempre negativas), por exemplo, a forma incorreta e inadequada do descarte dos resíduos sólidos (embalagens, plásticos, aparelhos celulares, produtos eletrônicos e outros).

Ocorre que os objetos eram produzidos para serem utilizados por décadas, portanto, tendo uma vida útil muito grande. Atualmente, porém, esta situação se alterou substancialmente, pois os produtos, depois de um curto período de uso, transformaram-se em obsoletos e descartáveis.

Neste contexto, Costa (2004, p. 174) tem o seguinte entendimento e avaliação:

Os objetos, é verdade, se tornaram cada vez mais descartáveis. Mas não apenas por que o mercado os destina à obsolescência precoce, e sim por que já não temos mais quem herde o sentido moral e emocional que eles, um dia materializaram.

Os objetos, hoje como ontem, servem para ostentar a opulência de seus possuidores. Ao contrário de ontem, porém, não mais se prestam à função de manter viva a história de quem os possuiu. O “a quem interessar possa” perdeu a razão de ser. Enquanto vivemos, os usamos como excitantes das sensações; depois que morremos, ou eles têm valor de mercado e são vendidos ou não têm liquidez e vão para o lixo.

É preciso despertar as pessoas quanto às consequências ambientais do consumismo predatório, segundo indicam Morato Leite e Moraes (2013, p. 84):

O alerta sobre as consequências ambientais do consumismo em propagandas de produtos seria, também, outra forma de conscientizar os consumidores a primarem por uma valorização de manutenção dos bens que já possuem, substituindo a lógica da efemeridade e do desperdício, pela desmaterialização da felicidade e o elogio da suficiência.

A partir da crítica ao modelo de vida contemporânea, inúmeras são as ideias que vêm sendo apresentadas para diminuir aos impactos ambientais (geração de

resíduos sólidos) oriundos dos processos de produção e de consumo. Percebe-se, portanto, a necessidade de uma mudança comportamental consumista por parte de todas as pessoas responsáveis (Poder Público, fornecedores, comerciantes e consumidores).

Uma opção viável é a implantação da educação para o consumo sustentável através da criação de um projeto de lei municipal, este alicerçado nas seguintes legislações: a Constituição Federal de 1988 (artigos 1º, III; 170, V e VI; 225, § 1º, VI), o Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, II); a Política Nacional de Resíduos Sólidos (artigos 7º, I ao XV e 8º, VIII), assim como a Política Nacional de Educação Ambiental (artigos 1º e 3º, VI).

Mas como serão o conteúdo e a ideia principal deste projeto de lei?

O objetivo será a inclusão do tema “Consumo Sustentável: Educação e Prevenção” no projeto político-pedagógico das escolas públicas e privadas. Esta temática deve estar presente em todas as disciplinas, utilizando as características de cada uma das disciplinas para tal propósito.

A intenção é alinhar a política municipal às leis nacionais já mencionadas. E isso inclui a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, pois, o Poder Público, fabricantes e comerciantes terão a obrigação de educar e orientar os seus consumidores quanto à prática do consumo sustentável.

O projeto de lei também incentivará a não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final adequada dos resíduos. A proposta

conterá, ainda, a instituição de medidas indutoras de comportamento sustentável, como por exemplo, propagandas institucionais de consumo equilibrado.

5.1 A dignidade da pessoa humana na sociedade de consumo

Para que tenhamos uma vida com dignidade, é imprescindível que exista uma sadia qualidade de vida. Conforme profere Piovesan (1993, p. 84):

Só existirá sadia qualidade de vida se o meio ambiente for ecologicamente equilibrado, não degradado. Sem que haja a proteção do meio ambiente não há como cogitar do direito à saúde, e não há como cogitar do direito a uma vida digna.

Fiorillo e Abelha Rodrigues (1999, p. 61), com o mesmo pensamento, alertam que “o pressuposto da dignidade é que exista vida com sadia qualidade”.

Rizzatto Nunes (2010, p. 49) a define com simplicidade e profundidade e assevera que: “a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe nata. Inerente à sua essência”.

A República Federativa do Brasil, constituída por um Estado Democrático de Direito tem, como um dos seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, conforme preceitua o inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, tendo, como titulares deste direito, todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. (negrito nosso)

Assegurar a dignidade da pessoa humana signi-

fica reconhecer os valores intrínsecos ao homem, através de diversos dispositivos constitucionais, tais como: Direitos Individuais e Coletivos (artigo 5º) e os Direitos Sociais (artigos 6º, 7º, 215, 216, 225 e outros).

Sobre o artigo, anteriormente citado (art. 1º, III), Morais (2013, p. 48) nos ensina afirmando que:

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Salientamos, também, as palavras de Fiorillo (2009, p. 14) que aborda o seguinte:

[...] para que a pessoa humana possa ter dignidade (CF, artigo 1º, III) necessita que lhe sejam assegurados os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna (educação, saúde, trabalho,

lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) como piso mínimo normativo, ou seja, como princípios básicos.

Desta forma, as normas consumeristas e ambientais objetivam salvaguardar o consumo sustentável e o meio ambiente equilibrado, para a garantia da dignidade humana; logo, assegurar uma vida com sadia qualidade, significa assegurar uma vida digna.

Conclusão

Nestas últimas décadas, temos assistido ao crescimento espetacular do consumo e do consumismo a todo custo, na busca de necessidades que na maioria das vezes não teriam para aquele momento.

Com efeito, nesta nova maneira de viver, a pessoa passa a acreditar que tem um compromisso social direcionado ao consumo. Assim, no percurso desta desenfreada febre consumista, o consumidor é exposto a diversas práticas comerciais que o fornecedor/mercado se utiliza para comercializar e vender seus produtos. Práticas nem sempre adequadas ou transparentes, cuja real intenção é a obtenção do lucro.

Ou seja, consumir de maneira diferente e eficiente. Neste sentido, para alcançar os objetivos de qualidade ambiental e desenvolvimento sustentável requerem-se tanto eficiência nos processos de produção como das mudanças nos padrões de consumo.

Sob tal perspectiva, o consumidor passa a ter papel crucial: como partícipe, através de atuação proativa cumprindo rigorosamente a legislação; e como fiscal, exigindo dos fornecedores a adoção de condutas ambientalmente corretas e dos governos que se mantenham em constante vigilância para que cessem as violações perpetradas contra o meio ambiente e a sociedade de consumo.

Em razão desta situação complexa, é primordial que coloquemos em prática os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, estudados neste trabalho, pois assim, valoriza-se a dignidade da pessoa humana, o piso vital mínimo, a sadia qualidade de vida e a defesa e proteção ambiental, nesta sociedade capitalista e de consumo.

Para tanto, em razão de suas múltiplas características e facetas, em destaque, a Política Nacional do Meio Ambiente, de Educação Ambiental, de Resíduos Sólidos e o Código de Defesa do Consumidor precisam sair, efetivamente, do papel e serem colocados em prática nos estados e municípios brasileiros.

Pela grandeza que representa o município paulistano, com a sua enorme densidade populacional e pujança, os problemas não são poucos e, entre eles, está a geração diária de toneladas de resíduos sólidos. Diante de tal problemática consumerista e ambiental, propomos um projeto de lei para a criação do chamado “Programa Consumo Sustentável: Educação e Prevenção”, como instrumento orientador para a prática da sustentabilidade de consumo, assim, minimizando a geração de resíduos sólidos.

Devemos orientar e conscientizar a todos relativamente à importância de se preservar e garantir a sadia qualidade de vida dos moradores paulistanos e ainda cobrar do Poder Público e da iniciativa privada investimentos cada vez maiores para combater este mal essencialmente urbano, assegurando, com isso, a saúde dos atuais e futuros habitantes da metrópole paulistana por meio de mecanismos educacionais e preventivos eficazes.

Não queremos revolucionar o processo de consumo sustentável, mas sim que exista uma transformação real e efetiva, desde o processo de produção, venda ao consumidor, o próprio consumo até o descarte ou reutilização inteligente e sustentável.

Referências

- ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de. Direito do consumidor e meio ambiental. In: CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Paula Pompeu Torezan; FREITAS, Aline da Silva (orgs.). **Código de Defesa do Consumidor: 20 anos**. São Paulo: LTr, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As conseqüências humanas**. Trad. Marcus Antunes Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- _____. **Vida para o Consumo. A transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- _____. **Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global**. Trad. Lilia Mosconi. Madrid: FCE, 2011.
- BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor**. Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2004.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Art. 51. In: MACHADO, COSTA; FRONTINI, Paulo Salvador. **Código de Defesa do Consumidor interpretado: Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. São Paulo: Manole, 2013.
- CANCLINI, N. G. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. Trad. Maurício Santana Dias. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005.
- COSTA, Jurandir Freire. **O vestígio e a aura: corpo e consumismo na moral do espetáculo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- DICIONÁRIO Houaiss. **Consumir**. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?Palavra=consumir>>. Acesso em: 14 mai. 2014.
- DICIONÁRIO Michaelis. **Sustentar**. Disponível em: <<http://Michaelis.uol.com.br/moderno/português/index.php?lingua=português-portugues&palavra=sustentar&CP=159912&typeToSearchRadio=exactly&PA>>. Acesso em: 14 mai. 2014.
- FILOMENO, José Geraldo de Brito. Consumo, Sustentabilidade e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, José Roberto (org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais no direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Fiuza, 2009.
- _____. ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Manual de Direito Ambiental e Legislação aplicável**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- JACOBI, Pedro Roberto; BESEN, Gina Rizpah. Gestão de resíduos sólidos em São Paulo: desafios da sustentabilidade. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 25, n. 71, Abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S-0103-40142011000100010&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 mai. 2014.
- MARQUES, José Roberto. **O desenvolvimento sustentável e sua interpretação jurídica**. São Paulo: Verbatim, 2012.
- MORAIS, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais : Comentários aos art. 1º e 5º da CF, doutrina e jurisprudência**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MORATO LEITE, José Rubens; MORAES, Kamila Guimarães de.

- Direito Ambiental e Gestão de Resíduos Sólidos: A Problemática da Obsolescência Planejada. In: SILVA, Solange Teles da; CUREAU, Sandra; LAUZINGER, Márcia Dieguez (orgs.). **Resíduos. São Paulo: Fiúza, 2013.**
- NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. O Direito ao Meio Ambiente e a Constituição de 1988: Diagnósticos e Perspectivas”. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. nº 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- PINTO, Henrique Alves Pinto. Princípios nucleares do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e sua extensão como princípio constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 236, p. 83-109, abr./jun. 2004.
- PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Consumo Sustentável**. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente, 1998.
- PORTILHO, Fátima. **Consumo Sustentável: limites e possibilidades de ambientalização e politização das práticas de consumo**. v. 3. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.
- RETORDAR, Anderson Moebus. A (re)construção do indivíduo: a sociedade de consumo como “contexto social” de produção de subjetividades. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 23, n. 1, p. 137-160, jan./abr 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v23n1/a06v23n1.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2014.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.
- VIEGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. São Paulo: Garamond, 2010.
- VOLPI, Alexandre. **A história do consumo no Brasil: do mercantilismo à era do foco do cliente**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

O Direito como Linguagem na construção do sentido das Ações Afirmativas

The Law as a Language in the manufacture the meaning of Affirmative Actions

Artigo recebido em 18/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 27/09/2015

Consuelo Yatsuda M. Yoshida

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

Katya A. Sene de Santis

Advogada. Mestranda em Direitos. Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos. Especialista em: Relações Sociais, Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, Direito Previdenciário todas pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo- UNISAL. Licenciada em Matemática e especialista em Educação matemática pela Faculdade Oswaldo Cruz/SP.

Resumo

Partindo-se da análise do acórdão do Processo nº 780.216.5/3-00/Apeleação, o presente estudo busca através da hermenêutica jurídica, o sentido, o alcance e a finalidade acerca da interpretação às ações afirmativas e analisar como a ciência do direito lida com as funções informativas e diretivas da linguagem na comunicação de suas proposições de forma a assegurar a “igualdade” de condições e oportunidades aos reconhecidos como “vulneráveis” na difícil missão de saber diferenciar para tratar diferenciado e permitir a igualdade de condições e oportunidades ao exercício dos direitos fundamentais.

Palavras Chave

Hermenêutica jurídica; Ações afirmativas; Novas Discriminações.

Abstract

Starting from the analysis of Case No 780.216.5 / 3-00 / Appeal, the present study aims through juridical hermeneutics, the meaning, reach and purpose about the interpretation of affirmative actions and also to analyze how the Law deals with reporting functions and communication policy in its proposals to ensure equal conditions and opportunities to those conside-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

O Direito como Linguagem na construção do sentido das Ações Afirmativas - pp. 111-144
YOSHIDA C. Y. M. / SANTIS K. A. S. de

red vulnerable in the difficult mission to differentiate to treat differentiated and allow equal conditions and opportunities in fundamental rights.

Key Words

Juridical hermeneutics; affirmative action; further discrimination.

Sumário

Introdução. 1 Modelo Hermenêutico: A Ciência do Direito como teoria da Interpretação. 2 Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade. 3 Hermenêutica Jurídica e o sentido das ações afirmativas. 4 Teorias Interpretativas e técnicas interpretativas. Conclusão. Referências.

Introdução

Encontram-se diversos debates, artigos, palestras sobre Direitos Humanos, envolvendo o tema “Direitos das Minorias”, demonstrando ser cada vez mais objeto de atenção ou de particular interesse, tal fato com certeza se dá ao aumento das tensões religiosas, raciais, étnicas que tem afetado o setor econômico, social e político dos Estados, bem como, a “sua integridade territorial”.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

O Direito como Linguagem na construção do sentido das Ações Afirmativas - pp. 111-144
YOSHIDA C. Y. M. / SANTIS K. A. S. de

De fato a discriminação se apresenta como uma das principais causas de tensões que tem afetado e muito as pessoas pertencentes a minorias em termos políticos, sociais, culturais ou econômicos. A discriminação é proibida em diversos instrumentos internacionais e nacionais, seja por motivos de raça, idade, cor, língua, religião, origem nacional ou social, ou ainda por outra condição.

Da mesma forma, sabe-se que a proibição legal dessa discriminação tem a finalidade repressiva-punitiva e de promover, fomentar e alcançar a igualdade de condições e oportunidades, e esta por sua vez, muitas vezes, se instrumentaliza por certo tratamento diferenciado à eficácia do exercício dos direitos fundamentais.

Equivocadamente, as medidas são entendidas como “direitos especiais” declarados e assegurados por instrumentos conhecidos como “ações afirmativas” ou “discriminações positivas”.

Não há criação de direitos nas ações afirmativas e sim, medidas políticas, públicas ou privadas, para assegurar o exercício dos direitos em igualdade de condições e oportunidades aos que por razões ímpares, são identificados como “vulneráveis”. Essas medidas também servem para tornar possível a preservação da identidade, da característica, das tradições dos grupos das minorias, e permitir a participação desses em igualdade de condições e de oportunidades, na vida política, econômica e social dos Estados.

Nesse sentido, trata-se de assegurar não somente a igualdade de condições, como também a de oportunidades para viabilizar o exercício dos direitos aos que

são identificados e reconhecidos como “vulneráveis”, uma vez que também são titulares dos direitos, já que não existe desigualdade em face dos direitos humanos, tão somente diferentes ao exercício dos direitos.

De tal arte, o presente estudo tem o propósito de provocar a reflexão sobre o direito como linguagem à construção do tratamento diferenciado, de forma a contribuir para a efetividade das ações afirmativas em prol dos “vulneráveis”, entendido esses, como os reconhecidos como “minorias” e os grupos de pessoas que se encontram em situação análogas, como os trabalhadores migrantes, refugiados, apátridas e outros não nacionais, que não partilham necessariamente certas características étnicas, religiosas ou linguísticas comuns às pessoas pertencentes a minorias, mas que requer também proteção. A partir de então, entender o sentido das ações afirmativas em prol dos “vulneráveis” dentro da proposta metodológica de interpretação da igualdade de condições e oportunidades ao exercício do direito, ressaltando o risco de novas discriminações se não entendido o real sentido e alcance das ações afirmativas nessa difícil missão de diferenciar e tratar diferenciado para igualar condições e oportunidades.

Assim, no primeiro tópico analisaremos a Ciência do Direito como teoria da interpretação. Seguindo o modelo hermenêutico, no segundo tópico, analisa-se o instituto das ações afirmativas como instrumento à igualdade de condições e oportunidades.

No terceiro tópico, apresenta-se a perspectiva da hermenêutica Jurídica às ações afirmativas e no último tópico das técnicas interpretativas, analisa-se o senti-

do à técnica de interpretação utilizada pelo Ministério Público, a qual demonstra a possibilidade de diferentes pensamentos tecnológicos dos operadores do Direito no processo de interpretação jurídica, da qual permitiu novas discriminações agora negativas, contra as “maiorias” na difícil missão de saber diferenciar para tratar diferenciado e permitir a igualdade de condições e oportunidades ao exercício dos direitos fundamentais.

1. Modelo Hermenêutico: A Ciência do Direito como teoria da Interpretação

Sob o foco da interpretação, algumas citações merecem destaque na temática igualdade social e seus entraves.

O entendimento do filósofo francês Rousseau sobre o primeiro passo para a desigualdade social:

“Cada um começou a olhar os outros e a desejar ser ele próprio olhado, passando assim a estima pública a ter um preço. Aquele que cantava ou dançava melhor, o mais belo, o mais forte, o mais astuto, ou mais eloqüente, passou a ser considerado o mais considerado, e foi esse o primeiro passo para a desigualdade quanto para o vício, dessas primeiras preferências nasceram, de um lado, a vaidade e o desprezo, e, de outro, a vergonha e a inveja. A fermentação gerada por esses novos germes produziu, por fim, compostos funestos à felicidade e à inocência”. (ROUSSEAU, 1973, p.269)

Nos primórdios do Estado socialista, o pensador alemão Marx defende que “o direito igual continua sendo, em princípio, o direito burguês, ainda que agora o princípio e a prática já não estejam mais em conflito”, afirmando ainda:

“Mas, alguns indivíduos são superiores, física e intelectualmente, a outros e, pois, no mesmo tempo, prestam trabalho, ou podem trabalhar mais tempo; e o trabalho, servir de medida, tem que ser determinado quanto à duração ou intensidade; de outro modo, deixa de ser uma medida, este direito igual é um direito desigual para trabalho desigual. Não reconhece nenhuma distinção de classe, por aqui cada indivíduo não é mais do que um operário como os demais; mas reconhece, tacitamente, como outros tantos privilégios naturais, as desiguais aptidões dos indivíduos, por conseguinte, a desigual capacidade de rendimento, fundo é, portanto, como todo direito, o direito da desigualdade. O direito só pode consistir, por natureza, em aplicação de uma medida igual; mas os indivíduos desiguais só podem ser medidos por uma mesma medida sempre e quando sejam considerados sob um ponto de vista igual, sempre quando sejam olhados apenas sob um aspecto determinado por exemplo, no caso concreto, só como operários, e não veja neles nenhuma outra coisa, isto é, prescindir-se de tudo o mais. Prossigamos: uns operários são casados e outros não, uns têm mais

filhos que outros, etc. Para igual trabalho e, por conseguinte, para igual participação no fundo social de consumo, uns obtêm de fato mais do que outros, uns são mais ricos do que outros, etc. Para evitar todos estes inconvenientes, o direito não teria que ser igual, mas desigual”. (MARX, 2012, p.7).

O direito é uma construção do homem para seu convívio numa sociedade em eterna transformação, vez que o ser humano é inacabado e inacabável. Pensar o princípio da igualdade, importa verificar a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano para a correta construção e reconstrução do direito. E, da mesma forma à eficácia do exercício desse direito e conseqüentemente sua concretização, dependerá do conhecimento e reconhecimento da “vulnerabilidade” intrínseca e distintiva de cada ser humano, os quais fundamentam os instrumentos assecuratórios que viabilize o exercício dos direitos em igualdade de condições e oportunidades.

A ciência do Direito vista como resultado de uma construção de modelos ligados ora à tradição histórica ou às diferentes correntes e escolas jurídicas, no qual o modelo será o subsistema teórico previamente proposto que procura explicar a gênese, a estrutura, o objeto e a finalidade da ciência jurídica. E, para a qual a melhor compreensão e resolução dos problemas jurídicos se propõe um conjunto de técnicas e procedimentos. (SERRANO, 2004, p.106).

Na Lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior são

três os modelos: analítico, empírico e hermenêutico, determináveis conforme o modo que se enfrente a questão da decidibilidade, na qual cada um desses modelos representa uma efetiva concepção do ser do homem, como centro articulador do pensamento jurídico. (FERRAZ Jr, 2012, p. 47/48).

Utilizando-se do modelo hermenêutico para buscar compreender o sentido, o alcance e a finalidade às ações afirmativas que envolve a questão da decidibilidade do conflito social suscitado pelo *parquet* e a proteção jurídica ao caso em apreço, conclui-se pela possibilidade de diferentes modos de pensamento tecnológico do operador do direito à difícil e delicada missão de diferenciar e tratar diferenciado para igualar condições e oportunidades.

No entendimento do Nobre Desembargador Relator Diefenthaler, trata-se da *difícil e delicada arte de conseguir desigualar e tratar de forma igual, sem que fira o princípio da isonomia*. No entanto, as razões ímpares que diferencia os “vulneráveis”, muitas vezes exigirá um tratamento diferenciado, mas sem que fira o princípio da igualdade.

A técnica de interpretação utilizada pelo *parquet* ao almejar a reforma da respeitável decisão, sustentando necessidade de critérios diferenciados às minorias para viabilizar o ingresso aos cursos de mestrado, pugnando pela anulação da imposição da mesma prova e critérios para todos os candidatos, bem como, pela expedição de critério diferenciado na primeira fase de exame de língua estrangeira, vez que entende ser a nota mínima 7.0 aos candidatos entendidos como

“desiguais” limitadora do ingresso desses no mestrado, se mostra equivocada e contrária aos motivos que embasam um tratamento diferenciado para igualar condições e oportunidades de ingresso e permanência no curso em questão.

Percebe-se que o desempenho teórico e prático dos intérpretes, o domínio dos métodos será o grande aliado às medidas políticas e jurídicas que viabilizarão a concretização dos direitos fundamentais aos “vulneráveis”, de forma a não permitir novas discriminações ao exercício dos direitos e nos instrumentos políticos assecuratórios dos tratamentos diferenciados.

Nesse sentido, nos ensina o Doutrinador Pablo Jiménez Serrano (2004):

o conhecimento e domínio de métodos de grande valia para o desempenho teórico-prático dos profissionais que tem como função a explicação, aplicação e a integração no mundo do Direito de juízes, advogados, promotores, professores, juristas-pesquisadores e estudantes.

E, sob a ótica do respeito à diferença e da igualdade de todos os indivíduos titulares dos direitos fundamentais, será de suma importância a leitura, o conhecimento e o reconhecimento dos “vulneráveis”, para se saber diferenciar, elemento fundamental à proteção do exercício dos direitos, sem que se abra possibilidades de novas discriminações. Requer uma correta interpretação dessa vulnerabilidade que os diferencia e assegura o tratamento diferenciado ao exercício desses direitos em igualdade de condições e oportunidades.

Nesse sentido se apresenta a “necessidade” intrínseca e distintiva de cada vulnerável, a qual será o norte ao tratamento diferenciado aos grupos entendidos como “minorias” no contexto analisado, o qual está contido nas denominadas “ações afirmativas” que viabilizarão a igualdade de condições e oportunidades.

Passa-se a analisar e compreender o sentido, o alcance e a finalidade às ações afirmativas em respeito ao princípio da igualdade para a questão da decidibilidade do conflito social suscitado pelo *parquet* e sua proteção jurídica.

2. Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade

Segundo a lição de Hannah Arendt, “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.”

E, para a proteção de direitos humanos, os diversos sistemas de direito estão em constante complementação a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.

A partir da Declaração Universal de 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos se desenvolve, adotando-se inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais, os quais se internalizaram.

Na temática “igualdade”, encontram-se proposições jurídicas em inúmeros documentos jurídicos, Tratados internacionais e na Constituição Federal/88, vejamos:

“Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm direitos inerentes, dos quais, ao entrar num estado de sociedade, não podem, por nenhum acordo, privar-se ou despojar-se de sua posteridade; a saber o gozo da vida e da liberdade, os meios de adquirir e possuir propriedade, e a busca da felicidade e segurança” (Seção I da Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, Independência da Americana).

“Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem fundar-se em nada mais do que na utilidade comum. A finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (Artigos 1º e 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - França, 1789).

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros” (Preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem - IX Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948).

“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação, umas às outras com espírito de fraternidade” (Artigo I da

Declaração Universal dos Direitos do Homem - Adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948).

“Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da Lei”. (Artigo 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, 1969 - Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, promulgada no Brasil pelo Decreto 678, de 06.11.1992).

“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:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

(...)

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.

“(…)“

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979, ratificada pelo Brasil em 01.02.1984 e promulgada pelo Decreto 4.377, de 13.09.2002, que revogou o Decreto 89.460, de 20.03.1984;

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - adotada pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21.12. 1965, e ratificada pelo Brasil em 27.03.1968, estando em vigor desde 1969 - Decreto 65.810, de 08.12.1969.

O art. 1º, 4, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial prevê que: “não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou

indivíduos igual gozo ou exercícios de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.

Esses fundamentos são a base dos instrumentos que viabilizem a eficácia ao exercício dos direitos fundamentais, como os denominados “ações afirmativas”, mas permeiam em um cenário de difícil e delicada tarefa, a de conseguir desigular e tratar diferenciado para igualar condições e oportunidades sem que se fira o princípio da isonomia.

As ações afirmativas vista como mecanismos de integração social foi adotada nos Estados Unidos sob a denominação de *affirmative action* e na Europa, como *discrimination positive* (discriminação positiva) e *action positive* (ação positiva).

Entendendo-se o risco de novas discriminações, importante analisar o tão aclamado princípio da isonomia como norteador do instrumento para a igualdade de condições e oportunidades. Assim, apresenta-se, de forma sucinta, algumas considerações sobre sua gênese, seus objetivos e os critérios e condições indispensáveis à sua harmonia das ações afirmativas e os princípios constitucionais.

Após as revoluções do final do século XVIII, nos documentos constitucionais promulgados, a noção de igualdade se mostrou como princípio jurídico incontornável. (GOMES, 2002, p.3).

Os EUA e a França foram os pioneiros na construção do conceito de igualdade perante a lei. Trata-se da construção conhecida como jurídico-formal.

Com a finalidade de acabar com os privilégios do regime antigo e das distinções e discriminações de classe (*classement par ordre*), concebe-se a *ideia chave do constitucionalismo* do século XIX e do século XX, na qual “a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégios, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais” (GOMES, 2002, p.3).

O princípio da igualdade perante a lei, durante muito tempo, foi visto como a garantia da concretização da liberdade. Aos pensadores e teóricos da escola liberal, a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais bastaria para efetivamente assegurar a igualdade no sistema constitucional.

Em vez de igualdade de oportunidades a escola Liberal estuda a igualdade de condições e nessa construção, afirma ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, a igualdade jurídica não passa de mera ficção.

Como bem afirma a Ministra Carmen Lucia Antunes Rocha para se “ter efetividade do princípio da igualdade jurídica”, não basta vedar a discriminação (GOMES, 2002, p.3), precisa-se de medida repressiva e punitiva e de promoção ao exercício dos direitos em igualdade de condições e oportunidades.

Após os debates e estudos essa construção de igualdade jurídica formal devido a abstração de sua

concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, foi reconstruída a noção de igualdade, de formal para material ou substancial, na qual, “uma noção «dinâmica», «militante» de igualdade, necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.” (GOMES, 2002, p.4).

De sorte, cabe ao legislador e aos aplicadores do Direito impedir que “o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas”. Surgindo aí, a “igualdade de oportunidades”, como explica o ex-Ministro Joaquim Barbosa, essa noção é “justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social”. (GOMES, 2002, p.4).

Assim, da concepção Liberal de igualdade, sob o foco do ser humano em sua conformação abstrata, genérica, o Direito recebe o ser humano como dotado de características *singularizantes*.

Segundo Flávia Piovesan, “do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérico e abstratamente considerado, mas ao indivíduo «especificado” (PIOVESAN *abud* Gomes, 2002, p. 4).

Assim, o ser humano nos diversos instrumentos nacionais e internacionais, dentro de suas especificidades relativas ao gênero, idade, etnia, raça etc passa a ser o destinatário das novas políticas sociais.

O ex-Ministro Joaquim Barbosa, define as ações afirmativas como:

“um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”. (GOMES, 2002, p.9).

Essa busca da efetiva igualdade de acesso, abrigou nos fundamentos da noção de igualdade de oportunidades, e, possibilitou políticas públicas de “cotas de acesso” nos setores da educação e trabalho, às pessoas consideradas pertencentes ao grupo de minorias.

As ações afirmativas são compatíveis com o direito constitucional, uma vez que esse conjunto de políticas públicas visa o combate à desigualdade social fundada na garantia de que todos terão acesso ao mercado competitivo.

Importante entender os critérios, modalidades e limites das Ações Afirmativas na difícil e delicada arte de conseguir desigualar e tratar de forma igual sem que fira o princípio da isonomia.

Conforme o Professor Joaquim Falcão “a justificação do estabelecimento da diferença seria uma condição *sine qua non* para a constitucionalidade da diferenciação, a fim de evitar a arbitrariedade” (FALCÃO *abud* GOMES, 2002, p.24).

A razoabilidade, a racionalidade e a proporcionalidade seria o norte para evitar a arbitrariedade. Fundamento razoável para diferenciar com motivação objetiva, racional e suficiente. Proporcionalidade como um reajuste de situações desiguais.

Aliado a justificação, para atender ao princípio da igualdade material, a norma infraconstitucional deve respeitar três critérios concomitantes:

“a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida.” (GOMES, 2002, p. 24).

Salienta a Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha, as cautelas que devem ser observadas:

“É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamen-

te, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados, primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garanti- dores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem preconceitos contra elas ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir etc. com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmati- va deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igual- dade jurídica) pela própria sociedade.” (ROCHA *apud* GOMES, 2002, p. 24).

Realmente se mostra difícil desigualar e tratar diferente para igualar as condições e oportunidades, sem que implique em novas discriminações. Ressalta-

se que entende-se pela impossibilidade de existência de *discriminação positiva*, como defendido por alguns autores.

Como vimos, tratar o indivíduo de forma gené- rica, geral e abstrata não foi suficiente. Necessário a construção da igualdade em termos de especificação do sujeito de direito, visto em sua peculiaridade e par- ticularidade.

Dessa necessidade pôde-se identificar determi- nados grupos e atribuir-lhe uma proteção especial em face de *sua própria vulnerabilidade*. Isso significa que a “diferença” deveria ser utilizada para a promoção de direitos e ao respeito à “diferença e à diversidade”, nas- cendo daí o tratamento especial.

Nesse sentido, segundo Flavia Piosevan, três ver- tentes se destacam, no que tange à concepção da igual- dade, a saber:

“a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “to- dos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orienta- da pelo critério socioeconômico); e c) a igualda- de material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualda- de orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros).” (PIOVESAN, 2006, p.39).

Pensar no exercício dos direitos fundamentais a isonomia através do tratamento diferenciado aos “de-

iguais” na medida de sua “desigualdade” assegura o respeito a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano e a efetividade do exercício dos direitos nas mesmas possibilidades que os demais indivíduos, logo, não basta vedar a discriminação e sim, através de ações afirmativas que promovam a inserção das “minorias”.

Nesse sentido, Flavia Piovesan afirma:

“para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e a intolerância à diferença e à diversidade.” (PIOVESAN, 2006, p.40).

E, dentro desse cenário de discriminação e exclusão social e de características ímpares dos indivíduos, as ações afirmativas tem se mostrado um poderoso instrumento de inclusão social, revestidas de medidas especiais e temporárias ao alcance da igualdade substantiva aos grupos vulneráveis, como os defendidos pelo *parquet*.

Alguns autores afirmam ser as ações afirmativas, políticas compensatórias para remediar *as condições resultantes de um passado discriminatório*, com o devido respeito a tal entendimento, o que não concordamos, uma vez que igualar oportunidades respeitando

as qualidades intrínsecas e distintivas de cada ser humano, não tem nada a ver com compensar. Compensar uma pessoa somente porque nasceu com a cor da pele negra, não nos parece suficiente justificar a igualdade de ingresso em curso superior ou mestrado, vez que o tratamento diferenciado se deve a necessidade específica de determinada pessoa, que somente se atendido, poderá coloca-la em situação de igualdade de condições e possibilidades aos demais candidatos.

Uma comparação interessante é a pessoa negra sem nenhum problema de aprendizagem, seja de leitura ou escrita e um disléxico com seu distúrbio na leitura e escrita. Ambos são inteligentes, no entanto, a pessoa negra faria jus a “cota de acesso”, simplesmente por compensação ao sofrimento de seus antepassados e, o disléxico não, o que contraria a questão da necessidade. Sob a perspectiva de necessidade de tratamento diferenciado, qual seria a necessidade da pessoa negra nesse caso? Assim, os entendimentos que as ações afirmativas, são medidas compensatórias nesse caso, parece-nos equivocada. Por analogia a proteção de pessoas com deficiência, o disléxico se comprovar ser um, claro, e solicitar, pode lhe ser assegurado o tratamento diferenciado, de forma a igualar possibilidade de ingresso escolar, pela necessidade identificada no distúrbio ou transtorno de aprendizagem.

As ações afirmativas constituem medidas concretas com a finalidade de viabilizar a aplicação do princípio da isonomia e o exercício dos direitos fundamentais, ou seja, de igualar condições e oportunidades norteadas pelo *respeito à diferença e à diversidade*.

3. A hermenêutica Jurídica e o sentido das ações afirmativas

Como nos ensina Professor Pablo Jiménez “se interpretação é um processo pelo qual pretende-se alcançar um fim (determinação do sentido e alcance da norma), a hermenêutica é a teoria que serve de ferramenta para alcançar esse fim, pois os critérios hermenêuticos orientam a interpretação jurídica.” (SERRANO, 2007, p. 76).

As ações afirmativas são políticas públicas e privadas que em defesa da “vulnerabilidade” para igualar as condições e equilibrar as possibilidades e oportunidades de exercício dos direitos fundamentais, assegurando-se a concretização dos direitos.

As medidas revestidas de ações afirmativas servem para possibilitar o exercício dos direitos fundamentais e não para criar mais direitos, ainda que processuais, ou, para criar “diferentes” em face dos direitos humanos, uma vez que não existem diferentes em face desses.

“A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestadamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício que outro

não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo” (HOBBS, 1983, p. 74).

Nesse sentido, depreende-se que não há diferenças em face dos direitos fundamentais e, sim tão somente ao exercício dos direitos, razão de impossibilidade de entendimento de “direitos especiais” aos vulneráveis. As ações afirmativas são meios, instrumentos que possibilitam a igualdade de condições e oportunidades, que viabilizam a concretização dos direitos já declarados e assegurados.

Importante distinguir a igualdade na lei e igualdade perante a lei, assim, empresta-se a seguir a lição de José Afonso da Silva para melhor entendê-las:

“A igualdade perante a lei corresponde a obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade como o que eles estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição. Enfim, segundo a doutrina, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade na

lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos”.

A noção pura de igualdade formal sob a ótica do homem moderno, não atende as ações para dirimir disparidades sociais que norteia o gozo efetivo de bens e direito, assim, foi necessário a construção do conceito de igualdade material.

De tal arte, da concepção “estática” de igualdade extraída das revoluções francesa e americana, nos dias atuais a noção de igualdade material ou substancial, “que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual, necessariamente, são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade”. (GOMES, 2003. p.19)

No entendimento de Fernanda Lopes Lucas da Silva, verifica-se que o tratamento diferenciado visando a igualdade de condições e oportunidades, não se mostra na titularidade do direito e sim, no seu exercício.

“Igualdade material não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade

proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regras iguais e, por isso não devem ser regulados desigualmente. A questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela sobre os característicos a serem considerados como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo: sobre os característicos que devem ser considerados como não-essenciais e não devem ser feitos base de uma diferenciação”. (SILVA, 2003, p.42)

Nesse contexto, analisa-se a seguir o sentido à técnica de interpretação utilizada pelo Ministério Público que resultou na sua afirmação de que os critérios eleitos pela Universidade de São Paulo não se mostram hábeis a cumprir o convencionado com a Fundação FORD e respeitar as ações afirmativas, vez que impossibilitam o ingresso dos grupos defendidos.

4. As técnicas interpretativas às ações afirmativas

Na análise das técnicas interpretativas, o momento crucial aos juristas, para a escolha das técnicas interpretativas, essas consideradas como sendo procedimentos interpretativos que se seguem com a finalidade de captar o sentido, o alcance da proposição jurí-

dica dentro de um determinado contexto (SERRANO, 2007, p.113), seja doutrinário e/ou normativo, exige-se o conhecimento do conceito de ações afirmativas e minorias que envolvem as questões do direito à igualdade.

O direito à igualdade e às ações afirmativas envolve todo um sistema global de proteção aos direitos humanos, no qual o intérprete buscará o sentido das proposições, daí a importância da clareza do conteúdo e não conter palavras, termos ou frases ambíguas que gerem múltiplas interpretações ou incerteza quanto à determinação do sentido, das sentenças ou campo de aplicação nas normas.

No contexto normativo ainda segundo orientação do professor Pablo J Serrano, importante que se faça uma conexão com todos os preceitos legislativos que tratam de uma determinada questão, no caso, da igualdade de tratamento e das ações afirmativas, e, para melhor ordenar qualquer processo interpretativo as seguintes regras técnicas deverão ser observadas, se não vejamos:

- 1ª) determinar o sentido gramatical do texto normativo (literal ou vocabular das palavras, com o auxílio da doutrina);
- 2ª) observar o sentido contextual normativo (interpretação lógica e sistemática, com o auxílio dos princípios, regras e axiomas jurídicos);
- 3ª) observar o sentido contextual factual (com o auxílio dos componentes da dimensão factual).”

No entanto, não se deve permitir qualquer forma de discriminação, nem a positiva, se esta existe, o que

não acredito, vez que não há discriminação lícita ou positiva no tratar diferente para assegurar as mesmas possibilidades no exercício dos direitos aos desiguais. Todos são iguais em face dos direitos fundamentais, o problema está na desigualdade ao exercício desses direitos.

Exemplo disso, novamente trago o tratamento diferenciado que tem o cidadão portador de dislexia, para que este possa competir em situação de igualdade com os demais candidatos em determinado concurso público/vestibular, deverá ter um tempo adicional para a realização de sua prova. No entanto, essa prova será a mesma aplicada aos demais candidatos e deve ter o mesmo valor. O tratamento diferenciado, dependendo do grau de sua dislexia, necessitará de um leitor para que possa entender corretamente o que está sendo pedido, vez que o distúrbio da dislexia se encontra no processo de leitura e escrita. É uma tarefa muito difícil para o disléxico escrever seu entendimento, vez que muitas vezes sua leitura é prejudicada pelo distúrbio, ainda não explicado satisfatoriamente pela ciência.

Logo, para melhor avaliar o conhecimento ou aprendizagem de um disléxico, dependendo de seu grau de dislexia, precisará ouvir o que está escrito e falar o que entendeu, fato gerador da necessidade de tratamento diferenciado (leitor, prova oral, tempo adicional etc) para que possa exercer seu direito em situação de igualdade de condições e oportunidades, de prestar o concurso/vestibular com os demais candidatos. O tratamento diferenciado nesse caso será de suma importância à correta avaliação de competência (habilidades/conhecimentos).

Ao tratamento concedido não significa dizer que criou-se um novo direito ou que houve discriminação lícita ao tratar diferente o disléxico. Na realidade, igualou-se a possibilidade do candidato portador de dislexia concorrer em igualdade de condições e oportunidades. Isso nada mais é, do que a eficácia do exercício de um direito viabilizada pelo atendimento ao princípio da isonomia.

Conclusão

Em que pese a interpretação distintiva de igualdade material e formal dos adeptos das ações afirmativas, verifica-se que aos direitos fundamentais, não há “diferentes” sob a ótica da titularidade, todos são iguais na teoria da constitucionalidade democrática, pois, do contrário, estaríamos diante da violação ao princípio da isonomia. A diferença existe no exercício desses direitos.

Quando há o respeito às diferenças ao exercício dos direitos atende-se ao princípio da isonomia. Repare! Não se trata de “direitos especiais” aos diferentes, também entendido e explorado erroneamente nos textos científicos e sim, dos iguais em direitos, mas diferentes ao exercício de um determinado direito fundamental, diferença essa pautada na “vulnerabilidade” reconhecida.

De tal arte, a ciência do direito lida com as funções informativas e diretivas da linguagem na comunicação de suas proposições de forma a assegurar a

“igualdade” de condições e oportunidades aos reconhecidos como “vulneráveis”, no entanto o sentido, o alcance e a finalidade acerca da interpretação ao tratamento jurídico às ações afirmativas são resultados de diferentes pensamentos tecnológicos dos operadores do Direito no processo de interpretação jurídica, como demonstrado pela técnica de interpretação utilizada pelo parquet, no qual o sentido contextual permitiu novas discriminações, mas agora contra as “maiorias”. Realmente se mostra uma difícil missão saber diferenciar para tratar diferenciado e permitir a igualdade de condições e oportunidades ao exercício dos direitos fundamentais.

O direito à igualdade fundamenta o exercício dos direitos declarados e garantidos a todos. Mas, por razões ímpares alguns necessitam de tratamentos diferenciados para exercer seus direitos, o que não significa dizer que estaria criando novos direitos ou “direitos especiais” a essa parcela, mas sim, meios, instrumentos que assegurem a igualdade de condições e de oportunidades para o exercício de um direito fundamental, ou seja, viabilizar a concretização dos direitos já declarados e garantidos.

No acórdão analisado e que serviu de norte para as argumentações apresentadas, através de dados estatísticos, o Ministério Público procurou demonstrar que se as provas aplicadas não fossem diferentes e com um tratamento diferenciado, impossibilitaria o ingresso, no mestrado, dos grupos pertencentes à minoria e protegidos pelas “ações afirmativas” defendidas, sustentando que a exigência de nota mínima 7.0 na prova de

língua estrangeira seria muito alta, fato justificador da violação do edital do concurso da Fundação Ford e das vagas destinadas à esse grupo nunca forem totalmente preenchidas na visão interpretativa do *parquet*.

Tal interpretação se mostra equivocada e demonstra que as funções informativas e diretivas da linguagem na comunicação das proposições das “ações afirmativas” visando assegurar a “igualdade” de condições e oportunidades aos reconhecidos como “vulneráveis” apresenta-se frágil, ante a possibilidade de diferentes pensamentos tecnológicos dos operadores do Direito no processo de interpretação jurídica, como demonstrado pela técnica de interpretação utilizada pelo *parquet*, uma vez que o sentido aplicado que fundamentaram sua tese permite novas discriminações agora negativas, contra as “maiorias”.

Tal interpretação comprova a difícil missão de saber diferenciar para tratar diferenciado e permitir a igualdade de condições e oportunidades ao exercício dos direitos fundamentais.

Referências

- ARENDDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº 9171538-18.2008.8.26.0000 (780.216.5/3-00). Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelado: Universidade de São Paulo - USP. Relator: Desembargador Nogueira Diefenthaler, 21 de fevereiro de 2011. Voto 12294, São Paulo.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A Ciência do direito**. 2 ed. 18. reimpr. São Paulo: Atlas, 2012.

- GENEBRA. Nações Unidas. **Direitos Humanos: Os Direitos das Minorias**. Ficha Informativa/Rev. I. n. 18. publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Notas de Tradução (NT): Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Procuradoria- Geral da República, outubro de 2008.
- GOMES, Joaquim Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. In: LOBATO, Fátima ; SANTOS, Renato Emerson dos (orgs.). *Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- _____. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em julho de 2002.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Anoar Aiex e Jacy Monteiro. 3 ed. São Paulo: Abril Cultura, 1983
- MARX, Karl. **Crítica ao programa de Gotha**. Disponível em file:///C:/site/livros_gratis/gotha.htm. Acesso em 26 ago 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- NETO, Pedro Scuro. **Manual de Sociologia Geral e Jurídica: Lógica e método do Direito, problemas sociais, comportamento criminoso, controle social**. 4a ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- SERRANO, Pablo Jiménez. **Compêndio de Metodologia da Ciência do Direito**. Primeira Parte. São Paulo: Catálise, 2004.
- SERRANO, Pablo Jiménez. **Epistemologia do Direito**. Para uma melhor compreensão da Ciência do Direito. São Paulo: Alínea, 2007.
- SERRANO, Pablo Jiménez. **Interpretação Jurídica: O método Lógico de interpretação do Direito e suas normas**. 1. Ed. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.
- SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material.** Tese de mestrado orientada pelo Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz na Universidade Federal do Paraná.

Instrumento de celeridade processual: Gestão do conhecimento

Procedural celerity instrument:
knowledge management

Artigo recebido em 17/07/2015
Revisado em 08/09/2015
Aceito para publicação em 29/09/2015

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

PhD Presidente da Representação Brasil do *International Political and Economic System* (BRASIL - USA-BRICS) - BR-USA-CN
Coordenadora de diversas áreas do IESUR/FAAr (Pesquisa e Extensão, Convênios Nacionais e Internacionais) - RO Professora e Pesquisadora do PPGD/UVA, da Graduação DIR/UBM - RJ

Resumo

A cultura cartorária brasileira tem por tradição ser burocrática e formalista. Este trabalho tem por objetivo tratar das mudanças que nos últimos anos vêm ocorrendo no Poder Judiciário, acerca de gestão do conhecimento, identificando as fontes de informações, e analisando o surgimento de uma nova organização. Partir-se-á da Gestão do Conhecimento como a administração dos ativos intangíveis de uma organização. A Gestão do Conhecimento permite a todos os envolvidos mensurar o problema com mais segurança, efetividade, eficácia e eficiência para tomar decisões acertadas com relação a melhor estratégia a ser adotada. Com isso, agrega-se valor à informação distribuída às partes, aos advogados e aos juízes, por meio do processo sistemático de identificação, criação, renovação e aplicação dos conhecimentos estratégicos para a organização, criando um sistema de melhoria da qualidade e ajudando na redução de custos.

Palavras-chaves

Ativos intangíveis; cultura cartorária; eficácia; gestão do conhecimento.

Abstract

Brazil's notaries culture is traditionally bureaucratic and formalistic. The present study aims to ad-

dress the changes in the Judiciary in recent years, concerning knowledge management, identifying sources of information and analyzing the rise of a new organization. Thus, Knowledge Management could act as the administrative tool of intangible assets of an organization, also Knowledge Management allows everyone involved to measure problems in a safer, more effective and efficient way to make informed decisions regarding the best strategy to adopt. Therefore, it adds value to the information distributed to all parties, to lawyers and judges, through identification, creation, renewal and implementation of strategic knowledge to the organization, creating an improved system and helping reducing costs.

Key words

Intangible assets, notaries culture, efficient, knowledge

Introdução

Dentre todos os conhecimentos que devem ser compartilhados no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ - iniciou o mapeamento da justiça brasileira em 2004. Por meio da Resolução nº 4, de 16 de Agosto de 2005, que criou o Sistema de Estatística do Poder Judiciário e, com a Resolução nº 76, de 12 de maio de 2009, que dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabele-

ceu os indicadores da gestão de conhecimento nos Tribunais de Justiça Estaduais.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a gestão de conhecimento no tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que esta é de complexidade ímpar e imprescindível para o seu funcionamento. Já os objetivos especiais são: (i) expor considerações gerais sobre a gestão do conhecimento; (ii) caracterizar a natureza da gestão de conhecimento como ativo intangível; e (iii) investigar se há a celeridade processual como o resultado da gestão de conhecimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Destacam-se as seguintes bases metodológicas do projeto de pesquisa exploratório e descritivo: (i) estudar o funcionamento do site do TJRJ; e (ii) investigar se há normativa interna de gestão de conhecimento no TJRJ.

Os resultados esperados na pesquisa são os de apresentar indicadores no âmbito da gestão do conhecimento visando: (i) influenciar o comportamento do funcionário público; (ii) fazer com que as lideranças da organização do Poder Judiciário aceitem a idéia de organizar as informações com base nas ferramentas da gestão de conhecimento; e (iii) determinar uma forma de classificação do conhecimento - rotina cartorária eficiente.

1. Breves notas sobre gestão de conhecimento

A gestão do conhecimento nasceu no âmbito do estudo de Administração, deve ser compreendida tam-

bém pelos operadores do Direito como a informação obtida, de forma ordenada visando à transformação de um determinado meio, seja dentro um órgão governamental, empresarial ou entidade sem fim lucrativo (1º, 2º e 3º setores, respectivamente).

Para o estudo interdisciplinar sobre gestão de conhecimento, partir-se-á do conceito de gestão de Rodriguez como:

a representação de forma estruturada e organizada de como ocorre a integração entre os seus sistemas internos, formais e informais que fazem com que seja assegurado o atendimento às estratégias de negócio suportadas pelas pessoas dentro de uma organização formal de poder. (2002, p. 57)

E o conhecimento será entendido como um conjunto de dados que apresentado de forma organizada cuja utilização gera resultados positivos nos processos da organização (MATOS, FARIA e OLIVEIRA, 2007, p. 38).

Há quatro décadas, Drucker já alertava para o fato de que o trabalho se tornava cada vez mais baseado no conhecimento:

Somente a organização pode oferecer a continuidade básica de que os trabalhadores do conhecimento precisam para serem eficazes. Apenas a organização pode transformar o conhecimento especializado do trabalhador em conhecimento do desempenho. (1999, p.18)

Conseqüentemente, a primeira característica da gestão de conhecimento é ser um processo contínuo que se inicia, sem prazo certo para terminar. É comum às organizações planejarem os seus projetos de Gestão de Conhecimento como um começo, meio e fim.

1.1 *A gestão de conhecimento no poder judiciário*

A tendência do Poder Judiciário em ter estruturas verticalizadas, complexas e concentradas na hierarquia e burocracia prejudica o trabalho da cultura e clima organizacional, por conta da dificuldade de comunicação e cooperação entre departamentos e colaboradores: “tornando as decisões mais lentas; dificultando a inovação e troca de conhecimentos.” (SANTOS, PACHECO, PEREIRA E BASTOS JÚNIOR, 2006, s/p).

A departamentalização é um clássico exemplo verificado no Poder Judiciário, por ser uma estrutura organizacional complexa. Nesse Poder há o desdobramento em diversos órgãos, departamentos e divisões, incute aos seus membros um sentimento de separação e competitividade. Assim, determinados Tribunais brasileiros não se comunicam e cooperam adequadamente, seja com o público interno e externo que lidam, sejam entre as próprias instituições. Esta situação se reflete negativamente até nas nomenclaturas dessas organizações, que na maioria das vezes induzem todos à confusão, o que prejudica uma tomada de decisão ágil e a interação social (VON KROGH, G., ICHIJO, K., NONAKA, I., 2001).

Como explica Santos et., para desenvolver os sis-

temas de conhecimento é necessário ter foco externo (*benchmarking* da concorrência), tecnologias facilitadoras (*groupware*), gestão de performance (mensuração, recomendação, recompensas para equipes, obrigações contratuais) e gestão de pessoas (equipes virtuais, comunidade de prática, coordenadores de conhecimento, busca do perfil do disseminador do conhecimento) (2006, s/p). Corroborando com esta idéia, Jóia ressalta a importância do *benchmarking* em instituições que já têm a excelência da gestão do conhecimento, considerando que as informações levantadas poderão vir a ser excelentes instrumentos de comparação, além de efervescente fonte de novas idéias (2009, p. 29).

Quanto à estratégia, estrutura, clima e cultura organizacional, contextualiza-se a Gestão do Conhecimento dentro: “...de um processo amplo, que abrange todas as questões empresariais ou organizacionais. Não há como ser realizada por uma pessoa, mas pela organização com a implantação de cultura própria para o exercício da gestão do conhecimento...” (VIANNA, CUNHA, RE e LIMBERGER, 2007).

Na prática, o Direito pode ser considerado como uma das especializações mais complexas da atualidade, pois este estuda a convivência social e os seus efeitos, o que engloba tudo que existe na sociedade para tentar resolver os conflitos sociais. E a gestão de conhecimento é a prática de agregar valor à informação e de distribuí-la, tendo como objetivo a criação de ferramentas que auxiliem na disseminação destes conhecimentos dentro da organização (RODRIGUEZ, 2002, p. 56). Já Alvarenga Neto propõe que a gestão de conhecimento como:

o conjunto ordenado de informações capaz de causar uma transformação em um meio organizacional, possibilitando que as organizações e seus colaboradores possam sempre se utilizar os conhecimentos disponíveis, com vistas ao alcance de resultados (2005, p. 46).

Consequentemente, a gestão do conhecimento no âmbito do Poder Judiciário é o conjunto de processos que visa colaborar para a criação, captura e compartilhamento do conhecimento entre as pessoas, os cartórios e o próprio Poder Judiciário.

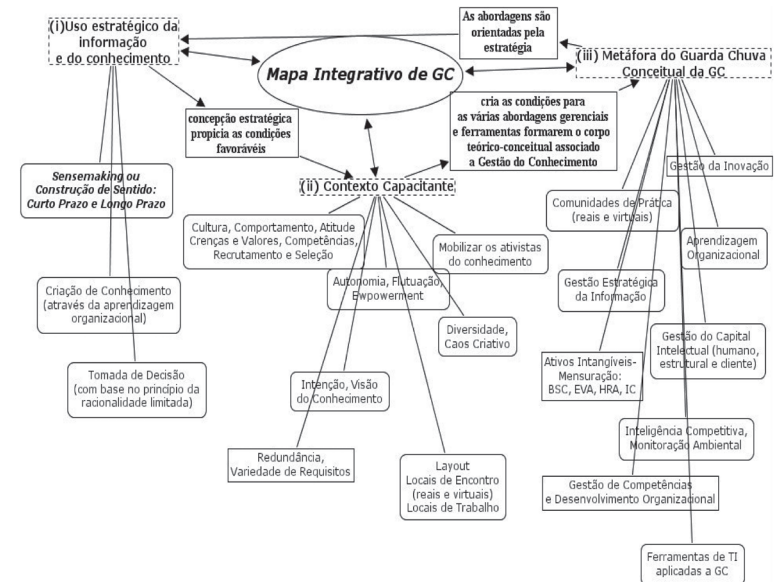
2. Natureza da gestão de conhecimento: ativo intangível da organização judiciária

A organização judiciária produz o que há de maior valor nos nossos dias: o conhecimento jurídico. Assim, é um produtor de conhecimento especializado com o qual se objetiva evitar e/ou dar solução aos conflitos que surgem da sociedade, de modo que a gestão ampla desse conhecimento é fundamental para a democracia e para o bom desempenho humano e econômico do país (JOIA, 2009, p. 137).

Como se pode inferir, a gestão do conhecimento tem um grande alcance. Mais que a tecnologia considerada isoladamente, sendo certo, que nada hoje se compara à tecnologia para descobrir, armazenar, distribuir e atualizar o conhecimento (ALVARENGA NETO, 2002, p. 277). Mas além da tecnologia, há as pessoas, dentro e fora da organização judiciária, e os relaciona-

mentos entre elas, além de outros elementos, como o ambiente em que a organização está inserida e os seus ativos tangíveis. Tudo isso deve ser levado em conta para gerir o conhecimento. O trabalho desta espécie de gestor consiste, em grande parte, “em converter informação em conhecimento”, usando para tal, na maioria das vezes, as suas próprias competências, recorrendo esporadicamente aos fornecedores de informações ou de conhecimento especializado (JOIA, 2009).

Como ilustração para entender a composição desse ativo intangível, segue abaixo Mapa Integrativo de Gestão de Conhecimento elaborado por Alvarenga Neto:



Fonte: Ilustração apresentada na tese de Doutorado em Ciência da Informação – PPGCI, Escola de Ciência da Informação da UFMG, Belo Horizonte, 2005, p. 386.

Desta forma, comprova-se que a natureza da gestão de conhecimento é ser um ativo intangível da organização judiciária para que haja a criação, a retenção, o compartilhamento e a disseminação dos conhecimentos, movimentos estes que dão suporte à implementação da gestão do conhecimento.

3. Portais dos tribunais como instrumento de transparência e eficácia na gestão do conhecimento

De acordo com Castells, a revolução da tecnologia da informação deu-se no bojo da própria reestruturação do sistema capitalista, na década de 80, sendo que a lógica e os interesses deste tiveram grande influência sobre o desenvolvimento daquela, porém constituindo-se em processos distintos, esclarecendo, ainda, que “é essencial para o entendimento da dinâmica social, manter a distância analítica e a inter-relação empírica entre os modos de produção (capitalismo, estadismo) e os modos de desenvolvimento (industrialismo, informacionalismo)” (2000, p.32).

Em trecho bastante elucidativo, o citado autor esclarece as diferenças, delimitadas no campo da sociologia, entre modo de produção e de desenvolvimento, sendo que este último conceito equivale ao de paradigma produtivo ou técnico-econômico, assim:

O princípio estrutural de apropriação e controle do excedente caracteriza um modo de produção. [...] os modos de desenvolvimento são os procedi-

mentos mediante os quais os trabalhadores atuam sobre a matéria para gerar o produto, em última análise, determinando o nível e a qualidade do excedente. Cada modo de desenvolvimento é definido pelo elemento fundamental à promoção da produtividade no processo produtivo. Assim, no modo agrário de desenvolvimento, a fonte do incremento de excedente resulta dos aumentos quantitativos da mão-de-obra e dos recursos naturais (em particular a terra) no processo produtivo, bem como da dotação natural desses recursos. No modo de desenvolvimento industrial, a principal fonte de produtividade reside na introdução de novas fontes de energia e na capacidade de descentralização do uso de energia ao longo dos processos produtivo e de circulação. No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos. [...] o que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimentos sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade (...). O processamento da informação é focalizado na melhoria da tecnologia do processamento da informação como fonte de produtividade, em um círculo virtuoso de interação entre as fontes de conhecimentos tecnológicos e a aplicação da tecnologia para melhorar a geração de conhecimentos e o processamento da informação [...]

Cada modo de desenvolvimento tem, também, um princípio de desempenho estruturalmente determinado que serve de base para a organização dos processos tecnológicos: o industrialismo é voltado para o crescimento da economia, isto é, para a maximização da produção; o informacionalismo visa o desenvolvimento tecnológico, ou seja, a acumulação de conhecimentos e maiores níveis de complexidade do processamento da informação. Embora graus mais altos de conhecimentos geralmente possam resultar em melhores níveis de produção por unidade de insumos, é a busca por conhecimentos e informação que caracteriza a função da produção tecnológica no informacionalismo (CASTELLS, 2000, p.35).

Dentro de uma sociedade informacional, entende-se por transparência a possibilidade jurídica de trazer ao conhecimento público e geral dos administrados o seguinte:

- a forma como o serviço foi prestado;
- os gastos; e
- a disponibilidade de atendimento (CAMPOS, 1990, p. 88).

Além disso, segurança e eficiência no controle virtual dos processos e papéis em trâmite na Corregedoria Geral da Justiça são essenciais, para a celeridade nas informações a serem prestadas aos clientes internos e externos do Poder Judiciário (CAMPOS, 1990, p. 90).

Um portal de um determinado Tribunal bem gerido e de simples acesso é um sistema de conhecimento que tem como objetivo captar e disseminar as informações importantes para as finalidades da instituição (CAMPOS, 1990, p. 95).

Ao se atender todos estes objetivos, a redução da burocracia empregada no gerenciamento da rotina diária torna-se automática, bem como a possibilidade de se implementar os despachos virtuais, a partir do registro e imagem do documento; a criação de carimbos eletrônicos que padronizam despachos e decisões por meio do processo eletrônico (CAMPOS, 1990, p. 96). Ademais, é de suma importância a padronização dos processos, despachos e expedientes em trâmite na Corregedoria Geral da Justiça de um determinado Tribunal.

Para que a gestão de conhecimento seja considerada um marco estratégico, torna-se necessário investir na geração e disseminação do conhecimento por meio de pesquisas, estudos, artigos, palestras e aulas, que tornam uma instituição reconhecida como geradora de conhecimento próprio (JOIA, 2009, p. 138).

O sistema abrange o uso das tecnologias existentes para sua efetivação. Deve-se mencionar o aspecto que se relaciona com a gestão de conhecimento, que é o da capacitação de pessoal que alimenta o Portal, isto é, no Poder Judiciário a responsabilidade de zelar pela qualificação (acadêmica e/ou profissional) do quadro de pessoal é ampliada.

3.1. Tribunal de justiça do rio de janeiro: experiência em análise

Nessa experiência em análise, observaram-se alguns pontos que podem ser considerados como características de reconhecimento se uma instituição tem mesmo uma gestão voltada para o conhecimento ou não, a saber:

- adquirir, criar ou transferir conhecimentos tácitos e explícitos;
- auxiliar a criação de contexto organizacional adequado;
- estabelecer visão estratégica para o uso da informação e do conhecimento; e
- promover a aprendizagem, a criatividade e a educação contínua.

Ainda, a experiência apoiou-se nas idéias de Alvarenga Neto para analisar os indicadores de um estado de gestão do conhecimento:

- identificar e disseminar o conhecimento já existente, o seu capital intelectual;
- utilizar esse conhecimento já existente, aplicando-o com eficácia em seu negócio;
- estimular a produção de novos conhecimentos;
- identificar o momento em que os novos conhecimentos são produzidos; e utilizar o novo conhecimento, direcionando-o para o seu negócio, tornando-o essencial para o mesmo” (2005, p.34).

O Órgão Especial do TJ/RJ emitiu a Resolução nº 15/2003 criando a Diretoria Geral de Gestão do Conhecimento - DGCON com a missão de compartilhar o conhecimento do Poder Judiciário para o aprimoramento da prestação jurisdicional. A nova DGCON objetiva tanto o compartilhamento de conhecimento interno (produzido dentro do tribunal, como os acórdãos), como de conhecimento externo (produzido fora do tribunal, mas que demonstre pertinência às atividades do mesmo).

Para a realização dessas aspirações, o TJRJ vem passando por várias mudanças (como a implantação do sistema ARQGER, a inauguração do Arquivo Central do Poder Judiciário Estadual, a publicação do Informativo DGCON, a conversão da Jurisprudência para o formato *Portable Document Format*, a capacitação de servidores para o compartilhamento do conhecimento, dentre outras).”

Em gestão de conhecimento, o desafio desse Tribunal está em atender a imensa demanda processual, a quantidade das demandas é realmente o grande obstáculo para a prestação jurisdicional adequada.

Percebe-se que os profissionais em gestão de conhecimento que trabalham no Portal do TJRJ empregam até uma segunda língua (linguagem forense ou jurídica), ensinada nos bancos das faculdades de direito.

O servidor ou magistrado pode adquirir novos conhecimentos necessários ou, até mesmo, manter atualizados por meio da EMERJ - Escola de Magistratura do Rio de Janeiro que disponibiliza regularmente cursos, palestras e diversos eventos para este fim. Esse é o panorama que se apresenta na atualidade no TJRJ.

4. Considerações sobre a celeridade processual no contexto da gestão do conhecimento

A celeridade processual ocorre efetivamente quando se alcança a máxima eficácia da lei com o mínimo de atividade judicante. Atualmente, as Gerências de Conhecimento dos Tribunais influenciam esse princípio processual efetivando ações tangíveis das seguintes formas, dentre outras citadas em relatórios apresentados ao Conselho Nacional de Justiça:

- Criação de comissões de conciliação prévia;
- Cumprimento da prioridade processual às pessoas com idade igual ou superior à 65 (sessenta e cinco) anos e aos doentes;
- Cumprimento de dispositivos processuais que conferem maior agilidade ao processo, como o art. 273, art. 557 §1º e o parágrafo único do art. 46, dentre outros, todos do CPC;
- Edição de súmulas vinculantes emanadas pelo STF (introduzido pela EC 45);
- Instalação de mais varas, informatização crescente (desburocratização), de varas especializadas (como as agrárias, as empresariais, as de execução fiscal), além de Juizados Especiais;
- Implantação da certificação digital e do peticionamento eletrônico; e
- Transmissão de petições por fax (Lei n. 9.800/99) (Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7731&Itemid=944. Acesso em 26 de agosto de 2014).

Nos últimos anos, com os avanços em produção, tratamento e difusão de informação, os entes governamentais vêm apresentando um crescente interesse em sistemas de gestão do conhecimento e, conseqüentemente, os indicadores da celeridade processual aparecem quando ocorre efetivamente a máxima eficácia da lei com o mínimo de atividade judicante.

Conclusão

Na era da sociedade informacional, a qual se fundamenta, historicamente, na convergência do novo paradigma tecnológico com a nova lógica organizacional. Logo, é fundamental nunca perder de vista a perspectiva brasileira, pois, por mais técnico que seja o processo, ele se justifica na medida em que instrumentaliza a realização do Direito em ordem à Justiça, nesta terra brasileira:

- é preciso quebrar nossa vocação histórica pelo estilo rococó, para que seja estabelecido um processo simples, buscando, incansavelmente, a eficácia do provimento do juiz;
- a simplicidade favorecerá um processo que se baseie na lealdade das partes e na competência, no sentido lato, do Juiz, o que fará com que todos estejamos libertos de estéril formalismo, mas que tem sido fértil na geração de muitas nulidades, que infelicitam a justiça, sob o rótulo de defendê-la; e

- na medida em que o número de processos for compatível com a atividade pessoal do juiz, na hora que o juiz tiver pessoalmente o domínio completo do processo, que será marcado pela simplicidade e pela eficácia, estaremos assegurando celeridade processual com segurança jurídica.

Atualmente são instrumentos, dentre outros, já utilizados para alcançar a celeridade processual:

- a instalação de mais varas, informatização crescente, desburocratização;
- a instalação de varas especializadas (como as agrárias, as de execução fiscal);
- a transmissão de petições por fax (Lei n. 9.800/99);
- os Juizados Especiais;
- procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho;
- as comissões de conciliação prévia;
- o peticionamento eletrônico;
- Prioridade processual às pessoas com idade igual ou superior à 65 (sessenta e cinco) anos;
- dispositivos processuais que conferem maior agilidade ao processo, como o art. 273, art. 557 §1º e o parágrafo único do art. 46, todos do CPC;
- a edição de súmulas vinculantes (introduzido pela EC 45);
- a criação de um fundo de execuções trabalhistas (introduzido pela EC 45);

O processo sistemático de identificação, criação, renovação e aplicação dos conhecimentos na organização judiciária, de forma geral, satisfaz tanto os servidores quanto as partes processuais.

Os grandes avanços tecnológicos permitiram a produção de uma enorme quantidade de informações, inclusive no Poder Judiciário, e estas informações apenas terão utilidade se corretamente trabalhadas, organizadas e distribuídas de forma clara e objetiva. Daí a importância de gerenciar adequadamente as informações, para que estas sejam utilizadas para o bem das atividades da instituição e da organização judiciária.

Referências

- ALVARENGA NETO, R. C. D. de. **Gestão da informação e do conhecimento nas organizações: análise de casos relatados em organizações públicas e privadas**. Mestrado em Ciência da Informação - PPGCI, Escola de Ciência da Informação da UFMG, Belo Horizonte, 2002 (sem publicação).
- _____. **Gestão do conhecimento em organizações: proposta de mapeamento conceitual integrativo**. Doutorado em Ciência da Informação - PPGCI, Escola de Ciência da Informação da UFMG, Belo Horizonte, 2005 (sem publicação).
- CAMPOS, Anna Maria. Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português? *In: Revista da Administração Pública*. Rio de Janeiro: FGV, v. 24, n. 2, fev/abr. 1990.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura**, volume 1. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - Projeto "Justiça em Números". Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7731&Itemid=944. Acesso em 26 de agosto de 2014.

- DRUCKER, Peter. **Desafios gerenciais para o século XXI**. São Paulo: Pioneira, 1999.
- JOIA, Luiz Antônio. **Governo eletrônico e capital intelectual nas organizações públicas**. Revista de Administração Pública. vol. 43. nº 6. Rio de Janeiro. Nov./Dec. 2009. DOI: 10.1590/S0034-76122009000600008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000600008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 05 de outubro de 2014.
- MATTOS, Rafael Guilhon; FARIA, Ana Maria Rocha, OLIVEIRA, Sandra Regina dos Anjos. **Organizações que aprendem: a influência das novas tendências de gestão no Brasil**, 2007. Disponível em: <http://www.uff.br/sta/textos/sa001.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2014.
- RODRIGUEZ, M. **Gestão empresarial: organizações que aprendem**. Rio de Janeiro: Qualitymark. Petrobrás, 2002.
- SANTOS, Antônio Raimundo, PACHECO, Fernando Flávio, PEREIRA, Heitor José e BASTOS JUNIOR, Paulo. **Gestão de conhecimento como modelo**. 2006. Disponível em: http://www1.serpro.gov.br/publicacoes/gco_site/m_capitulo01.htm. Acesso em 15 de outubro de 2014.
- VIANNA, W. B.; CUNHA, C. J. C. A.; RE, C. A. T. de; LIMBERGER, S. J. **A liderança em tecnologia da informação (TI): aproximações ao paradigma transformacional**. In: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA Anais de Congresso. Resende: Associação Educacional Dom Bosco, 2007.
- _____. **A importância da liderança globalmente responsável através da produção mais limpa: contribuição para desenvolvimento sustentável**. In: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA. Anais de Congresso. Resende: Associação Educacional Dom Bosco, 2007.
- TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. DIRETORIA GERAL DE GESTÃO DO CONHECIMENTO - DGCON. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2014.
- VON KROGH, G., ICHIJO, K., NONAKA, I. **Facilitando a criação de conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

Positivismo e Filosofia Hermenêutica: uma leitura do papel dos princípios constitucionais no direito

Positivism and Philosophy Hermeneutics: an understanding of the constitutional principles role in law

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 3/10/2015

Oswaldo Pereira de Lima Junior

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena. Professor Assistente II de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Resumo

A maneira equivocada e superficial pela qual as teses positivistas foram recepcionadas no direito brasileiro é o argumento inicial deste artigo. As principais teses que formaram o positivismo, tais como o legalismo, o historicismo e a pandectística, são analisadas com a finalidade de desvelar seus significados perdidos e, comparativamente, clarificar qual é o sentido que os princípios de direito possuem em cada uma delas. Segue-se a explicação a respeito das diferenças conceituais e de importância para cada corrente positivista dos princípios gerais do direito e dos princípios jurídico-epistemológicos. A natureza pragmática/problemática dos princípios constitucionais é, então, perscrutada em face da filosofia hermenêutica (Heidegger) para demonstrar que estes apontam para um significado diferente dos princípios positivistas (Streck). Reentrem para a reinserção do mundo prático no direito e são ferramentas importantes para a preservação da tradição democrática constitucional e da integridade do direito (Dworkin).

Palavras-chave

Princípios Constitucionais; Filosofia Hermenêutica; Positivismo.

Abstract

The mistaken and superficial manner in which positivist's theses were received by Brazilian law is the initial argument of this article. The main thesis that formed positivism such as, legalism, historicism and pandect, are analyzed in order to unveil its lost meanings and in parallel, bring light to what the principles of law have in each of them. It follows the explanation of the conceptual differences and importance for each positivist current of the general principles of law and epistemological legal principles. The pragmatic nature and issues of the constitutional principles is peered on the face of hermeneutical philosophy to demonstrate that these point to a different meaning from the positivist principles. They refer to the resettlement of the practical world in the law and are important tools for the preservation of the democratic tradition and law's integrity.

Keywords

Constitutional Principles, Philosophy Hermeneutics; Positivism.

Sumário

Introdução. 1. Princípios de direito e positivismo. 1.1 O positivismo jurídico. 1.1.1 Do legalismo (positivismo exegético) e os princípios gerais do direito. 1.1.2 A

escola histórica alemã, a pandectística e os princípios jurídico-epistemológicos. 2. Positivismo normativista kelseniano e a principiologia. 2.1 O direito e a ciência do direito. 2.2 As dificuldades do projeto kelseniano: a arbitrariedade judicial e o modelo interpretativo epistemológico. 2.3 A superação da matriz principiológica positivista: a tese da descontinuidade. 3. Hermenêutica, *panprincipiologismo* e superação do racionalismo positivista. 3.1 Breve desenvolvimento histórico da hermenêutica. 3.1.1 Heidegger e a virada ontológica. 3.2 A filosofia hermenêutica e a superação da filosofia da consciência. 3.2.1 A “baixa constitucionalidade” brasileira. 3.3 O *panprincipiologismo*. 3.4 Princípios constitucionais e seu poder instituidor das regras. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

O retrato das bases do direito nunca foi tão importante e, ao mesmo tempo, tão prejudicado pela cultura “manualista”¹ que vem se espalhando entre estudantes, aspirantes a concursos públicos e profissionais da área jurídica. O acesso ao “mundo jurídico” está permeado de palavras e expressões que, extraídas sem grandes preocupações reflexivas de obras do passado, perderam muito de seu sentido original e se tornaram espectros de seu verdadeiro significado. São avantesmas de sentido, verdadeiras corruptelas daquilo que originalmente um dia significaram. Assim ocorre com palavras como “positivismo”, “princípios”, “neoconsti-

tucionalismo” e outras tantas que povoam o cotidiano dos “operadores do direito” e que, longe de clarificar, servem mais para obnubilar o pensamento dos juristas brasileiros.

Essa mesma tendência desvanecedora se assiste no caso dos *princípios de direito*. Qual é o significado dessa expressão? Qual é a tradição jurídica que ela representa? Quais foram os autores que primeiramente utilizaram-na? Em qual contexto histórico? Com qual(is) sentido(s) original(is)? Isso é importante para a interpretação do direito no século XXI?

Este artigo centra-se exatamente na tentativa de analisar as respostas que a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica legaram ao estudo dos princípios constitucionais, sua relação com a principiologia jurídica positivista e, também, os problemas do positivismo (discricionariedade), a questão da divisão entre questão de fato e questão de direito, a contribuição de Dworkin e Streck para o tema, dentre outros assuntos.

O primeiro capítulo tem por mote estabelecer as relações que os princípios de direito travam com algumas das principais escolas de pensamento jurídico positivista. Começa-se tratando das particularidades existentes entre o positivismo jurídico e sua matriz ideológica, o positivismo filosófico, para, logo em seguida, fundamentar-se as congruências entre o positivismo exegetico e o modelo de princípios gerais do direito. Ato contínuo, os afluxos doutrinários advindos do movimento histórico alemão são observados em face da construção da jurisprudência dos conceitos. Passasse, então, a tecer notas sobre as tramas havidas entre

o conceitualismo típico da pandectística e a criação de um novo significado aos princípios jurídicos: os chamados princípios jurídico-epistemológicos.

O capítulo dois adentra em versão mais recente e comum (no Brasil, principalmente) do positivismo jurídico: o modelo normativista kelseniano. Analisa-se o projeto jurídico-epistemológico de Kelsen, a separação entre ciência do direito e direito, entre proposição jurídica e norma, entre validade e legitimidade, entre moral e direito, entre ciência e aplicação do direito, dentre outras particularidades de sua teoria, bem como a reconhecida dificuldade que enfrenta ao deparar-se com as aporias do momento de aplicação do direito e o surgimento da discricionariedade judicial. Neste momento inicia-se o desvelamento da necessidade de superação do sentido epistemológico que fundamenta a natureza jurídica dos princípios de direito positivistas e tem partida a análise da ontologia do sentido do ser e da tese de descontinuidade entre os modelos positivistas e a principiologia constitucional decorrente do Novo Constitucionalismo (Streck).

Finalmente, o terceiro e último capítulo imiscui-se no trato da filosofia hermenêutica heideggeriana, no problema atual do *panprincipiologismo* e na suplantação do arquétipo clássico e moderno de interpretação, calcado na modelagem sujeito-objeto dominante de Aristóteles a Kant. Para isso, primeiro, há de se esboçar breve exposição histórica do desenvolvimento da hermenêutica, passando por nomes como Schleiermacher e Dilthey, para, ao fim, destacar-se a virada ontológica operada por Heidegger e seguida por Gadamer.

A partir deste momento, trata-se da superação, pela filosofia hermenêutica, do paradigma filosófico da consciência, a questão da não assimilação da proposta heideggeriana no Brasil, o fenômeno da “baixa constitucionalidade” brasileira e o panprincipiologismo como fruto desse aporte sincrético e superficial das teorias positivistas dos séculos XIX e XX.

Finaliza-se a discussão tratando da natureza ontológica dos princípios e sua relação lógica com as regras jurídicas, trazendo à baila a distinção feita por Dworkin entre ambos os conceitos e a colocação precisa de Streck sobre a função importante dos princípios na concretização das promessas da modernidade, promessas estas incrustadas na própria Constituição Federal.

1. Princípios de direito e positivismo

A primeira providência a se tomar é a separação entre dois conceitos muito dessemelhantes, mas que são frequentemente confundidos: as noções de princípios gerais de direito e de princípios jurídico-epistemológicos.

Os *princípios de direito* brotaram em um contexto muito conhecido que é o advento do *positivismo filosófico* na ciência do direito. A palavra “positivismo” é muito conhecida no meio profissional e acadêmico do direito e, no mais das vezes, suscita resposta rápida e firme do interlocutor: *é o sistema que tudo remete à lei, no qual a doutrina e a jurisprudência não são mais que*

meros escravos da interpretação literal da norma. Mas estará esse *preconceito* totalmente conforme a multiformidade de sentidos que o positivismo, enquanto argumento filosófico, comporta?

O positivismo filosófico representa uma escola de pensamento muito vasta e com imbricações em vários ramos da ciência, de modo que é muito difícil simplificá-lo em um conceito². Mas é possível descrevê-lo, genericamente, como um método de conhecimento que procura superar as interpretações da realidade feitas por intermédio da teologia e da filosofia – ambas absolutas e perscrutadoras de realidades inatingíveis ao ser humano – em favor de uma interpretação científica (ou positiva) dos eventos importantes à espécie humana que, por manifestarem-se fenomenologicamente, podem ser objeto de apreensão intelectual através de leis que expressem relação de causa e efeito com a realidade apreensível.

Já o *positivismo jurídico* remete-se a uma forma de pensar o direito que tenta romper com o seu passado de fontes multiformes a fim de empreender uma construção nova, calcada em modelo científico e matematicamente axiomatizado de ordenamento jurídico. Destaca-se que, em comparação ao positivismo filosófico, o positivismo jurídico assume contornos singulares e, como salienta Bobbio³, normalmente está mais relacionado ao seu notório antagonismo ao direito natural do que a qualquer outra coisa. Mas, como igualmente procura criar um ambiente científico para o desenvolvimento da ciência do direito, afastando-a de fenômenos externos como a moral e a religião (o que o faz distan-

ciar-se da filosofia e se aproximar de métodos matemáticos de contemplação do fenômeno jurídico), é igualmente correto dizer que apela aos mesmos argumentos usados pelo positivismo filosófico, daí sua derivação e parentesco.

É no seio do positivismo jurídico que se verá, portanto, nascer e se desenvolver os conceitos de *princípios gerais de direito* e *princípios jurídico-epistemológicos*.

1.1 O positivismo jurídico

O positivismo jurídico não descreve uma única teoria a respeito do direito, ao contrário, assume múltiplas facetas conforme o espaço, o tempo e a tradição na qual se desenvolve. Não se resume, portanto, somente na escola de pensamento que reduz o direito ao texto da lei, o *legalismo* ou *positivismo exegético*, como é corriqueiro se pensar. As fontes comuns do positivismo jurídico estão radicadas nas ideias jurracionistas que motivaram as revoluções do final do séc. XVIII e se centravam na admissão de uma teoria jurídica onde a legislação deveria conter as ideias universalizantes sobrevividas do próprio direito natural racionalista. Características comuns às ideias que fundamentaram o seu nascimento são a intenção de completude do ordenamento e a organização sistemática da ciência jurídica.

O positivismo jurídico variou seu conteúdo e forma conforme o lugar em que se propagou e conforme a maneira em que o direito natural, plasmado no direi-

to romano, penetrou nos direitos costumeiros de cada Estado. Assumiu diferentes contornos na a) Inglaterra, onde, em razão da continuidade do direito costumeiro nacional, o direito romano fora absorvido em escala inferior gerando um sistema positivo no qual grande relevância é conferida ao direito vivificado na decisão judicial; b) na Alemanha, onde a ausência de revoluções políticas rupturais levou à incorporação gradativa e maior do direito romano ao direito nacional que, por sua vez, passou a ser haurido da interpretação erudita doutrinária (*professorenrecht*) criando um sistema positivo baseado na interpretação histórica e nos conceitos de direito; ou ainda em c) França, cuja ruptura revolucionária ocasionara grande desconfiança no julgamento judicial e no hermetismo do direito doutrinário (características do *ancien régime*), levando à primazia da lei e, conseqüentemente, da interpretação exegética com base exclusiva no texto⁴.

1.1.1 Do legalismo (positivismo exegético) e os princípios gerais de direito

O legalismo, ou positivismo exegético, surge no contexto pós-revolucionário francês e tem sua magna obra na codificação napoleônica, mais precisamente, no Código Civil francês de 1803. Trata-se de obra paradoxal, pois, embora compilada por quatro juristas formados sob a égide do *ancien régime* (Fr. Tronchet, J. Portalis, F. Bigot-Préameneu e J. de Maleville) e mesmo tendo por fonte primeira o direito consuetudinário francês, sob forte influência da “razão natural”, em

projeto tipicamente jusracionalista, tinha a função de romper com o passado⁵. Deve-se destacar, contudo, que suas bases iluministas e conservadoras foram permeadas de razões revolucionárias que pretendiam torná-lo algo novo, diferente do direito que figurava no antigo regime.

E isso foi conseguido através do rompimento com o caráter ocluso e incerto das antigas instituições de direito fazendo com que a nova ordem jurídica reflita um direito mais claro, abrangente e feito de modo a que todos o compreendam. A interpretação fora, portanto, o ponto fulcral que os organizadores do *Code* decidiram combater, buscando na intenção do legislador, plasmada na lei clara, inteligível e acessível à fácil interpretação, o elemento-chave desse positivismo exegético que se soerguia. A interpretação que foge aos elementos sintáticos do texto é considerada um excesso que tem por fim obscurecer a vontade geral expressa na lei e, mais, visa a subverter a tripartição de poderes ao tentar *per se* modificar o texto estabelecido pelo parlamento. O texto codificado deve ser claro (*in claris cessat interpretatio*), universal e pretensamente totalizante de todas as hipóteses juridicamente apreciáveis.

O *Code* devia ser concebido em primeiro lugar, e sobretudo, como um texto de direito positivo, e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado; os termos do estatuto não deviam ser obscurecidos por teorias e considerações. Esse ponto de vista está de acordo com a noção de primazia absoluta do estatuto como fonte de direito. A

interpretação doutrinária, a jurisprudência (em que o juiz é reduzido a um papel passivo como a voz do estatuto) e o costume encontram-se subordinados à autoridade do estatuto. [...] O *Code Civil*, no entanto, rejeita qualquer empréstimo do direito natural; de agora em diante, a ordem instituída era o *Code*, e qualquer referência ao direito natural, fonte perpétua de inspiração para os que se opunham ao *status quo*, estava fora de questão. Para os adeptos do novo *Code*, o papel do direito natural tinha acabado⁶.

Nesta óptica, os princípios gerais de direito são criações próprias do sistema positivo que têm por função apenas integrar o direito, de modo a proteger sua lógica e unidade internas. Não vivem fora da lei propriamente dita, ao contrário, dela são derivados e são apresentados como meios para colmatar as lacunas do sistema e, *paripassu*, dirimir suas eventuais incongruências. Se o ordenamento jurídico “é um sistema, tem de ser travejado e percorrido por princípios ou orientações fundamentais, de que resulta justamente a sua unidade”⁷.

1.1.2 A escola histórica alemã, a pandectística e os princípios jurídico-epistemológicos

Mas o hermetismo exegético que tomou conta do direito codificado, cada vez mais impediendo o avanço da ciência jurídica e mais dependente de soluções artificiais escravizadoras da doutrina e da jurisprudência,

propiciou manifesta sensação de decadência do direito, visto como uma obra imposta pelo Estado autoritário, destituída de motilidade interna e de força externa. O direito petrificara-se e demonstrava que não conseguia acompanhar as mudanças sociais e históricas que exigiam da ciência jurídica maior dinamismo e acuidade⁸.

Na Alemanha, a nova perspectiva intelectual instaurada pela crítica à razão iluminista, decisivamente imposta por Kant no campo da Ética e, especialmente, na ciência do direito, impôs o desenvolvimento de uma ciência jurídica desgarrada da abstração dogmática jusracionalista e direcionada à liberdade da vontade ética individual. O pensamento kantiano condicionara o direito ao imperativo categórico e à coercibilidade do Estado, tudo com foco na maior liberdade individual compatível com a liberdade dos demais sujeitos de direitos⁹.

É Nesse panorama que se desenvolve a *Escola Histórica* alemã, caracterizada por preordenar a renovação no direito e na ciência do direito positivo através de uma perspectiva histórica. A ciência jurídica não se desenvolve mais a partir de abstrações, aprisionada num manto legislativo imposto pelo Estado. Ao contrário, encontra-se viva nas relações do direito atual com as instituições culturais populares, remetendo-se a conjuntura que não se resume à história passada, inerte, mas que se dinamiza, renova-se e evolui constantemente conforme aquilo que se denomina *volksgeist* (espírito do povo)¹⁰.

A escola histórica produziu, assim, o solo fértil para que se desenvolvesse outro projeto de direito com

matizes formais e neutras, desvinculado de pretensões morais, políticas e econômicas que possam introduzir na ciência caracteres inerentes à justiça material de seus resultados¹¹. Um direito construído por indução da realidade que se manifestaria e se tornaria ciência através da sistematização ou, em outras palavras, do desenvolvimento da organicidade daqueles que são os seus elementos nucleares, os conceitos extraídos da norma (lei) e, muitas vezes, expressos por meio de princípios. Assim surge a pandectística, ou jurisprudência dos conceitos, alemã¹².

Os conceitos dizem o que é a norma e estão reconditos nas inúmeras leis que mais obscurecem do que esclarecem o sentido conceptual do direito. Para a pandectística, a partir das leis haveria de ser extraído o *conceito*, operação apenas plausível de ser concretizada por intermédio do espírito elevado dos eruditos, mestres do direito (*professorenrecht*), os únicos capazes de vislumbrar a organicidade e unidade do sistema jurídico, reacendendo-se a importância da interpretação doutrinal¹³.

No positivismo conceitualista, os princípios deixam de significar exclusivamente um instrumento de solução das lacunas do sistema para servirem também¹⁴ de ferramenta ao conhecimento de certo projeto de direito cientificamente construído ou, ainda, para montar as bases de conhecimento dos diversos ramos (disciplinas) que compõem o direito. Destarte, do mesmo modo que o positivismo jurídico já não é mais o mesmo, também a principiologia que o envolve sofre mutações e apresenta, agora, características novas, diversas daquelas vistas nos princípios gerais de direito

do legalismo (que, muito embora, continuariam sendo utilizados¹⁵). Tais princípios são dados de antemão e servem como paradigma epistemológico para aqueles que desejam conhecer determinada teoria do direito, ou dada disciplina que compõe tal teoria, e, por isso, recebem o nome de *princípios jurídico-epistemológicos*¹⁶.

O próprio Savigny, embora partidário da escola histórica do direito e não um membro da pandectística, em obra que depõe contra o movimento codificador na Alemanha, relata a relevância conceptual e científica dos princípios e, ao mesmo tempo, prepara o terreno para a construção de um sistema jurídico apoiado na “*genealogia dos conceitos*” (Puchta)¹⁷, ao afirmar que:

No que se refere aos códigos, eles mesmos estão enquadrados em princípios científicos, e somente podem ser seguramente examinados, purificados e aperfeiçoados desta forma. O mero conselho de profissionais que, pela natureza de sua vocação e pela multiplicidade de seus deveres, são obrigados a limitar sua relação ativa com a ciência ou teoria do direito, não é suficiente para tal finalidade. O exame constante do código em razão da atenção dada pelos tribunais a sua aplicação é, sem dúvida, importante, mas não o suficiente; muitos defeitos provavelmente serão descobertos por esse modo de proceder, mas o método em si é casual, e assim muitos defeitos podem não ser detectados por ele. A teoria não se coloca completamente na mesma relação que a prática, como uma soma aritmética pode provar¹⁸.

Bastante elucidativa e interessante é a afirmação, colocada ao final da referência, de que teoria e prática divergem quanto ao modo como se dão e são interpretadas pelo ser humano, fato que, mais tarde, terá suma importância para distinguir o foco do princípio de direito na versão positivista moderna – abstrato e conceptual – do desígnio do princípio constitucional contemporâneo – prático e problemático¹⁹. Convém afirmar que tal compreensão de princípio ainda é hoje muito comum e difundida na obra dos juristas brasileiros, mesmo quando tratam de princípios constitucionais, cuja estrutura, como adiante se vislumbrará, foge da raiz positivista-racionalista ora estudada, segue exemplo:

Compreende-se, outrossim, que a afirmação dos vários cânones que compõem o regime administrativo estabelece ditames genéricos para o entendimento e interpretação do Direito Administrativo. [...] Estes princípios genéricos são o “Direito Comum do Direito Administrativo”, admitindo apenas, como foi frisado retro, certas refrações e particularidades ao encontrarem, *in concreto*, cada um dos institutos, em suas conformações peculiares especificamente ditadas pelos fins a que tendem²⁰.

A respeito da jurisprudência dos conceitos destaca-se, de resto, que, ao lado dos dogmas da subsunção do fato ao direito²¹ e da interpretação objetivista²², dela se extrai, ainda, o paradigma da *plenitude lógica do or-*

*denamento jurídico*²³ ideia que, adianta-se, representa o mote central dos problemas interpretativos que envolvem as noções díspares de princípios gerais de direito, princípios jurídico-epistemológicos e princípios constitucionais.

Finalmente, fica assentado que a palavra “princípio” possui significados múltiplos para a ciência do direito, todos eles constituídos durante as primeiras fundamentações do positivismo jurídico e que, por isso, refletem muito do caráter filosófico jusracionalista e subjetivista que está por detrás de sua matriz filosófica. Ocupam-se, em resumo, muito mais de seu significado abstrato-sistemático do que das interferências que a vida, ou o momento prático, produz no direito, razão pela qual não estão aptos a servir de instrumentos para a reinserção do mundo prático no direito.

2. Positivismo normativista kelseniano e principiologia

A modernidade, expressa desde o *cogito ergo sum* cartesiano à crítica da razão pura kantiana, teve o mérito de deslocar o pensamento humano da busca exterior à essência das coisas (ou da adequação da razão a uma realidade externa – *adaequatio intellectus rei*) para o saber proclamado científico, calcado na adequação interna e racional da realidade externa (*adaequatio rei intellectus*), amparado pela organicidade e pela “coerência interna das categorias do sistema de saber”²⁴. A forma de pensar e interpretar o direito deslocara-se, na

modernidade, do objeto para o sujeito pensante que, em seu raciocínio puro e ideal, deveria ser capaz de entabular a sistematicidade do direito, seus conceitos, suas fontes e a maneira de interpretá-lo.

Ficou assentado que os princípios de direito estudados (princípios gerais do direito e princípios jurídico-epistemológicos) tiveram a função bastante peculiar de servir como ferramenta interpretativa à ciência jurídica, seja na qualidade de instrumento interno de colmatação das lacunas do próprio sistema (princípios gerais do direito), seja como modelo de instrução investigativa das estruturas do saber de uma disciplina ou de um projeto epistemológico jurídico autônomo. Outra importante constatação é que ambas as manifestações de sentido (do princípio de direito) anunciam o espírito racionalista que as inspiraram, ou seja, no projeto moderno, os princípios são formas de conhecimento anteriores ao objeto com o qual se relacionam²⁵. Reportam seus esforços à plenitude orgânica do sistema e ao método axiomático²⁶, do qual se servem para forjar o significado do *que é de direito*.

2.1 O direito e a ciência do direito

Chega-se, pois, ao momento de referir mais uma teoria positivista, desenvolvida a partir do séc. XX, que possui inegável importância ao descortinar da significação dos princípios: o positivismo normativista de Kelsen. Na esteira de outras escolas normativistas, centralizado no poder conformador do direito pela norma, como ocorre também na jurisprudência dos concei-

tos²⁷, o positivismo kelseniano atrai singular relevância devido à grande influência que exerceu (e ainda exerce) no pensamento dos juristas brasileiros e por apostar num modo problemático de resolver a tensão entre fato e (ciência do) direito.

Para Kelsen, direito e ciência do direito são coisas distintas ou, em outras palavras, a *ciência do direito* não pode ser confundida com o *direito*. Isso porque o direito é formado pela vontade legislativa e representa os afluxos materiais, justos ou injustos, da ciência política. Já a ciência jurídica, como busca o *direito puro*, deve ser composta de modo neutro a quaisquer flutuações morais e/ou políticas, formando-se uma teoria vinculada à norma, livre, portanto, de qualquer outra questão que não pertença a esse seu particular objeto²⁸; por isso, não cabe à ciência jurídica dizer o que é ou não é justo, mas, sim, estudar o conteúdo formal do direito enquanto ciência.

Kelsen mostra-se descrente acerca da possibilidade de existência de uma moral absoluta e universal. Seu pessimismo²⁹ o constrange a uma postura separatista entre a moral, para ele sempre relativa, e o direito, com possibilidades de se tornar autônomo e universal, desde que tratado sistematicamente e cientificamente³⁰. A inserção de critérios morais no direito é, então, considerada um percalço intransponível para se erigir uma teoria que possa tratar da autonomia do direito enquanto ciência: sua solução é separar a moral do direito.

Atente-se, portanto, ao fato de que, ao afastar de seu conteúdo a moral, o projeto jurídico-epistemológico kelseniano não arquiteta exclusivamente uma dou-

trina da ciência positiva do direito, mas também uma teoria da interpretação³¹ através da elaboração de um método seguro para o intérprete antever as consequências lógicas da demanda. Kelsen procura desenvolver um modo de prospecção dos resultados que determinada conduta acarretará em face de determinada proposição normativa.

Assim, enquanto o *discurso do direito* cria uma relação de causalidade coercitiva entre normas jurídicas, causalidade essa advinda da autoridade política instituidora do direito, o *discurso da ciência do direito* desenvolve um argumento de conhecimento sobre o direito legislado por meio de *proposições* normativas direcionadas à *validade* da norma jurídica segundo o critério de imputação³². Também a interpretação sofre essa separação dicotômica: “A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua ‘aplicação’, *normas*. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz *proposições*”³³ (grifos originais).

O critério de imputação solidifica, por conseguinte, o edifício jurídico kelseniano sobre as bases hermenêuticas e epistemológicas da validade normativa em relação a uma norma hipotética fundamental que, longe da moral, possui segurança para prever tanto as consequências como as causas de um ato juridicamente relevante.

Assim, a pluralidade de normas gerais e individuais criadas pelas diferentes autoridades jurídicas se convertem em um sistema unitário (em

razão da norma fundamental) e coerente (produto das proposições dos juristas), permitindo tanto prognoses (conhecimento antecipado) quanto pós-gnoses (hipóteses quanto às ocorrências prováveis pretéritas)³⁴.

2.2 As dificuldades do projeto kelseniano: a arbitrariedade judicial e o modelo interpretativo epistemológico

Mas o edifício positivista de Kelsen não é perfeito! A necessidade de apartamento entre direito e moral levou-o a duas importantes aporias que, de resto, estão presentes em qualquer sistema positivista: a) a arbitrariedade das decisões judiciais, fruto do paradigma da subjetividade; e b) a interpretação como ciência epistemológica atrelada ao esquema sujeito-objeto, dominante do período clássico à modernidade, alheia, consequentemente, ao *linguistic turn* havido no início do século XX³⁵.

Antes de tudo, é importante compreender que Kelsen supera os sistemas positivistas exegéticos, sejam eles quais forem (a conhecida corrente legalista francesa, apoiada na exegese da lei; ou a vinculada ao direito comum utilitarista, do positivismo anglo-saxão; ou, ainda, o positivismo formalista-conceitual, florescente na Alemanha a partir da Jurisprudência dos Conceitos). Seu modelo de interpretação do direito foge do espaço sintático para, com maior sofisticação, prender-se ao sentido semântico do texto normativo. No lugar de leis que deveriam ser interpretadas de modo estrito,

atentando-se apenas ao seu sentido literal, Kelsen reconhece que a norma, extraída do texto legal, pode conter mais que um significado verbal e que compete ao julgador, por ato de *vontade*, decidir sobre qual o significado é o mais acertado ao caso concreto (a chamada norma jurídica individual).

A norma jurídica geral positiva não pode prever (e predeterminar) todos aqueles elementos que só aparecem através das particularidades do caso concreto. [...] No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica individual é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual³⁶.

Todavia, embora suplante as chamadas correntes *paleojuspositivistas*³⁷, é certo que as substitui por um mal muito maior: o paradigma da consciência – fruto da liberdade do ato de vontade do órgão julgador, nascedouro do decisionismo, dos ativismos judiciais e, das decisões solipsistas: em uma palavra, da arbitrariedade judicial³⁸.

Isso se dá porque, em sua noção de “moldura da norma”, a ser preenchida segundo a livre vontade do julgador sempre que o processo subsuntivo com o caso concreto falhar, Kelsen acaba por fiar todo o seu proje-

to positivista à vontade do sujeito, isto é, acolhe o modelo racionalista no qual o sujeito estabelece, através de sua própria razão pessoal, o conteúdo significativo daquilo que há de ser interpretado.

O sentido de “pureza” que a ciência do direito deve encerrar para Kelsen o faz desvinculá-la de quaisquer influências materiais externas, fazendo-o voltar sua atenção ao próprio sistema jurídico em si, genérica e formalmente considerado, independentemente de outras causas que não estejam compreendidas em seu objeto³⁹. Isso o força a priorizar, em seu projeto epistemológico, tão-só a ciência do direito e a construção das proposições jurídicas dela decorrentes, deixando ao alvedrio da discricionariedade judicial os efeitos do direito em si, aquele que é aplicado e que contém em seu bojo a questão da vontade (de conhecer e aplicar o direito) e da sujeição a esse direito (obedecer aos comandos jurídicos), nuanças estas que estariam ligadas à moral e à política, afinal de contas, “uma coisa é ‘conhecer’ as normas (tarefa da ciência jurídica) [...]; outra, ‘ter’ que obedecê-las (questão política e moral)”⁴⁰.

Kelsen considera, em resumo, que a *interpretação da ciência jurídica* advém de um *ato de conhecimento* e, assim, deve preocupar-se em ocupar seu espaço científico, qual seja, a descrição das normas de modo abstrato e objetivo através de *proposições*; já a *interpretação do direito* deriva de um *ato de vontade* e, logo, está eivada de elementos externos relativistas – tais como a moral ou a justiça –, donde o intérprete poderá sempre ter a liberdade de melhor adequar sua *vontade* a esse espaço relativo de acomodação externa⁴¹. *Nisto o pro-*

blema semântico, instaurado quando da confrontação da norma com o caso concreto, faz surgir o leviatã do positivismo normativista: a capitulação do direito democraticamente constituído em favor dos subjetivismos de seu intérprete-aplicador.

Diante de uma lacuna no ordenamento jurídico a interpretação da ciência do direito é inerte, não pode criar direito novo, uma vez que apenas se limita a estabelecer a “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”⁴². No entanto, o órgão aplicador possui, nesse caso, poderes totais de legislador e, para Kelsen, pode e deve criar novo direito.

A ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito. A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O **preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora do direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo** e esta função não é realidade pela via da interpretação do Direito vigente (grifamos)⁴³.

O direito aplicado torna-se refém do paradigma da vontade e, de mais a mais, a autonomia do direito sofre incontestável abalo por não disponibilizar um instrumento apto a controlar essa onipotência do órgão julgador.

2.3 A superação da matriz principiológica positivista: a tese da descontinuidade

Mas qual seria o papel dos princípios de direito nesse contexto positivista? Ao longo de sua obra mais famosa, “Teoria Pura do Direito”, Kelsen faz alusão, em várias passagens, à palavra “princípio”. Excluídos os sentidos que não estão relacionados ao direito, haja vista que se trata de vocábulo polissêmico, os princípios são sempre retratados com o significado jurídico-epistemológico ao qual já se fez menção. Essa característica pode ser notada logo no início da obra quando Kelsen assevera, ao proclamar a necessidade de libertação da ciência jurídica de tudo o que lhe é estranho, ser essa separação o “princípio metodológico fundamental” de sua teoria⁴⁴, esboçando as bases para a formulação do princípio que entrona toda a sua tese doutrinal (o princípio da imputação). Embora trate de outros princípios com a mesma natureza, tais como o princípio retributivo⁴⁵, o princípio da autodefesa⁴⁶, o princípio da divisão do trabalho⁴⁷ etc., é na relação polarizada entre o princípio da causalidade, que rege a inexorabilidade das leis da natureza⁴⁸, e o princípio da imputação⁴⁹, que fundamenta o universo das proposições jurídicas, que se percebe com nitidez a função abstrato-sistemática que os princípios possuem na obra de Kelsen.

Por intermédio do princípio da imputação, descrito antecipadamente com a finalidade de alicerçar a teoria que se desenvolve, Kelsen estabelece descritiva comparação entre os princípios de regem o mundo da natureza e o princípio que deve comandar a normati-

vidade interpessoal própria da sociedade⁵⁰. Pretende demonstrar, através da imputação, que existe um elemento prévio, axiomático, do qual deriva todo o conhecimento científico do direito. Sua função é sistematizar a ciência jurídica dando-lhe contornos orgânicos e coerentes, o que permite ao jurista conhecer aquilo que estuda e confere ao ordenamento jurídico a unidade que lhe é peculiar.

Apreende-se, desta forma, que todo esse instrumental positivista – desde a tese exegética e seus princípios gerais colmatadores de lacunas à tese normativista Kelseniana e seu princípio jurídico-epistemológico fundamental (o princípio da imputação) – tem em comum o fato de estar estribado em pressuposto hermenêutico superado (o esquema sujeito-objeto). Isso conduz o intérprete do nosso tempo a um manancial de ideias que pertencem a um modelo filosófico próprio, de natureza primariamente racionalista. Caso queira ir além e superar os dilemas impostos ao positivismo deverá, pois, atentar à necessidade de suplantar também as concepções de significação que elas carregam consigo.

O pior disso tudo, todavia, é a maneira pela qual essas doutrinas foram assimiladas no imaginário do aplicador do direito brasileiro, com pouca profundidade e olvidando-se o fundo filosófico relevante que está por detrás de palavras aparentemente inofensivas como “positivismo”, “juiz-boca-da-lei”, “livre convencimento” etc. Isso é muito problemático, pois detrás dessa assimilação superficial ocorre um inegável enfraquecimento do direito democraticamente produzido e das instituições sociais que o arregimentam.

Num Estado Democrático de Direito, como o Brasil, há uma caução no direito democraticamente produzido e plasmado na Constituição Federal para que, a partir dele e de sua autonomia, se operem e se regulem as mudanças nas relações jurídico-institucionais e não corra o risco de desvirtuamento do ideal democrático transformador da sociedade em um estado de exceção, pautado na vontade e no poder do sujeito⁵¹. Esse ideal só pode ser conseguido e mantido a contento se houver “uma principiologia ao mesmo tempo apta a ‘proteger’ o direito e a concretizá-lo”⁵², desígnio este que é incapaz de ser consolidado por meio de projetos positivistas que apostam na indeterminabilidade dos sentidos e na falta de importância da hermenêutica.

Os princípios constitucionais devem refletir ferramentas capazes de dar efetividade à Constituição Federal. Precisam, para tanto, afastar-se do conteúdo aberto e indeterminado dos princípios de direito juspositivistas para constituírem-se como poderosos instrumentos de recondução da vontade do aplicador do direito ao direito democraticamente criado, combatendo o solipsismo e a arbitrariedade.

O positivismo jurídico representou, destarte, o perecimento de toda uma filosofia de fundo que compreendia as coisas (e, portanto, as interpretava) com base em sua essência. Contudo, esse compasso filosófico fora substituído por outro que desviava a interpretação do objeto para o próprio sujeito, como se fosse possível uma razão pura, ou mesmo transcendental, que pudesse desconsiderar o homem enquanto *ser-aí* para tê-lo como um ser atemporal, com uma razão imper-

meável às ações do mundo em que se situa. Isto, como explicado, ocasionou uma perigosa vontade onipotente, animada pelas razões intestinais do agente assujeitador dos significados.

A reconstrução democrática que aponta à força normativa dos princípios constitucionais somente será possível a partir do momento em que se compreenda que os sistemas racionalistas são incapazes de fornecer respostas adequadas à própria questão da interpretação ontológica do ser humano. Interpretar é mais do que um método, um instrumento entre sujeito e objeto, é um modo de situar-se no mundo e estruturar-se em um espaço intersubjetivo de interação entre indivíduos que carregam em si uma história, uma tradição, que é responsável por dizer quem e o que ele é.

A teoria jurídica também precisa desenvolver-se e, para isso, não pode continuar ignorando os progressos que a filosofia sofreu a partir do giro linguístico – “Por que o pensar dos juristas seria diferente do pensar do filósofo? Por que o jurista teria um diferente ‘acesso’ à ‘realidade?’”⁵³. Deste modo, ao olhar para trás, o que se vê em matéria de principiologia do direito é um modelo superado e incompatível com o novo paradigma filosófico-hermenêutico, daí que “... *só há sentido se olharmos para eles na perspectiva da tese da descontinuidade*” (grifo original)⁵⁴, colocando os princípios constitucionais em patamar novo e desvinculado dos princípios gerais do direito ou dos princípios jurídico-epistemológicos.

3. Hermenêutica, panprincipiologismo e superação do racionalismo positivista

O positivismo jurídico normativista de Kelsen compartimenta o estudo do direito em dois momentos distintos: a) o teórico, puro e científico, onde se processa a edificação da ciência do direito a partir do problema da *validade* das leis em relação a uma norma fundamental (Constituição); b) o prático, impuro e relativista, saturado de concepções pessoais de moral e justiça, responsável pela criação política das leis e por sua *legitimidade* normativa e, assim, objeto da teoria política e não da ciência jurídica⁵⁵. É a partir desse arquétipo que a questão dos princípios se insere e é a partir dele e de suas deficiências que se deve questionar a maneira como vem sendo tratado dos princípios constitucionais.

A sustentação apropriada dos baldrames positivistas e o esclarecimento do sentido jurídico dos princípios constitucionais são relevantes, como visto, à proteção da autonomia do direito democraticamente encrustado na Constituição Federal, mas não é só. O papel da principiologia é conformar e unificar a relação entre a razão teórica e a prática, separadas por Kelsen, reconciliando-se a moral com o direito e, deste modo, sobrepujando o positivismo e sua visão dualística⁵⁶. Isso sucede a partir da transmutação do argumento subjetivista moderno “*para um contexto intersubjetivo de fundamentação*”⁵⁷ (grifos originais), onde o denominado *giro ontológico* heideggeriano avoca absoluto relevo por permitir a reconciliação entre a prática e a

teoria. Para tanto, há de se discorrer a respeito de nova perspectiva filosófica, agora hermenêutica, sobre a qual se passa a ponderar.

3.1 Breve desenvolvimento histórico da hermenêutica

É comum ligar a palavra *hermenêutica* a Hermes, o mensageiro dos deuses do olimpo, fazendo-se alusão à acepção de desvendamento dos recados divinos que, entretanto, podiam ser verdadeiros ou mentirosos conforme o ladino desejo do semideus. Marginalizar-se-á, contudo, essa concepção, de fundo mitológico, para se forçar em seu sentido técnico.

Enquanto técnica, a hermenêutica tem suas origens nos esforços filológicos e teológicos de interpretação do significado (oculto) dos textos clássicos e bíblicos⁵⁸. Possui, inicialmente, importância incidental e secundária e representa mais um meio de dirimir os significados obscuros do texto, sempre que a compreensão direta falha, do que uma ciência propriamente dita. Ricoeur⁵⁹ vai nos dizer que, nesta fase, a hermenêutica é *regionalizada*, pois permanece presa a determinados “lugares”, tais como a linguagem e o desvelamento das mensagens interlocutórias, e ainda não atingiu a ampliação de conteúdo que levaria a sua generalização.

A chamada “desregionalização” da hermenêutica e sua ascensão à qualidade de teoria geral da interpretação acorrerão somente a partir da obra de Schleiermacher (séc. XVIII/XIX). O teólogo e filósofo alemão manifesta desconfiança acerca da possibilidade de compreensão direta do significado dos entes pelo

homem – suspeita esta advinda da crítica kantiana da razão – e anima a inversão da “relação entre uma teoria do conhecimento e uma teoria do ser; deve-se medir a capacidade do conhecer antes de se enfrentar a natureza do ser”⁶⁰.

O racionalismo crítico da época acarreta um deslocamento da técnica de conhecimento que passa da verdade contida no discurso para o encarceramento da interpretação às estruturas subjetivas do autor interpretado. Ao mesmo tempo, projeta a hermenêutica a fora de seus contextos regionais, expressos pela filologia e pela teologia, universalizando-a como disciplina autêntica da relação entre discurso e significado. Identifica, Schleiermacher, duas faces próprias de qualquer interpretação, o aspecto gramatical e o aspecto técnico ou psicológico: este se refere ao deslindar do pensamento do autor enquanto que aquele introjeta-se na língua e na situação histórica; a interpretação desenvolve-se, portanto, de modo circular revelando as interações entre o particular e o todo⁶¹.

Segue o desenvolvimento da hermenêutica na obra de Dilthey, agora incrustada na perspectiva histórica, na qual o sentido primordial da interpretação é arrastado do sujeito e suas obras para a história universal e sua compreensão. Contudo, Dilthey não se desvincula completamente do paradigma racionalista do sujeito, mas o coloca como ser em perspectiva histórica, característica que o remete ao conceito de *vivência*. Sua posição sobrepõe-se à análise dos fatos externos, alheios à consciência do espírito humano, e do ser humano, transcendental e idealizado, e visa a alcançar a historicidade interna da experiência do sujeito⁶².

Não se trata, pois, de um sujeito histórico transcendental, mas sim de individualidades históricas, que, diante da realidade histórica da vida, apreendem seus nexos a partir de si. Assim, verifica-se o que é peculiar da escola histórica, ou seja, a insistência no ponto de partida da própria experiência e não em uma perspectiva idealista. [...] Assim, o caráter do indivíduo é uma unidade compreensível em si mesma, e que se manifesta através das exteriorizações de sua vida, podendo ser percebido em cada uma delas⁶³.

Dilthey traz à tona a importante percepção hermenêutica de que a compreensão de um discurso passa também por aquele que se exprime através desse mesmo discurso e que, circularmente, ao expressar-se, o sujeito faz uso de sua filosofia da vida, ou seja, de sua vivência, que é fundada pela realidade histórica que interage constantemente com esse sujeito.

A obra de Dilthey, mais ainda que a de Schleiermacher, elucida a aporia central de uma hermenêutica que situa a compreensão do texto sob a lei da compreensão de outrem que nele se exprime. Se o empreendimento permanece psicológico em seu fundo, é porque confere, por visada última, à interpretação, não *aquilo* que diz o texto, mas *aquela* que nele se expressa. Ao mesmo tempo, o objeto da hermenêutica é incessantemente deportado do texto, de seu sentido e de sua referência, para o vivido que nele se exprime⁶⁴.

Esta passagem da técnica “regionalizada” para uma ciência geral da interpretação constitui a primeira grande revolução da hermenêutica. A segunda viria um pouco mais tarde, já no século XX, com Heidegger.

3.1.1 Heidegger e a virada ontológica

Heidegger, em sua obra “Ser e Tempo”, determina a segunda revolução copernicana na hermenêutica, maior e ainda mais importante do que a primeira⁶⁵, uma vez que a revela como edificadora da própria fundamentalidade do pensamento e do agir humanos⁶⁶. A partir de Heidegger transmigra-se da fundamentação epistemológica para a ontológica e de um mero *instrumental metodológico* direcionado ao conhecimento e interpretação do ser para um *saber filosófico ôntico* que, por isso, passa a ter (a ser proprietário) esse próprio ser, na medida em que lhe confere significação.

O sentido do ser, sua compreensão, passa, então, a ser questionado. A lógica racional que, inocentemente, aloca o ser no ente por um parâmetro puro, livre dos fenômenos mundanos que previamente influenciam e determinam o seu próprio reconhecimento de si enquanto ser-no-mundo é colocada dúvida por Heidegger. Onde a epistemologia, centrada na dialética sujeito-objeto, falha, ou seja, no desconhecimento do próprio ser-pensante, Heidegger dá ênfase ao conceito de ser-aí – *Dasein* – no qual “esse *Dasein* não é um sujeito para quem há um objeto, mas um ser no ser. *Dasein* designa o lugar onde a questão do ser surge, o lugar da manifestação. Compete à sua estrutura, como ser, ter uma *pré-compreensão ontológica do ser*”⁶⁷.

Na tarefa de interpretar o sentido do ser, a presença não é apenas o ente a ser interrogado primeiro. É, sobretudo, o ente que, desde sempre, se relaciona e comporta com o que se questiona nessa questão. A questão do ser não é senão a radicalização de uma tendência ontológica essencial, própria da presença, a saber, da compreensão pré-ontológica do ser⁶⁸.

A filosofia hermenêutica rearticula a noção de compreensão e interpretação, destacando que “Na interpretação, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão”⁶⁹.

3.2 A filosofia hermenêutica e a superação da filosofia da consciência

E é partindo do protótipo heideggeriano que Streck destaca a superação filosófica do paradigma solipsista, que compôs o positivismo kelseniano, para uma nova e original matriz de fundamentação, agora intersubjetiva (a pré-compreensão)⁷⁰, no qual a pessoa reconhece a si mesma como *ser historicamente situado*: o conhecimento não antecede e fundamenta o ente, mas o ente se descobre *ser-aí* através do deslocamento de sua esfera cognitiva pura (epistemológica) para uma matriz interior onde a razão prática e a razão teórica inter-relacionam-se entre si de modo circular (cír-

culo hermenêutico)⁷¹. Através dessa interação circular Streck descortina a institucionalização do mundo prático, operada através dos princípios⁷², recuperando o elemento histórico e factual que deve estar presente na coerência entre o direito aplicado e o direito democraticamente instituído.

Fundamentalmente, o contexto preordenador do conhecimento (a pré-compreensão) reintroduz na ciência do direito a questão prática. Tema este que, devido à incapacidade de solucionar, através da pura razão (ideologicamente inocente, decerto que desconsidera que o erigir do ser se dá em contexto pré-racional, onde razão prática e razão teórica já se relacionaram para fundar o *dasein*, histórica e faticamente situado), as aporias sobrevindas das escolhas morais e de justiça existentes quando da aplicação do direito, fora ignorado pelas teorias positivistas.

O direito, enquanto ente, deve buscar o desvelamento de seu “ser”. Isso somente pode ser concretizado fora dos conceitos estáticos e pré-afirmados artificial e idealisticamente pelo racionalismo moderno: o critério de aferição do “ser” do direito está na constante revelação de sentido que se opera sobre si e não na realidade fixa⁷³ advinda de uma teoria epistemológica de fontes ainda refém do esquema sujeito-objeto. Essa superação mostra-se no próprio *acontecer do direito*, fato para o qual a Constituição adquire especial importância por ser ela o *locus* adequado para a manifestação desse “ser” do direito.

Streck adapta o modelo fenomenológico-hermenêutico à matriz teórica de sua Nova Crítica do Direi-

to (NCD), destacando a importância da linguagem, na condição heidegger-gadameriana de ontologia hermenêutica, como critério determinante da compreensão e da hermenêutica⁷⁴.

3.2.1 A “*baixa constitucionalidade*” brasileira

Toda essa revolução operada sobre a teoria hermenêutica deveria ter produzido alguma alteração na interpretação do direito no Brasil. Mas isso parece ter sido olvidado pelos nossos hermeneutas...

Em função daquilo que se denomina *baixa constitucionalidade*⁷⁵, a tradição constitucional brasileira aponta para um enfraquecimento do potencial normativo e transformador da Constituição, infundindo no ideário dos operadores do direito uma série de preconceitos inautênticos que escondem o verdadeiro ser do direito (*um véu sobre o ser autêntico do Direito*⁷⁶). Essa tradição ilegítima reflete o direito do cotidiano, aquele visto no dia a dia do jurista, e que ainda tem em si arraigada aquela epistemologia racional que se manifesta nas várias formas do positivismo jurídico.

A conformidade do direito com a realidade social que o sustenta resulta em um documento escrito, a Constituição, que, ao contrário do que se pensa, deve servir como instrumento conformador, identificador e protetor do Estado Democrático de Direito. O ser do direito passa, portanto, a produzir mudanças na realidade significando, a norma Constitucional, aquilo “*que constitui a sociedade, é dizer, a constituição do país é a sua Constituição*”⁷⁷.

Nesse modelo em que a Constituição abandona seu papel meramente político – ou diretivo – ao legislador para ter força normativa concreta, os princípios de direito exercem função estratégica ao intérprete para elucidar os sentidos constitucionais que a democracia pretende ver consolidados pelo direito. Mas isso é possível através dos vetustos cânones dos princípios gerais de direito e dos princípios jurídico-epistemológicos? Em outras palavras, os princípios constitucionais são meras evoluções daqueles instrumentos positivistas?

A tese da descontinuidade já respondeu negativamente a estes questionamentos. Os princípios constitucionais fogem dos modelos principiológicos decorrentes do positivismo, assentados que estão fora da matriz clássica e moderna de hermenêutica enquanto técnica de interpretação de significado. A compreensão de seu conteúdo normativo se dá no contexto da *applicatio* gadameriana⁷⁸, isto é, aparta-se do parâmetro clássico interpretativo, compartmentado em três momentos distintos – *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi* –, uma vez que sua compreensão se opera na própria interpretação e interpretar é compreender, e aplicar. Tal relação se torna evidente e possível no caso concreto⁷⁹.

3.3 O panprincipiologismo

A não superação do positivismo pelos juristas brasileiros trouxe como consequência a continuidade dos sentidos que subjazem por detrás dos princípios gerais de direito e dos princípios jurídico-epistemo-

lógicos também nos princípios constitucionais. Hoje é possível afirmar que o uso dos princípios no direito está revestido de um toque idealístico e messiânico⁸⁰. Trabalha-se a principiologia como sendo um vetor de um *mundo axiomático*, no qual cada princípio funciona como um instrumento de abertura interpretativa, conforme o *valor* que pretensamente carrega e, o que é pior, conforme a vontade daquele que assujeita e direciona os tais valores.

Nesse terreno fértil, Streck⁸¹ alerta-nos para a ascensão do *panprincipialismo* que se ergue sob a bandeira da continuidade na relação entre os princípios gerais de direito/princípios jurídico-epistemológicos e os atuais princípios constitucionais, negando a superação de significados havidos com a ontologização de sentidos e fertilizando a ideia de que quaisquer princípios podem ser retirados (criados) para a solução (abertura interpretativa) dos “casos difíceis”. A função dos princípios, dentro da tradição democrática constitucional brasileira, é pervertida de um **instrumento de fechamento da interpretação** (direcionado a preservar a autonomia do direito democraticamente produzido) para um *Standard interpretativo*⁸², cuja função única é abrir as portas à interpretação solipsista do intérprete.

A abertura de sentidos propiciada por essa leitura valorativa ocasiona um bom alibi à incursão da vontade pessoal na decisão dos casos em que, aparentemente, a lei é omissa ou duvidosa (os chamados “*hard cases*”). A grande mazela do positivismo, consubstanciada na separação entre razão prática e razão teórica, serve de argumento para que o paradigma da consciên-

cia possa ser usado, através de princípios que são criados *ad hoc*, na solução de demandas que, não raras vezes, subvertem o próprio texto constitucional⁸³.

Esse problema somente pode ser perfeitamente visualizado no momento mais crítico do direito, o momento da decisão. Ao decidir um caso concreto o princípio serviria, então, como uma espécie de “super-regra” para a solução de casos em que a subsunção falha. A discricionariedade serviria, portanto, para dar fundamento ao princípio, decerto que o julgador buscaria em seu paradigma de consciência qual “capa de sentido” mais se adequa àquilo que pretende dizer quando da decisão para, então, aplicá-la sob a forma de um princípio. Esse fruto da vontade do agente pode ser um postulado já existente ou, mesmo, um novo princípio criado exclusivamente para a solução da demanda.

Esse uso equivocado decorre da ilusão epistemológica de que os princípios são criados idealisticamente e, somente depois, aplicados no mundo concreto. Representa a partição entre questão de fato e questão de direito típica da filosofia sujeito-objeto e alheia ao giro linguístico

Portanto. – e isso deve ser bem destacado –, não há, primeiro, uma formação subjetiva de princípios e, depois, sua aplicação compartilhada no mundo da convivência, mas essa formação principiológica é *formada pelo mundo* e, ao mesmo tempo, *forma mundo*, na medida em que pode articular um significado novo que exsurge da interpretação do próprio mundo⁸⁴.

3.4 Princípios constitucionais e seu poder instituidor das regras

Dworkin estabelece a distinção entre as regras e os princípios jurídicos ao afirmar que as primeiras são aplicadas sob o critério do *tudo-ou-nada*⁸⁵ enquanto que os princípios possuem *uma dimensão de peso*⁸⁶. Essa diferença se torna particularmente importante quando se indaga a respeito do conflito entre regras e entre direitos. O primeiro é resolvido através da análise exclusiva, na qual apenas uma regra deve ser aplicada excluindo-se as demais. O segundo solve-se por meio da análise da importância de um determinado princípio sobre o outro.

Mas, como já explanado, é no momento da decisão que tal distinção se faz mais importante. Isso porque a regra aplicável a um caso sob exame não existe antes do próprio caso concreto a que será aplicada. E é nesse momento da aplicação que se faz igualmente o uso de princípios para sustentar e dar sentido a escolha por determinada regra⁸⁷. A força normativa desses princípios está relacionada, ao seu turno, a uma teoria jurídica que reconhece os avanços da hermenêutica filosófica no campo do direito e percebe a dimensão prática que os princípios exercem ao reconduzir a vontade do intérprete ao direito democraticamente instituído.

Os significados não são atribuídos de antemão. E do mesmo modo a interpretação não antecede a compreensão ou a aplicação dos conceitos do conhecimento. É, como visto, no momento exato da aplicação⁸⁸ que a pessoa mostra aquilo que ela é, com toda a sua factici-

dade e vivência, quando, em movimento circular, vaticina os significados através da fusão de horizontes. Por isso também no direito não se pode fundar as respostas corretas apenas num sistema que pretende construir significados teóricos que preexistem às questões a que estão destinados. A fundamentação correta da resposta jurídica ocorre por ocasião da *applicatio*, daí Dworkin afirmar que não há princípio e nem mesmo regra antes do caso a ser decidido.

Dentro desse novo paradigma, ontologizado, o princípio longe está de ser um instrumental de abertura de significado ao sujeito. Possui, sim, tanto um motor normativo quanto uma força interpretativa que reinteriorizam a vontade do intérprete, evitando que os casos sejam decididos conforme a pura vontade do agente, consubstanciada na discricionariedade da qual o positivismo não soube se livrar. Ao considerar-se os princípios ferramentas axiológicas de solução de casos tidos como difíceis estar-se-á, na verdade, admitindo que, às margens da existência de parâmetros jurídicos obrigatórios previamente existentes, a decisão judicial poderia ser escoimada em padrões pessoais de decisão (discricionariedade) aplicados *ex post facto*⁸⁹.

Em outras palavras, os princípios atentariam contra a própria autonomia do direito, pois o deixaria a mercê de toda a sorte de invasões externas, tais como as concepções pessoais de justiça (moral), política, economia etc.. Além disso, não representariam a tradição democrática que os sustentam⁹⁰, uma vez que não são instituídos *a priori* pela Constituição, mas por serem preconcebidos na democracia que funda a Constitui-

ção, devem ser por elas reconhecidos como autênticos (legítimos) e válidos⁹¹. E a “Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico*”⁹², local em que o contrato social fundador da democracia de direito se materializa.

Em razão disso, é correto afirmar que os princípios constitucionais fogem desse esquema teórico epistemológico de antecipação de sentido (teórico) ou de abertura de significação (com base em valores) para serem, na verdade, instrumentos de introspecção do intérprete à interpretação autêntica, conforme o direito democraticamente produzido:

[...] os princípios, longe de serem vistos como cláusulas de abertura ou como um protético fechamento das “lacunas” do sistema, como queria o primeiro positivismo dos princípios gerais do direito, são operados como um prático “fechamento hermenêutico”, isto é, não vinculam nem autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito⁹³.

Os princípios são, em suma, desvelados e aplicados no momento concreto e encerram em si a função de “faticizar” democraticamente as questões teóricas que se apresentam ao jurista quando da tensão entre norma (regra) e caso a ser decidido. São, portanto, instituidores da norma (regra), na medida em que a norma aplicada somente se revela a partir dos princípios (dimensão

prática): “O princípio só se ‘realiza’ a partir de uma regra. Não há princípio sem (alg)uma regra. Por trás de uma regra necessariamente haverá (alg)um princípio”⁹⁴. Sua carga de sentido não é de abertura hermenêutica ou valorativa mas, ao contrário, de fechamento interpretativo e de matiz deontológico, uma vez que é norma e, como tal, precisa refletir “...os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico”⁹⁵.

O prognóstico que pode ser extraído do princípio está, assim, relacionado à autonomia e à integridade do direito, pois representa a possibilidade de incursão do círculo hermenêutico e da fusão de horizontes na ciência jurídica. Isso sempre nos limites de significado que se dá intersubjetivamente na experiência entre ser e mundo, presente e passado, que constitui o *dasein*, responsável por atribuir significado autêntico e íntegro às normas de direito: “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine”⁹⁶.

Conclusão

Após todas as considerações erigidas, tem-se hígido que a principiologia do direito exerce um papel novo e realmente importante no contexto do direito e do *Novo Constitucionalismo* que surge, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988. Os princípios constitucionais evocam para si a proeminente função de ser um dos instrumentais de superação do positivismo.

É errado, portanto, pensar que o positivismo se apresenta como superado em teorias que ainda se mostram presas aos modelos clássico e moderno, tais como se apresentam as teorias argumentativas muito em voga atualmente. Outra revelação de destaque está na necessidade de compreensão adequada das teorias que sustentam o molde positivista ao longo da história e que, superadas ou não, melhores ou piores, ainda podem ser vistas em projetos legislativos ainda vigentes (v.g. o Código Penal brasileiro), ou nas considerações doutrinárias e jurisprudenciais que pululam no dia a dia do jurista.

O modelo positivista apenas poderá ser superado caso a nova teoria saiba identificar e sobrepujar suas bases, que se assentam no seguinte⁹⁷: a) nas fontes sociais do direito; b) na separação entre direito e moral; c) na discricionariedade do juiz frente à obscuridade do texto da lei; d) a criação de uma nova tese jurídica (nova teoria das fontes, da norma e da interpretação do direito) que se mostre, ao menos, consciente a respeito das críticas da filosofia hermenêutica aos modelos tradicionais (clássico e moderno) de fundamentação do conhecimento e da interpretação.

O papel dos princípios constitucionais nessa nova acepção de direito está justamente no rompimento, através da já propalada tese da descontinuidade, que acarretam com a metodologia racionalista do passado. Os princípios, dentro de sua polissemia natural, deixam para trás a função axiomática que exerciam sobre o sistema. Não se prestam mais para servir como abertura de interpretação. Ou como instrumento de adequação

da vontade do intérprete ao sistema jurídico. São, agora, sim um padrão hermenêutico de reforço da integridade do direito e, portanto, de afirmação e fortalecimento de sua autonomia.

A interpretação ontológica conduz-se além do sujeito e das coisas apreensíveis por esse sujeito. O direito deixa de ser objeto teórico *a priori*, dentro do qual os fatos, em toda a sua natural concretude, pretensamente poderia ser incluído e moldado. O círculo hermenêutico permite a possibilidade de se considerar o ser humano em toda a sua complexidade, na sua qualidade de ser em desenvolvimento constante, moldado não apenas pela razão, como também por aqueles elementos não se pode vislumbrar de imediato, mas que formam o *ser-ai* que é o homem: sua (pré)compreensão e a relação dessa compreensão com o mundo. O direito, como o homem e para o homem, muda o mundo e é também pelo mundo mudado. Os conceitos devem ser vistos na complexidade da realidade e a norma somente se arregimenta no momento em que se faz aplicada, sua efetividade introduz a relação circular entre os horizontes intersubjetivos que a integram.

Toda e qualquer norma (regra), portanto, deve e, na realidade, contém um princípio que a institui. Melhor dizendo, o princípio irá conferir à regra a capacidade de interagir com o mundo prático, que reflete as tradições autênticas, democráticas, que conferirão legitimidade e não apenas validade às normas e às decisões delas sobrevividas.

Finalmente, as bases positivistas podem, por intermédio da filosofia hermenêutica e da fundamen-

tação principiológica que a segue, ser revistas e refutadas⁹⁸: a) a tese da aderência do direito às prévias fontes sociais é assimilada de modo diverso, pois evidencia-se a natureza prospectiva e modificativa do direito frente à própria sociedade; b) A separação entre direito e moral, assim como a indexação ou o complemento de um pelo outro, é substituído pela *institucionalização da moral no direito* (Streck), de maneira que a moral da sociedade, democraticamente aferida pela Constituição Federal, passa a controlar as arremetidas das morais pessoais, dos influxos da economia ou de qualquer outra frente em face do direito autenticamente construído; c) a discricionariedade judicial, através do controle da vontade solipsista, é readequada em um contexto no qual a capacidade de argumentar e de decidir não são suprimidas, mas devem passar pela argumentação principiológica e ser capaz de vencê-la, para que não se manifeste de modo antidemocrático e ilegítimo; d) os esforços da filosofia hermenêutica, seguida adiante pela hermenêutica filosófica, são capazes de fundamentar novo modelo de ciência jurídica, que saia do modelo epistemológico e se adentre nas questões ontológicas que lhes são peculiares, sem que se perca de vista a noção de autonomia, integridade e aderência constitucional do direito;

Notas

- 1 Cfr. STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis. **Sequência**, Florianópolis, n. 69, pp. 83-108, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>.

- php?pid=S2177-70552014000200004&script=sci_arttext>. Acesso em 20 jan. 2015.
- 2 Cf. LACERDA, Gustavo Biscaia de. **Augusto comte e o “positivismo” redescobertos**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v17n34/a21v17n34.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2013, p. 330.
- 3 Cf. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15.
- 4 Cf. CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 3-5.
- 5 Ibidem, pp. 6-8.
- 6 Ibidem, pp. 12-13.
- 7 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.418.
- 8 Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, pp. 398-399.
- 9 Ibidem, p. 402.
- 10 Ibidem, p. 407.
- 11 Cf. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 395
- 12 Ibidem, p. 391.
- 13 Ibidem, pp. 397-398.
- 14 Afirma-se “também” porque uma espécie de princípio não suplanta, evolutivamente, a outra. Ao contrário, ambas são criações típicas do positivismo, uma do começo (princípios gerais de direito) e outra do fim do século XIX (princípios jurídico-epistemológicos), e apresentam-se com finalidades diferentes: o primeiro visa a colmatação de lacunas, o segundo, a conformação dos fundamentos científicos de determinada teoria do direito (ou de certa disciplina do direito).
- 15 Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio**. 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=91381>. Acesso em: 16 maio 2013, p. 35.
- 16 Cf. OLIVEIRA, 2007, pp. 36-37.
- 17 Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 24.
- 18 SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Londres: Littlewood & Co. Old Bailey, 1831, p. 158. Tradução livre de: *For the codes them selves are framed upon scientific principles, and can only be safely examined, purified,*

and perfected upon such. A mere board of professional men, who, from the nature of their calling and the multiplicity of their duties, are compelled to limit their active intercourse with the science or theory of law, is not sufficient for this purpose. Even the constant examination of the code consequent on the attention paid by the courts to its application, is valuable certainly, but not enough; many defects will probably be discovered in this mode of proceeding, but the mode itself is casual, and just as many defects might not be touched by it. Theory does not stand altogether in the same relation to practice, as a sum in arithmetic to its proof.

- 19 Cf. OLIVEIRA, 2007, p. 39.
- 20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 85.
- 21 Note-se aqui a diferença com a exegese legalista, onde o fato é subsumido à lei e, portanto, o direito está na própria lei. A subsunção própria da jurisprudência dos conceitos infere no reconhecimento de que o direito está nos conceitos, ou nos princípios, extraídos doutrinariamente da lei, o que também remete o intérprete a situação de aprisionamento hermenêutico: depõe-se o império exegeta da lei e entrona-se o império exegeta dos conceitos.
- 22 As intenções subjetivas do legislador são substituídas pela adequação objetiva à coerência da norma ao sistema ao qual pertence.
- 23 Cf. HESPANHA, 2009, p. 399.
- 24 Ibid., p. 393.
- 25 Cf. OLIVEIRA, 2007, p. 37.
- 26 A expressão advém do grego *axioma* que quer dizer preço ou valor e do latim *axiōma*, com sentido de proposição evidente. No contexto do projeto filosófico racionalista seu conteúdo está diretamente relacionado com a matemática, expressando “proposição cuja validade se admite sem demonstração, o início da exposição lógica de uma teoria matemática” (Dicionário Digital de Língua Portuguesa Editora Porto).
- 27 Onde, conforme visto, o direito não está diretamente na lei, mas no conceito refinado da própria lei pelos mestres do direito. Deste modo, percebe-se que, embora haja uma abstração conceitual, sua origem imediata e necessária é a lei.
- 28 Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.
- 29 Cf. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 458.

- 30 KELSEN, 1998, p. 46.
- 31 Ibid., p. 1.
- 32 Cf. SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 59.
- 33 STRECK, 2012, p. 33.
- 34 Ibid., p. 58.
- 35 Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 11.
- 36 KELSEN, 1998, p. 171.
- 37 Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, passim.
- 38 Cf. STRECK, 2012, p. 31.
- 39 Cf. KELSEN, 1998, p. 1.
- 40 Cf. SGARBI, 2009, p. 57.
- 41 Cf. STRECK, 2012, p. 33.
- 42 KELSEN, 1998, p. 250.
- 43 Ibid., loc. cit.
- 44 KELSEN, 1998, p. 1.
- 45 Ibid., p. 17.
- 46 Ibid., p. 28.
- 47 Ibid., p. 44.
- 48 Ibid., p. 54.
- 49 Ibid., p. 58.
- 50 Ibid., pp. 54-58.
- 51 Cf. STRECK, 2012, p. 45.
- 52 Ibid., loc. cit.
- 53 STRECK, 2013, p. 7.
- 54 Idem, 2012, p. 544.
- 55 Ibid., p. 457.
- 56 Ibid., p. 456.
- 57 Ibid., loc. cit.
- 58 Cf. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5.
- 59 RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, p. 18.
- 60 Ibid., p. 20.
- 61 SILVA FILHO, 2006, p. 15.

- 62 Ibid., p. 28.
63 Ibid., loc. cit.
64 RICOEUR, 1990, p. 28.
65 Ibid., p. 30.
66 Cf. SILVA FILHO, 2006, p. 33.
67 RICOEUR, 1990, p. 30.
68 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, v. 1, p. 41.
69 Ibid., p. 204.
70 STRECK, 2012, p. 456.
71 Ibid., loc. cit.
72 Ibid., loc. cit.
73 Cf. SILVA FILHO, 2006, p. 128.
74 Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 179.
75 Ibid., p. 185.
76 Ibid., p. 186.
77 Ibid., p. 187.
78 Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 459.
79 Cf. STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder**: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Barueri: Manole, 2005, pp. 26-27.
80 STRECK. O direito como um conceito interpretativo. **Pensar**, v. 15, n. 2, pp. 500-513, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/viewFile/2138/1736>>. Acesso em: 04 mar. 2015, p. 510.
81 Cf. STRECK, 2012, p. 518.
82 Ibid., p. 535.
83 Ibid., p. 539.
84 Ibid., p. 545.
85 **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.
86 Ibid., p. 42.
87 Ibid., p. 46.
88 Cf. STRECK, 2012, p. 461.
89 Cf. DWORKIN, 2002, p. 49.

- 90 Cf. STRECK, 2012, p. 512.
91 Ibid., p. 541.
92 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 215.
93 STRECK, 2012, p. 542.
94 Ibid., p. 568.
95 STRECK, 1999, loc. cit.
96 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.
97 STRECK, 2012, p. 509.
98 Ibid., pp.509-512

Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15.
CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, v. 1.
HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
LACERDA, Gustavo Biscaia de. **Augusto comte e o “positivismo” redescobertos**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v17n34/a21v17n34.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio**. 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailO-braForm.do?select_action=&coobra=91381>. Acesso em: 16 maio 2013.
- RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Londres: Littlewood & Co. Old Bailey, 1831.
- SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- _____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. Barueri: Manole, 2005.
- _____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____. O direito como um conceito interpretativo. **Pensar**, v. 15, n. 2, pp. 500-513, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/viewFile/2138/1736>>. Acesso em: 04 mar. 2015.
- _____. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis. **Sequência**, Florianópolis, n. 69, pp. 83-108, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552014000200004&script=sci_arttext>. Acesso em 20 jan. 2015.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Ojeada histórica de los derechos humanos a partir de sus fundamentos doctrinales. Desafíos y perspectivas¹

A historical glance at the human rights as from his doctrinal foundations challenges and perspectives

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 3/10/2015

Suleimane Só

Magister en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor de la Escuela Normal Superior Bissau. Ministerio de Educación Nacional. Email: sulay14@yahoo.es/suleimane@fd.uo.edu.cu, República de Guinea - Bissau

Resumen

La investigación parte de la problemática de identificar las principales carencias e insuficiencias de la regulación de los derechos fundamentales a partir de un estudio de los principales instrumentos jurídicos de la misma y de la Unión Africana siendo el Órgano rector de la región, tomando como referencia a la Unión Europea y otros organismos internacionales con el mismo fin.

Permite un acercamiento desde las Uniones Europea y Africana; el tratamiento de los derechos humanos de la CEDEAO: una visión desde Cabo Verde (país miembro de la CEDEAO, seleccionado por sus logros político, económico y social, siendo el único de la CEDEAO que nunca ha sufrido golpe de Estado); que permita elaborar una propuesta de perfeccionamiento del tratamiento de los derechos humanos en la CEDEAO con incidencia en el ordenamiento constitucional de sus Estados Miembros.

Palabras claves

Derechos humanos, derechos fundamentales, paradigmas constitucionales contemporáneos.

Abstrac

This study starts of the problem to identify the main shortcomings and inadequacies of fundamental

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

Ojeada histórica de los derechos humanos a partir
de sus fundamentos doctrinales. Desafíos y perspectivas - pp. 217-280
SÓ S.

rights regulations from a study of the main legal instruments of itself and the African Union as the governing authority of the region, with reference to the European Union and other international bodies. It allows an approach from the European and African Unions, the treatment of human rights by ECOWAS: a view from Cape Verde (ECOWAS member, selected for their political, economic and social achievements, and the only member of the group that has never suffered a military coup); leading up to a proposal to improve the treatment of human rights in the ECOWAS impacting the constitutional order of member countries.

Key words

Human rights, fundamental rights, constitutional contemporary paradigms.

Introducción

El tema de los derechos fundamentales (o humanos) en la actualidad constituye una gran preocupación, no sólo en el Derecho Constitucional sino también en la Ciencia Política y, en sentido general, en toda la sociedad, principalmente en la búsqueda de su reconocimiento y protección, su tratamiento jurídico como medio ideal para hacer valer la dignidad humana, tanto nacional como internacionalmente. Todo ello comprendido a partir de una noción de derechos

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

Ojeada histórica de los derechos humanos a partir
de sus fundamentos doctrinales. Desafíos y perspectivas - pp. 217-280
SÓ S.

fundamentales, asumible para otros términos como derechos humanos o constitucionales, como reservados generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en su Carta Magna y en los instrumentos jurídicos internacionales que al respecto se han adoptado.

Y esto se afirma en la idea de una sociedad justa que llevará aparejada la promesa de emancipación y dignidad humana plenas. Al igual, exigente del debido aspecto distributivo de la equiparación jurídica y de igual trato jurídico, es decir, la justa distribución de las compensaciones sociales, resultado del sentido universalista de los derechos fundamentales cuyo fin será asegurar los espacios de libertad, igualdad, justicia y solidaridad, entre otros principios también fundamentales para la existencia humana. Con ello, la igual distribución de los derechos sólo puede ser consecuencia de la reciprocidad del reconocimiento de todos como miembros iguales y libres. Es innegable que el grado de democracia en que un país se erige se mide precisamente, entre otros indicadores, por la expresión de los derechos fundamentales y por su afirmación plena en tales sociedades, fungiendo tales derechos entonces como parámetros de validación de tal democracia. Siguiendo esta idea, hoy prácticamente llega a afirmarse que no podemos hablar de la democracia sin el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, legitimando mediante los mismos todos los poderes sociales, políticos e individuales.

Con relación al origen y evolución de los dere-

chos humanos, sus contenidos esenciales y alcance material de los mismos, en la doctrina nacional se asume casi invariablemente la inicial influencia religiosa, siendo concebidos al unísono como cualidad derivada de la naturaleza propiamente humana de las personas. Posteriormente, a partir del momento de la formación de los primeros Estados Nacionales, y con la agudización de la crisis del absolutismo monárquico, se retoma la idea por parte de los liberales burgueses de la existencia de determinados derechos que por naturaleza le eran inherentes y propios a todas las personas por gozar de tal condición y se erigieron, entonces, como baluartes ideológicos de la burguesía en su pretensión de asumir el poder político y entronizarse en este.

En ese momento histórico comienzan a aparecer derechos declarados en documentos que no tenían carácter jurídico vinculante, más luego ya comienzan a incorporarse a los primeros textos constitucionales de entonces, siendo consagrados posterior a la Segunda Guerra Mundial como los fundamentos más importantes en los que debería erigirse toda sociedad, mucho más teniendo en cuenta los resultados de tal conflagración y, con ello, el menoscabo que se había producido sobre la condición humana digna. Sin embargo, ya la historia se encargaría de reafirmar que el solo reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales no sería suficiente si no se acompañaba de garantías que aseguraran la efectividad y aplicación libre e inmediata de los mismos.

A la par, comienzan a consolidarse en el mundo diversos procesos integracionistas que, inicialmente

marcados por los intereses económicos, comienzan a girar hacia lo político y social y, por supuesto, en sus propósitos comunes comienzan a tener en cuenta el tratamiento de los derechos fundamentales, máxime en el ánimo de construir espacios de identidad comunitaria y ciudadana.

Como muestra de estos procesos, puede tenerse como referencia: en Europa, las Comunidades Europeas (de Energía Atómica, del Carbón y el Acero y la Económica), las que finalmente condujeron en un inicio a la Comunidad Europea y luego del Tratado de Maastricht en 1992 a la definitiva Unión Europea; en América, la Organización de Estados Americanos, la Comunidad del Caribe, aglutinadora de los países anglosajones, la Asociación de Estados del Caribe, el Mercado Común del Sur, la Comunidad Andina de Naciones, la Unión Sudamericana y, más recientemente, la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe; y, en el caso de África, la entonces Organización por la Unidad Africana sustituida en 2002 por la actual Unión Africana, y las agrupaciones regionales, entre las que destaca la Comunidad Económica de Estados de África Occidental.

Y destacamos la CEDEAO no solamente por alguna afinidad personal, subjetivada por pertenencia a uno de sus Estados Miembros, Guinea-Bissau, sino porque la CEDEAO ha consolidado un espacio de integración regional en África que la destaca por encima del resto de los esquemas de este tipo, toda vez que se ha consolidado en el tiempo logrando superar las inicialmente lógicas diferencias entre sus Estados Miembros,

y construyendo una Comunidad política, económica y social estable y sostenible.

Sin embargo, con relación a los derechos fundamentales (o humanos) este creciente y sostenible resultado no ha gozado de iguales indicadores. Tal es así, que el Tratado fundacional de la CEDEAO, de 1975 revisado en 1993, no contiene Declaración alguna sobre tales derechos más allá de una tenue mención en el art. 4 inc. g) entre los principios fundamentales de la Comunidad. Tampoco tal Declaración ha sido adoptada posteriormente, mucho menos un Convenio o Pacto relativo a los derechos.

Y aunque se instituye un Tribunal de Justicia de la Comunidad, ante el mismo no están legitimados para acudir los ciudadanos de los Estados Miembros cuando perciban un menoscabo o lesión a alguno de los derechos que tienen reconocido en su respectivo ordenamiento jurídico, una vez agotadas las instancias judiciales domésticas, tal y como sí se trata de asegurar en otras regiones. Tal escenario fue el motivador principal para el desarrollo de la presente investigación, toda vez que no puede dejarse de comprender la importancia de los derechos humanos en la construcción de espacios regionales comunes.

Por tanto nos encontramos efectuando una investigación novedosa, realizando un estudio científico argumentado con aportes jurídico desde posiciones doctrinales interdisciplinarias, sobre la base de las realidades jurídicas, políticas, sociales y culturales de esta región geográfica que constituye el África Occidental.

Sin embargo, nosotros asumimos desde el pro-

pio inicio de la investigación el término “derechos fundamentales” no sólo por tratarse de un término más propio del Derecho Constitucional sino porque efectivamente pretendemos llevar los resultados al menos, uno de los países miembros de la CEDEAO, de modo que pueda visualizarse desde su ordenamiento constitucional como se recepcionan y tienen vigencia los derechos reconocidos en los instrumentos que constituyen la Comunidad. De todos modos, ya viene siendo empleado el término “derechos fundamentales” en instrumentos internacionales con la misma connotación que la de “derechos humanos”.

En este sentido el problema científico define: ¿Es adecuado el tratamiento jurídico que reciben los derechos humanos en la CEDEAO según las exigencias de las nuevas tendencias del Derecho Constitucional y del Comunitario, así como con respecto a los instrumentos internacionales de reconocimiento y protección de los mismos?

Reseña histórica del origen y evolución de los derechos humanos.

En el devenir de la especie humana, siempre se ha verificado una “apasionante historia de la larga, y a veces trágica, lucha de hombres y mujeres por lograr el pleno disfrute de sus derechos fundamentales, es decir, aquellos que les corresponde por el simple hecho de ser personas, miembros de la gran familia humana”.²

Así, el valor de los derechos fundamentales

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

Ojeada histórica de los derechos humanos a partir de sus fundamentos doctrinales. Desafíos y perspectivas - pp. 217-280
SÓ S.

como productos históricos condensan conquistas pasadas, demandas presentes y proyectos futuros. De esta forma, los mismos han evolucionado en dirección al presente, acumulando el pasado e integrándolo con cada innovación, por lo que su historia se revela, a la vez, como paradigma y como progreso constante en el sentido de asegurar la plena dignidad de todos los seres humanos y la necesidad de imponer los límites y controles a los actos practicados por el Estado y sus autoridades, es decir, al poder gobernante.³

Más, cuando se trata de comprender y/o entender mejor los derechos fundamentales, no basta con observar pasivamente la historia, es necesario reflexionar sobre ella y vincularla al destino del ser humano en concreto, a la consecuencia que tenga de sí mismo con relación a sus derechos o de la necesidad de adquirir y alargar en todos los dominios de la vida política y social su existencia plenamente digna.

De hecho, un referente ineludible en la búsqueda histórica de la reivindicación de derechos fundamentales se halla como antecedente básico en la doctrina del cristianismo, fundamentalmente con posterioridad a la Reforma Protestante. Ello se debe a que en la misma se concebía que los hombres, por ser creados a imagen y semejanza de Dios, se les debía reconocer alto valor interno y libertad propia inherente a su naturaleza, encerrado en una idea de que los mismos tendrían derechos que debían ser respetados por todos, incluso por la sociedad política.

De este modo, se entenderá que la libertad del hombre, en su afirmación de la dignidad de la persona

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

Ojeada histórica de los derechos humanos a partir de sus fundamentos doctrinales. Desafíos y perspectivas - pp. 217-280
SÓ S.

humana, pertenece a todos sin distinción, lo que sugiere una igualdad fundamental de naturaleza entre ellos. Los hombres se reúnen en sociedad para preservar la propia vida, la libertad y la propiedad, de modo que esos bienes jurídicos ya eran entendidos como derechos oponibles al propio soberano (entonces personificado en el monarca), en este sentido ya se entendía la defensa de esos derechos representaba la razón de ser del Estado y su principio legitimador.

De ahí que la importancia de la Reforma Protestante para la consolidación de los derechos fundamentales. La misma llevó a reivindicación el paulatino reconocimiento de la libertad de opción religiosa y de culto en varios Estados de Europa, como fue el caso del Edicto de Nantes, promulgado por Henrique IV de Francia, en 1598, poniendo fin a la unidad religiosa. Ello contribuyó para reforzar el individualismo y para alentar el papel del hombre en la sociedad y en la historia.

En este contexto, y con relación a las primeras limitaciones al poder del Estado concebidas entonces, las mismas surgirán en el final de la Edad Media. Así, el antecedente más importante apuntado por varios autores es la Magna Carta de Libertades (*Magna Charta Libertatum*), en Inglaterra, en 1215, reconociéndose derechos de los barones, con restricciones al poder absoluto del monarca una vez firmada la misma por el Rey Juan Sin Tierra. Por ello, para algunos autores, como PAULO y ALEXANDRINO,⁴ la misma marcó el inicio del reconocimiento jurídico los derechos fundamentales, si bien tales derechos allí reconocidos no garantizaban una esfera irreductible de libertades a los individuos

en sentido general, sino aseguraron el poder político de los barones mediante los poderes del Rey, es decir, los privilegios feudales de los nobles ingleses.

Posteriormente se promulgaron otras declaraciones de derechos, que no sólo pretendían limitar al poder del Estado sino reconocer efectivamente que existía un ámbito de desenvolvimiento legítimo de toda persona consagratorio de la libertad, la igualdad y la justicia. Con todo ello, sólo hasta el siglo XVIII, con la Revoluciones americana y francesa fueron editados los primeros enunciados de derechos fundamentales que serían asumidos universalmente, incluso hasta la contemporaneidad. Por tanto, el estudio de la evolución histórica de los derechos fundamentales remite necesariamente y preliminarmente al estudio de las tales Declaraciones de Derechos.

Asumiendo esta idea, SCHMITT bien enaltece la importancia de las Declaraciones de Derechos en la afirmación y consolidación de los derechos fundamentales, cuando afirmó que: “la Declaración solemne de Derechos fundamentales significa el establecimiento sobre los cuales se apoya la unidad política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y formación incesante de esa unidad”.⁵

La primera de estas Declaraciones fue la de Virginia, en 1776, estableciéndose en la misma, entre otros principios fundamentales, la igualdad de derechos, la división de poderes, la elección de los representantes, los derechos de defensa y las libertades de imprenta y religiosa. Posteriormente, durante la Revolución francesa fue adoptada la Declaración de los Derechos del

Hombre y del Ciudadano, en 1789, convirtiéndose en un referente para la concepción de los derechos fundamentales que en la contemporaneidad se asume.

Como puede apreciarse, los antecedentes históricos y la evolución de derechos fundamentales, está acompañada por un fenómeno de crisis de las libertades o, de otro modo, como enfatiza COLLIARD, que “las causas sociales, económicas y técnicas de las crisis de libertades públicas son también sus factores de evolución”.⁶ Esa evolución, por tanto, es animada por las luchas en defensa de nuevas libertades contra los viejos poderes del Estado,⁷ fueron los desafíos enfrentados por la doctrina de los derechos fundamentales los mayores responsables por la evolución de ese derechos.

En este sentido, apunta GONÇALVES FERREIRA FILHO que “la doctrina de los derechos fundamentales reveló una gran capacidad que incorpora desafíos. Su primera generación enfrentó el problema del arbitrio gubernamental, con las libertades públicas, la segunda, los de extremos desniveles sociales, como los derechos económicos y sociales, la tercera, hoy, luchan contra la deterioración de la cualidad de vida humana y otras malezas como los derechos de solidaridad”.⁸ Por tanto, la evolución de los derechos fundamentales acompaña los procesos históricos, las luchas sociales y los contrastes de regímenes políticos, así como los progresos científicos, técnicos y económicos.

Otra Declaración muy importante fue la de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado en Rusia (1917), al pronunciarse sobre una idea distinta de sus antecedentes inglés, norteamericano y francés, que recaían más en las ideas liberales, pero esta última Decla-

ración, buscó sus raíces en los preceptos socialistas de la Revolución Rusa ocurrida en el mismo año, representando la quiebra de la estructura implantada por la burguesa concibiendo en su lugar una idea diferente de gobierno que, al menos teóricamente, debería permitir una igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos.⁹

Finalmente, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, realizando la preocupación con el respecto a los derechos humanos en todas las partes del mundo, máxime teniendo en cuenta las graves consecuencias que para la humanidad provocaron las dos conflagraciones mundiales.¹⁰ Los derechos inscritos en la misma constituyen un conjunto indisoluble e interdependiente de derechos individuales y colectivos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin los cuales la dignidad de la persona humana no debe ni realizarse ni desenvolverse por completo. Ello permitió que esta Declaración se transformara, a partir de la última mitad del siglo XX, en una fuente de inspiración para la elaboración de diversas cartas constitucionales y tratados internacionales de protección de los derechos fundamentales.¹¹

Puede ser en ese sentido, como dice BOBBIO que la “Declaración Universal es una síntesis del pasado y una inspiración para el futuro”. Este documento se tornó en un paradigma ético a través del cual puedes evaluar, constatar y hasta legitimar los regímenes y los gobiernos.

Los derechos reconocidos en varios artículos de

la DUDH representan hoy uno de los más importantes marcos de nuestras civilizaciones, por asegurar una convivencia social digna y pacífica, y constituyen el principio de interpretación de la Declaración en beneficio los derechos y garantías proclamados en el mismo. Sin embargo, la Declaración carece de un valor jurídicamente vinculante, empleándose como un documento más bien orientativo, por lo que se hizo necesario adoptar los instrumentos jurídicos que hicieran efectivo el contenido y propósitos de la Declaración.

Ellos fueron, principalmente, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados en 1966 y puestos en vigor en 1976. Mediante ellos, definitivamente, los Estados asumieron compromisos ante la comunidad internacional de reconocer y tutelar los derechos humanos consagrados en tales documentos, propiciando con ello la incorporación más efectiva de los derechos en calidad de fundamentales en sus respectivos ordenamientos jurídicos, cuestión que no ha estado, sin embargo, exenta de un tortuoso y difícil camino.

Los derechos humanos: definición, titularidad y contenido esencial.

En la doctrina y el Derecho comparado se emplean indistintamente los términos de “derechos humanos” y “derechos fundamentales” haciendo alusión al conjunto de valores, principios o facultades reconocidas a los seres humanos en el propósito de con-

tribuir con la dignificación de los mismos. A pesar de inexistencia de un consenso acerca de la diferencia en relación al empleo de ambos términos, un acuerdo se manifiesta en reconocer como objetivo de los mismos proteger la dignidad de la persona humana, contemplando entre su conjunto derechos relacionados con la libertad, la justicia y la igualdad.

La distinción entre los términos derechos humanos y derechos fundamentales, si bien las expresiones sean comúnmente utilizadas con idénticos significados, autores como MENDES, citado por PAULO y ALEXANDRINO, afirman que: “La expresión de los derechos humanos es reservada para aquellas reivindicaciones penales respecto a ciertas posiciones esenciales del hombre, derechos postulados en bases iusnaturalista que poseen índole filosófica y no tiene característica básica la positivación en un orden jurídico particular”.¹²

De ahí que la positivación de esos valores, a veces ocurre en planos distintos. En cuanto a los “derechos humanos”, los mismos se encuentran consagrados en los tratados y convenciones internacionales, es decir, en el plano del Derecho Internacional Público, mientras que los derechos fundamentales, son los derechos consagrados y positivados en las Constituciones de cada país, es decir en el plano interno, pudiendo en su contenido y alcance variar de un Estado a otro.¹³ Por tal motivo, asumimos este término a los efectos de los objetivos que han sido trazados en la presente investigación con alcance al Derecho Constitucional, si bien se comienzan a proyectar hacia el Derecho Internacional Público.

Desde el punto de vista histórico, para PÉREZ LUÑO la expresión derechos fundamentales (*droits fondamentaux*) surgió en Francia en 1770, en el movimiento político y cultural que dio origen a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.¹⁴ Por su parte, en Alemania el término derechos fundamentales (*Grundrechte*) tiene un lugar de destaque, siendo utilizado para designar el sistema de relación entre individuo y el Estado, en cuanto los fundamentos de orden jurídico-político, siendo empleado por primera vez en la Constitución de 1871 de ese respectivo país.¹⁵

En la doctrina comparada es apreciable la variedad de definiciones ofrecidas a los derechos fundamentales. Así, desde una perspectiva puramente formal o estructural, FERRAJOLI afirma que los derechos fundamentales son 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; entendiéndose 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 un 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.¹⁶

Por su parte, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ considera que los derechos fundamentales son los derechos del hombre, jurídico-institucionalmente garantizados y limitados espacio-temporalmente, son derechos ob-

jetivamente vigentes en un orden jurídico concreto,¹⁷ criterio compartido, en cierta medida, por HERNÁNDEZ VALLE, para quien los derechos fundamentales serán el “conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo”.

Frente a ello, PECES-BARBA asume que la expresión “derechos fundamentales” comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, por lo que deberíamos afirmar además, como componentes esenciales del concepto, el conjunto de valores y principios universalmente aceptados y comprometidos en la búsqueda y concreción de la plena dignidad humana.¹⁸

A partir de todos estos conceptos dados, podremos entender a los derechos fundamentales como el conjunto de valores, principios, instituciones, facultades y/o prerrogativas reconocidas a todos los seres humanos que, en cada momento histórico, han sido reivindicados como consagratorios de la dignidad humana, a partir de los principios de libertad, igualdad, justicia y solidaridad, entre otros, y que en la actualidad gozan de un consenso en la comunidad internacional de naciones, así como que deben estar positivados en los ordenamientos jurídicos vigentes con el propósito de dotarlos de las necesarias efectividad y aplicabilidad jurídica y material.

Con respecto a sus titulares, serán reconocidos como tales, en principio, las personas que así lo reafirmen sus respectivos Estados, bien sean nacionales o no de ellos, así como que cumplan con determinadas exi-

gencias básicas (edad u otras condiciones, no debiendo estar exceptuados por alguna situación legal). En la actualidad se reconoce que en su gran mayoría deberán ser reconocidos como tal las personas que necesitan de protección de sus derechos (derecho a la vida, igualdad ante la ley, igualdad ante la justicia, libertad de conciencia, libertad personal y seguridad individual, etcétera).¹⁹

En el actual entorno a la titularidad de los derechos fundamentales se evidencian dos corrientes novedosas: la primera, que pretende reconocer que la titularidad de ciertos derechos se podrán reconocer a las personas jurídicas, y la segunda, que aboga por reconocerles derechos fundamentales a los poderes públicos. Más allá de ello, lo cierto es que por su naturaleza no podrán ser ejercidos la inmensa mayoría de tales derechos por parte de personas jurídicas (como son la libertad personal, la libertad de conciencia, el derecho a la honra de persona y de su familia, el derecho a la protección de salud, entre otros), y con respecto a reconocerle titularidad de derechos fundamentales a entes estatales, parece indiscutible que tales derechos son de la persona como sujeto activo, y al Estado como sujeto pasivo, en la medida en que reconocen y protegen ámbitos de libertad o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a los individuos o cuerpos intermedios, por lo que se torna indefendible tal posición.²⁰ Todo lo mencionado anteriormente varía de acuerdo a cómo en cada Estado tanto su respectiva Constitución y ordenamiento jurídico lo formulen.

Otra cuestión importante con relación a los de-

rechos fundamentales es su contenido esencial, el cual, como no podía ser de otro modo, empieza a definirse desde el propio texto constitucional. Así, la pauta interpretativa para determinar el contenido esencial del derecho es que hay que partir de lo que dispone la Constitución sobre el derecho concretamente. Entonces, se hace necesario acudir a la norma constitucional no solo porque “un derecho fundamental a una libertad pública es una Estado democrático de Derecho no puede tener una naturaleza jurídica extra ni anticonstitucional, como tampoco puede proteger unos intereses al margen o en contra del texto fundamental, sino también por que ayudará a identificar el ámbito de la realidad aludida y que es objeto de protección por la norma constitucional, para diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que este específicamente quiere proteger”.²¹

Sobre el contenido esencial de los derechos hay una rica gama de posiciones teóricas, de las cuales sólo analizaremos algunas posiciones representativas de las denominadas teorías subjetivas y objetivas, como también las llamadas terceras posiciones. Para ello, en la teoría subjetiva o absoluta de DORING,²² presupone un significado subjetivo del concepto de derecho fundamental. Así, los derechos fundamentales o esenciales son derechos que están conectados a la idea de naturaleza humana, siendo derechos que naturalmente pertenecen a todo individuo de la especie humana, por el hecho de ser persona humana. Los derechos tienen así un carácter suprapositivo. Para este autor, la dignidad

humana expresa una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio, que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu impersonal, que le capacita a adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea.

Así, la cláusula del contenido esencial de los derechos se incluye como una positivización de la dignidad de la persona humana inafectable y del contenido inviolable de los derechos humanos. Continúa considerando este autor que la denominación de derechos fundamentales se utiliza, para designar a los derechos humanos o derechos esenciales positivados en el ordenamiento jurídico de cada Estado. Mientras que la denominación de derechos humanos, se reserva a las normas de derecho internacional que aseguran, garantizan y protegen los derechos esenciales de la persona humana. Todo ello concuerda con lo anteriormente expuesto sobre esta distinción.

En todo caso de violación de la dignidad humana, se requerirá una vía penal para sancionarla, porque la que se protege es el desarrollo de la individualidad a través de los derechos fundamentales del ser humano y su delimitación en función de las obligaciones sociales. En la misma teoría subjetiva, tanto STEIN como SCHNEIDER,²³ coinciden que los derechos esenciales o fundamentales protegen intereses particulares, haciendo posible dicha protección para que las personas ejerzan los intereses garantizados constitucionalmente. Aunque SCHNEIDER va más lejos al mencionar el recurso de amparo como otra forma de proteger los derechos funda-

mentales establecida por el legislador que determina un trato discriminatorio es contraria la Constitución.

Las tres concepciones, consideran los derechos esenciales o fundamentales como derechos subjetivos. Sin embargo, no toda la doctrina y la jurisprudencia se plantean en esta posición. Existen un número significativo de autores que plantean teorías objetivas del contenido esencial de los derechos, algunas de ellas son las que se establecen a continuación.

KLEIN²⁴ desarrollo su teoría objetiva en base a argumentos sistemáticos o teleológicos. Para concepto de derecho fundamental no sólo incluye los derechos públicos subjetivos sino también las garantías institucionales, las normas principales y las reglas de interpretación de los derechos fundamentales. De este modo, el contenido esencial sería el núcleo o círculo interno del derecho fundamental, mientras que el contenido accidental sería la periferia o elemento exterior del derecho fundamental.

El contenido esencial otorga identidad al derecho, la garantía institucional de dicho contenido lo protege frente a su anulación o destrucción o de una transformación que produzca una desnaturalización sustancial de la institución. KLEIN considera que un número importante de limitaciones de los derechos fundamentales no serían posibles sin que los derechos en sentido subjetivos fueran afectados en su contenido esencial. Ejemplos: penas de presidio en que se afecta el contenido esencial del derecho de libertad personal, el contenido esencial del derecho se vincula estrechamente con el principio de igualdad.

Otro exponente de la teoría objetiva, JACKEL,²⁵ considera que la protección de las posiciones de los derechos fundamentales de las personas se debe concretar a través de las normas jurídicas que establezcan las propias garantías de los derechos fundamentales, las cuales en su concepto, son más adecuadas y efectivas que lo que establece la norma del contenido esencial de los derechos.

En efecto, este autor especifica su posición al considerar las relaciones de sujeción especial, que se plantean cuando las personas tienen un grado especial de dependencia respecto a la administración del Estado, al insertarse en una organización estatal que trae aparejada un estado de restricción de algunos derechos esenciales, como ocurre, por ejemplo, con los presos, los miembros de las Fuerzas Armadas o quienes realizan el servicio militar. La razón de esta posición de sujeción deriva de la inserción del individuo en la estructura administrativa del Estado. Así, los que se encuentran en tal posición de sujeción especial son titulares de los derechos esenciales, pero no de su ejercicio.

Más adelante, JACKEL sostiene que el contenido esencial de los derechos sólo sería lesionado por las relaciones de sujeción especial en dos supuestos: el primero, cuando el conjunto de personas sometidas a relaciones de sujeción especial configuran una cifra global que no permita cualificar su estatus como especial; y segundo, cuando las relaciones de sujeción especial son creadas arbitrariamente *ex novo*.

VON HIPPEL²⁶ parte de la consideración de que las normas de derechos fundamentales, regulan cuestio-

nes básicas de orden social, siendo formuladas en forma abstracta y, por tanto necesitan de concreción, los derechos sólo son directrices de los distintos intereses de libertad. Cada norma que contiene un derecho fundamental es aplicable sólo, cuando y en la medida en que a los intereses de libertad protegidos no le son contrapuestos intereses o bienes jurídicos de mayor rango. Cada derecho encuentra su límite natural de carácter inmanente a los intereses o bienes jurídicos de mayor rango o entidad. La tesis de VON HIPPEL requiere valorar interés en conflicto y ponderarlos en cada caso concreto, en todo caso, nunca puede un interés de libertad (un derecho), ser necesario para proteger bienes jurídicos de mayor entidad.

A su vez, hay autores que critican las teorías subjetivas y objetivas, por cuanto para ellos las primeras sólo ofrecen poca libertad de decisión al legislador, mientras que las segundas son objeto de crítica, porque ofrecen demasiada libertad al legislador. En esta perspectiva se sitúa LERCHE,²⁷ para el cual el contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado con el respectivo al derecho fundamental. Este primer criterio se complementa con un segundo, que consiste en introducir un factor de ponderación para el examen de medida limitadora o configuradora de derechos fundamentales, el cual estriba en el principio de proporcionalidad.

Para HESSE, por su parte, el objeto de protección del derecho fundamental es tanto el derecho subjetivo como la garantía objetiva. El autor sostiene, que en las limitaciones o configuraciones legislativas de los dere-

chos, se debe proteger la libertad individual garantizada por el derecho, como la función social de los derechos esenciales.

Teniendo en cuenta de múltiples criterios sobre el contenido de los derechos fundamentales, podemos clasificarlos partiendo de la idea de VIEIRA DE ANDRADE, citado por RODRIGO,²⁸ en cuanto a sus contenidos en tres especies de los derechos fundamentales, clasificación que a su vez nos lo coincidirán con las generaciones que históricamente han sido reconocidas y que más adelante estudiaremos, a saber:

Derechos de defensa o derechos de libertades: que implican el deber de abstenerse el Estado, de no interferencia en lo que corresponde a las libertades individuales; derechos de prestación: que imponen al Estado un deber de accionar, para la protección de los bienes jurídicos protegidos, o para promover condiciones materiales y jurídicas para el gozo de esos bienes; y derechos de participación: derechos de participación, tanto en la vida política como social y económica, en la formación de voluntad política de la comunidad.

Más allá de todo lo anteriormente expuesto, lo importante –y trascendente por momentos– es el aseguramiento pleno del ejercicio de los derechos fundamentales a sus titulares reconocidos en cada uno de los ordenamientos jurídicos vigentes, con el propósito de dotar de contenido esencial y propio cada uno de ellos, por cuanto la mera retórica de su pronunciamiento, carente de tales elementos, no conducirían a su plena afirmación, urgente en los tiempos en que vivimos, en los que la especie humana se encuentra sometida al he-

gemónico dominio tanto de regímenes políticos, carentes de legitimidad necesaria, como de actores económicos y sociales que, en muchas ocasiones, pretenden menoscabar el reconocimiento, goce y disfrute de tales derechos fundamentales, desconociendo su importancia pasada, presente y futura para la debida coexistencia de la humanidad.

Tipología de los derechos humanos como derechos fundamentales

Tipificar los derechos constituye uno de los propósitos extremadamente difíciles en su estudio, sobre todo cuando se trata de los derechos fundamentales, partiendo de su origen y complejidad. Debemos recordar, por otra parte, que los derechos fundamentales no están ajenos de los derechos humanos, o sea ambos coinciden, aunque no tienen el mismo sentido en las normas jurídicas, siendo los primeros expresados en los ordenamientos domésticos y los segundos en el ordenamiento internacional. Tales conceptos, llegan a complementarse a partir de que la norma jurídica nacional no crea los derechos humanos, sino trata de reconocerlos, a partir fundamentalmente de las Constituciones, representa la decisión básica de una sociedad de afirmar los valores éticos, morales y políticos de la misma en base de tales derechos fundamentales.

En caso de los derechos fundamentales hay varias clasificaciones según el autor. Para PAULO y ALEXANDRINO,²⁹ los derechos fundamentales, son tradicio-

nalmente clasificados en generaciones (o dimensiones), teniendo en cuenta el momento de su surgimiento y reconocimiento por los ordenamientos constitucionales. Los derechos de primera generación realzan el principio de libertad. Son los derechos civiles y políticos, reconocidos en la Revolución Francesa y Americana. Estos se caracterizan por imponer al Estado un deber de abstención, no hacer, ni interferencia, de no intermisión, en el espacio de autodeterminación de cada individuo. Son los llamados como libertades individuales, que tiene como foco a la libertad del hombre individualmente considerado, sin ninguna preocupación con las desigualdades sociales.³⁰

Modernamente, la doctrina nos presenta una clasificación de derechos fundamentales de primera, segunda y tercera generación, basándose en el orden histórico cronológico en que pasarán a ser constitucionalmente reconocidos. Como destaca DE MELLO: “en cuanto los derechos de primera generación (derechos civiles y políticos) -que comprenden las libertades clásicas, negativas o formales- realzan el principio de la libertad y los derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales) -que se identifican con las libertades positivas, reales o concretas- acentúan el principio de igualdad, los derechos de tercera generación, que materializan poderes de titularidad colectiva atribuidos genéricamente a todas las formaciones sociales, consagran el principio de solidaridad y constituyen un momento importante en el proceso de desenvolvimiento, expansión y reconocimiento de los derechos humanos, caracterizados en cuanto valores

fundamentales indisponibles, por la nota de una esencial inexorabilidad”.³¹

Sin embargo, hay otros enfoques teóricos bajo los que se estudian los derechos intentando ofrecer una clasificación metodológica del mismo. Para lograr nuestro objetivo nos serviremos de un muy conocido trabajo de BÖECKENFÖRDE,³² quien en su momento identificó cinco tipos de teorías sobre los derechos fundamentales, aunque en la realidad son tres las que nos interesan puesto que nos permiten un mayor rendimiento explicativo. Las tres que nos interesan de forma especial son: la teoría liberal, la democrático-funcional, y la del Estado social.

Dada la importancia que trasciende las tres seleccionadas, nos permiten extraer importantes consecuencias para la interpretación de los derechos establecidos en algún ordenamiento constitucional concreto. Con las tres mencionadas podemos identificar las consecuencias que este punto de vista tiene para los derechos.

Al respecto de las mismas, BERNAL PULIDO, sostiene que: “La diversidad de consecuencias que puede extraerse de cada teoría, está determinada por el diferente acento que ponen en la función que los derechos fundamentales cumplen como factor de legitimación del poder del Estado y como el instrumento para satisfacción de ciertas necesidades humanas”.³³ De ahí que, lo más importante, más que relacionarlas, es interpretar el alcance que cada una puede brindar al concepto de derechos fundamentales en el ánimo de superación histórica hacia cada uno de los déficits provocados en la consecución de la dignidad humana.

A continuación señalo las tres teorías:

La teoría liberal: Para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Los derechos de libertad se entienden también como los que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada caso lo que puedan y lo que no pueden hacer. Esta teoría tiene fuertes vínculos con el iusnaturalismo, en tanto que concibe realidades jurídicas preexistentes al Estado y oponibles al mismo. Como señala BERNAL PULIDO,³⁴ en la óptica de la teoría liberal, los derechos fundamentales, aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervención de lo público, cuales son los cursos de acción a emprender.

Por eso hace falta saber, hacia dónde vamos a movernos, qué pensar, qué decir, qué escribir, en qué creer, y la integridad de sus bienes intangibles más preciados – de su cuerpo, de su imagen, de su honor – y de sus posiciones y pertenencias. Todo se trata de derechos de defensa o de rechazos de injerencias extrañas en los campos privados del individuo. De tal modo, la teoría liberal, como su nombre lo indica, pone el acento en lo mismo como derechos oponibles al Estado, como derechos-barrera que el individuo hace valer frente al Estado y que lo pueden defender contra intromisiones del poder público.

Hay dos de los principales exponentes de la teoría liberal como SCHMITT y RAWLS. El primero de ello, SCHMITT,³⁵ asume una teoría sobre los derechos que puede resumirse en tres puntos básicos: a) los derechos

fundamentales son derechos de defensa del individuo frente al Estado, o sea, se constituyen como ámbitos en los que el Estado no tiene competencias y en los que, consecuentemente, no puede entrar; b) el número de los derechos que pueden ser considerados fundamentales es muy bajo, ya que sólo se reconocen como tales aquellos cuyo contenido no dependen de la legislación; y c) los derechos están garantizados, frente al legislador, de forma absoluta, lo que significa que el legislador no puede disponer de ellos, toda restricción debe ser del todo excepcional y en cualquier caso mesurado, limitada y sujeta a control.

Por su parte, para RAWLS lo más importante en este momento, para efecto de la teoría liberal de los derechos fundamentales, es que las libertades básicas tienen un carácter prioritario y que, en consecuencia, tiene una situación especial que les concede un peso específico absoluto frente a razones de bien público y frente a valores perfeccionistas. Esto significa que tales libertades están fuera de la lógica de la política y del mercado, ya que son prioritarias con respecto a otras razones que pudieran existir como expectativas sociales. El carácter prioritario de las libertades básicas no significa sin embargo que no puedan esas libertades reguladas. Sostiene RAWLS³⁶ que la regulación puede y debe existir, sobre todo para lograr que las libertades puedan convivir de la forma más armónica posible entre ellas. Sin embargo, distingue entre la regulación de las libertades (que es aceptable) y la limitación de las mismas (que no lo es).

RAWLS pretende explicar que, debemos distin-

guir entre su restricción y su regulación. La prioridad de estas libertades no se viola cuando están reguladas, como debe ser, para que se combinen en un esquema y se adapta a ciertas condiciones sociales necesarias para su ejercicio durable e Instituir las libertades básicas, así como satisfacer los diversos deseos de los ciudadanos, impone cierta programación y organización social.

La teoría democrático-funcional: Para esa teoría lo importante es la función pública y política de los derechos, de forma tal que ocupan un lugar preferente aquellos derechos que contienen referencias democráticas como la libertad de opinión, la libertad de prensa, etc. Los derechos fundamentales son concebidos como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado.

Las repercusiones de la teoría democrático-funcional para la interpretación de los derechos son, según BÖECKENFÖRDE,³⁷ por una parte funcionalización de la libertad para el fortalecimiento del proceso democrático; la libertad sin más de algunas teorías precedentes se convierte en “libertad para” y su contenido y alcance se determinan según la función a la que sirve en el contexto general del sistema de derechos. Por ello, esta teoría permitirá, por ejemplo, dar un tratamiento diferenciado a la prensa noticiosa y a la prensa mero entretenimiento, en la medida en que la primera jugaría un papel esencial en la construcción de democrática del Estado, mientras que la segunda tiene una función democrática menor por su orientación hacia intereses privados de los individuos.

La teoría del Estado Social:³⁸El punto de partida

de la teoría de los derechos fundamentales en el Estado social, explica BÖECKENFÖRDE, es la sustitución del espacio vital dominado de autarquía individual por el espacio social de relaciones y prestaciones sociales efectivas. Es decir, en el Estado social se deja atrás la visión del Estado liberal que concebía al individuo rodeado de una esfera intransitable por el Estado; por el contrario, en el Estado social el espacio del individuo es un espacio que el Estado protege y que ayuda a construir para que toda persona pueda ejercer de manera efectiva su libertad.

La teoría del Estado social asume el desdoblamiento entre libertad jurídica y libertad real e intenta superarlo. Para hacerlo, es necesario incorporar disposiciones constitucionales que no solamente establecen libertades para los individuos, sino que también señalan prestaciones a cargo del Estado.

Para la interpretación de los derechos fundamentales la teoría del Estado social tiene varias consecuencias. En primer lugar, la concreta garantía de los derechos deviene dependiente de los medios financieros con que cuente el Estado. Las prestaciones a cargo de los poderes públicos tienen un costo y éste tendrá que ser cubierto por vía impositiva; si los impuestos y los demás ingresos del Estado no son suficientes para cubrir las necesidades financieras, entonces los derechos no podrán ser adecuadamente garantizados.

Así lo entiende BÖECKENFÖRDE. En realidad, en los últimos años se han producido desarrollos teóricos y normativos que rebajan la dependencia de los derechos fundamentales respecto a la existencia de recursos

económicos. Es cierto que la satisfacción de los derechos (sobre todo de los derechos que conllevan prestaciones a cargo del Estado, como el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, etcétera) requieren recursos; pero su realización no está por completo supeditada a la existencia de esos recursos.

La teoría del Estado social traspasa las decisiones sobre diseño de prioridades, distribución y empleo de recursos del ámbito de la pura discrecionalidad política al ámbito del derecho. Es decir, el Estado ya no puede gastar el dinero público de la forma en que mejor le parezca sino que tiene que observar los mandatos constitucionales que le señalan las prioridades de gasto y los bienes jurídicos que requieren ser protegidos. Ahora bien, con ello se desatan inevitables conflictos entre derechos fundamentales y la interpretación de los mismos alcanza su punto máximo.

En parte, las necesidades de interpretación desplazan el protagonismo desde el Parlamento hasta las salas de los tribunales, y concretamente de los tribunales constitucionales. Se produce una juridificación de las actividades estatales y también, en gran medida, de las luchas sociales, que comienzan a ser luchas por la Constitución o, al menos, por la interpretación que de la misma puedan hacer los órganos competentes.

Los problemas de interpretación aumentan si consideramos que los derechos fundamentales de carácter social no contienen, cómo lo expone BÖECKENFÖRDE, ningún criterio acerca de su extensión.

Es decir, la Constitución establece el derecho a la vivienda, pero no precisa el nivel de cobertura que

se debe dar a cada persona con base en ese derecho. Entonces, ¿El derecho a la vivienda significa que el Estado debe otorgar a cada persona una casa de tres recámaras, con dos plazas de estacionamiento y dos baños?, o por el contrario, ¿el derecho a la vivienda se satisface si el Estado destina cualquier cantidad de su presupuesto al otorgamiento de crédito para la construcción o si se limita a establecer planes de desarrollo urbano en los que una parte del suelo esté destinado a la construcción de viviendas de interés social?

Así, los derechos sociales se concretan, en no pocas ocasiones, en obligaciones estatales, es decir, en tareas a cargo de los poderes públicos que deben ser realizadas de la mejor forma posible, considerando la disponibilidad objetiva de recursos, si bien debemos señalar que en los últimos tiempos ha cobrado mucha fuerza, al amparo de la reivindicación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la exigibilidad de los mismos ante los particulares, máxime teniendo en cuenta el tracto de las relaciones sociales actuales, donde cada vez ganan mayor protagonismo los sujetos particulares.

BÖECKENFÖRDE recuerda que HÄBERLE ha denominado a los derechos sociales como meros “derechos fundamentales parámetro”, relativizándolos en la medida en que no configuran posiciones subjetivas concretas, sino que vienen a señalar parámetros de actuación de los poderes públicos. Es verdad que los derechos sociales crean parámetros de actuación de los poderes públicos, pero si son correctamente interpretados también pueden dar lugar a posiciones subjetivas concretas

que sus titulares pueden hacer valer tanto frente a los poderes públicos como, en ciertos supuestos, frente a particulares.

Según se puede apreciar, las tres teorías que se han expuesto sintetizan muchos puntos de vista sobre los derechos. Es probable que cada una de ellas contenga elementos de gran utilidad para comprender el sentido que los derechos fundamentales tienen dentro del Estado constitucional contemporáneo. Es indudable que la teoría liberal de los derechos ha hecho aportaciones de la mayor relevancia para la comprensión que actualmente tenemos de estos derechos, pero también es verdad que si aceptamos sin más sus postulados básicos nos podemos dar cuenta de los importantes desarrollos que se han producido en los últimos años (por ejemplo con respecto al sentido y fundamentos de los derechos sociales). Finalmente, la teoría de los derechos en el Estado social nos indica que el Estado no puede ser visto solamente como un enemigo de los derechos, ya que le corresponden una serie de tareas positivas que debe realizar en el campo de los derechos. Por lo tanto, no se trata de teorías que se contrapongan una con otra, si no que todas han aportado elementos interesantes para nuestra comprensión de los derechos.

Para realizar una clasificación de los derechos fundamentales y analizar sus distintos tipos se puede acudir a varias teorías o puntos de vista. Siguiendo los enfoques para el estudio de los derechos que se han expuesto más arriba, podemos decir que la clasificación de los derechos puede hacerse desde cuatro puntos de vista.³⁹ Desde una perspectiva de dogmática jurídica,

los derechos fundamentales pueden clasificarse atendiendo al lugar en el que se ubican dentro del texto constitucional, o bien dependiendo del tipo de protección que se les otorga (por ejemplo, si son protegibles a través del juicio de amparo o si su violación puede o no plantearse directamente ante un órgano jurisdiccional), por mencionar dos posibles criterios a tomar en cuenta.

Desde un punto de vista de teoría de la justicia o de filosofía política, los derechos pueden clasificarse atendiendo al valor o al bien jurídico que protegen. Desde esta perspectiva puede hablarse de derechos de igualdad, derechos de libertad, derechos de participación democrática, etcétera. Este criterio, como es obvio, no choca con el anterior, ya que la misma terminología puede extraerse del derecho positivo, teniendo en cuenta el tipo de relación jurídica que las normas constitucionales establecen entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado por el mismo.

Desde un tercer punto de vista, correspondiente a la Teoría del Derecho, los derechos pueden ser clasificados atendiendo a su estructura, es decir justamente al tipo de relación jurídica que crean y a las posibilidades normativas (en sentido lógico, no en sentido jurídico positivo) que desarrollan. Finalmente, desde una óptica de Sociología del Derecho o de historia de los derechos, se puede adoptar una clasificación que permita dar cuenta de la evolución de los mismos. Esta es la visión que ha predominado tradicionalmente.

A partir de un conocido ensayo de MARSHALL,⁴⁰ se suele hablar de derechos civiles, derechos políticos y

derechos sociales como tres distintos momentos históricos que habría conformado el núcleo actual de nuestros sistemas de derechos. Para algunos autores cada uno de estos tres tipos de derechos supondría una distinta “generación” de los mismos. La distinción entre ellos vendría dada por dos criterios fundamentales: su aparición en el tiempo y su régimen de tutela.

Sobre la idea de la aparición en el tiempo de los derechos, se suele proyectar una visión un tanto simplista según la cual los tipos de derechos se habrían ido acumulando progresivamente y de manera lineal; esa visión, sin embargo, no se corresponde con la realidad. Aunque como ya hemos visto, los derechos tienen un sentido histórico, no se puede sostener como una fórmula general que en muchos países se hayan establecido de forma progresiva primero los derechos civiles, luego los derechos políticos y finalmente los derechos sociales. Por el contrario, en algunos países, como por ejemplo los socialistas, primero fueron asegurados algunos derechos sociales (educación o salud) y con posterioridad se reconocieron derechos políticos (el derecho de voto para la mujer o para las personas de color).

El segundo criterio sobre el que se basa la clasificación en “generaciones de derechos” parece todavía más peligroso; supone solamente que los derechos de primera generación (las tradicionales libertades públicas) podrían ser garantizados en la medida en que exigirían de las autoridades meras abstenciones, conductas de no hacer; los derechos políticos se encontrarían en una situación intermedia y los derechos sociales serían poco más que puras proclamaciones retóricas,

ya que estarían por completo subordinados a la coyuntura económica y a las previsiones presupuestales que los poderes públicos pudieran realizar en cada periodo de tiempo.

Aunque ha sido muy utilizada, creo que la teoría de las “generaciones” de derechos debe ser hoy en día abandonada, pues causa más confusión que otra cosa y además simplifica una serie de acontecimientos históricos que no se corresponden en nada con la visión lineal, uniforme e históricamente pacífica que pretende transmitir la teoría de las generaciones.

Dicha teoría podría ser mantenida solamente con fines pedagógicos, pues tiene la virtud de que pone de manifiesto que los derechos fundamentales no han aparecido de golpe ni estaban ya contemplados, tal como hoy en día los conocemos, en las primeras declaraciones de derechos y en los primeros textos constitucionales; así la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho, en general llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen.

La idea de las “generaciones” de derechos viene a reforzar, en este sentido, el marcado carácter histórico de los derechos, contribuyendo a debilitar las argumentaciones iusnaturalistas según las cuales los

derechos fundamentales forman parte inmutable del patrimonio genético de la humanidad y, en consecuencia, siempre han estado allí, incluso antes de que los distintos grupos sociales decidieran positivizarlos en instrumentos jurídicos como los textos constitucionales .

Al margen de lo anterior, me parece que puede ser más interesante desarrollar una tipología con base en el segundo criterio o punto de vista, el de la teoría general del Derecho, que nos permita comprender desde una aproximación conceptual, qué tipo de relaciones jurídicas pueden establecerse por medio de los derechos fundamentales. Con ello, podremos contar con una herramienta de análisis que nos permita descomponer el contenido de cada artículo de la Constitución para concretizar sus efectos y señalar las conductas que establece a cargo de los particulares y de las autoridades.

Ya en un apartado precedente analizamos el concepto de derecho fundamental y lo hicimos a partir de la idea matriz de “derecho subjetivo”. Sin embargo, debemos reconocer que la visión tradicional del derecho subjetivo como una relación entre un sujeto facultado y un sujeto obligado no siempre se corresponde con la riqueza normativa que encontramos en los textos constitucionales; es decir, sostener que el derecho fundamental crea una relación jurídica entre una persona facultada y una persona obligada no nos dice mucho. Es necesario precisar los posibles tipos de relación jurídica que pueden surgir a partir de un derecho fundamental.

Un esquema que puede ser útil para nuestro objetivo es el que propone HOHFELD, que sintetiza muy atinadamente ATIENZA,⁴¹ haciendo varias modificaciones al planteamiento original. De acuerdo con HOHFELD, la relación jurídica de derecho fundamental tendría una modalidad activa (asignada al titular del derecho fundamental) y una modalidad pasiva (asignada al sujeto obligado por el derecho fundamental).

Las modalidades activas se podrían expresar a través de los cuatro siguientes conceptos: derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad. Por su parte, las modalidades pasivas se podrían expresar a través de otros cuatro conceptos, que son los siguientes: deber, no-derecho, incompetencia y sujeción. Entre esas ocho figuras puede haber correlación (por ejemplo cuando un derecho de A tiene como consecuencia el establecimiento de un deber de B) u oposición (por ejemplo si decimos que A tiene un derecho frente a B para que realice la conducta X, entonces no podemos sostener que B tiene un no-derecho para llevar a cabo la conducta X).

Cuando decimos que una persona tiene un derecho, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos que se concretan en varias situaciones jurídicas posibles a través de los que se expresa la modalidad activa. Cuando decimos que una persona está obligada por un derecho fundamental, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos que también se concretan en varias situaciones jurídicas posibles a través de los que se expresa la modalidad pasiva.

ATIENZA descompone cada una de las posibili-

dades en que se manifiestan los conceptos aplicables a la modalidad activa, a los que nos acabamos de referir. Por ejemplo, el derecho subjetivo puede ser de cuatro tipos: Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, debe actuar de alguna forma) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que realice la conducta X a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo que pone el propio ATIENZA es el del derecho a la cultura (establecido por el artículo 44.1. de la Constitución Española de 1978). Ese derecho obliga a los poderes públicos a realizar acciones positivas, pero el titular del derecho no tiene por qué exigir o colaborar con ellos en esas acciones.

Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, como en el caso anterior) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A está obligado a realizar algún comportamiento para que B pueda satisfacer el derecho de A mediante la conducta X). ATIENZA pone de ejemplo en este caso el del derecho a la educación.

En este caso el Estado debe realizar algunas conductas positivas (construir escuelas, contratar profesores, etc.) pero para realizar el derecho puede exigirle al titular que también desarrolle una conducta (inscribir-

se en el curso correspondiente, asistir a las clases, pasar los exámenes). Se trata de los llamados “derechos-deber”; aunque pudiera parecerlo, no se trata de que el mismo sujeto tenga de forma simultánea un derecho y un deber respecto de una misma conducta, sino que se trata de dos conductas diferentes, aunque conectadas entre sí.

Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B no haga algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo que pone ATIENZA en este caso es el derecho de propiedad, en donde la conducta de los obligados consiste, dentro de una de sus facetas, en no invadir la propiedad del titular del derecho; pero ese titular puede permitir que otras personas utilicen su propiedad, prestando con ello el consentimiento para que la obligación omisiva que se desprende del derecho de je de existir.

Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica de B no hacer algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A tiene el deber de exigir a B que se

abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo en este supuesto es el derecho a no ser sometido a tortura o malos tratos; en este caso el consentimiento del afectado no puede darse, ya que la exigencia de la omisión de torturar es obligatoria para el titular del derecho. Por eso, el concepto de libertad se le puede aplicar los mismos razonamientos, cambiando simplemente los ejemplos. En este caso, sobre el sujeto obligado será aplicable una norma que señale que tiene un no-derecho frente al sujeto titular de la libertad.

Resumiendo podemos decir que una norma de derecho fundamental crea una relación jurídica entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. Al primero esa norma le puede reconocer un derecho subjetivo, una libertad, una potestad o una inmunidad, dependiendo de la estructura lingüística de la norma.⁴² Por su parte, al segundo esa norma le puede asignar un deber, un no-derecho, una sujeción o una incompetencia. Cada una de estas cuatro posibilidades puede tener con las demás dos tipos de relaciones: de correlación cuando son compatibles (un derecho subjetivo de A se corresponde con un deber jurídico de B; una inmunidad de A se corresponde con una incompetencia de B, etcétera) o de oposición (cuando A tiene la libertad de realizar la conducta X, pero a la vez tiene el deber de realizar X).

De lo que se acaba de decir puede desprenderse que cuando hablamos de que una persona tiene un derecho, en realidad nos podemos estar refiriendo a una serie compleja de relaciones jurídicas, que pueden ma-

terializarse, por ejemplo, en un derecho subjetivo que a su vez puede descomponerse en una serie también compleja de subtipos. La clasificación anterior, en consecuencia, nos puede servir para explicar la variedad de conductas posibles a que da lugar un derecho y las posiciones jurídicas que asumen el titular y el obligado por el mismo derecho.

Desde luego, en un solo derecho podemos encontrar (y casi siempre encontramos) más de uno de los tipos de relación jurídica que se acaban de exponer; es decir, en un mismo artículo constitucional se pueden crear para el titular del derecho fundamental derechos subjetivos, libertades e inmunidades; del mismo modo, un único precepto constitucional puede establecer deberes, no-derechos, sujeciones e incompetencias.

Los derechos humanos ante los paradigmas constitucionales contemporáneos. Desafíos y perspectivas

Con relación a los paradigmas constitucionales contemporáneos, los derechos fundamentales enfrentan nuevos desafíos y afrontan novedosas perspectivas, a la vez, en torno a su reconocimiento, garantía y efectividad en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Así, desde la concepción teórica del denominado en la doctrina como Neoconstitucionalismo (posterior a la Segunda Guerra Mundial) pasando por la reciente reivindicación de un nuevo tipo de constitucionalismo dado en América Latina (de finales del siglo XX y prin-

principios del XXI), todo ello supone visitar el contenido y alcance de tales derechos y determinar su vigencia efectivas ante estas corrientes doctrinales.

El primer nuevo paradigma jurídico, el Neoconstitucionalismo, comenzó a identificarse por la doctrina comparada en los nuevos modelos políticos y jurídicos del Estado constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial esbozando contenidos y principios constitucionales que en la actualidad son asumidos por la inmensa mayoría de los países contemporáneos. CARBONELL pone como ejemplo de este tipo de Constituciones a los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después.⁴³

Este Neoconstitucionalismo, advierte COMANDUCCI, no es simplemente una corriente doctrinal que teoriza y defiende la nueva forma de constitucionalismo que se instala en Europa en la segunda mitad del siglo XX con las constituciones de la segunda posguerra. En su versión más “integral”, el Neoconstitucionalismo contiene toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la nueva era que deja atrás tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo. En esto radica su principal novedad y, según opiniones, su mayor atractivo o su peligroso potencial.⁴⁴

Según la descripción del autor, el Neoconstitucionalismo es considerado una variante o desarrollo del constitucionalismo, del que se distinguiría por el debilitamiento o la pérdida de ciertos rasgos característicos. Así, en el Neoconstitucionalismo el fin de la li-

mitación del poder habría pasado a un segundo plano, mientras la garantía de los derechos fundamentales se convierte en el gran y principal objetivo. Ante el constitucionalismo que reconoce amplio espacio a la ley, el Neoconstitucionalismo estaría colaborando, en la teoría y en la práctica, a la construcción y justificación de un tipo de constitución “total”, repleta de contenidos materiales, llamada a situarse en el centro del ordenamiento y destinada a dirigir en todo momento la actuación de los poderes y orientar las políticas públicas.⁴⁵

Con el nuevo paradigma del Neoconstitucionalismo, la Constitución aparece como criterio hermenéutico para el resto de las normas, es decir, las demás normas se interpretan conforme a la Constitución. Se busca también erradicar la hiper-reglamentación que hoy existe, la reducción en la densidad normativa, en aras de un constitucionalismo interpretativo abierto a todos, que la interpretación de la Constitución sea considerada como una forma de participación ciudadana. La dimensión normativa-integradora-cultural como la describe SMEND, o bien, HABERLE que alude a la dimensión cultural de la Constitución, como elemento para el buen funcionamiento de las instituciones, la constitución no es exclusiva para los juristas, sino también a los ciudadanos que también la interpretan.⁴⁶

Por todo ello, PÉREZ LUÑO, considerando que la base de estos derechos es su trascendencia en el Neoconstitucionalismo contemporáneo, asevera que este último no sería lo que es de no ser por los derechos fundamentales. La estrecha relación que guardan ambos es insoslayable, los derechos fundamentales necesitan del

Estado contemporáneo para su plena realización, y este debe garantizar los primeros para considerarse un verdadero Estado democrático de derecho. De igual forma, la normativa constitucional económica que representa el soporte material de la actuación de los derechos fundamentales requiere de ellos para delimitarse.⁴⁷

En el Estado actual, los derechos fundamentales representan dos dimensiones, por un lado son el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, lo que legitima al Estado de Derecho pues constituyen los presupuestos de consenso sobre los que se edifica la sociedad democrática; y por el otro representan el estatuto jurídico de los individuos en su relación con el Estado y entre ellos mismos. Más allá de ello, el alcance y significado de los derechos fundamentales en un Estado dependerá del tipo de Estado de que se trate, liberal, social o socialista, y la concepción que se tenga de los derechos fundamentales determinará la significación del poder público.

Así, el sistema político y jurídico se orientará al respeto y promoción de la persona humana en su dimensión individual si se trata de un Estado liberal, o colectiva si se trata de un Estado social o socialista, con prevalencia de la propiedad colectiva en este último. En la convivencia política, los derechos fundamentales gozarán de mayor tutela si existe un mayor Estado de Derecho, a contrario sensu a menor Estado de Derecho, menor tutela de los derechos fundamentales. Lo paradójico es que ahí donde existe un menor Estado de Derecho es donde hace más falta un reconocimiento de los derechos fundamentales.

Para tales reconocimientos hace falta, tal y como afirmó PÉREZ LUÑO,⁴⁸ un Estado de Derecho con un reconocimiento pleno a los derechos fundamentales, no garantiza su plena protección ante las violaciones que se pueden cometer por parte de grupos económicos, nacionales y multinacionales, e incluso, por grupos terroristas. Esta problemática nace al considerar que los derechos fundamentales también pueden ser violados por terceras personas y no necesariamente por la autoridad pública. De ahí la importancia que significa para los derechos fundamentales este nuevo paradigma del Neoconstitucionalismo, toda vez que afirma la vigencia de tales derechos en una sociedad contemporánea como consustanciales con la propia existencia humana.

La doctrina tradicional, siguiendo el Neoconstitucionalismo, por su parte y según AGUILERA PORTALES, afirma la naturaleza pre y supraestatal de los derechos fundamentales, considerados como “derechos absolutamente inderogables e intocables”.⁴⁹ Esta autosuficiencia de los derechos fundamentales ha sido defendida por un corriente *iusfilosófica* amplia y dominante que defiende la primacía constitucional de los principios y valores frente a las reglas. Podemos decir que en la Convención de La Haya de 1907 y la Convención de Ginebra de 1929, y, más tarde, después de la Segunda Guerra Mundial, las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios de 1977, que protegen a las poblaciones civiles, los prisioneros de guerra, los náufragos, los heridos, entre otros.⁵⁰ Siendo aplicables sus disposiciones a situaciones de guerra

internacional y de guerra interna, de acuerdo con los respectivos protocolos de 1977.

Como afirma KAGI, es una realidad que los derechos fundamentales si bien no garantizados por el instrumento formal constitucional, son mejor defendidos por el “*rule of law*” inglés que por cualquier Constitución.⁵¹ Por ello, considera AGUILERA PORTALES que estamos ante dos modelos de interpretación jurídica totalmente diferentes, por un lado el *Common Law* de origen inglés y, por otro, el modelo continental europeo que busca la protección de los derechos fundamentales mediante el principio de supremacía constitucional. En este tenor, propio autor, subraya que la modernidad política y jurídica ha considerado siempre el concepto de Constitución, ligado en su parte dogmática, a los derechos fundamentales y libertades públicas, de forma que derechos del hombre y del ciudadano se marcaron desde un principio como indisolublemente unidos.⁵²

La conquista de los derechos que durante décadas han realizado los hombres y las sociedades, tiene como efecto el reconocimiento de los derechos fundamentales tanto a nivel nacional como internacional. Por eso podemos decir que la lucha y conquista de los hombres para que sea reconocido sus derechos fundamentales resultó en una categoría jurídica que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales son, parte integrante, necesaria e ineludible de la cultura jurídica de todo Estado constitucional.

Por otra parte, en los Estados democráticos, la legislación es la instancia jurídica que se encarga de in-

troducir cambios en el Derecho, reflejando o guiando el cambio social. En el campo judicial, la interpretación permite un margen para introducir cambios, dentro de lo que permita el sistema. Y la capacidad para actuar como agentes del cambio social de la Administración y el Poder ejecutivo deriva, en gran medida, de que su función en el Estado contemporáneo se desenvuelve en el terreno de la normación que tiende a agrandarse cada vez más.⁵³ Los cambios que sufre el modelo aplicativo del Derecho rompen con la concepción del estricto formalismo, creándose espacios relacionados con fines y estrategias de naturaleza social, económica, política, etc., que tienen un gran peso en la realización de los principios reguladores del nuevo Derecho.⁵⁴

A partir de esta misma pretensión de “fijar” el derecho fundamental, codificarlo, y atribuir un contenido cierto y definido a los *standards* conforme a los cuáles medir la “moralidad” y legitimidad de la actuación de los gobernantes yace la tensión irresoluble que es característica del constitucionalismo. En tanto que expresión de derecho fundamental, toda Constitución se pretende permanente, al menos en la misma medida en se consideran permanentes los principios que simplemente “declara” y no crea. En tanto que “derecho”, en cambio, los preceptos constitucionales tienen la consideración de normas jurídicas con contenido determinado, aunque necesitadas de interpretación, y como derecho aplicable, expuestas al mismo proceso de transformación que experimentan otras normas por influjo de la cambiante realidad social que pretenden regular.⁵⁵

Si a esto agregamos que en la doctrina alemana de entreguerras ya se había desarrollado, en la obra de SMEND, una teoría de la Constitución en la cual una de sus funciones se describía como la de integración espiritual en torno a los valores de los que daban cuenta los derechos fundamentales, resulta a la mano entender el por qué, a muy poco andar de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional Federal alemán afirma la función de los preceptos sobre derechos fundamentales, no en una dimensión normativa tradicional, sino que en una sustancialización ontológica; los enunciados sobre derechos fundamentales dejan de constituir la base para fundar reglas de deber ser y pasan a considerarse un orden objetivo de valores.

Si bien es cierto que con ello los derechos fundamentales se mantienen en el universo de las categorías deónticas, no lo es menos que, desde la perspectiva de la función que cumplen los textos normativos en el sistema de fuentes, se presencia aquí una revolución copernicana, si es que la figura es aplicable a la cultura jurídica: los textos normativos no serán más considerados como un llamado al juez a disciplinar su proceso argumental en la construcción de reglas, sino que como definiciones de lo valioso, que, una vez asumidas como tales, dejan en libertad de acción al juzgador.⁵⁶

Sin embargo, los derechos fundamentales como valores y el enfoque axiológico del neoconstitucionalismo, podemos decir que el origen inmediato de la evolución que lleva a la consideración de los derechos fundamentales como valores, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es la sentencia del Tribunal

Constitucional Federal alemán en el caso LÜTH, mencionada tantas veces que no amerita mayor explicación aquí.

En conexión con la teoría constitucional desarrollada por SMEND en el período de entreguerras, y con la cuestión jurídica a resolver en el caso (una expresión del Código Civil alemán de función jurídica equiparable a la del castellano “buenas costumbres”), la sentencia en este caso califica a la parte de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn como constitutiva de un “orden objetivo de valores”.⁵⁷ Como segundo hito en este camino puede mencionarse el desarrollo doctrinal que se intenta a partir de una lectura de la Ley Fundamental de Bonn y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, realizada por Robert ALEX Y.

El propio ALEX Y sostiene que los preceptos sobre derechos fundamentales constituyen principios, y éstos, a su vez, son la expresión, en términos de deber ser, de los valores, ubicados en el plano del ser. Desde un punto de vista normativo, los principios se caracterizarían por ser mandatos de optimización. A partir de la difusión de la obra de ALEX Y en italiano y en castellano, junto con el prestigio alcanzado por el Tribunal Constitucional Federal alemán y su jurisprudencia, la calificación de los derechos fundamentales como valores o principios se hace patrimonio común del componente teórico del neoconstitucionalismo.⁵⁸

La afirmación de que los derechos fundamentales constituyen valores, o un orden de valores, así como la más amplia afirmación de que ciertos principios

constitucionales se insertan dentro de un sistema axiológico, (re)introduce una reflexión iusteorética sobre la relación entre el derecho y la moral que se identifica como un rasgo propio del neoconstitucionalismo.⁵⁹ Para HABERMAS, los derechos sólo son gozados ejercitándose. La autodeterminación individual se constituye en el ejercicio de los derivados de normas legítimamente elaboradas, de lo que se desprende que “la igual distribución no se desligue de esa autonomía pública ejercitable con exclusividad por los ciudadanos en común, participando en la práctica de la producción legislativa”.⁶⁰ Especialmente en la esfera de los derechos, han de fijarse los criterios de la discusión: la capacidad de elección, la satisfacción de necesidades básicas y el igual poder de los sujetos morales en la determinación de lo correcto.⁶¹

A nuestro juicio el mayor desafío en la actualidad recae en como reconocer y garantizar los derechos fundamentales tanto nacionales como internacionales que pudiera ser en sus Cartas Constitutivas o mediante protocolos adicionales a este para que tenga mayor aplicación y un control de carácter constitutivo. También para la eficacia de tales derechos fundamentales el control ciudadano mediante las denuncias y que tenga un tribunal especializada para hacer valer las denuncias, para eso en las comunidades debe facilitar las informaciones gratuitamente a sus ciudadanos.

Otro paradigma contemporáneo lo constituye, sin lugar a dudas, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, asumido y postulado por parte considerable de la doctrina contemporánea, tanto de nuestra área

geográfica como de otras, entre ellos destacando a los españoles VICIANO PASTOR y MARTÍNEZ DALMAU,⁶² quienes perciben ambas corrientes o paradigmas como complementarios en sus principales postulados, así como ÁVILA SANTAMARÍA,⁶³ quien lo identifica como Neoconstitucionalismo transformador. Como ejemplos que encarnan este nuevo tipo de constitucionalismo podemos afirmar que se encuentran los textos constitucionales de Colombia (1991), Ecuador (1998), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009) y Dominicana (2010).

Así, los propios autores identifican que, con respecto al Neoconstitucionalismo, “el nuevo constitucionalismo mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico”, así como “la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hacia el Estado constitucional”.⁶⁴ A propósito de las novedades apreciadas en este nuevo tipo de constitucionalismo aseguran, con relación al origen constitucional, a los procesos constituyentes democráticos que ofrece el elemento legitimidad, así como otros elementos, de carácter formal, como son el contenido innovador de los textos constitucionales (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad) y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez).

También destacan como elementos materiales comunes que caracterizan este paradigma, como son la

búsqueda de instrumentos que recompongan la pérdida (o nunca lograda, como afirman los autores citados) relación entre soberanía y gobierno, asumiéndose el compromiso de promover la participación ciudadana a través de fórmulas directas, estableciéndose mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido. También la abierta e inequívoca declaración del carácter jurídicos de los textos constitucionales, más allá de meras declaraciones nominales, habilitándose mecanismos de control constitucional mucho más efectivos, con el propósito de visibilizar los atentados a las Constituciones y reparar tales daños en vistas de brindar toda la certeza o seguridad jurídicas necesarias, tanto para el Estado como para los ciudadanos.

Y por último, el que nos interesa a los propósitos de la presente investigación, lo relacionado con los derechos fundamentales, postulándose profusas catálogos de derechos en las nuevas Constituciones y que, a diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupa por la individualización y colectivización de los mismo, es posible advertir en los nuevos textos la identificación de los grupos vulnerables y una interpretación amplia de los beneficiarios de los derechos.

Además, continúan asegurando, la recepción de los convenios internacionales de derechos humanos, la búsqueda de criterios de interpretación más favorables para las personas, o las acciones indirectas de amparo, acompañan a tales catálogos, otorgando a los derechos económicos, sociales y culturales (de prestación, según su contenido) una mayor efectividad, así como el reco-

nocimiento de los derechos de los pueblos originarios o indígenas como se les conoce en Latinoamérica; entre otras innovaciones interesantes de este paradigma.

Por su parte, ÁVILA SANTAMARÍA,⁶⁵ con especial énfasis en la Constitución ecuatoriana del 2008, significó el establecimiento en su texto de la posibilidad de que particulares, por cuestiones de abuso de poder, de discriminación o por situaciones de sumisión, puedan ser controlados constitucionalmente a través de una acción de protección, avanzando en la teoría clásica de los derechos fundamentales, por la que se concebía que sólo el Estado podía violar derechos. Así advirtió que la “realidad nos demuestra que los particulares pueden violar derechos humanos y en los ámbitos que los liberales consideraban inviolables, tales como la esfera doméstica, el abuso contractual de las empresas, el poder de las multinacionales para explotar laboralmente y contaminar, la mala práctica médica.

La teoría contemporánea de los derechos humanos considera que cualquier poder, público o privado, debe ser limitado por los derechos constitucionales”,⁶⁶ complementando la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, anteriormente referida y que constituye otro carácter generalizado en este nuevo paradigma.

Entre los ejemplos que cita se encuentran los abusos en que pueden incurrir los hospitales privados cuando se permiten limitar la libertad al encerrar a un paciente que no puede pagar, en la externalización de los costos de producción de empresas que por producir barato explotan y contaminan (y los costos los paga el

Estado con fondos públicos), en el maltrato infantil y en la violencia contra la mujer, en la discriminación en los arriendos o en el acceso a trabajos por cuestiones de origen nacional o color de piel.

De este modo, se consolidan ambos paradigmas, el segundo de ellos de reciente impacto en Latinoamérica, conduciendo a reinterpretaciones en cuanto al tratamiento que se les brinda a los derechos fundamentales, dimensionándolos a partir de las insuficiencias históricas que los han diezmado o disminuidos en cuanto al alcance de su ejercicio o efectividad, no sólo ya desde el punto de vista jurídico sino material, privilegiándose el tratamiento de los derechos económicos, sociales y culturales, lastrados ya por su relativización como derechos fundamentales. Se vinculan además al reconocimiento y goce de esos derechos tanto a los poderes públicos como a los entes particulares o privados, reconociéndose una suerte de efecto de irradiación de los derechos fundamentales, los que deben impregnar todo el ordenamiento jurídico, lo que por supuesto incluye las relaciones entre particulares.

Reflexiones finales

Los derechos fundamentales (o humanos) se afirman como productos históricos que condensan conquistas pasadas, demandas presentes y proyectos futuros. De esta forma los mismos evolucionan como paradigma y como progreso constante en el sentido de asegurar la plena dignidad de todos los seres humanos

y la necesidad de imponer los límites y controles a los actos practicados por el Estado y sus autoridades, es decir, al poder gobernante. Esa evolución fue animada profundamente por las luchas reivindicatorias en defensa de nuevas libertades y derechos contra los viejos poderes hegemónicos del Estado, acompañando los procesos históricos, las luchas sociales y los contrastes de regímenes políticos, así como los progresos científicos, técnicos y económicos.

Podremos entender a los derechos fundamentales (o humanos) como el conjunto de valores, principios, instituciones, facultades y/o prerrogativas reconocidas a todos los seres humanos que, en cada momento histórico, han sido reivindicados como consagratorios de la dignidad humana, a partir de los principios de libertad, igualdad, justicia y solidaridad, entre otros, y que en la actualidad gozan de un consenso en la comunidad internacional de naciones, así como que deben estar positivados en los ordenamientos jurídicos vigentes con el propósito de dotarlos de las necesarias efectividad y aplicabilidad jurídica y material. En cuanto a sus contenidos esenciales podremos clasificarlos como: derechos de defensa o derechos de libertades; derechos de prestación; y derechos de participación.

El mayor desafío en la actualidad, evidenciado profundamente por el Neoconstitucionalismo y acentuado en los tiempos por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, recae en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales (o humanos) tanto nacional como internacionalmente. Superando ello, la eficacia de tales derechos fundamentales (o humanos)

pasará de ser una quimera imposible a un efectivo goce y ejercicio, sumado al control necesario y la disposición de medios múltiples de defensa jurídica.

Notas

- 1 El artículo es el resultado de investigaciones relacionadas con los derechos fundamentales y su aplicación en el continente africano, desarrollada en estudios de posgrado en la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, República de Cuba.
- 2 Carlos TUNNERMANN, *Los Derechos Humanos: evolución histórica y reto educativo*, p.7.
- 3 Derley DA CUNHA JUNIOR, *Curso de Derecho Constitucional*, pp.566 y ss.
- 4 Vicente PAULO y Marcelo ALEXANDRINO, *Direito Constitucional descompilado*, p. 97.
- 5 Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p.167.
- 6 Claude Albert COLLARD, *Libertes publiques*, pp. 6-8, cit. por DA CUNHA JUNIOR, *op. cit.*, p. 568.
- 7 Norberto BOBBIO, *A era dos Direitos*, p. 5
- 8 Manoel GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos humanos fundamentais*, p. 22, cit. por DA CUNHA JUNIOR, *op. cit.*, p. 569.
- 9 Walber DE MOURA AGRA, *Direito Constitucional*, p. 149.
- 10 Rodrigo César REBELLO PINHO, *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*, p. 101.
- 11 DE MOURA AGRA, *op. cit.*, pp. 150 y ss.
- 12 PAULO y ALEXANDRINO, *op. cit.*, pp. 99 y 100.
- 13 Marcelo NOVELINO, *Direito Constitucional*, pp. 383 y ss.
- 14 Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p. 30., cit. NOVELINO, *op. cit.*, p. 383.
- 15 *Idem*.
- 16 Luigi FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 19.
- 17 María del Pilar HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, "Constitución y derechos fundamentales", p. 1042.
- 18 FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 19.
- 19 Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, p. 99.

- 20 *Ídem*, p. 100.
- 21 Jesús Raúl LA MADRID ALIAGA, *Derecho Constitucional General*, p. 148.
- 22 NOGUEIRA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 177.
- 23 *Idem*, p. 178.
- 24 *Ibidem*, p. 179.
- 25 *Ibidem*, p. 180.
- 26 *Ibidem*.
- 27 *Ibidem*.
- 28 Rodrigo César REBELLO PINHO, *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*, p. 100.
- 29 PAULO y ALEXANDRINO, *op. cit.*, pp. 101 y 102.
- 30 *Idem*.
- 31 Alexandre MORAIS, *Direito Constitucional*, p. 34.
- 32 Tomado de Miguel CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, p. 33.
- 33 Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 252, cit. en *idem*, p. 34.
- 34 *Ibidem*.35
- 35 *Ibidem*, p. 37.
- 36 John RAWLS, *Liberalismo Politico*, p. 274, cit. *ibidem*, p. 39.
- 37 BÖECKENFÖRDE, *Teoria e interpretacion de los derechos fundamentales*, p. 60, cit. *ibidem*, p. 41.
- 38 *Ibidem*, pp. 42 y 43.
- 39 *Ibidem*, p. 44.
- 40 T.H. MARSHALL y T. BOTTOMORE, *Ciudadanía y clase social*, cit. *ibidem*, pp. 44 y 45.
- 41 Manuel ATIENZA, *Una clasificacion de los derechos humanos*, cit. *ibidem*, p. 33
- 42 *Ibidem*, p. 50.
- 43 CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 9.
- 44 María Ángeles AHUMADA, "Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de "Constitucionalización y Neoconstitucionalismo" de Paolo Comanducci)", p. 1.
- 45 *Idem*, p. 2.
- 46 Fernando MÁRQUEZ RIVAS, "Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo", s.p.
- 47 PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p. 233.
- 48 *Idem*.
- 49 Rafael Enrique AGUILERA PORTALES, *Teoría Política y jurídica*, p. 99.

- 50 NOGUEIRA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 5.
- 51 Werner KÄGI, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, p. 215, *cit.* AGUILERA PORTALES, *op. cit.*, p. 99.
- 52 FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 147; Gregorio PECES-BARBA, *El fundamento de los derechos humanos*; Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, s.p.; AGUILERA PORTALES, *op. cit.*, p. 96.
- 53 ATIENZA, *El sentido del Derecho*, pp. 169 y ss., *cit.* María Isabel GARRIDO GÓMEZ, *Fundamentos e instrumentos de la regulación globalizadora de los derechos fundamentales*, p. 31.
- 54 T. PICONTO NOVALES, *En las fronteras del Derecho. Estudio de casos y reflexiones generales*, p. 162, *cit. ídem*, p. 31.
- 55 AHUMADA, *op. cit.*, p. 16.
- 56 Eduardo Aldunate LIZANA, *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*, pp. 81 y 82.
- 57 *Idem*, p. 9.
- 58 Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 86.
- 59 LIZANA, *op. cit.*, p. 92.
- 60 J. HABERMAS, *Facticidad y validez. sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, pp. 498, 502 y 503, *cit.* GARRIDO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 34.
- 61 Rodrigo DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, p. 73.
- 62 Roberto VICIANO PASTOR y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, “¿Puede hablarse de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”, pp. 1 y ss.
- 63 Ramiro Ávila Santamaría, “En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos”, pp. 1 y ss.
- 64 *Idem*, p. 2.
- 65 ÁVILA SANTAMARÍA, *op. cit.*, pp. 14 y ss.
- 66 *Idem*, p. 15.

Bibliografía

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Teoría Política y jurídica, Problemas actuales*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- AHUMADA, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo”, disponible on-line: <http://www.fcje.org.es/wp-content/uplo->

- ads/file/jornadall/4_AHUMADA.pdf (consultado: 10 de abril de 2013).
- ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Editorial UNAM, México, 2003.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo” en, *Revista de Derecho*, Volumen I, XXIII, Número 1, 2010.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Editorial CEPC, Madrid, 1993.
- AÑÓN, María José, “Derechos fundamentales y Estado constitucional”, disponible on-line: http://drept.unibuc.ro/dyn_doc/relatii-internationale/cds-2010-3.Cc-40.-Anon.pdf (consultado: 15 de abril de 2013).
- ASENSI SABATER, José, *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1995.
- ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, España, 2001.
- BOBBIO, Norberto, A, *Era dos Direitos*, (Trad. de Carlos Nelson Coutinho), Campus, Rio de Janeiro, Brasil, 1992.
- CAÑIZARES ABELEDO, Fernando Diego, *Teoría del Derecho*, 1ª reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1979.
- CAÑIZARES ABELEDO, Fernando Diego, *Teoría del Estado*, Universidad de La Habana, La Habana, [s.f.].
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM, México, 2004.
- CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, España, 2009.
- COMPETA AMARAL, Renata, *Direito Internacional Publico e privado, verbo jurídico*, Porto Alegre, Brasil, 2012.
- CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, *El sistema de garantías de los Derechos Humanos en Cuba*, Tesis de Doctor en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, Cuba, 1999.
- DA CUNHA JUNIOR, Derley, *Curso de derecho constitucional*, 5ª edición, Revista ampliada e actualizada, Jus POIVM, Bahía, Brasil, 2011.
- DE MOURA AGRA, Walber, *Direito Constitucional*, 6ª edición, Revisada E Actualizada, Forense, Rio de Janeiro, 2010.
- DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso, *La globalización ilustrada: Ciudadanía derechos humanos y constitucionalismo*, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2003.

- DERRIDA, Jacques, *Espectros de Marx. El estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995.
- DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª edición, 1ª reimpresión, Ariel, Barcelona, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2005.
- FERRANDO BADÍA, Juan, *Estudios de Ciencia Política y Teoría Constitucional*, 3ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1988.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los Derechos Humanos y su Protección Jurídica y Procesal en Latinoamérica*, UNAM, Mexico, 2001.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y derechos fundamentales*, PPU, Barcelona, 1992.
- GARCÍA ALONSO, Ricardo, “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 13, mayo-agosto, 2001.
- GARCÍA COTARELO, Ramón y Andrés DE BLAS HERRERO, *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*, Tomos I y II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1986.
- GÓMEZ GARRIDO, María Isabel, “Fundamentos e instrumentos de la regulación globalizadora de los derechos fundamentales”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 11, 2007/2008, disponible on-line: http://bajio.delasalle.edu.mx/revistas/derecho/numero_10/maestros_Losderechosfundamentales.html (consultado: 28 de junio de 2013).
- GÓMEZ ISA, Felipe y José Manuel PUREZA, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto Bilbao España 2004
- GUERRERO MAYORGA, Orlando, “El derecho comunitario: Concepto, naturaleza y características”, en *Anuario del Derecho Constitucional Latinoamericano*, Nicaragua, 2005.
- HUMMER, Waldemar, “La elaboración de una Carta de los derechos fundamentales del Mercosur desde una perspectiva europea”, *Anuario Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo, Uruguay, 2009.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, (Trad. de la 2ª edición en alemán Roberto J. Bernenco), UNAM, México, 1982.
- LA MADRID ALIAGA, Jesús Raúl, *Derecho Constitucional General*, disponible on-line: <http://es.scribd.com/doc/136908139/Derecho-Co>
- LANDA, César, “Teoría de los Derechos Fundamentales institucional-General (consultado: 13 de marzo de 2013).”, disponible on-line: <http://www.capje.org.pe/guia/teo.htm> (consultado: 28 de noviembre de 2012).
- MÁRQUEZ RIVAS, Fernando, “Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo” en revista electrónica, disponible on-line http://bajio.delasalle.edu.mx/revistas/derecho/numero_10/maestros_losderechosfundamentales.html (consultado: 15 de abril de 2013).
- MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *Curso de Direito constitucional*, Sao Paulo, 1991.
- MOLINA, Ignacio, *Conceptos fundamentales de Ciencia Política*, 1ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- MONCAYO VINUESA GUTIÑERAZ POSSE. *Derecho Internacional Público*, Zavallía S.A., Buenos Aires-Argentina, 1990.
- MORAIS, Alexandre, *Direito Constitucional*, 27ª. ed., Sao Paulo, 2011.
- NEGRO, Dante M. “El sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aspectos jurídicos y políticos”, abril, 2012, disponible on-line http://72.29.69.19/ejal/images/stories/arquivos/sidh/sistema_interamericano.pdf (consultado: 15 de abril de 2013).
- NORIEGA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- NORIEGA CANTÚ, Alonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.
- NOVELINO, Marcelo, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Método, Brasil 2011.
- PAULO, Vicente y Marcelo ALEXANDRINO, *Direito Constitucional descompilado*, 7ª ed., Método, Brasil, 2001.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1994.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Las Fuentes del Derecho*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1986.
- PEREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 4ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PINHO REBELLO, Rodrigo César, *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*, 11ª ed., V. 17, Saraiva,, Brasil, 2011.
- PUPE BRAGA, Marcelo, *Direito Internacional Publico e Privado*, Metodo, Brasil, 2010.

- ROLLA, Giancarlo, Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional, UNAM, México, 2002.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa", en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 48, Madrid 1996.
- SANTANA LESCAILLE, Freider, América latina y el Caribe ante los desafíos de la integración regional: Perspectivas jurídicas de ordenación, Tesis en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Habana, 2010 (inédito).
- SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, 1ª ed., 3ª reimp., Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- SERRANO, G. Enrique, Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt, México, 2007, disponible on-line: <http://ISEGORIA.REVISTA.CSIC.ES> (consultado: 15 de abril de 2013).
- TÜNNERMANN, Carlos, Los Derechos Humanos: evolución histórica y reto educativo, 2da. ed., Unidad Regional de Ciencias Sociales y Humanas para América Latina y el Caribe - Oficina UNESCO, Caracas, 1997.
- VAN NIEKERK LOLETTE Kritzinger, Regional integration, concepts, advantages, disadvantages and lessons of experience", Ed. SN 2010.
- VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, "¿Puede hablarse de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?", disponible on-line: <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/sources/Issue%2089.7/Landa/fn005.Landa.Viciano.Sistematizada.pdf> (consultado: 20 de mayo de 2013).

A ordem econômica e a função social da empresa

The economic order and the enterprise social function

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 3/10/2015

Patricia Maria Dusek

A autora é mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes e doutora em Direito pela Universidade Gama Filho, professora de Direito Civil e Direito Empresarial da Universidade Castelo Branco e do Centro Universitário de Barra Mansa em cursos de graduação e pós-graduação, advogada especialista em Direito Empresarial.

Resumo

A ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos a existência digna (art. 170 da Constituição Federal do Brasil). E tem por princípios, dentre outros, a função social da propriedade, ao qual também se inclui a empresa privada. O Estado consegue concretizar seus fundamentos e objetivos com os recursos obtidos das receitas públicas derivadas, decorrentes, basicamente, da exploração da atividade econômica pela iniciativa privada. Este trabalho tem por objetivo o exame da funcionalização dos institutos de direito privado, sobretudo da função social da empresa como meio de transformação social e concretização dos fundamentos da República. O mundo pós-guerra repensa o direito de propriedade, estabelecendo limites e condições para o seu exercício. Na atualidade, a empresa não é mais vista isoladamente, como um bem a que se pode dar o destino que bem lhe aprouver seus proprietários. Além do interesse dos sócios, há também o interesse da coletividade, pois abre postos de trabalho, gera receita tributária e promove transformações no local onde está instalada. Por si só, a empresa é um poder que não pode ser exercido livremente sem a intervenção do Estado.

Abstract

The economic order is intended to guarantee everyone a decent life (article 170 of Brazil's the Federal Constitution), and has its principles, amongst

others, the social function of property, which also includes private company. The State can realize its

foundations and objectives with funds obtained from public revenues, arising, basically, from the exploitation of economic activity in the private sector. This study aims to examine the functionalization of private law institutes especially the social role of the company as a means of social transformation and implementation of the foundations of the Republic. The postwar world reconsiders the right to property, setting limits and conditions for its exercise. Nowadays, a company is no longer seen as isolated, as an asset that could be given any fitting fate by the owners. Besides the interest of shareholders, there is also the interest of the community as It creates jobs, generates tax revenue and promotes changes in the location where installed. By itself, a company is a power that cannot be freely exercised without state intervention.

Keywords

Economic, order, enterprise social function

Sumário

1. Introdução. 2. A Funcionalização dos Institutos de Direito Privado. 2.1. A Origem da Expressão “Função Social”. 2.2. Função Social da Propriedade e a Função Social da Empresa como uma de suas Manifes-

tações. 2.3. Os Princípios Fundamentais da República Brasileira e a Função Social da Empresa. Conclusões. Notas. Referências.

Introdução

Já de algum tempo assistimos o que se convencionou chamar de socialização do Direito. O direito privado moderno passa por um momento de transformação. No sistema jurídico brasileiro que antecede à Constituição Federal de 1988 e ao Código Civil de 2002, vigorava o Código Civil de 1916, concebido fortemente individualista, inspirado no Código Civil napoleônico, que, como sabido, tinha por escopo garantir o *status quo* da burguesia francesa, opondo-se aos privilégios da aristocracia feudal e às inseguranças daí advindas. Nosso Código Civil de 1916, excessivamente patrimonialista, também tinha por característica a completude. A ideia era manter um único diploma para reger todas as relações privadas. Essa característica de completude foi marcante e perdurou até meados do século XX, em razão da segurança que gerava. Com a primeira Grande Guerra e as dificuldades de abastecimento e, por conseguinte, de cumprimento dos contratos privados, o Estado foi instado a intervir na economia através de leis especiais, ampliadas para solucionar questões privadas até então reguladas, exclusivamente, pelos Códigos Civis. A economia do pós-guerra levou juristas de todas as partes do mundo a profundas reflexões.

O Estado Liberal foi implementado e sustenta-

do por correntes filosóficas que rechaçavam o fim dos privilégios da aristocracia e, por conseguinte, o fortalecimento da burguesia. Fábio Nusdeo destaca:

Patente essa sincronia dessa visão econômica com a concepção e com as conclusões dos grandes pensadores políticos que formularam, do século XVII para o XVIII, a grande construção intelectual do Estado Liberal: aquele cujo fim básico seria a garantia da liberdade, pois não estava comprometido com qualquer outro. A salvação da alma dos cidadãos, a sua virtude, o seu bem-estar econômico, a sua própria felicidade seriam a ele estranhos, já que cada um desses objetivos individuais era para ser procurado e, possivelmente, alcançado em nível pessoal, desde que a todos e cada um fosse assegurada a liberdade para o fazer.¹

A corrente filosófica e política do liberalismo sustentou a ideia de liberdade individual. O Estado Moderno surge absolutista e por séculos ele passa a ser confundido com o próprio monarca e com todas as suas mazelas. Daí porque, no século XVIII, o Poder Público era visto como inimigo da liberdade individual. Esta seria a semente que deu origem à corrente liberal, cujo escopo era a intervenção mínima do Estado nas relações privadas, considerando “a liberdade contratual um direito natural dos indivíduos”.²

Também no campo das ciências naturais, surgem as teorias desenvolvidas por Newton, Depler,

dentre outros cientistas de envergadura, defendendo a existência de uma ordem natural das coisas, ponto de partida à construção da *Teoria da Mão Invisível* de Adam Smith,³ sustentáculo da economia de mercado no Estado Liberal.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Dallari, “[...] a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o direito de ser livre, não assegurava a ninguém o poder de ser livre”.⁴

O Estado reduzido tinha como funções essenciais a proteção nacional contra ataques externos e a defesa das instituições. A Economia, então, deveria se desenvolver livremente. As Constituições clássicas dão conta desse aparato.

Nusdeo evidencia as características dessas Constituições nos seguintes termos:

As Constituições clássicas caracterizam-se como Constituições-Garantia, destinadas, por um lado, a submeter o Estado a controles endógenos, isto é, operantes dentro de sua própria mecânica funcional e estrutura, fundadas ambas no princípio da divisão dos poderes e, por outro, a contê-lo dentro de acanhados limites de ação, interferindo o mínimo possível na liberdade de movimentos dos cidadãos, escudados pelo rol dos direitos e garantias individuais.⁵

Na expressão cunhada pela doutrina, vê-se o surgimento do “Estado Mínimo”. Mínimo não no sen-

tido de Estado enfraquecido, mas no sentido de Estado que intervém de forma mínima na economia.

O liberalismo exaltado teve por fim garantir a segurança jurídica e a liberdade individual, tão duramente desprezadas pela monarquia. Mas ninguém previu que a liberdade, como tal, poderia, como de fato ocorreu, representar enorme forma de opressão e de fortes injustiças sociais.

A garantia da liberdade individual pelo Estado Moderno desenvolveu o capitalista e sua economia de mercado em que os preços dos produtos e serviços são determinados pela lei da oferta e da procura. Neste aspecto, o Estado aparece apenas para garantir que o sistema se desenvolva livremente.

As revoluções liberais e a mudança no sistema de produção e industrialização fez surgir um novo tipo de relação jurídica envolvendo o exercício do direito de propriedade.

Como é de conhecimento, a Revolução Francesa representou o movimento político de reação às desigualdades e aos excessos absolutistas. A propriedade da terra era mantida concentrada nas mãos dos nobres, por suposta maior capacidade de defendê-la contra os invasores. Essas terras poderiam ser cultivadas por servos que, em contrapartida, pagavam corveia, foros, censos etc.

A propriedade funcionava como um instrumento de relação entre o nobre e o servo. Um limitado número de pessoas detinha a propriedade da terra, cultivada por muitos a preços altos. A reação ao regime veio de forma radical com as revoluções e a proprieda-

de passa a ser um direito essencial do homem. O art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consagra esta ideia.

Os pressupostos para o Estado Político Liberal foram a instauração de um novo modelo de organização política e de uma nova organização social, baseados nos princípios da liberdade, da propriedade e da igualdade perante a lei. Como corolário, a legislação deveria estar muito claramente disposta em Códigos e Estatutos que impedissem as arbitrariedades do Estado.

A propriedade foi tratada como um direito absoluto e era ela quem servia de sustentáculo ao sistema capitalista. Desta forma, a propriedade passa a ser de extrema importância para a ordem jurídica moderna, no que toca aos países que adotaram o sistema capitalista de produção. O ataque ao direito de propriedade também representava ataque aos direitos individuais e restringir esse direito implicaria num retrocesso histórico.

Nas lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Assim, só no ter algo, a liberdade parecia adquirir uma certa substancialidade. Esse ter algo, que inicialmente se refere à propriedade, levava a um aburguesamento da liberdade no sentido da liberdade capitalista e à distinção social entre os que têm e, assim, são verdadeiramente livres, e os que são destituídos de propriedade e, em consequência, de liberdade.⁶

Para esta concepção de propriedade, inaugurada pela Revolução Francesa, muito contribuiu John

Locke, para quem a propriedade é um direito natural, assim contextualizada:

Deus, que deu o mundo aos homens em comum, deu-lhes a razão, para que se servissem dele para o maior benefício de sua vida e de suas conveniências. A terra e do o que ela contém foi dada aos homens para o sustento e o conforto de sua existência [...]. Sempre que ele (o homem) tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens.⁷

Na filosofia de Locke, a propriedade é o fim principal da união dos homens em comunidade e a razão para a instituição do governo civil. Por este prisma, o magistrado não deve fazer nada a não ser com o objetivo de assegurar a paz civil e a propriedade de seus súditos.⁸

A propriedade e o contrato, institutos de direito privado, eram as colunas que sustentavam a nítida separação entre o direito público e o direito privado. O Código Civil francês é o reflexo desta época.⁹ Nele o contrato é tratado como forma de aquisição de propriedade, tendo como princípio a autonomia da vontade. Levando em consideração a liberdade de cada um, o Estado deveria intervir apenas para garantir essa liberdade.

O sustentáculo da autonomia privada, que era a igualdade formal tornou-se insustentável, já que, na grande maioria dos negócios jurídicos privados, há um desequilíbrio econômico e social entre as partes, onde o exercício da liberdade contratual da parte mais forte anula a liberdade do mais fraco.

A base da autonomia privada, tendo por pressuposto a igualdade formal, tornou-se inviável já que dela decorreram grandes injustiças sociais. A passagem do Estado Liberal ao Estado Social se dá com a constatação de que o mercado se mostrou incapaz de gerir os fatores econômicos de produção.

Como leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

O que provocou a grande alteração, pode-se dizer, foi o aumento da complexidade social e o aparecimento de subsistemas sociais de tal forma que pouco a pouco assistimos, já no século XVIII, à diferenciação do chamado subsistema econômico que passa a constituir algo de per se e, isso merecedor de atenção do governo.¹⁰

Depreende-se do trecho acima que o Estado Liberal começou a dar sinais de fragilidade em razão da intervenção estatal necessária para a regulação dos subsistemas de que trata o autor.

Leonardo Mattietto, em interessante passagem destaca que:

O individualismo político, econômico e jurídico não foi capaz de deter o mal estar social que, pelo

contrário, se agravaria a cada dia. Uma imensa parte da população, não possuindo bens nem fortuna, vivendo de um salário de fome, carecia em absoluto de toda proteção legal por parte do Direito. O direito civil, que tinha como protagonistas o proprietário, o contratante, o marido e o testador, era um direito civil para os ricos.¹¹

Sendo este o caso, uma vez abalado o liberalismo, inicia-se uma nova fase a que se convencionou chamar de Estado Social ou ainda, Estado do Bem-Estar Social.

Notadamente após a primeira Grande Guerra Mundial e com os abalos sofridos no abastecimento e no cumprimento dos contratos, o Estado passa a ocupar posição nas questões sociais e econômicas, sobretudo passa a intervir na economia, tentando minimizar as desigualdades sociais e atender as necessidades da população. Um bom exemplo dessa mudança de direção obtém-se com o exame da Constituição de Weimar, elaborada após a grande crise que assolou a Alemanha pós-guerra. O art. 153 da Constituição de Weimar assim estatuiu: “A propriedade e o direito de sucessão hereditária são garantidos. A sua natureza e os seus limites são regulados por lei. A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem-estar geral”.

A comentada expressão “a propriedade obriga” denota os novos rumos do Direito. O uso da propriedade não deve atender apenas o interesse do proprietário, mas ela também implica em uma série de deveres e essas obrigações passam a integrar o direito de propriedade, ainda que esse direito não seja plenamente exercido.¹²

A partir de então, as Constituições passaram a contemplar o princípio da função social da propriedade de forma expressa. Vejamos: o art. 42 da Constituição italiana de 27 de dezembro de 1947, que assim estabelece: “A propriedade é pública ou privada”. Os bens econômicos pertencem ao Estado ou a entidades, ou a particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intento de assegurar sua função social e torná-la acessível a todos.

O art. 33 da Constituição Espanhola de 1978 estabelece:

É reconhecido o direito à propriedade privada e à herança. A função social destes direitos delimitará seu conteúdo, de acordo com as leis. Ninguém poderá ser privado de seus bens e direitos senão por motivo justificado de utilidade pública ou interesse social, mediante a correspondente indenização e de conformidade com o disposto pelas leis.

Temos também outro exemplo encontrado no art. 19 da Constituição chilena:

A Constituição assegura a todas as pessoas: nº 24 - O direito de propriedade em suas diversas espécies sobre toda classe de bens corpóreos ou incorpóreos. Somente a lei pode estabelecer o modo de adquirir a propriedade, de usar, gozar e dispor dela e as limitações e obrigações que derivem de sua função social.

No caso brasileiro, a Constituição de 1934, art. 113, inc. 17 dispunha:

A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

17 - É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar [...].

A Constituição de 1937 não vinculou diretamente a propriedade ao interesse social ou coletivo, delegando ao legislador infraconstitucional a tarefa de definir seus limites. Isso pode ser observado no art. 122, adiante transcrito:

A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

O direito de propriedade, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos em leis que lhe regulem o exercício.

Já a Constituição de 1946 introduziu em seu texto o condicionamento do exercício do direito de pro-

priedade ao bem-estar social, dispondo em seu art. 147: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. Como se constata, ao contrário do disposto na Carta de 1937, o Constituinte de 1946 vinculou, de forma explícita, o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, delegando, como em todas as Cartas anteriores, ao legislador ordinário a missão de regulamentar a matéria.

A Constituição de 1967 e posterior Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, trouxeram avanço na regulação da matéria, muito embora tivessem sido elaboradas em momento político de regime militar. O art. 157 assim dispõe: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade”.

No entanto, embora tenha sido de forma mais ou menos explicitada nas Constituições anteriores, o fato é que somente na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 o princípio da função social da propriedade foi mais ressaltado e em mais de um dispositivo legal (arts. 5º, incs. XXII e XXIII e 170, inc. III). A razão para ter inscrito o comentado princípio em dois capítulos distintos foi percebida pela doutrina com um sentido próprio. De acordo com José Diniz de Moraes:

A Constituição inscreveu o referido dispositivo em dois capítulos distintos. Entre os direitos e garantias fundamentais, temo-lo como princí-

pio-garantia, dotado, pois, de alto grau de densidade vinculante ou peso normativo, considerando-se a posição que ocupa no sistema jurídico, mas também um alto grau de generalidade e de indeterminabilidade [...]. Já como princípio da ordem econômica é um princípio jurídico fundamental ou princípio jurídico conformador.¹³

O Estado foi reintroduzido no processo decisório econômico atacando duramente os paradigmas liberais, orientando os agentes econômicos no sentido de fomentar a economia para resultados que sejam sentidos também pelo ambiente social.

A ideia de Estado Social não se opõe, em absoluto, ao ideal capitalista. Ao contrário, o Estado Social só existe numa economia capitalista. O ponto central que determina a mudança é o distanciamento do foco no indivíduo para o foco na sociedade, em razão das fortes desigualdades sentidas pelas práticas liberais. Cumpre destacar que o Estado intervém nas relações sociais sem que isto resulte na ruptura das conquistas liberais, como as garantias e direitos individuais.

A ação humana ou empresarial que se contraponha ao bem-estar social, que seja contrária aos interesses sociais deve ser revisada. Todos os institutos ou instituições, ainda que de natureza classicamente privada, como a sociedade empresária, passam a ter que desempenhar seu papel social, nascendo daí a expressão função social.

Certamente a nova perspectiva representa uma restrição à liberdade individual. Resta saber até que

ponto a restrição é legítima. Toda restrição de liberdade por si só já é um mal. Segundo John Stuart Mill,¹⁴ restrições são sempre possíveis, desde que tenham fundamento.¹⁵ Para o autor, o único fundamento que justifica a limitação da liberdade é a autopreservação do outro ou da comunidade.¹⁶

Como acentuado por Ana Frazão, a propriedade privada e a livre iniciativa devem conviver em harmonia com a função social e a justiça social. “Todos esses princípios fazem parte de uma estrutura harmônica cuja unidade de sentido lhe é conferida pela dignidade da pessoa humana”.¹⁷

2. A funcionalização dos institutos de direito privado

2.1 A origem da expressão “função social”

Esta concepção decorre do Estado Social. O vocábulo função será aqui adotado com significado de tarefa que uma parte deve cumprir em relação a um todo. É possível extrair das lições de Luiz Fernando de Camargo Prudente a conexão não raramente feita entre o vocábulo função e a ideia de organismo.¹⁸ Neste caso, o organismo social. Sendo a sociedade composta por diversos setores, todos devem colaborar para a consecução de um projeto comum, qual seja, o interesse público, sem perder de vista os interesses individuais.

Interesse público é um termo jurídico indeterminado. O professor Celso Antonio Bandeira de Mello,

em seu conhecido *Curso de Direito Administrativo* define o interesse público como “o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.¹⁹

Todo o contexto da funcionalização dos direitos passa a fazer sentido quando lembramos que ele surge para promover a realização da existência digna dos que vivem em sociedade.

Nessa ordem de ideias, a função social, como princípio expresso na Constituição Federal de 1988 (arts. 5º, XXIII e art. 170, *caput*), com vista à dignidade da pessoa humana garante o direito de propriedade e o exercício da empresa. Mais uma vez trazemos as palavras de Ana Frazão:

A propriedade e a liberdade de iniciativa, assim como qualquer outro direito subjetivo ou liberdade, recebem a total proteção constitucional enquanto manifestação da autonomia do titular, deixando de merecer o amparo constitucional quando este desconhece os limites e deveres que decorrem da intersubjetividade, transformando o seu direito ou liberdade em instrumento de afirmação exclusiva do egoísmo e da ganância.²⁰

Não é recente a concepção funcionalista do uso da propriedade. Podemos encontrar em São Tomás de Aquino²¹⁻²² a declaração de que a propriedade deveria ser algo útil ao homem que dela poderia usufruir, sendo um importante elemento para o convívio social.

Mas o desenvolvimento da ideia de função social atribuída ao direito de propriedade foi promovido por Léon Duguit.²³ É muito conhecida a seguinte passagem de seu livro:

Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar en empleo de las riquezas que pose conforme su destino.²⁴

Pelo que se depreende, o uso do bem deve gerar proveito não apenas para o seu titular, mas para a comunidade, para fazer circular as riquezas.

Vamos encontrar em Norberto Bobbio, importante crítica que representa a quebra do paradigma das teorias clássicas do Direito. Norberto Bobbio, em sua obra *Da Estrutura à Função*,²⁵ põe em foco uma belíssima análise estrutural do ordenamento jurídico, pondo luzes na questão da função do Direito. O tema central desenvolvido pelo autor consiste em desvendar para que o Direito existe. Estudando a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, Bobbio comprova que nela há a prevalência da análise estrutural sobre a funcional do Direito. Evidencia que Kelsen demonstra que o Direi-

to deve se preocupar com seus elementos estruturais e não com os elementos teleológicos, por pertencer este último a outras áreas do saber, como a sociologia e a filosofia.²⁶

Kelsen pretende conhecer os fenômenos jurídicos em sua pureza, esvaziado de qualquer elemento externo. A função do Direito é somente descrever as normas jurídicas existentes, esvaziada de qualquer juízo de valor sobre elas. Neste aspecto, ao realizar a descrição da norma tal como dito, isolada de qualquer juízo de valor, tenta alcançar a pureza da norma. Questionando estas conclusões clássicas, percebidas também em Jhering (“a norma jurídica irá ordenar ou proibir comportamentos, cujo sentido imperativo será exercido pelo Poder Público através da coação”²⁷), Bobbio dá início às críticas que vão lhe permitir estabelecer um novo ângulo de perspectiva sobre o Direito, que é a sua visão funcional.

Nessa nova perspectiva de análise, percebe-se que o conjunto de normas não serve apenas para reprimir condutas indesejáveis, mas também para promover o bem-estar social. A mudança de foco traz consigo importante modificação na *Teoria do Direito*, sobretudo na forma com que as normas são elaboradas. Daí se chega ao que se convencionou chamar de normas programáticas. Bobbio trouxe também outra grande contribuição para a técnica de elaboração das normas jurídicas que é a de inserir em seu contexto as chamadas sanções positivas que consiste em trazer ganhos para quem realiza o ato desejado e explícito na norma. Quem não realiza a conduta não sofre perda, mas deixa de ganhar.

2.2 *Função Social da Propriedade e a Função Social da Empresa como uma de suas Manifestações*

O principal instituto de direito privado de que se ocupou a doutrina foi o direito de propriedade.²⁸ Como já se disse acima, nos textos de São Tomás de Aquino encontramos a preocupação com o uso adequado da propriedade. Porém, na sociedade oitocentista, cuja legislação remonta ao Direito Romano, a propriedade poderia ser utilizada, ou não utilizada, como bem entendesse seu dono.

A sociedade ocidental do pós-guerra repensa o direito de propriedade. Atualmente esse direito sofre uma série de limitações. Segundo o professor Ricardo Lira, ocorre uma “diversificação do direito de propriedade no seu conteúdo, conforme o bem da vida que esteja em jogo, visando à função social da propriedade”.²⁹

Nosso texto constitucional estabelece nos arts. 182, § 2º e 186 os requisitos para que a propriedade atenda a função social. No caso da propriedade urbana, estes requisitos são traduzidos em exigências fundamentais expressas no plano diretor, visando garantir o bem-estar da coletividade. Os requisitos atinentes à função social da propriedade rural estão descritos no art. 186 da Constituição Federal.

O Estado do Bem-Estar Social promove a releitura dos institutos jurídicos, de maneira que todos passam a ter uma função atrelada ao bem-estar social. Dessa forma, quando se fala em função social do Direito nós devemos estabelecer uma conexão entre o exercício dos direitos individuais e os objetivos sociais. A

sociedade que toma por absoluto o direito de propriedade relega a segundo plano o desenvolvimento e a diminuição das desigualdades.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

Função, em Direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção.³⁰

Sem negar a importância que a propriedade representa para o desenvolvimento humano e garantia da dignidade da pessoa, Karl Renner destacou:

We must start on journey through economics order to obtain a clear understanding of the efficacy of the law. We must become acquainted with the limits of its power and train our view to perceive the problems involved in the changes of norms. Moreover, we shall thus gain insight into the legal system of our time. Property is still the fundamental institution; therefore we must concentrate mainly on property. As we consider principally the efficacy of present-day property, learning to understand the change in has undergone, we prepare the ground for the understanding of its future development.³¹

Para o citado autor, a lei deve ser sistematicamente organizada pelas necessidades sociais.

Foi, então, o Estado Social, com suas necessidades de organizar e melhor distribuir as riquezas, que deu início ao processo de funcionalização dos institutos de direito. Não é desnecessário repetir, a ideia de atribuir uma função social aos institutos não aniquila as garantias individuais, nem tampouco o direito de propriedade. Ao revés, a função social do direito tem por escopo realizar a organização do ordenamento jurídico, ajustando-o à nova concepção social e econômica da atualidade, operando como verdadeiro instrumento de inserção da coletividade como centro de todas as análises.

Destacamos as palavras de Prudente do Amaral:

Conforme já afirmado, quando se atribui uma função a um instituto jurídico, tem-se o intuito de fazer com que a tarefa decorrente da função seja revertida em prol da vida comum. Do contrário, não se atribuindo função à propriedade, a sociedade acaba por se trancar em diversas partes de um todo que, independentes entre si, não servem ao funcionamento do organismo social.³²

Eros Grau destaca dois perfis para a propriedade, sendo um objetivo e outro subjetivo. Sob o ponto de vista subjetivo, a propriedade é um direito atribuído ao indivíduo e esse direito é garantido pela Constituição Federal. A cada proprietário será atribuído o direito de

usar, gozar e dispor de seus bens, existindo ampla liberdade para o exercício destes poderes.

A empresa desempenha papel fundamental na economia e no desenvolvimento das nações. Não é demais ressaltar a importância da empresa no contexto econômico. A partir da Revolução Industrial, o desenvolvimento tecnológico dinamizou as atividades produtivas, até então eminentemente agrícolas. A produção em escala transforma a atividade econômica até então baseada na produção individual ou familiar.

Como visto acima, a mudança econômica que se seguiu à Revolução Francesa, com a ascensão da burguesia ao poder, faz surgir um novo tipo de sociedade. Nesse processo de transformação, os ideais libertários de autorregulação do mercado pela lei da oferta e da procura provocou uma nova forma de opressão. Segundo Maria Eugênia Reis, já no século XVIII foi possível constatar a existência de estruturas empresariais monopolizadoras.³³

O tema em estudo é de suma importância, mormente depois que o Direito brasileiro passou a adotar, de forma expressa, a *Teoria da Empresa*.

O Código Civil Italiano de 1942 foi o diploma legal de maior importância para que a teoria dos atos do comércio deixasse de ser utilizada. Ele também serviu de inspiração para que outros ordenamentos jurídicos, como o nosso, passassem a adotar a *Teoria da Empresa*. Passaremos ao exame das fases que antecedem ao momento atual, denominado *Teoria da Empresa*.

O direito comercial surgiu na Idade Média, pela necessidade de desenvolvimento da atividade comer-

cial.³⁴ Na Idade Média as corporações de classe vão surgindo e atraindo cada vez mais comerciantes pelos benefícios que traziam aos seus associados. O poder conquistado pelas corporações tornou-se tamanho que elas passaram a influir diretamente na vida política das cidades ou mesmo dando origem a cidades como ocorreu na Alemanha.³⁵ O mercado era considerado um território neutro em que aquele que por ali passava tinha protegida sua integridade e seus bens.

Rehme destaca a Lei 4^a, Título 7 da Lei das Sete Partidas da Espanha, que assegurava a:

[...] todos los que vengan a las ferias de estés Reinos o a otro ponto de ellos en cualquier tempo, sin distinción de cristianos, mouros e judíos, serán salvos y seguros en sus personas, bienes y mercaderías, así en la venida como en su estada y vuela.³⁶

O poderio dessas corporações do comércio é tamanho, tanto do ponto de vista econômico, como no ponto de vista militar que, em muitos casos, conforme assinala a doutrina,³⁷ o estatuto da corporação pode ser confundido com o estatuto das próprias cidades.

No mesmo sentido ensina Rubens Requião:

Este fenômeno repetiu-se em toda a Europa Ocidental, sobretudo nas áreas onde o poder político dos soberanos era mais tênue devido à divisão territorial mais fragmentária. Por isso, verificamos o evento com maior insistência na Itália

e na Alemanha, nas costas do Mar do Norte onde foi constituída a famosa Hansa.³⁸

Nessa época o direito comercial solidifica-se e as decisões dos juízes designados pelas corporações formavam jurisprudência.³⁹

Os juízes julgavam com base nos usos e costumes e com a aplicação da equidade. Os tribunais tinham competência exclusiva para julgar as causas dos comerciantes. Estas leis e tribunais eram especiais em relação ao direito civil. Aos costumes formados e difundidos pelos mercadores só estes estavam vinculados; os estatutos das corporações estendiam a sua autoridade até onde chegava a autoridade dos magistrados das corporações, isto é, até aos inscritos na matrícula.

No entanto, como observa Rubens Requião, “[...] a determinação da competência judiciária dos cônsules, pelo exercício da profissão comercial, não era suficiente, pois nem toda a vida e atividade do comerciante eram absorvidas pela sua profissão”,⁴⁰ pelo que, haveria de se impor alguma limitação quanto à matéria a ser julgada por estes tribunais.

Assim, surge desta limitação o embrião que irá promover a passagem da fase subjetiva para a fase objetiva, analisada adiante.

Na fase dos Atos de Comércio, ou fase objetiva, à luz do Direito Comercial, será comerciante e, por conseguinte, terá a ele aplicada a lei do comércio, a pessoa que desenvolvia alguma atividade típica de mercancia. Esta mudança de perspectiva tomou por base não apenas a dificuldade relatada acima, contribuindo para

seu prestígio e divulgação o recém-editado Código de Napoleão de 1807. O Código de Napoleão adotou, de forma expressa, a *Teoria dos Atos do Comércio*. A motivação central pela adoção dessa teoria objetiva, segundo relatam os historiadores, seria os ideais revolucionários, para o fim dos privilégios de classes.⁴¹

As críticas que se costuma fazer ao sistema de definição de classe pela objetividade toma por base a dificuldade em se estabelecer, com certa dose de precisão, o que seriam os tais atos de comércio afora aqueles tradicionais de compra para revenda. Não havia um critério científico que pudesse ser utilizado para desvendar o que seriam atos de comércio dos demais, chamados *atos civis*. E alcançar esta distinção fazia toda a diferença, já que aos comerciantes (aqueles que praticavam atos de comércio) deveria ser aplicada a legislação comercial. Aos demais, os estatutos civis. Foram muitas e duras as críticas à teoria dos atos de comércio.

Da segunda metade do século XIX até o início do século XX percebe-se que o comércio deixa de ser o centro das atividades econômicas, tomando lugar as grandes corporações industriais, desempenhando papel de destaque na economia. As transformações econômicas já não permitiam mais falar num direito comercial, mas sim num direito econômico, pautada na figura do empresário, conceito mais amplo do que o de comerciante, pois abrange todos os complexos setores econômicos. Surge assim a teoria da empresa, cujos contornos são delineados na Itália que, em 1942, edita seu Código Civil. Inaugura-se a terceira e última fase do direito comercial, chamada de *Teoria da Empresa*.

De acordo com os contornos traçados pelo legislador, a aplicação do direito comercial não dependeria mais da condição de comerciante ou da prática de atos de comércio. O que fazia incidir a legislação comercial era a caracterização da atividade como atividade empresarial. Com esta mudança, acaba-se com a odiosa distinção entre as regras aplicáveis ao empresário que atua no ramo comercial ou de serviços, por exemplo.

Surge, assim, um novo conceito de empresa. Várias são as possibilidades de definir empresa. Em um primeiro momento, vamos passar ao exame do conceito econômico de empresa. Nas lições de Giuseppe Ferri,⁴² empresas são organismos criados para atuarem na economia por meio da organização dos fatores de produção destinada a satisfação das necessidades alheias.

O conceito jurídico de empresa tem assento no conceito econômico, razão pela qual não se pode prescindir deste último para qualificar a atividade empresarial. Ressalta também Rubens Requião, que o jurista deve tomar o conceito econômico para a construção do conceito jurídico de empresa. Assim sintetiza o autor: “a) a empresa como expressão da atividade do empresário; b) a empresa como ideia criadora, a que a lei concede tutela; e, c) como um complexo de bens”.⁴³

Empresa, na acepção jurídica é a atividade do empresário ou da sociedade empresária. No entanto, não é raro constatar, até mesmo na legislação, o vocábulo empresa como sinônimo da própria pessoa jurídica. A doutrina mais tradicional entende que empresa é o objeto de direitos e não o sujeito de direitos. Para esta parcela de doutrinadores, o sujeito de direitos será sempre o empresário ou a sociedade empresária.

Neste mesmo sentido, são memoráveis as lições de Rubens Requião:

O empresário, assim, organiza a sua atividade, coordenando os seus bens (capital) com o trabalho aliciado de outrem. Eis a organização. Essa organização, e si, o que é? Constitui apenas um complexo de bens e um conjunto de pessoal inativo. Esses elementos – bens e pessoal – não se juntam por si; é necessário que sobre eles, devidamente organizados, atue o empresário, dinamizando a organização, imprimindo-lhe atividade que levará à produção. Tanto o capital do empresário, como o pessoal que irá trabalhar nada mais são isoladamente do que bens e pessoas. A empresa somente nasce quando se inicia a atividade sob a orientação do empresário. Dessa explicação urge nítida a ideia de que a empresa é essa organização dos fatores de produção, exercido, posta a funcionar, pelo empresário.⁴⁴

Dito em outras palavras:

A empresa é um organismo econômico, isto é, se assenta sobre uma organização fundada em princípios técnicos e leis econômicas. Objetivamente considerada, apresenta-se como uma combinação de elementos pessoais e reais, colocadas em função de um resultado econômico, e realizada em vista de um intento especulativo de uma pessoa que se chama *empresário*. Como

criação de atividade organizada do empresário e como fruto de sua ideia, a empresa é necessariamente aferrada a sua pessoa, dele recebendo os impulsos para seu eficiente funcionamento.⁴⁵

Em igual sentido discorre Luiz Tzirulnik:

Ressalta-se que a condição de sujeito do direito é atribuída ao empresário, seja pessoa física ou jurídica, e não à empresa, que além de não ser absolutamente detentora de personalidade jurídica, não pode ser confundida com a sociedade. Vale esclarecer, inclusive, que pode haver sociedade sem que ainda haja a empresa, cuja vida surge apenas com o início da atividade empresarial propriamente dita. Juridicamente, portanto, empresa é sinônimo absoluto de atividade econômica organizada para produção de bens e serviços, nada tendo a ver com o estabelecimento empresarial, a despeito de muitas vezes poder haver esta confusão de ordem semântica.⁴⁶

O Código Civil de 2002 adotou expressamente a Teoria da Empresa. O art. 966 define a figura do empresário como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O CC não conceitua a empresa, o que não vem a ser uma falha, pois esta seria uma função mais afeta à doutrina. Observando os termos do citado art. 966 é possível concluir que ali vem descrita a definição econômica de empresa e que o legislador,

neste caso, fez a opção pela definição de empresa como objeto de direitos, ou seja, como a atividade exercida pelo empresário.

Não se pode deixar de mencionar que três aspectos ressaltam na descrição legal: a organicidade, profissionalismo e economicidade. A atividade econômica deve ser exercida de forma organizada (este é o ponto central que distingue uma atividade empresária de uma outra atividade não empresária). Além disso, a atividade deve ser exercida de forma contínua e, finalmente, deve estar voltada para a produção de bens e/ou serviços com intuito de lucro.

No entanto, várias outras acepções podem ser atribuídas ao vocábulo empresa. Alberto Asquini leciona que a empresa pode ser definida pelo ponto de vista subjetivo, relacionada à pessoa do empresário; do ponto de vista funcional, em que a empresa seria a atividade empresarial propriamente dita; do ponto de vista patrimonial e aí ela se confunde com o próprio estabelecimento empresarial e por último, pelo caráter corporativo, na dimensão de instituição.⁴⁷

Todas as pessoas, naturais ou jurídicas, que se dedicarem à exploração de uma atividade econômica organizada, serão consideradas empresários e, assim, estarão submetidas a leis próprias.

2.3 Os Princípios Fundamentais da República Brasileira e a Função Social da Empresa

Desde a Revolução Industrial que o mundo passou a ter os olhos voltados para a organização empresa-

rial, tido como motivo de muitos benefícios, mas também de muitos problemas para a localidade em que esteve inserida. Atualmente, a organização empresarial, seja ela pequena, média ou grande, não é mais percebida como um mero instrumento produtor de lucro para seu titular ou sócios. Ela passou a ser uma instituição social.⁴⁸

No caso brasileiro, os recursos que ingressam na receita pública são originados, em maior número, da exploração da atividade econômica pela iniciativa privada. O Estado em si não produz quase nada. O orçamento público realiza os fins do Estado.

A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus fundamentos (art. 1º), “a dignidade da pessoa humana”. Trata-se de uma cláusula aberta, termo de múltiplos significados.

José Afonso da Silva ensina que a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.⁴⁹

Nas palavras do professor Lucio Pegoraro:

Pur nella sua vaghezza semantica, la vertebra-zione del principio di dignità della persona umana tra i «fondamenti» che ispirano l'azione della Repubblica assume un significato essenziale nell'interpretazione dell'intera Costituzione, nell'ispirazione della normativa di sviluppo, nella configurazione dei parametri del controllo di costituzionalità. Quale valore spirituale e morale a priori, inerente alla persona, secondo l'eti-

ca kantiana¹⁷, la dignità rappresenta una clausola aperta: di essa solo gli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali possono precisare i contorni. L'applicazione del principio investe la configurazione di ogni diritto, quale che sia la sua fonte, la sua natura e la sua sfera di esercizio.⁵⁰

Por se tratar de um termo indeterminado, é preciso que se indique aqui qual é o significado que estamos utilizando. O princípio da dignidade da pessoa humana é mais do que a defesa dos direitos pessoais. Na posição em que foi colocado na Constituição Federal, deve perpassar todos os demais princípios e valores nela insculpidos. Serve de bússola para orientar e lembrar aos administradores os reais fins do Estado. Servirá de norte para a elaboração e interpretação das leis, definição de políticas públicas etc.

A funcionalização dos institutos de direito privado, dentre os quais a atividade empresarial, vem ao encontro da concretização desse princípio fundamental, “daí porque a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170 da Constituição Federal de 1988)”⁵¹

Conforme bem destaca Prudente do Amaral:

A empresa passa a ser vista, principalmente nos Estados de regime capitalista, como importante instrumento para a consecução de objetivos fundamentais dos Estados nacionais, cujos valores se encontram albergados, em sua maior parte, na Carta Constitucional dos mesmos. Porém,

os objetivos do Estado devem ser conciliados aos objetivos, sobretudo lucrativos do empresário, sob pena de fulminar a empresa como instituição responsável pela movimentação da economia. Neste contexto haverá de se dar a política econômica dos Estados.⁵²

Em regra, ao se estabelecer, uma empresa gera riquezas para a comunidade local, mas também pode gerar uma série de questões negativas, como as ambientais, trabalhistas, concorrenciais etc. Com a irrupção do Estado do Bem-Estar Social, o Estado passa a ter não apenas direitos negativos, mas também deveres positivos, como o bom funcionamento do sistema econômico, indispensável para o desenvolvimento social.

Quanto maior o empreendimento, maior será a capacidade de gerar riquezas ou prejuízos para a comunidade e até mesmo para países inteiros. As grandes corporações, as chamadas transnacionais, são detentoras de excepcional poder econômico e político. Elas podem, inclusive, determinar as ações governamentais. Ao se moverem para outras partes do mundo são capazes de deixar um rastro de destruição por onde passam. Atrás dos vários benefícios que geram, podem também causar uma infinidade de problemas.

Nas palavras de Paulo Roberto Colombo Arnold e Taís Cristina Michelin:

A empresa, tal qual a concebemos hoje, não é mais uma mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado. É, antes de tudo,

um poder. Representa uma forma socioeconômico-financeira determinada, com uma enorme potencialidade de emprego e expansão que pode influenciar, de forma decisiva, o local em que se encontra.⁵³

Sem dúvida, no modelo capitalista as empresas são vetores muito importantes para a concretização dos objetivos do Estado e de seus princípios fundamentais. O art. 1º da nossa Carta estabelece os fundamentos da República, dentre os quais destacamos a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Como fundamento da República, coloca-se em destaque a dignidade da pessoa humana. O homem é o centro de toda a atividade estatal. O valor da dignidade da pessoa humana é a matéria de destaque na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, que assim expõe em sua parte inicial: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

O homem é o protagonista de toda a atividade pública e privada. A ordem econômica e social deve subordinar-se ao bem-estar da pessoa humana. Ao final da Segunda Guerra Mundial a percepção da dignidade da pessoa humana adquiriu seu momento mais elevado.

De outra ponta, o art. 3º, inc. III estatui dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A realização destes objetivos será alcançada em regra, pelas receitas públicas derivadas, arrecadadas pelos tributos, principalmente, já que o Estado, por si mesmo, produz pouquíssima receita, dada a opção do legislador constituinte originário em delegar a exploração da atividade econômica pela iniciativa privada.

Como dito em linhas anteriores, a partir do século XX o Direito sofreu relevantes mudanças. O Estado⁵⁴ passou a ocupar papel diferente que se refletiu nas cartas constitucionais. A Lei Maior não apenas dispõe sobre o Poder Público e seus limites, mas também sobre questões econômicas e sociais.⁵⁵

O direito civil/empresarial passa por um momento de profundas mudanças. Hoje é corrente a expressão constitucionalização do direito privado, movimento jurídico que põe a Constituição no centro do sistema jurídico, dando efetividade às normas constitucionais, de onde emanam todos os valores a orientar a interpretação das regras de direito civil. Dentre esses valores, podemos citar a função social da empresa.

A questão se apresenta no momento em que se verifica a necessidade de harmonizar os interesses do Estado (da sociedade) com o das empresas/empresários. Nossa Carta deixa expresso em seu corpo a necessidade do uso adequado da propriedade. Estabelece o art. 170 da Constituição Federal de 1988:

A ordem econômica,⁵⁶ fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência.

Pelo que se depreende do texto, a livre iniciativa, o direito de propriedade e sua função social são princípios norteadores da atividade econômica. Compatibilizar estes interesses sem perder de vista a dignidade da pessoa humana⁵⁷ é o que representa maior dificuldade para o Direito.

O legislador constituinte deixou expresso no *caput* do referido art. 170, quais são os fundamentos da ordem econômica,⁵⁸ como alicerce para a construção de uma sociedade justa e igualitária, com vistas a propiciar a todos uma vida digna e fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Os princípios referidos expressamente nos incisos do artigo em comento dizem respeito aos fatores que darão concretude à função social da empresa, cuja expressão encontra-se no *caput* do referido art. 170.

É fato que a Constituição Federal não faz menção expressa, em seu texto, à função social da empresa, como fez quando disciplinou a propriedade, daí porque muitos autores extraem a função social da empresa da função social da propriedade, como uma decorrência do próprio direito de propriedade. Mas, como bem esclarece Viviane Perez:

Data vênha dos entendimentos contrários, não parece ser necessário traçar qualquer paralelo entre o poder de controle e o direito de proprie-

dade para constatar-se a existência de uma função social da empresa, isto porque, como advoga com proficiência Gustavo Tepedino, superada a antiga dicotomia entre direito público e privado, faz-se preciso reler os institutos de direito privado à luz da Constituição Federal [...]. Neste sentido, pois, é possível entender a funcionalização de todo e qualquer instituto jurídico à luz dos princípios constitucionais; ou seja, os institutos jurídicos somente cumprirão sua função social se e quando observarem os princípios constitucionais que o informam.⁵⁹

No mesmo sentido temos a lição do professor espanhol José Antonio Domínguez Luiz:

Puede hablarse entonces de la propiedad como un poder funcional en el que las facultades de goce y disposición, para ser merecedoras de la tutela del Derecho, no pueden ir acompañadas de cualquier interés, sino tan sólo de aquellos intereses predeterminados por la propia Constitución, para cuya satisfacción ha sido funcionalizado el derecho mismo. De aquí que, como bien dice PUIG PEÑA, el momento actual de la propiedad es el de la superación de la concepción individualista y liberal - que, partiendo de un plano estrictamente iusprivatista, se fija principalmente en la idea de poder - por otra concepción social que contempla la propiedad no sólo como institución jurídica, sino también

como institución económica, destacando en ella la idea de función. Aparece así la idea de función social de la propiedad como 'referente teleológico' del derecho de propiedad.⁶⁰

Fábio Ulhoa Coelho também afirma que o princípio da função social da empresa encontra seu fundamento no art. 170 da Constituição Federal, mas sustentando que é uma decorrência da função social da propriedade. Assim expõe o autor, mencionando Comparato:

Fábio Konder Comparato (1986) mostra como do princípio constitucional da função social da propriedade, consagrado nos arts.

5º, inc. XXIII e 170, inc. III da Constituição Federal, extrai-se o da função social da empresa. A propriedade dos bens de produção deve cumprir a função social, no sentido de não se concentrarem, apenas na titularidade dos empresários, todos os interesses juridicamente protegidos que os circundam. A Constituição Federal reconhece, por meio deste princípio implícito, que são igualmente dignos de proteção jurídica os interesses metaindividuais, de toda a sociedade ou de parcela desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam os bens de produção. Por bens de produção, como conceito jurídico, devem-se compreender todos os reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial. Embora sobre es-

tes bens nem sempre o empresário exerça especificamente o direito de propriedade (entre eles, há os alugados, os alienados fiduciariamente, os objeto de leasing etc.), é fato que os controla e decide se serão, e como serão, empregados na exploração de atividade econômica. Esta decisão deve se orientar pelo atendimento da função social da empresa. A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita. Cumpre sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.⁶¹

O constitucionalista José Afonso da Silva, citando Eros Grau, brilhantemente expõe a questão nos seguintes termos:

[...]o conteúdo do art. 5º, inc. XXII, segundo o qual a propriedade atenderá a sua função social. Isto aplicado ali, à propriedade em geral significa estender-se a todo e qualquer tipo de propriedade. O art. 170, inc. III, ao ter a função social como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionando essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*), a defesa do consumidor (art. 170, inc. V), a defesa do meio ambiente (art. 170, inc. VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, inc. VII), e a busca do pleno emprego (art. 170, inc. VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial [...]. O princípio da função social da propriedade, para logo se vê, ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens. Cita ainda que, Eros Grau é do mesmo sentir implementada sob compromisso com a sua destinação. A proprie-

dade sobre a qual em maior intensidade reflete os efeitos do princípio é justamente a propriedade dinâmica, dos bens de produção. Na verdade, se nos referirmos a função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa.[...].⁶²

Ao mesmo tempo em que a Constituição garante a livre iniciativa, permitindo a qualquer pessoa desenvolver atividade econômica e dela extrair lucro, ela limita este direito⁶³ pela função social para que as demais pessoas tenham uma existência digna. Não existe incompatibilidade entre a opção de regime econômico da livre iniciativa e a efetiva intervenção do Estado no tocante ao controle dos meios de produção. É impossível pensar num Estado Democrático de Direito sem se preocupar com o bem-estar social e, por conseguinte, com o princípio da dignidade humana. O intervencionismo,⁶⁴ pois, tem por escopo garantir a dignidade da pessoa humana.

Ainda de acordo com Prudente do Amaral:

[...] a dicotomia entre o direito público e o direito privado tem que ser deixado de lado, sob pena de não serem atingidos os objetivos sociais em favor dos meramente privados. No instante em que o direito público, por intermédio da Lei Maior, impõe determinados programas a serem cumpridos por todos os agentes sociais, também imprime à empresa deveres oriundos do poder

relativo ao exercício do direito de propriedade dos bens de produção, não para que se subverta a ideia do sistema capitalista, mas sim para corrigir as falhas que ele apresenta ao longo de sua existência.⁶⁵

O Estado Democrático de Direito passou a operar como regulador das atividades econômicas, deixando à iniciativa privada a exploração dessa atividade econômica, como regra e somente em caráter excepcional lhe é dado atuar como empresário. Ainda assim, a exploração de tais atividades pelo particular deverá vincular-se ao projeto de desenvolvimento social. Somente assim podemos dizer que estará concretizada a dignidade da pessoa humana. O poder estatal democrático, como bem ressaltado pelo professor Nagib, “não vê tão-somente um interesse público, facilmente discernível: o que vê o governante é o turbilhão de interesses individuais, coletivos, difusos, públicos, internos e externos, econômicos, sociais [...]”⁶⁶

O princípio da função social da propriedade (e, por conseguinte, da função social da empresa), representa um condicionante do exercício da empresa⁶⁷. Como veremos mais adiante, a questão da criminalização das condutas que poderiam ser ou deixar de ser tipificadas no âmbito falimentar também deve seguir este norte. Não se coaduna com a atual fase da economia e do mundo empresarial a manutenção de velhos tipos penais incriminadores na esfera da falência das empresas, enquanto outras condutas passam ao largo da política penal.

A função social da empresa, embora não se afaste dos demais princípios da ordem econômica, como dito por Ana Frazão, “[...] não se restringe aos mesmos, diante do compromisso maior e mais amplo que assume com a justiça social”⁶⁸.

Não resta dúvida que a adoção do princípio da função social da empresa não deve servir para aniquilar ou restringir, do ponto de vista econômico, o desenvolvimento das empresas e demais organismos econômicos. O que se deseja é a concretização do princípio da solidariedade social. Não é tornar a atividade empresarial uma atividade assistencial.

Com a aplicação do princípio da função social da empresa, não apenas o interesse dos sócios e acionistas resta preservado, mas também o dos trabalhadores, consumidores, do Poder Público e da própria comunidade.

A empresa terá cumprido sua função social na medida em que, em seu exercício, obedecer aos princípios inscritos no art. 170 da Constituição Federal. Como leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A ordem econômica descrita nos textos constitucionais não é ordem espontânea, gerada pela sociedade, mas a ordem ideal, elucubrada politicamente e imposta juridicamente pela ação do Estado. A ordem econômica normativa existe para corrigir disfuncionalidades do sistema econômico real e, por isso, todos os seus princípios devem ter expressão eficaz no mundo jurídico.⁶⁹

Já foi observado que não é recente a aplicação do princípio da função social da empresa para a solução de questões de natureza civil e empresarial. Vejamos, por exemplo, a questão da dissolução da sociedade empresária, antes da vigência do atual Código Civil, mas quando já em vigor a Constituição Federal de 1988. O sócio minoritário de determinada sociedade empresária foi buscar abrigo no Judiciário para a solução de questão que envolvia a dissolução total da empresa, cuja liquidação já havia sido iniciada pelos sócios majoritários. Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu entendimento segundo o qual nem mesmo a maioria dos sócios poderia requerer a dissolução total da sociedade quando existisse interesse de pelo menos um sócio em prosseguir com a atividade empresarial. O fundamento do Tribunal foi o fato de que a continuidade do negócio ajustava-se “[...] ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamentos de impostos, em promoção do desenvolvimento de comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais”.⁷⁰

No momento jurídico contemporâneo, o Direito deve ser pensado e interpretado à luz da Constituição. Os princípios são premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem informar a ação do intérprete. Entende-se que dos princípios podemos extrair, direta ou indiretamente, normas de conduta ou valores que vão orientar o trabalho do exegeta.

Atualmente esta questão estaria superada, pois o próprio Código Civil, em atenção ao princípio da função social da empresa, prevê duas possibilidades para a continuidade da empresa com apenas um sócio. O

primeiro se refere à possibilidade de recomposição do quadro social mínimo no prazo de 180 dias (art. 1.033, inc. IV). O segundo, pela possibilidade de continuação da empresa pelo empresário individualmente, bastando para tanto a adaptação dos atos constitutivos e a comunicação ao Registro Público de Empresas Mercantis.

O princípio da função social da empresa também representa medida protetora para a sociedade empresária como para o empresário individual. Em decisão de 2001, o STJ⁷¹ teve oportunidade de se manifestar sobre o limite e a forma como poderia ser realizada a penhora do faturamento de determinada sociedade para que não comprometesse a continuidade de suas atividades. Neste caso, não apenas o interesse dos credores mereceu proteção, mas também os da própria empresa.

Importante estabelecer a distinção entre função social da empresa e responsabilidade social da empresa. Este ponto que não tem recebido muita atenção da doutrina, mas é importante pelas consequências práticas que pode gerar. A função social obriga a realização de ações ou omissões pela sociedade empresária e pelo empresário, sob pena de sanções. As ações de responsabilidade social são voluntárias e agregam valor à marca ou ao produto.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama discorre sobre estas diferenças nos seguintes termos:

[...] citando-se como uma primeira diferença o fato da responsabilidade social concernir a gestos voluntários ou espontâneos do empresário, sem qualquer espécie de imposição legal, en-

quanto que a função social da empresa incide sobre a atividade empresarial de modo cogente, até por força do prelecionado quanto ao art. 170 da Constituição Federal. Assim, em matéria de cidadania empresarial, ainda cabe a cada empresário definir sua política de atuação de acordo com sua vontade e suas possibilidades, coadunando-se essa margem de discricionariedade com a própria variedade de empreendimentos empresariais, compreendidos desde as microempresas até aquelas de grande porte, obviamente com distintos potenciais em termos de disponibilidade de recursos, além daqueles de capital eminentemente nacional ou estrangeiro. Outra diferença reside na limitação objetiva do ario de aplicação da função social da empresa às atividades que constituem os elementos daquela, as quais coincidem, como regra, com o objeto social desenvolvido pela sociedade empresária ou pelo empresário, ao passo que a responsabilidade social abrange as atividades não consubstanciadas no objeto social da empresa, que não constituem a sua finalidade, sendo simplesmente benéficas à sociedade.⁷²

Prudente do Amaral destaca ainda duas vertentes para aplicação da função social da empresa. A primeira, de caráter endógeno, relacionados aos elementos empregados diretamente na produção dos bens ou serviços. Desta categoria fazem parte “[...] as relações trabalhistas desenvolvidas no âmbito empresarial; o

ambiente no qual o trabalho é exercido; os interesses dos sócios da empresa não implícitos na relação administrador-sócios etc.”.⁷³

No aspecto externo ou endógeno, como denominado pelo autor, a função social da empresa considera os fatores externos à atividade empresarial. “Neste sentido, são compreendidos nessa espécie de incidência da função social da empresa: concorrentes; consumidores; e, meio ambiente”.⁷⁴ Aqui acrescentaríamos também o interesse dos credores.

Sob o ponto de vista objetivo, a propriedade é um instituto juridicamente considerado, “[...] referente à possibilidade de se ter um determinado bem. Não é o exercício do poder, mas o próprio poder em si”.⁷⁵

O citado autor também classifica a propriedade em estática e dinâmica. A importância dessa última forma de classificar se relaciona ao modo como a propriedade será utilizada. Vejamos:

O exercício da propriedade – considerada no seu momento dinâmico – pois, é função. Não se trata de tentar substituir a ideia de poder, que repousa no caso, no direito subjetivo, por uma ideia de dever, que está na função; trata-se, simplesmente, de compreender que a propriedade deve ser examinada em dois momentos distintos: um momento estático, quando ela é regulada em termos de pertença ou pertinência – e aí é faculdade que se pode transmutar em ato em decorrência de permissão jurídica, é poder; outro, o momento dinâmico, em que regulada em razão do fim a que socialmente se destina.⁷⁶

Renomados autores,⁷⁷ falam em publicização de institutos de direito privado, como forma de atribuir função aos institutos jurídicos tradicionalmente privados.

O regramento que passa a disciplinar o uso da propriedade e as suas interpretações devem seguir atuando para fomentar e garantir valores insculpidos na Carta Constitucional. A forma para a realização dessa promoção social está intimamente relacionada à função social que se atribuiu a cada um dos institutos jurídicos.

Conclusões

O fenômeno da funcionalização do uso da propriedade causou profunda repercussão social, o que levou a sua extensão aos demais institutos de direito privado, antes tratados de forma individualista.

Da Revolução Industrial aos dias atuais, a exploração da atividade econômica pelo homem passou por várias transformações. O modo de acumulação irá determinar a maior ou menor intervenção do Estado na economia. Não se pode conceber a não intervenção ou a intervenção mínima. A Constituição brasileira assegura a livre iniciativa, mas de outra ponta tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Como vimos, o Estado nada ou muito pouco produz. A forma que encontra para promover a diminuição das desigualdades sociais, muito gritante no caso brasileiro, é a redução da miséria que vem dos recursos decorrentes da exploração da atividade econômica.

Os institutos de direito privado devem estar em razão do homem, que não pode ser concebido como outrora, apenas individualmente.

Notas

- 1 NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 09.
- 2 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 275.
- 3 “[...] ligando-se ao liberalismo econômico (Adam Smith, 1723-1790) e ao darwinismo social (Herbert Spencer, 1820-1903), o direito ao livre desenvolvimento econômico se impôs como a mais recente das liberdades individuais. Este direito dirigiu-se primariamente contra os privilégios do Estado, o protecionismo estatal e a dominação corporativa das cidades. Os princípios de uma ordem econômica livre foram apresentados por Smith. Ele defendia a concepção de que o melhor meio de realizar o bem-estar econômico é permitir que cada um busque os seus próprios interesses. Segundo ele, desse modo cada pessoa procura exercer a atividade econômica mais lucrativa. Além disso, o indivíduo fica mais motivado para o trabalho e tem iniciativa própria, se pode satisfazer os seus interesses pessoais pela atividade econômica. A partir do momento que cada um possui essa liberdade, o objetivo, a saber, o bem-estar geral, é atendido. Mesmo o capitalista, que não está interessado senão no seu próprio bem-estar, é guiado em direção a esse objetivo por uma espécie de mão invisível. O darwinismo social contribuiu igualmente para consolidar o liberalismo econômico e promover a livre concorrência. A teoria evolutiva de Charles Darwin (1809-1882), que se baseia sabidamente na ideia de que a evolução no reino animal e no reino vegetal se explica por um processo de seleção, que privilegia sempre o ser vivo mais apto a se regenerar, o mais bem adaptado ao seu meio circundante, o mais forte e o mais desenvolvido. Essa ideia de seleção do mais apto foi transposta para a sociedade humana particularmente por William G. Sumner (1840-1910) e Spencer. Para Sumner, a ordem social é o resultado de uma luta na qual cada um busca fazer prevalecer o seu interesse sobre o dos outros. Os me-

- lhores, os mais agressivos e os mais engenhosos combatentes podem se afirmar nesta luta, e isto é justo e correto, visto que são o produto de uma seleção natural. De modo análogo, o mercado livre conduz automaticamente a uma divisão justa de bens” (FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 161).
- 4 DALLARI, 2003, p. 277.
 - 5 NUSDEO, 1995, p. 08.
 - 6 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 105.
 - 7 LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil – e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 97-98.
 - 8 *Ibidem*, p. 272.
 - 9 John Locke viveu entre 1632 e 1704.
 - 10 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007, p. 424.
 - 11 MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ntcont.doc>. Acesso em: 09 set. 2013.
 - 12 Neste sentido, o Estatuto da Cidade penaliza o não uso da propriedade, que pode culminar na desapropriação punitiva.
 - 13 MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 67-68.
 - 14 John Stuart Mill nasceu em 1806, em Londres e era filho do conhecido economista James Mill.
 - 15 “Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos ao direito de propriedade. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*, o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde

a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica” (COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 75).

- 16 Conf. MILL, John Stuart. **A Liberdade**. 4ª ed. Tradução de Alan Grabowsky, 1973.
- 17 FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa: repercussão sobre a responsabilidade civil de controlares e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 55-58.
- 18 AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 67.
- 19 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.
- 20 FRAZÃO, 2011, p. 190.
- 21 Disponível em: <<http://pensamentosnomadas.files.wordpress.com/2013/03/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.
- 22 A Igreja não descurou de tecer as primeiras tramas do que hoje chamamos função social da propriedade. Santo Ambrósio, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino e até os sumos pontífices, que estabelecem as diretrizes do pensamento católico sobre os bens apropriáveis, de uma forma ou de outra se expressaram neste sentido.
- 23 O jurista Pierre Marie Nicolas Léon Duguit nasceu em França em 1859 e morreu em 1928.
- 24 DUGUIT, León. **Las Transformaciones del Derecho Público y Privado**. Tradução de Adolfo G. Posada; Carlos G. Posada e Ramon Jaen. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 179.
- 25 BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do Direito**. Tradução de Daniela Becaccia Versini. São Paulo: Manole, 2007, p. 53.
- 26 *Ibidem*, p. 55.
- 27 *Apud*, SGABARBI, Adrian. **Teoria do Direito: Primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 141.
- 28 Trata-se do mais completo dos direitos subjetivos, a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas. Na dicção de Washington de Barros Monteiro, constitui o direito de propriedade o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por exce-

- lência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das coisas. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 232. 5 vol.).
- 29 LIRA, Ricardo Cesar Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, 1997, p. 161.
- 30 COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 09.
- 31 RENNERT, Karl. **The Institutions of Private Law and Their Social Functions**. London: Barnard&Co, 1949, p. 77.
- 32 AMARAL, 2008, p. 81.
- 33 FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. A Evolução do Comércio. In: **RDI**, nº 05. São Paulo, 2003, p. 86.
- 34 REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 08. 1 vol.
- 35 RHEME, Paul. **História Universal del Derecho Mercantil**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941, p. 53.
- 36 *Ibidem*, mesma página.
- 37 *Ibidem*, mesma página.
- 38 REQUIÃO, 2005, p. 10. 1 vol.
- 39 Pode ser citado como exemplo dessa jurisprudência o *Rôles D'Oleron*, da França; *Consuetudines*, de Gênova; *Capitulare Nauticum*, de Veneza etc.
- 40 REQUIÃO, 2005, p. 11. 1 vol.
- 41 “Não se concebia, diante dessa filosofia política, um código destinado a garantir, numa sociedade fundada sobre o princípio da igualdade de todos perante a lei, prerrogativas e privilégios dos mercadores. É de se recordar que todas as espécies de corporações de cidadãos do mesmo estado e profissão, resquícios da organização feudal, haviam sido proibidas pela Lei de 14 de junho de 1791, a célebre Lei *Le Chapelier*, sob qualquer forma que seja. Com isso pretendia a Convenção assegurar a plena liberdade profissional, extinguindo todos os privilégios que as corporações acumularam através de séculos a favor dos comerciantes. O Código de Comércio passava a ser, em 1807, um estatuto disciplinador dos atos de comércio, a que estavam sujeitos todos os cidadãos (REQUIÃO, 2005, p. 13. 1 vol.).
- 42 FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. Roma: Utet Giuridica, 2007, p. 153.
- 43 REQUIÃO, 2005, p. 51. 1 vol.
- 44 *Ibidem*, p. 60. 1 vol.
- 45 *Ibidem*, p. 50. 1 vol.
- 46 TZIRULNIK, Luiz. **Empresa e Empresários no Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 29.
- 47 ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: **RDM**, ano XXXV, nº 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1996, p. 109.
- 48 “Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso *Lüth*, julgado em 15 de janeiro de 1958. A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira ‘revolução de ideias’, especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subsequentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis” (BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 380-386).
- 49 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 105.
- 50 PEGORARO, Lucio. **La Costituzione Brasiliana del 1988 Nella Chiave di Lettura Dell’art. 1**. Bologna: Filo Diritto, 2015, p. 75.
- 51 SILVA, 2006, p. 105.
- 52 AMARAL, 2008, p. 115.
- 53 ARNOLD, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Thaís Cristina de Camargo. Função Social da Empresa. In: **Direito-USP**, vol. 17. São Paulo, jul./dez. 2000, p. 87-90.
- 54 “Na obra que perdura até nossos dias, expressando o gênio do pensa-

mento helênico – *A República*, de Platão –, o filósofo, ao perquirir a origem da justiça, indaga primeiro das origens do Estado. Precisamente pela impossibilidade em que se encontram os indivíduos de saciarem, com suas próprias aptidões e recursos, todas as suas necessidades, é que são levados a se aproximarem uns dos outros para trocar os produtos excedentes de seu trabalho. O homem, por isso, tende à vida em grupo, constituindo-se em sociedade [...]” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 04. 2 vol.).

- 55 “Se o Estado absenteísta pretende deixar fluir as forças naturais do mercado, isto é, não corrige nem dirige os aspectos econômicos, já o Estado intervencionista atual sobre a ordem econômica legislando e transformando os fatores de produção, de acordo com o ideário político que inspira sua atuação [...]. Se o Estado absenteísta pode ser imparcial, o Estado intervencionista é, necessariamente, parcial, buscando a satisfação de certos interesses que, no caso, são determinados pela ordem jurídica, constitucional ou legal, como se vê na Constituição de 1988 nos arts. 3º e 4º e em outras disposições dispersas, como, por exemplo, a defesa do consumidor. Independentemente do regramento constitucional, o Estado atua sobre cada fator de produção (natureza, trabalho e capital), tentando regular a empresa, que é a organização desses fatores” (SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 863).
- 56 Ordem econômica é definida por Eros Roberto Grau como “o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica” (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007, p. 72).
- 57 “Como se vê, há regras específicas na Constituição que afetam institutos clássicos, assim como princípios que se difundem por todo o ordenamento, a exemplo da isonomia, da solidariedade social e da dignidade humana. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral. Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam. O primeiro deles diz respeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana* na nova dogmática jurídica. Ao término da Segunda Guerra Mundial, tem início a *reconstrução* dos direitos

humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, inc. III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma *despatrimonialização* e uma *repersonalização* do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física como psíquica” (BARROSO, 2012, p. 396).

- 58 “A iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e essa se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. Essas considerações são ainda importantes para a compreensão do princípio da necessidade que informa a participação do Estado brasileiro na economia (art. 173), pois a preferência da empresa privada cede sempre à atuação do poder público, quando não cumpre a função social que a Constituição lhe impõe [...]” (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 287).
- 59 PEREZ, Viviane. **Temas de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 203.
- 60 LUIZ, José Antonio Domínguez. **La Concepción Social del Derecho de Propiedad**. Madrid: Civitas, 2013, p. 29.
- 61 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63. 1 vol.
- 62 SILVA, 2006, p. 792.
- 63 “A constitucionalização do Direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição” (BARROSO, 2012, p. 392).
- 64 O intervencionismo aqui referido tem significado econômico, assim

compreendido: “O Estado toma a si o encargo de atividades econômicas, passando a exercer, além das funções de manutenção da ordem jurídica, da soberania e segurança nacionais, outras que visem ao bem-estar social e ao desenvolvimento econômico. O intervencionismo visto sob o prisma do Direito Econômico, varia de intensidade, que pode ir da ação supletiva (intervenção branda) ao monopólio estatal (intervenção total). Segundo os doutrinadores, no chamado neo-capitalismo, essas intervenções se fazem sentir pela legislação que protege a sociedade dos abusos do poder econômico, através do que denominam Direito Regulamentar Econômico (espécie do Direito Econômico) comparando o Estado na atividade econômica para assumir as atividades demasiadamente onerosas ou desinteressantes para a iniciativa privada” (PEREIRA, Affonso Insuela. **O Direito Econômico na Ordem Jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 249).

- 65 AMARAL, 2008, p. 117.
66 SLAIBI FILHO, 2004, p. 865.
67 “[...] o interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve – isso, sim, – ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar de forma mais eficiente – e aqui eficiência é a distributiva, e não a alocativa – as relações jurídicas que cria” (SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 32).
68 FRAZÃO, 2011, p. 199.
69 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: APEC, 1989, p. 60.
70 STJ – RESP. nº 61.278 – Relator Ministro César Rocha – DJ 06/04/98.
71 STJ – RESP. nº 251.151 – Relator Ministro César Rocha – DJ 22/10/01.
72 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função Social no Direito Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 107.
73 AMARAL, 2008, p. 119.
74 *Ibidem*, mesma página.
75 GRAU, 2007, p. 123.
76 *Ibidem*, p. 121.
77 Por todos, Judith Martins Costa: “A função social exige a compreensão da propriedade privada já não como o verdadeiro monopólio passível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como um pluralidade com-

plexa de situações jurídicas reais que englobam, concomitantemente um complexo de situações jurídicas subjetivas sobre as quais incidem, escalonadamente, graus de publicismo e de privatismo, consoante o bem objeto da concreta situação jurídica” (COSTA, Judith Martins. **Diretrizes Teóricas no Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148).

Referências

- AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: SRS Editora, 2008.
ARNOLD, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Thaís Cristina de Camargo. Função Social da Empresa. In: **Direito-USP**, vol. 17. São Paulo, jul./dez. 2000.
ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: **RDM**, ano XXXV, nº 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1996.
BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do Direito. Tradução de Daniela Becaccia Versini. São Paulo: Manoele, 2007.
COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 vol.
COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.
_____. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
COSTA, Judith Martins. **Diretrizes Teóricas no Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
DUGUIT, León. **Las Transformaciones del Derecho Público y Privado**. Tradução de Adolfo G. Posada; Carlos G. Posada e Ramon Jaen. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas.** Barueri: Manole, 2007.
- FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale.** Roma: Utet Giuridica, 2007.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. A Evolução do Comércio. In: **RDI**, nº 05. São Paulo, 2003.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa: repercussão sobre a responsabilidade civil de controlares e administradores de S/As.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função Social no Direito Civil.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 5 vol.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 12ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007.
- INTERNET. Disponível em: <<http://pensamentosnomadas.files.wordpress.com/2013-/03/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.
- LIRA, Ricardo Cesar Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico.** Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, 1997.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil – e outros escritos.** Petrópolis: Vozes, 1994.
- LUIZ, José Antonio Domínguez. **La Concepción Social del Derecho de Propiedad.** Madrid: Civitas, 2013.
- MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos.** Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ntcont.doc>. Acesso em: 09 set. 2013.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MILL, John Stuart. **A Liberdade.** 4ª ed. Tradução de Alan Grabowsky, 1973.
- MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Malheiros, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: APEC, 1989.
- NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- PEGORARO, Lucio. **La Costituzione Brasiliana del 1988 Nella Chiave di Lettura Dell'art. 1.** Bologna: Filo Diritto, 2015.
- PEREIRA, Affonso Insuela. **O Direito Econômico na Ordem Jurídica.** São Paulo: José Bushatsky, 1974.
- PEREZ, Viviane. **Temas de Direito Empresarial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RENNER, Karl. **The Institutions of Private Law and Their Social Functions.** London: Barnard&Co, 1949.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 2 vol.
- _____. **Curso de Direito Comercial.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 vol.
- RHEME, Paul. **História Universal del Derecho Mercantil.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário.** São Paulo: Malheiros, 1998.
- SGABARBI, Adrian. **Teoria do Direito: Primeiras lições.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP. nº 251.151. Relator Ministro César Rocha. DJ 22/10/01.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP. nº 61.278. Relator Ministro César Rocha. DJ 06/04/98.
- TZIRULNIK, Luiz. **Empresa e Empresários no Novo Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Publicidad infantil y los derechos humanos de los niños

Children advertising and rights

Artigo recebido em 12/06/2015
Revisado em 08/09/2015
Aceito para publicação em 3/10/2015

Dario Aragão Neto

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

Resumen

El presente texto tiene como objetivo debatir la necesidad de la norma transnacional para el control de la publicidad destinada a niños y adolescentes (también denominada publicidad infantil), en especial las

direccionadas en los medios electrónicos, tales como canales de televisión, radio e internet. En perspectiva, se presenta el problema en Argentina y en Brasil, como ejemplos de esta situación: el espacio en la legislación contribuye directamente para la práctica abusiva de este tipo de publicidad en ambos países, así como los modelos de auto reglamentación que regulan la publicidad de productos destinados a los niños y adolescentes en los dos países son ineficaces e insuficientes para mantener una fiscalización eficaz sobre la difusión de los contenidos abusivos que este tipo de publicidad puede direccionar en los medios electrónicos.

Palabras clave

Publicidad infantil; control de la publicidad; derechos humanos.

Abstract

The present article aims to discuss the need for transnational standard control for advertising targeting the children and adolescents (also called children's advertising), in particular those in electronic media, such as television, radio and internet. For this, it presents the problem in Argentina and Brazil, as examples: the gap in the legislation contributes directly to an abusive practice of this type of advertising in both countries as well as models of self regulation of ad-

vertising products to children and adolescents in both countries are ineffective and insufficient to maintain an efficient supervision on the dissemination of the abusive contents which this type of advertising can propagate in electronic media.

Keywords

Children's advertising; advertising control; human rights;

Sumário

1. Introducción. 2. Control de la publicidad infantil. 3. Publicidad infantil en los medios de comunicación. 4. Impactos de la publicidad infantil ostensiva. 5. Control interno y externo de la publicidad en argentina y brasil. 6. Internacionalización de los derechos humanos. 7. Derechos humanos del niño y la publicidad infantil. Conclusión. Notas. Referências bibliográficas

1. Introducción

Surgido a partir de la post-guerra, frente a los horrores promovidos por el nazismo, que marcó el siglo. XX¹, el movimiento de internacionalización de los derechos humanos se presenta bien reciente en la historia. Según palabras de Bobbio (1988)², “los derechos

humanos no nacen todos de una sola vez y ni de una vez por todas”, corroborando la máxima de la Academia, de que tales derechos nacen, cuando deben y pueden nacer.

Sin embargo, piensa que la vinculación de los Derechos Humanos a la publicidad es una demanda reciente y que debe ser cada vez más, objeto de reflexión y estudios, ya que la sociedad de consumo (para algunos, ya de hiperconsumo) está cada vez más sofisticada presentándose en este inicio del siglo XXI, como protagonista de su más vigoroso momento. Como consecuencia del auge que disfruta hoy, el consumo se tornó el muelle propulsor del sistema capitalista. Y éste, a su vez, se apoya en la producción en larga escala, motivando al individuo a la adquisición de bienes y servicios cada vez más elaborados, visando establecer una identidad entre productos, servicios y el consumidor. En esta relación, la publicidad, en especial las transmitidas en los medios de comunicación, es la herramienta que produce el enlace entre el producto y el individuo; entre la fidelidad de la compra, la marca comercial y su condición social. Las nuevas generaciones vienen desarrollando sus relaciones a través de las redes sociales, en un ambiente virtual extremadamente susceptible y vulnerable a todo tipo de asedio. Se sabe que la publicidad de una manera general puede influenciar hábitos y costumbres de toda una sociedad: de niños, adolescentes, adultos y ancianos, ya sea de forma positiva, o de manera negativa. El asedio publicitario y el estímulo al sobreconsumo pueden ser considerados como una amenaza al equilibrio de una sociedad que,

como ya se ha dicho, cada vez más opta por el estilo de consumo voraz de bienes y de servicios. Ocurre que, como veremos más adelante, vehiculados abusivamente y por un período de tiempo prolongado, estos contenidos, sistemáticamente, transforman conceptos, valores y la propia personalidad de las personas, en especial de las nuevas generaciones. Mucho más todavía, en niños y adolescentes, puesto que estos aún están con la personalidad en formación, abiertos a todo tipo de ideas y en plena formación del carácter y de su personalidad, razón por la cual es fundamental su fiscalización y control. En este contexto, la publicidad infantil propiamente dicha, principalmente la transmitida por los medios electrónicos, los cuales no tienen una frontera geográfica que impida el acceso a sus contenidos, necesita que tal control y fiscalización sean ejercidos de manera uniforme, por los Estados, y en conjunto; pues debido a los adelantos de la tecnología (como la TV digital, por ejemplo), la programación es difundida comúnmente en varios países, vía satélite (canales por abono, por ejemplo). En la Internet, el problema es aún peor, ya que muchas veces, tales contenidos no se limitan a los sitios clasificados como para adultos, infiltrándose por toda la red, por todos los ambientes utilizados por el usuario de la red.

En esta revolución cultural, protagonizada por nuevas relaciones, nuevas tecnologías y nuevos actores, se exigen nuevos derechos fundamentales y derechos humanos, los cuales serán importantes y eficaces con la tutela de los ciudadanos y contra todo el asedio y exceso de los contenidos publicados. Agravados, aún

más, por la ausencia de fronteras físicas que puedan delimitar su divulgación, este control debe ser ejercido con la misma rapidez, amplitud y extensión con la cual toda esta información y flujo de medios son vehiculados.

2. Control de la publicidad infantil

El niño y el adolescente son considerados, en Argentina y Brasil, por publicitarios, agencias, anunciantes y comerciantes, como siendo una importante fuente consumidora, teniendo, este grupo de la sociedad, participación activa en el mercado de consumo. Por esta razón, el control y la fiscalización de la publicidad destinada al público infanto-juvenil debe ser redoblado y criterioso, ya que lo que está en juego es el derecho de estas personas a una eficaz información y protección acerca de todo el proceso publicitario a la que se encuentra vulnerable.

Tanto en Brasil, cuanto en Argentina la imposición legal de restricciones a los medios de comunicación nos remite al duro período dictatorial, en que la censura reinaba y los contenidos de información y artísticos sufrían las más absurdas restricciones. Tal hecho agrava aún más la discusión acerca del problema.

Nuestras Constituciones, sin embargo, fueron las grandes protagonistas en este proceso de redemocratización. Fueron ellas que echaron por agua abajo algunas de las más restrictivas reglas vigentes durante los años oscuros de represión militar e iniciaron el pro-

ceso de retorno de la libertad de expresión. Un ejemplo brasileño que puede corroborar esta idea fue el juzgado que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Imprenta (Ley n° 5.250, del 9 de febrero de 1967)³, oriunda de la dictadura y que contenía una serie de restricciones directas e indirectas a la imprenta nacional.

Este caso también se tornó paradigma para ejemplificar precisamente el proceso político y todavía inacabado, de “limpieza” de lo que se puede llamar de “basura dictatorial” aun con resquicios de presencia en nuestro Sistema Jurídico.

En Argentina, la discusión acerca de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, la famosa “Ley de Medios”⁴, por ejemplo, se encuentra en el auge de su polémica, para unos, una ley revolucionaria y democrática, para otros, una herramienta, una maniobra antidemocrática y tendenciosa para el directo enflaquecimiento de la oposición al Gobierno Cristina Kirchner.

Polémicas aparte, la verdad es que cualquier decisión del Poder Público que venga a reglamentar los medios causa un impacto directo excesivo en la sociedad civil. Las marcas dejadas por los años de dictadura son enormes, y hoy, algunos autores, irónicamente, llaman el momento actual como la era de la dictadura de la libertad de expresión, en razón de la ostensiva defensa que se hace a este derecho fundamental colectivo.

Esta ecuación es aún bastante polémica y compleja, ya que invariablemente, los defensores de la libre propagación de publicidad siempre afirman que la

publicidad infantil es inofensiva o más todavía evocan la amenaza de libertad de expresión, sin importarse el local en que eventuales restricciones puedan ser adoptadas y ni mismo el público albo que recibirá tal contenido, o argumentando que, en caso de no haya interés en el contenido, basta salir del ambiente donde haya la publicidad, o sea, cambiar el canal de TV o sitio en la internet.

El presente artículo presenta, por lo tanto, una solución para este problema a través de una estandarización transnacional que adopte una política uniforme por ambos Estados para el efectivo control de la publicidad infantil.

3. Publicidad infantil en los medios de comunicación

La ausencia de una norma transnacional uniforme de control de la publicidad infantil en los medios electrónicos en Argentina y Brasil contribuye con la práctica abusiva de este tipo de publicidad en ambos países. El modelo de auto reglamentación que regula la publicidad de productos destinados a niños y adolescentes en Brasil y Argentina es ineficaz contra las prácticas abusivas vehiculadas en los medios globalizados. El control interno y externo de la publicidad infantil es insuficiente para mantener una fiscalización eficaz sobre la difusión de los contenidos de este tipo de publicidad en los medios electrónicos de ambos países. Debido a factores socio-culturales e históricos, al con-

trario de lo que ocurre en países como Canadá e Irlanda del Norte, no hay un control eficaz de la publicidad infantil en Brasil y Argentina.

La ausencia de una estandarización internacional que regule y reglamente la publicidad vehiculada en los medios electrónicos y destinados a niños y adolescentes en Brasil y Argentina es patente. Estos protagonistas, niños y adolescentes originarios de ambos países, son sujetos sociales con principios éticos aún en formación, característica esta que hace con que este grupo, considerado súper-vulnerable a los ojos de la legislación consumista, necesite de una atención especial en la regulación de la publicidad vehiculada en los medios electrónicos.

Las discusiones sobre esta cuestión ha ganado una dimensión internacional en los últimos años, ya que tanto la publicidad dirigida a los niños y adolescentes en Brasil o en Argentina, utilizan recursos apelativos y persuasivos para inducir el consumismo inmediato. En ambos países, el amparo legal para cohibir y controlar el abuso publicitario, que se aprovecha de la deficiencia de discernimiento y experiencia del niño, es dado, de forma incipiente. En Brasil, la protección es referenciada únicamente por el Código de Defensa del Consumidor, a través de una frase contenida en el párrafo primero del art. 37 del citado diploma legal. Ya en Argentina, de la misma manera, no hay una redacción específica en la ley de defensa del consumidor, Ley n.º 24.240/93, modificada por la Ley 26.361/08⁵, que trate expresamente el problema.

En ambos casos, la forma como la publicidad

destinada a niños y adolescentes (también denominada como publicidad infanto-juvenil o simplemente publicidad infantil) es dimensionada por la ley estatal, no atiende a la demanda que cada vez más crece en lo que dice respecto a la intensidad de su direccionamiento, ya que los medios electrónicos están cada vez más presentes en el cotidiano de los niños, al paso que la legislación no acompaña esta evolución.

Es verdad que existen algunos casos en que la fiscalización y estandarización de este tipo de legislación son también promovidas con la participación efectiva de la sociedad civil y de asociaciones de clase, como acontece en Canadá, por ejemplo, contribuyendo, a su vez, de una forma más participativa y amplia en el combate a publicidades ilegales o abusivas.

Es en este contexto, que la globalización de los medios electrónicos, en especial la de los canales de TV internacionales y de internet, a través de las Redes Sociales y de los sitios de ventas de juegos, ambientes estos, los cuales actualmente no poseen fronteras formales atingiendo libremente su público albo, en varios países, a veces simultáneamente, sin cualquier restricción o herramienta más precisa de protección, lo que crea un ambiente favorable a toda práctica publicitaria.

Y la ausencia de control uniforme vigente más allá de las fronteras que pueda restringir esta práctica, dificulta demasiado esta fiscalización.

Así, por ejemplo, en el caso de Brasil, que posee actualmente un proyecto de ley en trámite en el Congreso Nacional, venga a prohibir la publicidad infantil

en su territorio, en la práctica, esta erradicación sería perjudicada, ya que no habría como evitar la captación de señales transmitidos por las emisoras provenientes de Argentina y de otros países dentro del límite de su territorio, y viceversa, principalmente en las regiones fronterizas, eso sin hablar de los accesos de la Web, la cual no posee un límite geográfico y que permite libre acceso de su contenido.

La ausencia de una estandarización internacional criteriosa y uniforme a ser adoptada por ambos países, asociada a la presencia de una autorregulación deficitaria y corporativista de los órganos de clase en estos países es considerada, como el principal obstáculo para un control efectivo de la publicidad destinada a niños y adolescentes en los países de América Latina.

Finalmente, se pregunta: ¿El modelo de autorregulación de la publicidad y la legislación en vigor en cada país son suficientes para ejercer un control eficaz contra la explotación y los abusos practicados por la publicidad destinada a niños y adolescentes en la región?

4. Impactos de la publicidad infantil ostensiva

La publicidad que alimenta el consumo en masa desenfrenado está cada vez más presente en nuestras vidas, a través de los innumerables vehículos de medios de comunicación a la que somos expuestos cotidianamente y no hay como controlar o vedar la difusión

de este material, principalmente en las regiones fronterizas.

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

Es en este sentido, lo que se ve hoy en día, es la difusión de publicidades direccionadas directamente a niños, entretanto consumidora, lo que viene a ser una práctica engañosa a un grupo extremadamente vulnerable de la población.

Por ser considerados súper-vulnerable, niños y adolescentes son titulares de una protección especial, denominada protección integral en el Sistema Jurídico brasileño y argentino.

Gran parte de las costumbres de los niños, y en especial, sus hábitos de consumo y la formación de conceptos de ética y valores, están siendo hábilmente “cultivados” por estas dosis diarias de publicidad a la que están siendo sometidas. El término “cultivado” no fue colocado en el texto por acaso: de acuerdo con la teoría comunicacional del cultivo, cuanto más tiempo los individuos pasan consumiendo contenidos de medios de comunicación, más propensos están ellos para desenvolver hábitos y costumbres que reflejan los valores que están siendo transmitidos por los medios de comunicación (Gunter *et al.*, 2005)⁶.

En 1999, fue publicada en los Estados Unidos una pesquisa minuciosa acerca del número de publicidades asistidas por los niños en el período de un año en la Televisión. (Comstock y Scharrer, 1999)⁷.

Se sabe que en Brasil y Argentina niños asisten a todavía más publicidad que en los EUA y no hay en ambos, cualquier limitación legal para el tiempo destinado a estos comerciales vehiculados en los programas infantiles, como ocurre en aquel país.

En el caso de la Internet, el problema es aún más grave, ya que se trata de medios con características de interactividad radicalmente diferente de los demás medios de comunicación (Castells, 2002)⁸.

Además, la red mundial de computadoras también se constituye en un nuevo instrumento para la globalización económica y cultural, con consecuencias positivas y negativas en diversas áreas (Moraes, 2003)⁹.

Sin embargo, en lo que concierne específicamente a la publicidad destinada a niños y adolescentes, no hay nada determinado por ley, una protección especial para este problema, habiendo solamente, una protección genérica, que proviene directamente de la Constitución Federal, que prevé especial atención a este grupo, con una serie de protecciones y garantías que les confiere “prioridad absoluta” y del Estatuto del Niño y Adolescente, conforme veremos a seguir.

La Constitución de 1988¹⁰ reconoce al niño y adolescente como sujetos de derechos (Arts. 5º y 227), garantiéndoles el derecho a protección integral (Art. 227), previendo la paternidad responsable (Art. 226, § 7º) y la responsabilidad competente de los padres, del Estado y de la sociedad (Art. 227).

Dice el art. 227 de la Constitución Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)¹¹.

En Brasil, con la llegada del Estatuto del Niño y Adolescente, en 1990, (Ley nº 8.069)¹², niños y adolescentes brasileños pasaron a contar con un sistema legal mucho más eficiente, completo y moderno, el cual asegura protección integral a la mayoría de los intereses volcados a los jóvenes, siempre dotados de prioridad absoluta. Sin embargo, su efectiva utilización en la práctica, así como gran parte de las leyes que garantizan la protección contra grupos vulnerables, permanece siendo un desafío para el Estado y toda la sociedad.

Determina el estatuto del Niño y Adolescente en su artículo tercero:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento

físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

En Argentina, la Constitución Federal incorporó el 22 de Noviembre de 1990, la Convención de los Derechos del Niño, establecida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través del artículo 75, Inciso 22 de la referida Carta. Brasil, a su vez, se adhirió a la Convención en 1990.

Cualquier asunto en el cual exista la ínfima posibilidad de ofender los derechos de niños y adolescentes deberá contener siempre una protección específica para este grupo.

La defensa y protección de los niños en razón de esta publicidad, son de extrema importancia para la sociedad, he aquí que se trata de preservar los derechos humanos del niño y de defender el patrimonio intelectual de las futuras generaciones.

5. Control interno y externo de la publicidad en argentina y brasil

Como ya mencionado, la publicidad brasileña y argentina adoptan un sistema mixto de control, donde las reglas generales para la protección al consumidor de publicidad de productos son tratadas a través de leyes específicas sobre cada uno de estos asuntos. Curiosamente, la publicidad infantil es tímidamente tratada por la legislación y en la mayoría de los casos de abusos practicados en ámbito nacional son analizados y juzgados internamente solamente por sus pares.

Efectivamente, la mayor parte de la publicidad está sujeta apenas a la autorregulación del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR¹³) en Brasil y del Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP¹⁴) en Argentina, que presentan carácter normativo y no obligatorio, poseyendo un Código de Ética para basarse en sus decisiones, las cuales no poseen fuerza de ley, siendo, en la práctica, el principal conjunto de reglas para guiar los preceptos éticos de la publicidad en ambos países. La protección integral debe tener como fundamento de concebir que niños y adolescentes son sujetos de derechos, frente a la familia, la sociedad y el Estado, rompiendo con la idea de que sean simples objetos de intervención en el mundo adulto, colocándolos como titulares de derechos comunes a toda y cualquier persona, así como de derechos especiales decurrentes de la condición peculiar de personas en proceso de desarrollo (Cury *et al.*, 2002)¹⁵.

En este mismo compás, sobre la protección integral del niño, la idea sustentadora del Estatuto es la llamada Doctrina de la Protección Integral defendida por la ONU basada en la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Costa, 1992)¹⁶.

Esta doctrina afirma el valor intrínseco del niño como ser humano; la necesidad de especial respeto a su condición de persona en desarrollo; el valor prospectivo de la infancia y de la juventud, como portadora de la continuidad de su pueblo, de la especie y el reconocimiento de su vulnerabilidad lo que torna a niños y adolescentes merecedores de protección integral por parte

de la familia, la sociedad y del Estado, el cual deberá actuar a través de políticas específicas para promover y defender sus derechos (Mombberger, 2002)¹⁷.

El único dispositivo jurídico brasileño que trata específicamente de la protección de la publicidad dirigida a niños y adolescentes es la ley n.º 8.078/90, que creó el Código de Defensa del Consumidor¹⁸.

Aún que el control de la publicidad en Brasil hoy sea deficitario, antes de la vigencia del Código de Defensa del Consumidor (CDC) la situación era absolutamente insatisfactoria, y mucho peor. No es que este control sea necesario para cercear la publicidad, sino que solamente, para contener los abusos de esta. De ahí tener el CDC, buscado dispositivos para aparar los excesos cometidos por el sector publicitario. Así, el Código no se limitó al reglamento de las relaciones de contratos de consumo, pero si, dedicó un capítulo entero para su reglamentación. Sin embargo, en lo que dice a respecto de la publicidad infantil, hay apenas un artículo, para ser más exacto, un pequeño trecho en párrafo segundo del art. 37 del CDC, que menciona la publicidad directa a los niños, a seguir *in verbis*:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, proprie-

dades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. (BRASIL, 1990), grifo nosso.

De acuerdo a lo ya mencionado, apenas el dispositivo destacado es insuficiente para establecer una seguridad y protección jurídica a los abusos originarios de la publicidad infantil, especialmente, debido, como ya dijimos, a la vulnerabilidad de estos actores, que mientras albo de la publicidad ostensiva a la que son sometidos todos los días, en los diversos escenarios cotidianos.

En Argentina la situación es semejante, ya que no hay en el Sistema Jurídico de ese país cualquier mención a la publicidad destinada este grupo de vulnerables, encontrándose soluciones ambiguas solamente en los argumentos de la ley consumista.

6. Internacionalización de los derechos humanos

El Derecho Internacional viene abrigando en las últimas décadas, un delineamiento de un sistema transnacional normativo de protección a los derechos humanos, como si, de verdad, pudiese constituir un constitucionalismo global, limitando el poder del Estado en detrimento al fortalecimiento de los Derechos Fundamentales, creándose un aparato para la protección de estos derechos.

Es en este contexto, que el constitucionalismo occidental viene creando condiciones extremadamente favorables a la elaboración de textos constitucionales y sub constitucionales, cargados de valores cada vez más armoniosos con el valor de la dignidad de la persona humana. Este nuevo paradigma y referencial ético se constituyen como verdadero súper principio, a guiar las normas de derecho en todas las áreas, uniformizando el constitucionalismo global y proveyéndole de racionalidad y sentido. Según palabras de Piovesan (2011)¹⁹:

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta a duas importantes consequências:

1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de revitalização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “Kantiana” de soberania centrada na cidadania universal;

2ª) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

La soberanía de los Estados se torna, por lo tanto, relativa con relación al tratamiento de sus nacionales, en las cuestiones que puedan violar tratados internacionales de protección. Esta fórmula se va a adecuar aún más en el ambiente de los medios electrónicos, puesto que el flujo de información no se limita al espacio físico nacional de un determinado país, quebrando barreras, ultrapasando fronteras a una velocidad tal, que solamente una norma transnacional puede regular tales acciones y relaciones.

7. Derechos humanos del niño y la publicidad infantil

El día 20 de noviembre de 1959, por aprobación unánime, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración de los Derechos del Niño. Más

tarde, en 1989 sobrevino la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la cual consiste en un tratado que visa la protección de niños y adolescentes de todo el mundo, aprobada en la Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de aquel año.

Criticado por algunos, por la tendencia occidental adoptada por el texto, entre otras críticas; lo cierto es que el referido Tratado significa la reiteración de aquellos derechos consagrados en la Declaración de 1959, ampliados según las necesidades que la demanda social moderna obliga a aceptar a las nuevas generaciones, cuidando de una serie de derechos, siempre

“que importa preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade e ser educada no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em particular, num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade; e compreensão”, A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (1989)²⁰.

Conforme ya visto, si bien que hay varias legislaciones en defensa del derecho del niño y adolescentes, todavía no existe cualquier ley nacional, en Brasil o Argentina que regule la publicidad infantil, mucho menos aún, que regule el flujo de información de esta naturaleza en los medios electrónicos. Si la legislación reguladora de esta cuestión, no estuviera en sintonía en ambos países, y también en relación a los demás Esta-

dos vecinos, tal norma corre gran riesgo de no funcionar, si no tiene la eficacia que el asunto merece.

Y si no viene a solucionar efectivamente el problema de los abusos causados por esta publicidad, la situación se perpetuará, dejando a las nuevas generaciones con un vacío de control para este contenido de los medios de comunicación.

Conclusión

Solamente una legislación o convención uniforme e internacionalizada puede efectivamente proteger a los niños del flujo informacional publicitario en los medios electrónicos. En este momento, esta protección se converge para los Derechos Humanos del Niño, en vista del potencial devastador que este contenido publicitario, hoy, afecta a las nuevas generaciones.

En el compás de la evolución social hoy demandada y en lo que se refiere a la defensa de este grupo extremadamente vulnerable, que es el de los niños y adolescentes, la ampliación de la protección y de los cuidados contra el asedio de consumo y la publicidad abusiva, debe ser cada vez más corajosa y articulada entre los diversos países.

La cuestión sobre la restricción legal a la publicidad volcada para el público infantil, o infanto-juvenil, ha generado intensos debates sobre sus objetivos, ya que se considera que las influencias de las propagandas en el comportamiento pueril, son intensificadas en esta parcela de la población, debido al hecho

de que los más nuevos, en la tierna edad, realmente no consiguen deducir la función de la publicidad. Es de hecho que, por no poseer este entendimiento, son influenciadas por lo explícito y por lo implícito, y acaban imitando lo que ven en los comerciales.

No hay dudas que la publicidad vehiculada de forma correcta y dentro de los parámetros legales de adecuación y de su buen uso, puede y debe ser incentivada, incluso, por el poder público. La creatividad del ser humano no tiene límites, y con certeza, existen varias formas de construir publicidades, valiéndose de criterios educacionales, pedagógicos y valores colmados de ciudadanía y con la información correcta sobre la materia publicitaria en foco, trayendo a su público albo, los elementos necesarios para que niños y adolescentes puedan, además de optar por un producto, conocer los parámetros comparativos de su elección y las consecuencias inherentes de su adquisición y consumo. Queda claro que existe la responsabilidad de los padres en el acceso al contenido de medios de comunicación, pero, dejar tal tarea de forma exclusiva a los responsables por los niños no traerá la solución para el problema. Los responsables no tienen como estar omnipresentes 24 horas por día, verificando el contenido vehiculado en los medios electrónicos.

Aún más grave son las palabras del Presidente del CONAR en Brasil, Sr. Gilberto C. Leifert: “O consumo é indispensável à vida das pessoas e entendemos a publicidade como parte essencial da educação”²¹.

¿Educación o capacitación?

Seguro que la publicidad puede ser una herra-

mienta de educación, pero sin los abusos que son case una regla, principalmente en las redes sociales.

Así, se entiende que este problema debe ser resuelto entre padres y responsables, publicitarios y empresas de medios de comunicación, los cuales representan la sociedad civil, así como el poder público ejecutivo y legislativo que deben traer a tono las sugerencias más eficientes de formas de fiscalización de la publicidad vehiculada en los medios. Y más: Hay que obligar a los países a crear dispositivos normativos que aseguren el control de la publicidad infantil como derechos humanos del niño, como una forma de protegerlos del asedio y de los abusos en potencial que pueden ser causados.

Hay mucho que hablar sobre la publicidad infantil. La cuestión que involucra alimentos de bajo valor nutricional, la inserción de los valores sociales y la responsabilidad de las celebridades infantiles, son ejemplos de temas internacionales que preocupan a todas las naciones, a todas las familias por todo o planeta.

Para eso, el debate sobre el tema debe ser reflexionado en el sentido de buscar la estandarización transnacional para el flujo de información de la misma naturaleza, formateando un nuevo modelo de asegurar a los usuarios la seguridad jurídica necesaria al lidiar con estos ambientes. Nuevas reglas, nuevas normas, para nuevos derechos fundamentales y humanos que surgen con las nuevas tecnologías y modelos de comunicación.

Notas

- 1 SACHS, Ignacy. *O Desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos*, in *Estudos avançados* 12 (33), 1998, p.149.
- 2 BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). Rio de Janeiro, Campus, 1998.
- 3 BRASIL. *Lei no. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, Lei de Imprensa*. [On line]. En http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm (Julio, 2013).
- 4 ARGENTINA. *Lei 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual*, "Ley de Medios". [On line] En: <http://www.argentina.gob.ar/pais/94-ley-de-servicios-de-comunicacion-audiovisual.php> (Julio, 2013).
- 5 ARGENTINA. *Ley de Defensa del Consumidor*. [On line]. En http://www.oceba.gba.gov.ar/Descarga/LEY_24240.pdf (Julio, 2013).
- 6 GUNTER, Barrie; OATES, Caroline; BLADES, Mark. *Advertising to Children on TV: Content, impact and regulation*. London: Lawrence Erlbaum Associates, 2005.
- 7 COMSTOCK, George; SCHARRER, Erica. *Television: What's on, who's watching, and what it means*. San Diego: Academic Press, 1999.
- 8 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- 9 MORAES, Dênis de (org.). *Globalização, mídia e cultura contemporânea*. Campo Grande: Letra Livre, 1997.
- 10 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [On line]. En: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm (mayo, 2013).
- 11 Op.Cit. Art.227.
- 12 BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. [On line]. En http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. (mayo, 2013).
- 13 CONAR. Conselho de autorregulamentação Publicitária. São Paulo, 1980. [On line]. En: <http://www.conar.org.br/>. (Mayo, 2013).
- 14 CONARP. *Consejo de Autorregulación Publicitaria*. [On line]. 2001. En: <http://www.conarp.org.ar/codigo.htm>. (Mayo, 2013).
- 15 CURY, Garrido; Marçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- 16 COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Co-

- ord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- 17 MOMBARGER, Noemí Friske. *A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002.
- 18 BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. [On line]. En: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. (Mayo, 2013).
- 19 PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. 1ª Ed. (ano 2006), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.
- 20 UNICEF. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. 20 de Novembro de 1989. [On line]. Em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf (Junio, 2013).
- 21 CONAR. As normas éticas e a ação do Conar na publicidade de produtos e serviços destinados a crianças e adolescentes. En <http://www.conar.org.br/conar-criancas-e-adolescentes.pdf> . (Julio, 2013).

Referências bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). Rio de Janeiro, Campus, 1998.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- COMSTOCK, George; SCHARRER, Erica. *Television: What's on, who's watching, and what it means*. San Diego: Academic Press, 1999.
- COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- CURY, Garrido; Marçura. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- GUNTER, Barrie; OATES, Caroline; BLADES, Mark. **Advertising to Children on TV: Content, impact and regulation**. London: Lawrence Erlbaum Associates, 2005.
- MOMBARGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002.
- MORAES, Dênis de (org.). **Globalização, mídia e cultura contemporânea**. Campo Grande: Letra Livre, 1997.

- PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. 1ª Ed. (ano 2006), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.
- SACHS, Ignacy. **O Desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos**, in *Estudos avançados* 12 (33), 1998, p.149.

Endereços eletrônicos

- ARGENTINA. **Ley de Defensa del Consumidor** [On line]. Em http://www.oceba.gba.gov.ar/Descarga/LEY_24240.pdf . (janeiro 2013).
- ARGENTINA. **Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual**. “Ley de Medios”. [On line]. Em <http://www.argentina.gob.ar/pais/94-ley-de-servicios-de-comunicacion-audiovisual.php>. (janeiro 2013).
- BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. [On line]. Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. (novembro 2012).
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [On line]. Em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. (novembro 2011).
- BRASIL. **Lei no. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, Lei de Imprensa**. [On line]. Em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm. (dezembro 2012).
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. [On line]. Em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm (janeiro 2013).
- CONAR. **Conselho de autorregulamentação Publicitária**.1980. [On line]. Em <http://www.conar.org.br/> (janeiro 2013).
- _____. As normas éticas e a ação do Conar na publicidade de produtos e serviços destinados a crianças e adolescentes. En <http://www.conar.org.br/conar-criancas-e-adolescentes.pdf> . (Julio, 2013).
- CONARP. **Consejo de Autorregulación Publicitaria**. [On line]. 2001. Em <http://www.conarp.org.ar/codigo.htm> (janeiro 2013).
- UNICEF. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. 20 de Novembro de 1989. [On line]. Em http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf. (janeiro 2013).

La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS

The environmental auditing in Environmental Law. Forms of administrative activity at the Environmental Administrative Law, and the role of EFS

Artigo recebido em 12/06/2015
Revisado em 08/09/2015
Aceito para publicação em 3/10/2015

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

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Resumen

La regulación jurídica de la auditoría ambiental en la forma de gestión estatal cubana, apunta como un paso en el avance del control ambiental por el órgano supremo de control. Para ello es realizado un análisis histórico, teórico, legislativo del desarrollo y evolución del control a través de la auditoría pública en sus cuatro etapas, permiten formular presupuestos jurídicos para la futura actualización de las disposiciones jurídicas normativas vinculadas a esta institución.

A tales efectos, se realiza un estudio del desarrollo que ha tenido la regulación jurídica de la tipología de control ambiental en las formas de gestión estatal del sector empresarial cubano, la necesidad de implementarla para construir empresas amigables con el ambiente, en la actualización del modelo económico que se implementa por la Administración Pública.

A tales efectos, para desarrollar todo este análisis se utilizaron los métodos teóricos de investigación como el exegético-jurídico, el histórico-lógico, inducción-deducción y el de análisis-síntesis.

Palabras claves

Auditoría ambiental, formas de gestión, desarrollo sostenible.

Abstract

The legal regulation of environmental auditing in the form of Cuban state-run targets as a step in advancing environmental control by the supreme control body. For this purpose, a historical, theoretical and legislative analysis has been carried out on the development and evolution of control through public auditing in four stages, making legal quotes allowing for future updates on the legal provisions related to institution regulations, to such effects, a study of development has taken the legal juridical regulation of the environmental control in the forms of state management of the Cuban business sector, the need to implement it to build environmentally friendly companies in the updating of the economic model that is implemented by the public administration. To develop this analysis theoretical investigation methods were used, such as exegetical-legal, historical-logical, deduction and induction and analysis-synthesis.

Key words

Environmental auditing, forms of management, sustainable development.

Sumario

Introducción. 1. Análisis histórico y legislativo de la auditoría ambiental en Cuba 2. Formas de acti-

vidad administrativa en la auditoría ambiental por las EFS en el Derecho Administrativo Ambiental. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Desde los saberes contables e históricos, se nos señala los albores del ejercicio de la auditoría como función pública, la que en su generalidad no era conocida del todo a consecuencia de ser Cuba una colonia española. El período del siglo XVII hasta el XVIII, evidencia que el control por la Administración de las finanzas públicas estuvo constituida por los órganos de la Intendencia de Hacienda y del Tribunal de Cuentas, estas realizaron las funciones de percepción, registros contables y la vigilancia de las rentas y los recursos públicos.¹

Es así que, el siglo XIX, con el Decreto No. 78, Ley del Poder Ejecutivo, reguló las funciones de fiscalización, ejercitadas en este momento por el Interventor General de la República. La Constitución de la República de esta época, reguló la función de fiscalización a los bienes públicos por el Ministerio de Hacienda, institución creada por Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.² Se evidencia además la creación del Tribunal de Cuentas³, el que en sus funciones fiscalizó el patrimonio, los ingresos, los gastos del Estado y a los organismos autónomos.

Este autor considera, los cambios acontecidos a nivel mundial en los objetivos de la auditoría, la que

solo se dedicaba en sus orígenes a la detección de fraudes, a la revisión de los sistemas y a la obtención de las evidencias; se ha extendido al control de los recursos naturales al tomarse conciencia mundial de los altos índices de contaminación generados por las industrias para proteger a la naturaleza. Factores estos, que propiciaron se reconocieran otros tipos de auditorías como las de gestión y las operativas, la de eficiencia y la de economía, respondieron a las necesidades sociales, vinculadas a la tipología de control ambiental; como el instrumento protector del medio ambiente, integrada a la realización de las revisiones clásicas que se efectuaban en otras ramas y sectores de la industria, al ser la de mayor incidencia en la contaminación ambiental.

Al triunfar la Revolución, el gobierno decide dotar al país de un mecanismo más eficaz para salvaguardar los intereses del pueblo, es creado en 1959 el Ministerio de Recuperación de Bienes Malversados para proseguir en esta función pública, a raíz de los cambios y las modificaciones en la estructura económica del país que se ejecutaron con la sustitución del Tribunal de Cuentas en 1960. Es por ello, que para 1961, se constituye el Ministerio de Hacienda con la Ley No. 943, se le concedieron funciones para la comprobación de los gastos del Estado, con la Dirección de Comprobación, encargada de realizar la fiscalización.

Al finalizar 1965, este órgano de control es disuelto, pasan estas funciones al Banco Nacional de Cuba, con la misma Dirección de Comprobación y con la función rectora de ejercitar la auditoría estatal. Con posterioridad, se creó el Ministerio de Industrias⁴ y con

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

ello la decisión de conformarse las primeras Unidades de Auditoría Interna en los organismos que integraron en este momento la Administración Pública y extender esta actividad en todo el territorio nacional.

Para 1976, con la institucionalización estatal sustentada en la Ley No. 1323⁵, se crea el Comité Estatal de Finanzas, con ello se reanuda la Dirección de Comprobación y con esta la práctica de la auditoría estatal por parte del Estado.⁶ Sustentada a partir de lo establecido en el texto constitucional cubano, artículo 10 y cito: (...*”todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad”...*)⁷

1. Análisis histórico, teórico y legislativo de la auditoría ambiental en Cuba.

La función pública, concebida por el Derecho Administrativo dentro de las formas de actividad administrativa como una actividad policía en la nación cubana, al ser valorado por el autor que en el país la mayor representatividad de empresas están en la formas de gestión estatal, regulada a partir del texto constitucional y en el ordenamiento jurídico sustantivo en los Decretos Leyes No. 67 de 1983 y el 147 de 1994,⁸ los que se han continuado modificando al continuarse reformando los organismos que componen la Administración Pública en la actualización del modelo económico.

La década de los 80, muestra sucesos internacionales y nacionales ocurridos con repercusión en la actividad de la auditoría estatal, vinculadas al desplome del campo socialista y con la Unión Soviética como principal socio comercial⁹, elementos que obligaron al Estado a buscar otros horizontes en la actividad económica y las relaciones comerciales, a través de asociaciones económicas con la inversión extranjera, como es el caso de los bloques económicos que hoy aparecen en América Latina como son el MERCOSUR, UNASUR, CELAC y el ALBA.¹⁰

Para el 1994, cesan las funciones del Comité Estatal de Finanzas y Precios constituido, siendo trasladadas al Ministerio de Finanzas y Precios¹¹ y con ello la Oficina Nacional de Auditoría (ONA). Tuvo su sustento legal en el Decreto Ley No. 159 de 1995¹², Ley de la Auditoría. Practicada a las formas de gestión estatal y por la ONA y las Sociedades Civiles legitimadas. Sustentada en el Acuerdo No. 2819 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 1995 y en el Decreto No. 228 de 1997 para la ejecutar la potestad sancionadora. La ONA, tuvo como objetivos organizar y dirigir toda la actividad de control en el territorio nacional, se establecieron para ello principios, normas y demás procedimientos sobre la auditoría para ejecutar el control público a las formas de gestión.

El Ministerio de Finanzas y Precios, al tomar el control dictó directivas para la confección del plan de auditorías de la Administración Pública y de los Órganos Locales del Poder Popular, confeccionó programas y guías metodológicas, sustentadas en el Decreto Ley

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

No. 159 de 1995. Creándose el Registro de Auditores para su habilitación pública en la nación.¹³

A partir de 1985 hasta el 1993, fueron realizados otros estudios vinculados con la forma más ventajosa de implementar y fortalecer los mecanismos de control en Cuba, para crear un órgano de fiscalización superior. Es así, que entre 1999 al 2000, continuaron otros estudios para consumar la propuesta de crear un órgano soberano, sobre la base de la experiencia alcanzada en la región de América Latina y de la Unión Europea, en correspondencia con las regulaciones de las Entidades Fiscalizadoras Superiores -INTOSAI- y se adaptara a las características del país, a las nuevas concepciones mundiales y a los hechos internacionales que acontecían en este momento.

Para ello se crea el Ministerio de Auditoría y Control¹⁴, organismo que ejerció funciones revolucionarias, modernas, de elevados valores, con el control adecuado en la eficiencia de la economía y la probidad de los funcionarios y directivos. Como el encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en las materias de la auditoría gubernamental, la fiscalización y el control gubernamental; como para regular, organizar, dirigir y controlar, a través de metodologías todo el Sistema Nacional de Auditoría nacional. Es así, que las funciones de la actividad de auditoría atribuidas a la ONA y al Ministro de Finanzas, excepto la contenida en el artículo 33, del Decreto-Ley No. 159 de 1995, fueron asumidas por este nuevo organismo creado, donde el Decreto-Ley 219 de 2001 fue su sustento legal, diferencián-

dolo de la ONA en el trabajo que la misma desempeñó en el control público, en función de los tres principios básicos con los que fue creada, con las funciones de prevenir, detectar y enfrentar los actos de corrupción administrativa, este autor considera que le impregnó una nota diferente a la actividad de control, además de la función tradicional de la auditoría pública que por tradición se realizó.

Es criterio de este autor que en el siglo XX no se percibió la práctica de la auditoría ambiental en la nación, al no estar reconocida en las normativas jurídicas que regulaban esta actividad, a pesar de las alertas promovidas por parte del Secretario General de las Naciones Unidas para proteger el medio ambiente realizadas a los estadistas desde Estocolmo hasta Rio de Janeiro.¹⁵ Es apreciada la labor desempeñada por otros organismos, quienes a través de la potestad inspectora y la sancionadora ejecutaron acciones vinculadas con el control ambiental en correspondencia con las alertas del PNUMA en la nación. Demuestran que la práctica de la auditoría pública por parte de la ONA y del MAC, continuó dirigida en esencia a la revisión de los sistemas contables del sector estatal, prueban que sus primeras manifestaciones como instrumento de gestión ambiental no se practicó, solo existen evidencias de su ejecución en las tipologías de las auditorías de gestión y la de cumplimiento, las que controlaron algunas temáticas vinculadas a la protección ambiental. Caracterizadas por ser gratuita, obligatoria y ejecutada a través de un plan y metodologías aprobados por la Entidad Fiscalizadora que tiene su encargo público.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Es consecuencia, dentro del proceso de institucionalización, es también apreciado por este autor que la auditoría estatal y en especial la protección ambiental ha tenido un espacio superior a partir de su regulación normativa en el texto constitucional, refrendado en ulteriores leyes dictadas por el órgano con competencia en materia ambiental, el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente; como parte del derecho sustantivo patrio; se evidencia además que el Estado ha dictado acciones protectoras dirigidas hacia el medio ambiente, en correspondencia a los Tratados ambientales de que es parte. Constatados a partir del Capítulo I del texto Constitucional: Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado, al distinguirse cuatro ámbitos de incidencia interrelacionados: la protección del medio ambiente como principio constitucional rector de la política económica y social, la función pública de protección ambiental como mandato de acción para el Estado; la protección ambiental como ámbito de atribuciones y competencias y la protección de los recursos naturales y de todo el rico potencial de la naturaleza como un deber ciudadano.¹⁶ Su aplicación se instituye como un principio constitucional de actuación de los órganos estatales y se convierte en el soporte informador del ordenamiento jurídico nacional.

En el artículo 27, se consagra la protección ambiental como función pública. Técnicamente, a la vez que se habilitaron los órganos competentes para que intervengan en la protección del medio ambiente inspirados en el desarrollo sostenible, se ordenó la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de “hacer

más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras” con lo que la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad.

No obstante es considerado por este autor, que aún quedan retos ambientales en la Constitución, para reforzar las materias vinculadas a la protección del ambiente. El reparto de las atribuciones y competencias dentro del ordenamiento jurídico. A partir de los principios de organización y actividad de los órganos estatales establecidos en el artículo 68 y en virtud de estos se integran y desarrollan sus acciones sobre la base de la democracia socialista, en las tareas de su competencia, la obligatoriedad de las disposiciones de los órganos superiores para los inferiores, la subordinación y rendición de cuentas de estos últimos a los superiores lo que garantizará el respeto, la articulación y el control de la política ambiental.¹⁷

Ha sido valorada por este autor la labor de la Comisión Nacional para la Protección del Medio Ambiente y Conservación de los Recursos Naturales, con el soporte legal en la Ley No. 33 de 1981 y en el Decreto Ley No. 118 de 1990¹⁸, la adecuación cubana de la Agenda 21 en 1993, como el último período dentro de toda esta labor medio ambiental por parte del Estado en el pasado siglo, las que corroboran haberse practicado como función pública la potestad inspectora dentro del control ambiental.

Con la creación del CITMA, se materializó toda esta voluntad en la política ambiental, ella tuvo su sus-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

tento en un número de Leyes, Decretos Leyes, Normas y Resoluciones, para garantizar la adecuada obediencia de la “Ecuación Para la Vida”¹⁹. Toda esta comprensión de la legislación ambiental, resulta el principal reto de la sociedad cubana, como parte del programa de Educación y Divulgación Ambiental que se realiza en los medios de difusión masiva, en las Audiencias Públicas Ambientales²⁰ para influir en la conformación de una adecuada conciencia ambiental ciudadana, como parte de la democracia participativa.

Este autor valora también, que deberán ser analizados en estudios posteriores el tema de la recepción constitucional de los contenidos ambientales vinculados con la Ley No. 81 de 1997, sobre la práctica de la auditoría ambiental por el órgano de control²¹ y de las funciones a realizarse por el CITMA en su acompañamiento, para conformar la empresa amigable con el ambiente. Por ello, como actividad de control, permitirá conocer los índices de contaminación, el uso e implementación de las tecnologías limpias²², la aplicación de la contabilidad ambiental y el uso eficiente de los sistemas de gestión ambiental; como meta hacia la sostenibilidad ambiental.²³

Es así, que otros organismos de la Administración Pública en la nación, como ejecutores de la potestad inspectora, por su interdisciplinariedad y multidisciplinariedad de la cuestión ambientalista, realizan acciones de control al ambiente, como el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Economía y Planificación, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, entre otros.

Es apreciado además, por este autor que la evaluación de impacto ambiental como herramienta de gestión, vinculada a las políticas del desarrollo económico-social, por la trascendencia y la relación que tiene con la auditoría ambiental debería practicarse en su generalidad²⁴. Lo cual pudiera colisionar con los momentos del control tecnológico que corresponden a la auditoría, no solo a la tecnología existente sino también a las previstas a introducirse por la Administración Pública, vinculada a la implementación y evaluación de la Responsabilidad Social Empresarial a través de la norma ISO 26 000.

Por lo que aún, valora este autor, quedan retos por vencer al Derecho Ambiental patrio en materia de construcción doctrinal y legislativa, al compararlo con los avances logrados en los países de Iberoamérica y de la América Latina. Permitirían a criterio de este autor, la construcción futura de normativas adecuadas y coherentes para reducir la fragmentación que impera y transitar a otros niveles de evolución; les corresponderá a los ciudadanos y a los empresarios cumplirlas para no continuar con las conductas de contaminar y pagar, a fin de lograr el equilibrio entre el progreso y el medio ambiente. Como nota distintiva, se apreció por este autor, la no inclusión por el legislador en la Ley No. 81 de 1997 a esta tipología de auditoría dentro de la familia de las herramientas de gestión; con un mayor constructo desde las ciencias económicas y contables²⁵, para coadyuvar a la recuperación económica del país²⁶, presupuestos estos que conducirán a un estadio superior en la protección del bien jurídico ambiental,

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

vinculadas al desarrollo socio-económico con el uso apropiado de los sistemas de gestión como otro de los componente claves a evaluarse en las formas de gestión estatal.

En todo el período hasta aquí analizado, se constata por este autor, la existencia de pruebas dentro del ordenamiento jurídico interno de la institución jurídica, pero con sesgos en el constructo a partir de su tutela jurídica, al no disponerse su regulación en la Ley marco ambiental²⁷ y no haberse regulado en la Ley de la Auditoría²⁸, ello no permite afirmar que existan evidencias para considerar la existencia de un constructo teórico-doctrinal desde las ciencias jurídicas.

Es así, que dentro de la actualización del modelo económico cubano, es criterio de este autor, que con la creación de la Contraloría General de la República, como el nuevo órgano de control supremo, sustentado en la Ley No. 107 de 2009, permitió que el país se insertara en las novedosas tendencias internacionales declaradas por las Entidades Fiscalizadoras Superiores -INTOSAI-, como el órgano que auxiliará a la Asamblea Nacional y al Consejo de Estado en la ejecución de la más alta fiscalización sobre los órganos del Estado y del Gobierno, continuador de las actividades que realizaron la ONA y del MAC.²⁹

Como nota particular, es considerado por este autor, que el país está en una etapa superior en la actividad de control a los bienes públicos y en especial al bien público ambiental, a partir de que su sustento legal da una atención adecuada al hecho de que tanto los daños como la restauración medio ambiental

acarrear costos reales a la organización implicada, al regularse la auditoría ambiental como una de las tipologías para la actividad de control en su Reglamento del 2010, cuestión esta que debió regularse en la Ley y no de la manera que lo hizo el legislador en un Acuerdo del Consejo de Estado.

Se analizaron por este autor, las decisiones que determinaron la creación de este órgano superior, estas han sido el respeto a la Convención Internacional contra la Corrupción, el control del lavado de dinero y los cambios de rendición de cuentas de esta actividad de control. Se reconoce así a otros organismos de la Administración Pública facultados a practicar auditorías al amparo del ordenamiento jurídico, como el Ministerio de Finanzas y Precios mediante la Oficina Nacional de Administración Tributaria y al CITMA en relación con la auditoría ambiental para su acompañamiento a la CGR con sus especialistas, al Ministerio de Informática y las Comunicaciones en relación con la auditoría homóloga, al Ministerio del Interior respecto a las relativas a protección de la información, criptología y seguridad informática, al Ministerio de Economía y Planificación y la Oficina Nacional de Estadística de Cuba en cuanto a la auditoría especial y por las sociedades civiles de servicios y otras organizaciones que practican la auditoría independiente autorizadas por el Contralor General a través de su habilitación en el Registro conformado a estos efectos.

No obstante, este control ambiental en el país ahora es que se ha iniciado, a partir de su introducción en el Reglamento de la Contraloría en el 2010, comple-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

mentado en las directrices generales para su realización aprobadas en el 2013, este autor valora la necesidad de un programa para esta tipología de auditoría y que se incluyan los elementos objetivos, subjetivos y formales en la normativa jurídica en atención a la transversalidad, multidisciplinariedad y multidimensionalidad que tiene este control ambiental.³⁰ En contradicción a las pautas de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de América Latina y el Caribe, las que en estos temas tienen avances y en otras regiones del mundo se actualizan, renuevan y evolucionan como en la Unión Europea, donde se distinguen en evaluar a la empresa y a la industria con las EMAS, exigir la responsabilidad patrimonial y aplicar la norma ISO 26 000 de manera voluntaria al sector privado.

Por lo que es criterio de este autor, que habrá que atemperar la Ley Ambiental y otras normativas que hoy no se corresponden con lo regulado para esta tipología de auditoría en el ordenamiento jurídico nacional. La Contraloría como órgano superior, no la considera dentro de las formas de actividad administrativa como un servicio público, al estar concebida como una actividad de control en la Ley No. 107, por predominar las formas de gestión estatal en el sector empresarial.

Por ello, podrá ser aplicada al 100% a todas las formas de gestión estatal y no estatal que hoy en este siglo XXI se fomentan en el país, pero se estima por los expertos de este órgano de control, que deberán crearse las condiciones, como se organizará y demandará, se requerirá de un diagnóstico de lo actual y lo puntual, que permita proyectar un plan, por su vínculo con

otras herramientas de la gestión en su ejecución; que se inician desde la arista económica, donde aparece la tributación ambiental como una novedad institucional, reconocida en el ordenamiento jurídico nacional en la legislación tributaria, donde este órgano supremo juega su rol en la cuantificación del daño ambiental.

Todo esto conllevará, aprecia este autor, que habrá que replantearse un nuevo Derecho Ambiental que permita equilibrar los fundamentos doctrinales, la normativa ambiental y la praxis jurídico-administrativa por los actores de la Administración Pública en la nación, por la multidimensionalidad que tiene la auditoría ambiental. Que permita con ello, el cambio en la forma en que el ser humano percibe su relación con el medio ambiente y como interactuará con el a partir del binomio deber-derecho; por la transversalidad e interdisciplinariedad que posee la práctica de esta actividad de control ambiental, para su desarrollo y evolución desde la arista económica hacia la jurídica cuando se aplique y con ello desarrollar la empresa amigable con el ambiente en la nación.

Otra valoración apreciada por el autor es la inexistencia de instituciones no reconocidas dentro del ordenamiento jurídico y en particular dentro del Derecho de la Empresa, entre ellas la auditoría ambiental, la responsabilidad social empresarial -ambiental-, las tecnologías limpias y la reingeniería empresarial. Vinculadas a la responsabilidad ambiental a través de la potestad inspectora y del control; todas permiten realizar el análisis y la evaluación por este autor, en los niveles de respuestas por parte del CITMA y del MINA-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

GRI, las acciones a través de las verificaciones fiscales por la Fiscalía General de la República (FGR), con el mandato dispuesto en la Ley No. 81.

La FGR acorde a la Instrucción No. 6 de 1997, en atención a la Ley No. 83 de 1997³¹, ejecuta la verificación fiscal bajo las indicaciones e intereses específicos que tenga el país; como procedimiento administrativo, responde a la función de averiguación, de control y verificación del cumplimiento de la legalidad. Dirigida en esencia a comprobar el cumplimiento de la Constitución, de las leyes y demás disposiciones legales por parte de los organismos del Estado y de sus dependencias, las direcciones subordinadas a los órganos locales del Poder Popular, las demás entidades económicas y sociales y por los ciudadanos, constreñidas en su mayoría a la observancia de la normativa penal.

Esta FGR a tenor del artículo 27 constitucional y el artículo 42 de la Ley No. 81 de 1995, regulan la función especial que posee este órgano en relación a la actuación fiscal para la tutela ambiental y el cumplimiento de la legalidad, de aquí que sea considerado por el autor, la necesidad de la especialización en la materia ambiental para dar un mejor tratamiento a la protección ambiental.³² Para esta actividad se auxilian de especialistas con la actividad de la Unidad de Medio Ambiente del CITMA, con la inspección ambiental; al amparo de la Resolución No. 103 del 2008 en su función del control, la que se constriñe en su ejecución a la protección de los ecosistemas de interés de la nación.

Es valorado por este autor, que el actuar de estas instituciones no se corresponde de manera adecuada

en su mayoría con los problemas ambientales declarados en la Estrategia Nacional Ambiental³³ y en el Programa Nacional de Lucha Contra la Contaminación del Medio Ambiente³⁴, ambos del CITMA y del informe presentado por la Oficina Nacional de Estadísticas e Información sobre el Panorama Ambiental cubano³⁵. Denotan un comportamiento no proporcional del nivel de respuestas a darse por los actores competentes para realizar la inspección, el control interno, el control gubernamental, la fiscalización y la auditoría. Se constató además, que no existe la práctica de dar cuenta en las resoluciones judiciales a la Contraloría ni al CITMA para su posterior control a través de la auditoría por la sala de lo económico de los Tribunales, en atención a la relevancia del actuar de este órgano supremo en el control.³⁶

A juicio de este autor, la auditoría, en su regulación normativa nacional no establece la certificación ambiental con la ecoetiqueta al concluir como proceso, de uso en la doctrina consultada en la región de Iberoamérica y la América Latina, por los beneficios que su valor agregado trae para el comercio a los empresarios que la solicitan como valor agregado ante los mercados ambientales, por ser más exigentes. Por lo que se considera que es un aspecto negativo para poder acceder a estos mercados su omisión por el legislador.

En el caso cubano, a consecuencia del hostigamiento político sostenido por el bloqueo económico por más de 50 años, la amenaza latente a la seguridad y a la soberanía por los Estados Unidos de Norteamérica; dependemos de la fuerza y los recursos propios; en la

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

medida que el país sea capaz de integrar los procesos naturales, sociales y culturales con los del desarrollo económico aparejados al desarrollo del intelecto del capital humano en la actualización del modelo económico, a partir de la fórmula I+D+C.³⁷

Para ello, con la implementación de la auditoría ambiental, se aprecia por el autor estar desnivelada, al no estar implementada la contabilidad ambiental dentro del Sistema Contable Nacional, como lo regula el PNUMA y las Entidades Fiscalizadoras, que permita lograr resultados al analizar la relación costo-volumen-utilidad, como aspecto de suma importancia que permitirá controlar en que se utiliza el presupuesto financiero destinado a esta actividad y ser además otro valor agregado que tendrán estas empresas al ser evaluadas y certificada su contabilidad, factor que propiciará una imagen corporativa positiva.

La Contraloría, al amparo de los artículos 9 y 75 constitucionales con que fue creada, le corresponderá ejercitar el más alto control estatal ambiental, a pesar de no estar reconocida como órgano dentro del texto constitucional.³⁸ Es el Reglamento de este órgano de control, el que al establecer el ejercicio de la auditoría ambiental y con la interpretación del artículo 10 de dicho texto, supone la observancia de la legalidad, para cumplir las políticas establecidas en los cuerpos legales, en especial desde el texto constitucional por su jerarquía normativa hasta las disposiciones sustantivas y adjetivas en vigor.³⁹

En consecuencia, se considera, la protección del bien jurídico ambiental en el país parte de la firma de Convenios y Acuerdos Internacionales con las

Entidades Fiscalizadoras -INTOSAI- en las materias de contabilidad, auditoría y medio ambiente, integrados a partir de la norma constitucional y la legislación ambiental, coinciden estima este autor, que la omisión por parte del legislador de su no adecuada implementación puede haber sido una de las causales de la fragmentación de la normativa ambiental actual, necesitada de una apropiada construcción normativa a futuro, que permita evolucionar a tono con las políticas actuales en la región Iberoamericana, en temáticas como la responsabilidad ambiental en las materias civil, administrativa y penal, la evaluación ambiental estratégica⁴⁰, la cobertura financiera a través del seguro ambiental⁴¹ en una póliza, las tecnologías limpias, la creación dentro de las Fiscalías de áreas especializadas en la materia ambiental⁴², la solución en sede judicial ambiental de los conflictos generados, para con ello construir la empresa amigable con el ambiente y dar con ello cumplimiento a la responsabilidad social en materia ambiental.

Es así, que después de más de una década de haberse promulgado el Decreto Ley No. 159 de 1995, como Ley de la Auditoría, todo el tracto legal estudiado hasta la aprobación de la Ley No. 107 de 2009 y su Reglamento en el 2010, como normativas que declaran la tutela y práctica de la auditoría estatal, complementada por el derecho sustantivo y adjetivo aplicable, nos conllevan a formular por este autor la omisión al no haberse dispuesto la derogación del Decreto Ley No. 159 de 1995 en sus Disposiciones Finales, como lo hiciera el legislador con el Decreto Ley No. 219 de 2001 en la Ley No. 107 de 2009, demuestran que dentro del orde-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

namiento jurídico cubano coexisten dos disposiciones jurídicas que regulan el control a los bienes públicos.⁴³ Se considera que en la norma legal no hay una derogación expresa que señale que la aludida normativa legal quede sin efectos legales por parte del legislador, toda vez que pudiera entonces valorarse el criterio que su derogación sea considerada por los practicantes de esta actividad de control sea por desuso según la doctrina consultada.⁴⁴

En este contexto, las causales que han conllevado a que el país tenga acumulado todas las situaciones ambientales adversas, aprecia este autor han sido: los patrones de producción utilizados, el consumo y el uso de los recursos aplicados no han sido los más adecuados con una alta incidencia en los problemas de contaminación; la degradación de los suelos; la pérdida de diversidad biológica; la carencia, disponibilidad y calidad del agua potable y la afectación de la cobertura forestal.⁴⁵

No obstante, las principales causas que inciden en la situación de la contaminación ambiental en el país además de las señaladas son: la no aplicación de enfoques preventivos; la carencia de recursos y materiales para minimizarlos y dar tratamiento de manera adecuada a los residuos y emisiones generados por el sector estatal vinculados con el vertido ambiental al generarse contaminación; la no adecuada operación y mantenimiento de los sistemas de gestión; la educación ambiental insuficiente; la indisciplina social y la carencia de adecuados sistemas de monitoreo ambiental.⁴⁶

También aparecen identificados los principales

problemas relacionados con la eficiencia en el uso de los recursos y la sostenibilidad de la producción y el consumo nacional: el difícil acceso a las tecnologías de avanzadas; la insuficiente comprensión y aplicación del concepto de sostenibilidad; la atención dirigida a los procesos vinculados a la problemática ambiental de los productos y servicios; la poca aplicación de las herramientas de gestión por los empresarios y no ejecutar compras públicas sostenibles⁴⁷ con un diseño sostenible y responsable extendido a todos los productores en las empresas en la forma de gestión estatal en su mayoría.

Como colofón, el marco regulatorio complementario a la Ley No. 81 de 1995, considera este autor no garantiza la adopción de enfoques preventivos adecuados, aparejados a la indisciplina tecnológica que impera en la mayoría de las formas de gestión del sector estatal cubano.⁴⁸ A futuro, los costes en que incurrirá el Estado en la preservación del medio ambiente, tendrán importancia y una relevancia decisiva en los procesos futuros para la toma de las decisiones empresariales, de aquí que los procedimientos de la contabilidad de gestión ambiental sean de suma importancia⁴⁹ para poder ejecutar la auditoría ambiental.

Afortunadamente, la práctica de la auditoría, es valorado por este autor, que posee otras regulaciones afines ubicadas en otras ramas del Derecho como son el Derecho Administrativo Ambiental, el Financiero-Tributario, el Sanitario y el particular en el Civil con lo regulado para la responsabilidad objetiva y la patrimonial⁵⁰, con el Agrario a través de las regulaciones con el uso y explotación del suelo, con el Derecho Ad-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

ministrativo Sancionador, con la materia penal para el tratamiento de la responsabilidad, con el comercial y con el nuclear, entre otras; vinculadas con los principios rectores del Derecho Ambiental como son los de prevención, autorregulación y regulación jurídica integral por parte del CITMA como la autoridad ambiental y de otros organismos de la Administración Pública que ejercitan esta función pública.

Esta auditoría, como proceso, examen crítico, sistemático y representativo del sistema de información de una empresa o parte de ella, realizado con independencia y utilizando técnicas determinadas en el área contable y la tecnológica, tiene el propósito de emitir una opinión profesional sobre la misma, que permita la adecuada toma de decisiones a los empresarios y brindarles recomendaciones para que mejoren los sistemas examinados en la empresa.

Como evaluación ambiental y como valoración debe poseer un patrón contra el cual se efectuará la comparación y poder concluir sobre los sistemas examinados, de ahí que sean revisadas las anteriores revisiones realizadas a las entidades archivadas en el expediente contentivo de las acciones de control practicadas. En todo este patrón de comparación, estima este autor, variará de acuerdo al área sujeta al examen por parte del equipo auditor para realizarle la evaluación ambiental, requerirá que el equipo auditor tenga conocimientos sobre la estructura y el funcionamiento de la unidad económica sujeta a análisis, no sólo en su parte interna sino en el medio ambiente en la cual ella se desarrolla así como el cumplimiento de la normativa legal a la cual estará sujeta, deberá estudiarse el

expediente legal de la organización auditada donde se recoge toda la documentación del sujeto auditado.

Otra de las insuficiencias en la normativa administrativa por la Contraloría, este autor considera que con las directrices generales para realizar la auditoría ambiental, en la que no establece la certificación ambiental, ni dispone los momentos en que ella se practicará por este órgano de control supremo.

Se aprecia además, su regulación por el Ministerio de Economía y Planificación en la Resolución No. 132 de 2011⁵¹, como norma certificadora de los requisitos establecidos en las Normas Cubanas para el sistema de gestión de calidad, el sistema de gestión ambiental, sistema de seguridad y salud en el trabajo, sistema de análisis de peligros y puntos críticos de control, sistema de inocuidad alimentaria, sistema de gestión integrada del capital humano o de un sistema que de forma integrada satisfaga al menos en dos sistemas de los antes mencionados en su ámbito de aplicación ejecutada por el CITMA.⁵²

2. Formas de actividad administrativa en la auditoría ambiental por las EFS en el Derecho Administrativo Ambiental.

Es apreciado por este autor, que la ejecución de esta tipología de auditoría a las formas de gestión no estatal es realizada por auditores de sociedades mercantiles certificados por la EFS para ejercitar esta función pública, para ello necesitan una concesión administrativa y el título habilitante para ejecutar esta fun-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

ción pública, es solicitada de manera voluntaria por interés del empresario al órgano supremo de control. De esta manera, apreciamos como han incursionado en el control ambiental con la práctica de la auditoría, como proceso y procedimiento para proteger el medio ambiente con empresas amigables con el ambiente, a partir del siglo XX.

Relacionado con la aseveración anterior, este autor considera a la concepción de servicio público, concepto controvertido, entendido de diversas formas y mutante en dependencia de las circunstancias políticas, económicas y sociales de los Estados, se ha construido sementada en los casos resueltos en un período en Francia desde el siglo XIX y XX.

Actividad está que florece en el siglo XX con el desarrollo de la revolución industrial, como consecuencia de los adelantos científico-técnicos acontecidos en esta época. Trajo como resultado la complejización de las relaciones sociales, donde la actividad industrial o de gestión económica quedó limitada a aquellas actividades de relevancia empresarial cuya titularidad se asumió por el poder público.⁵³

En la doctrina francesa, encontramos autores como DUGUIT⁵⁴ Y HAURIOU⁵⁵, con sus diferencias la consideran como la piedra angular del Derecho Administrativo clásico y para ello son argumentados elementos imprescindibles a la hora de determinarlo. A partir de las manifestaciones del servicio público, se identifican como elementos necesarios para su configuración: la necesidad de la sociedad o generalidad, la titularidad estatal, el régimen jurídico que permite que la Admi-

nistración Pública gestione de manera directa o indirecta tanto el servicio como el control, la continuidad, uniformidad e igualdad de trato para todos los ciudadanos.

Es notoria que la intención del servicio público, es satisfacer las necesidades de la generalidad o colectividad, sin embargo, estas pueden ser en buena medida satisfechas a partir de servicios privados, es indispensable que el servicio que se realice tenga intrínseco la satisfacción del interés general. Sin olvidar que la consecución del interés público representa para la Administración Pública el fin de toda su actividad.⁵⁶

Es así, que sea señalado que no es necesario que el servicio público sea realizado por una entidad o agente público. En definitiva, no es el sujeto lo que califica la actividad sino el fin al que tanto se ha hecho alusión. Esta actividad puede ser realizada por sujetos que no son propios de la Administración Pública -pudieran ser incluso particulares- o entidades con las mismas características que estos sujetos anteriormente descritos; sin que se pierda la titularidad.⁵⁷

Como categoría jurídica, es concebida como forma de actividad estatal y de actividad técnica. Como categoría rectora del interés público, se percibe realizada y asegurada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública y gestionada de forma directa por esta o indirecta por sujetos autónomos autorizados, bajo un régimen jurídico especial, destinada a la satisfacción de un interés general. Se contempla además la forma de gestión mixta a través de sociedades mercantiles como ha sido ya citado,

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

donde la Administración participa por sí o por medio de una entidad pública de conjunto con personas naturales o jurídicas.

Autores como LANCÍS Y SÁNCHEZ, PARADA Y MATILLA CORREA reconocen que hay características propias en el servicio público que lo distinguen del carácter de privado, pero esta diferencia es ocasional, ya que cambia de época en época y de un país a otro y que sobre el criterio que rige la calificación definitiva de un servicio como público o privado, no se ha dicho aún la última palabra.⁵⁸

Como actividad de control, este autor toma postura al considerarla como una de las actividades más importantes de la Administración Pública, sus destinatarios son las formas de gestión estatal y no estatal, sujetas a acciones de control por la norma legal que se establezca y están obligados a mantener sistemas de control interno, conforme a sus características, competencias y atribuciones institucionales, para fomentar empresas no contaminadoras al medio ambiente, denominadas a partir de la publicación de la ISO 26 000, como empresas amigables con el ambiente.⁵⁹

Por lo que, su reconocimiento y regulación en los ordenamientos jurídicos contrastados para el desarrollar la investigación, son corroborados como una prestación de servicio público, como actividad de control y de fomento al decir de GORDILLO; postura con la que coincide este autor, al ser las de mayor estudio desde posiciones doctrinales desde el Derecho Administrativo y las de común aplicación para lograr empresas no contaminadora al medio ambiente. Para su ejecuci-

ón, media la suscripción de un contrato de servicios, acción que concluye con la entrega del informe de los resultados de la auditoría practicada y la certificación ambiental.⁶⁰

En materia de protección, desde el Derecho Ambiental este tipo de control ha variado, a partir de la aplicación de otros mecanismos de control incorporados en el transcurso de los años, conocidos como técnicas de tutela ambiental a través del auto control, la fiscalización, la inspección, la auditoría, el ordenamiento ambiental, la información y la educación ambiental.

Se aprecia, que su aplicación tiene carácter preventivo, relacionadas considera este autor con los principios de prevención y el de responsabilidad, al establecer la aplicación de instrumentos de control como son: la autorización, la licencia y la concesión, evaluados a través de la auditoría ambiental, la policía ambiental y la supervisión ambiental, con el fin de mejorar la conciencia ambiental e identificar los riesgos, para concebir empresas amigables con el ambiente.⁶¹

Como actividad de control, este autor toma postura al considerarla como una de las actividades más importantes de la Administración Pública, sus destinatarios son las formas de gestión estatal sujetas a acciones de control que por la norma legal se establecen en sus ordenamientos jurídicos y que están obligadas a mantener sistemas de control interno conforme a sus características, competencias y atribuciones institucionales, como acción preventiva para proteger el medio ambiente.

La finalidad, mantener, controlar y evaluar la

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

efectividad del sistema en las instancias de dirección que le competen, considerado por autores entre los que se encuentran GORDILLO, DROMI Y MUÑOZ MACHADO. Su importancia, considera este autor, se aprecia en la comprobación de las políticas del Estado en la preservación de las finanzas públicas y el control económico administrativo, donde se le ha incorporado la arista ambiental que a criterio de este autor, evalúa la responsabilidad como otro de los principios del Derecho Ambiental vinculados a la práctica de la auditoría pública en materia ambiental.⁶²

Como actividad de gestión económica, este autor analiza el uso de los instrumentos económicos, considerados por la doctrina administrativa en materia ambiental como una alternativa para atenuar los efectos de la problemática ambiental, estos modifican las conductas de producción y de consumo al concebirlas como empresas sostenibles. Aparece entonces en este escenario, la alternativa jurídico-económica, con el uso e implementación del tributo ambiental, elemento utilizado para obtener un desarrollo limpio, en relación con el principio -de quien contamina paga- del Derecho Ambiental.⁶³

Se valora, su vinculación con esta actividad de control ambiental practicada a las formas de gestión estatal y no estatal, en relación a la actividad que realicen, implementada y controlada por el Fisco en normativas tributarias, vinculada al vertido ambiental generado en la producción, abren el camino al utilizar nuevos instrumentos de protección, con el impuesto ambiental, la promoción de I+D con objetivos ambien-

tales, la certificación ambiental y la auditoría ambiental como evaluación final de todo este proceso.⁶⁴

Otra de las aristas vinculadas con el control ambiental, es apreciada a través del fomento ambiental, es este el estímulo que promueve la Administración Pública para que las empresas sean menos contaminadoras, es regulado en normativas jurídicas a través de Leyes de fomento en los ordenamientos jurídicos analizados.

En los países de la región de Iberoamérica, se constata el reconocimiento de estos estímulos fiscales por la doctrina ambiental, a través de impuestos o reformas fiscales verdes, estos son utilizados como instrumentos de mercado, de aplicación al uso del transporte híbrido o eléctrico; en el reciclaje del plástico; en el control de la deforestación boscosa; en el tratamiento al agua potable y los desechos sólidos; en la conservación de la biodiversidad y en el uso de combustibles fósiles para modificar la matriz energética, se aprecia además su vinculación con la reingeniería de procesos en la industria a través de las tecnologías al final del tubo y con los encadenamientos productivos por su relación con la auditoría ambiental, señalado por autores como RÍOS GUAL Y OSPINA DUQUE.⁶⁵

Es apreciado, que son reconocidas en dos variables desde la doctrina ambiental para la práctica de esta evaluación ambiental, una a través de la competitividad empresarial y otra en la protección ambiental con la entrega de instrumentos de acreditación ambiental al decir de MORA RUIZ, MARTÍN MATEO Y SANZ RUBIALS, donde aparece en este escenario la auditoría am-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

biental para este fin, permiten distinguir a este autor el tránsito desde la actividad de limitación u ordenación -policía- hacia la de fomento en este siglo XXI, fortalecida con la aparición en todo este escenario de las normas voluntarias EMAS⁶⁶ y la ISO 26 000.⁶⁷

Es por ello, que los conceptos, principios y elementos establecidos desde la doctrina *ius* administrativa relacionada con otras ramas del Derecho, en particular con el Derecho Ambiental, este autor analiza la relación que tienen con esta tipología de auditoría. Los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica, la reconocen como una actividad de control y como servicio público, en sí conllevan acciones de control, permiten medir la eficacia y eficiencia de las actividades auditables ambientales en las formas de gestión no estatal, concebidas a través de la aplicación de las normas EMAS al aplicarse el autocontrol con una menor intervención pública en las industrias; toda vez que como gestión ambiental moderna, es transparente, participativa y concebida como un sistema de mercado para todos los países de la Unión Europea, al aportarles una gestión medio ambiental de calidad, de obediencia a la legislación ambiental, les permite la obtención de ayudas financieras, licencias y permisos ambientales, vinculadas a los principios del Derecho Ambiental como el de responsabilidad, autocontrol, e información, para lograr la sostenibilidad ambiental.⁶⁸

Es así, que la actividad de control ambiental analizada, considera este autor influye también en el desarrollo urbano, compatible con las políticas no contaminadoras, vinculadas en su ejecución a otros

instrumentos de gestión ambiental, como la evaluación de impacto ambiental, la licencia ambiental y la inspección, con un fin, lograr el equilibrio con empresas ambientales responsables con la introducción y generalización de la norma ISO 26000⁶⁹. En conjunto permiten el desarrollo adecuado del ordenamiento urbano sostenible con estrategias para mejorar la calidad ambiental y convertir las ciudades en lugares de vida, de trabajo e inversión atractivos y sanos, donde el impacto ambiental negativo sea mínimo.

Para ello, son integradas las políticas urbanas con una gestión ambiental sostenible, mejor planificada, con un transporte urbano sostenible; permiten en conjunto minimizar los efectos adversos sobre los recursos naturales necesarios como el agua, el aire y la energía.⁷⁰ Hay también un reenfoque en su visión, al integrarse las necesidades colectivas y el entorno social, ello permite promover la educación ambiental, orientada a incrementar la cultura popular de los problemas ambientales que hoy afectan al planeta, donde los ciudadanos y la Administración Pública tienen una carga en la responsabilidad de obedecer las políticas públicas a partir del binomio deber-derecho, como lo señalan autores como LOPERENA ROTA, JORDANO FRAGA Y FRANCO DEL POZO.⁷¹

Es así, que la contaminación ambiental y los modelos urbanistas integrados, buscan la armonía social con un reenfoque del pensamiento ambiental, al ser la ciudad parte del paradigma ambiental, al promoverse un urbanismo sostenible con nuevas estrategias ambientales urbanas por la Administración Pública, esta

fomenta el transporte colectivo como nueva cultura, el respeto a los espacios peatonales, a las aceras y plazas como elementos integrales en la defensa ambiental, posiciones estas asumidas por MORENO VIQUEIRA, CAMPESINO FERNÁNDEZ Y RUEDA.⁷² Con las que este autor concuerda, ante la importancia que tiene la aplicación de estas políticas por parte de la Administración Pública para proteger el ambiente.

La Administración Pública, para preservar el bien jurídico ambiental, realiza el control ambiental de forma obligatoria a través de un plan, es apreciado por este autor el vínculo que posee con la potestad inspectora y la sancionadora ante las faltas por cometer daños al medio ambiente. Al concluirse todo este proceso y entregarse el resultado en el informe de auditoría, se significará si cumple con las regulaciones y exigencias para ser reconocida como una empresa ambiental amigable con el ambiente como bien público.

Es notable destacar, que existe otra clasificación, menos utilizada, la aleatoria, en relación con el interés por el sujeto estatal activo en el control ambiental ante un problemática ambiental de interés nacional que sea pertinente su evaluación por la auditoría.

Conclusiones

La auditoría ambiental emergió debido a la contaminación empresarial y su enfrentamiento por el Estado, su génesis fue la auditoría social. Se consolida posteriormente como acción de control practicada por

las Entidades Fiscalizadores Superiores y las Sociedades Mercantiles, posee una construcción jurídica a partir de estar reconocida en Convenios y Acuerdos Internacionales, ser introducida en los derechos internos mediante los textos constitucionales, las leyes ambientales y de contralorías, brindan solidez y sustento para el desarrollo de políticas ambientales como la herramienta de gestión ambiental. Puede ser voluntaria u obligatoria y manifestarse como una actividad policía, un servicio público u actividad de fomento acorde a su ejecución y consecuencias.

La sistematización de la auditoría ambiental, como institución jurídica dirigida a proteger al bien jurídico ambiental, es reconocida desde la doctrina *ius* administrativa y la *ius* ambientalista. Los criterios teóricos y normativos valorados permitieron establecer que la realización de la auditoría entraña una relación jurídica ambiental y delimitar sus elementos: subjetivos (auditores y auditados), objetivos (contenido, instituciones y categorías a evaluar) y formales (documentos acreditativos de su validez).

La auditoría ambiental tiene un carácter multidimensional, integral y transdisciplinario, su finalidad es la evaluación de la gestión ambiental de la empresa y la certificación de producciones limpias, para realizarla las entidades auditadas deben implementar la contabilidad ambiental y el tratamiento de los residuales de la producción de la empresa. Constituye un proceso integrado por fases (preparación-ejecución-conclusión) cuyo procedimiento fundamental está regulado en las normas ISO y las EMAS.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 369-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 32 - 1.º Semestre/2015

10 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Las formas de actividad administrativa en el Derecho Administrativo Ambiental, rol de la EFS - pp. 367-420
SÁNCHEZ A. F. A. / MACEIRAS E. P.

Notas

- 1 Entidad fortalecedora de la Intendencia de Hacienda, ambos órganos tuvieron las funciones de conocimiento y vigilancia de los registros contables, las rentas y los recursos públicos, perfeccionados con la introducción de mecanismos más eficientes y eficaces en salvaguardar la Hacienda Pública de la Colonia Española. Autores desde las ciencias contables e históricas coinciden en considerar este el punto de partida de los orígenes de la actividad del control público en el país.
- 2 Constitución Cubana de fecha lero de julio 1940. Artículo 135, reconocida como la Constitución de mayor perfección formal y de tendencia más progresista dentro de su filiación liberal burguesa que había conocido la República, como 3era etapa del constitucionalismo. G. O. 20 de diciembre de 1946.
- 3 Los orígenes de la actividad de la auditoría y el control de la Hacienda Pública en la primera década del siglo XVIII, con el objetivo de salvaguardar los intereses de la metrópoli española; desde la segunda mitad del siglo hasta 1764; el *Tribunal de Cuentas* fortaleció la Intendencia de Hacienda. .
- 4 Ministerio que convivió con la *Dirección de Comprobación del Banco Nacional* hasta 1967, implementó un fuerte aparato de auditoría.
- 5 Alberto TAY ARAUJO. *La Auditoría como una de las funciones más importantes del Banco Nacional*. En Revista de la Banca Nacional de Cuba. Cuba. 2006. p.7.
- 6 *Comité Estatal de Finanzas*. Ejercitó esta actividad de control, Decreto Ley No. 159, *De la Auditoría*. G.O. Extraordinaria No. 20 de fecha 3 de julio de 1995.
- 7 Orisel HERNANDEZ AGUILAR. *Retos y tendencias del Derecho Ambiental contemporáneo. Retos ambientales para la Constitución*. Principales falencias del texto constitucional en materia ambiental, deberán ser abordados en la actualización futura. Editora PALCOGRAF. Cuba. 2011. pp.29-46.
- 8 Disposiciones jurídicas relacionadas con la creación de los organismos que conforman la Administración Pública en el país. (Ministerio de Finanzas y Precios; Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente y el Ministerio de la Agricultura). Decreto Ley No. 67 G. O. Extraordinaria No. 9 de fecha 19 de abril de 1983 y el Decreto Ley No. 147. G. O. Extraordinaria No. 2 de fecha 21 de abril de 1994.
- 9 *Consejo de Ayuda Mutua Económica*. Bloque económico que existió en los países que conformaron los Estados Socialistas en el siglo XX.
- 10 Decreto Ley No. 50, *Sobre la Asociación Económica entre entidades cubanas y extranjeras*, de 15 de febrero de 1982, primera regulación jurídica post-revolucionaria que trató la inversión extranjera y las empresas mixtas, entró en contradicción con la Constitución de la República de 1976, impedía de manera absoluta la transferencia de los bienes de propiedad socialista, el comercio exterior correspondía sólo al Estado y no se reconocía las formas de propiedad de las empresas mixtas, no se protegió el bien jurídico ambiental, la Ley No. 77, *Ley de la Inversión Extranjera*, artículos 54, 55 y 56, reconoce la conservación del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales a través de sus artículos 54,55 y 56. G.O. Extraordinaria No. 3, de fecha 6 de septiembre de 1995, La Ley No. 118, *Ley de la Inversión Extranjera*. G. O. Extraordinaria No. 20, de fecha 16 de abril de 2014, ratifica la protección a la naturaleza como bien público, en sus articulados 54, 55, 56, 57 y 58.
- 11 La *Oficina Nacional de Auditoría*, concebida desde 1997 hasta el 2003, con repercusión nacional en temas de Auditoría, Control y Fiscalización, en forma de sistema desarrolló esta actividad de control y supervisión en las provincias y municipios de toda la nación. *Memooria histórica del Ministerio de Auditoría y Control*.
- 12 Decreto Ley No. 159. *Ley de la Auditoría*. G.O. Ordinaria No. 20 de fecha 3 de julio de 1995. Ministerio de Justicia. Cuba.
- 13 Decreto Ley No. 219, habilita el *Registro de Auditores de la República de Cuba*, condición necesaria para practicar la auditoría como función pública en el país. G.O. Extraordinaria No. 14 de fecha 25 de abril de 2001.
- 14 "...un Organismo de la Administración Central del Estado encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en materia de auditoría gubernamental, fiscalización y control gubernamental; así como para regular, organizar, dirigir y controlar metodológicamente, el Sistema Nacional de Auditoría..." Formó parte del Gobierno y se encontraba al mismo nivel que el resto de los Ministerios en el país; tenía relaciones de colaboración y de subordinación con la Fiscalía, los Tribunales y la Asamblea Nacional del Poder Popular. Decreto Ley No. 219 de 2001. Artículo 1. G. O. Extraordinaria No. 14, de fecha 25 de abril de 2001. Cuba.

- 15 *Día mundial del Medio Ambiente*: "hoy más que nunca, la vida sobre la tierra exige de todos un sentido de responsabilidad universal: nación a nación, persona a persona, responsabilidad humana para todas las demás formas de vida...Ya poseemos las habilidades técnicas para detener tendencias destructivas y colocar nuestras economías sobre una base más sostenible". PNUMA-ONU. 2001.
- 16 *Constitución de la República* de 1976. G.O. Extraordinaria No. 7, de fecha 1 de agosto de 1976. Año XC, p.12. Modificaciones realizadas en el 1992 y 2002. Cuba. Coinciden Lissette PEREZ HERNANDEZ. *Temas de Derecho Constitucional Cubano*. Editora Félix Varela. Cuba. 2002. pp.11-384. Fernando ALVAREZ TABIO. *Comentarios a la Constitución Socialista*. Editora Ciencias Sociales. Cuba. 1997. pp.124-125.
- 17 *Constitución de la República de Cuba*. G.O. Extraordinaria no. 3, de fecha 31 de enero de 2003. Cuba.
- 18 Ley No. 33, *Ley del Medio Ambiente y los recursos naturales*. Disposición Especial Segunda. G.O. Ordinaria No. 17, de fecha 12 de febrero de 1981. (Derogada por la Ley No. 81 de 1997, *Ley del Medio Ambiente*). Decreto Ley No. 118, *Estructura, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Protección del Medio Ambiente y del uso racional de los recursos naturales, y su órgano rector*. G.O. Extraordinaria No.1, de fecha 18 de enero de 1990.
- 19 Néstor Alfredo CAFERRATA. *Los principios y reglas del Derecho Ambiental*. Las 5 E, ecuación para la vida o ecoeficiencia. En Revista de Derecho Ambiental Abeledo Perrot. Argentina. 2007. pp.89-146.
- 20 *Audiencia Pública Ambiental*, mecanismo de participación, ofrece a la comunidad, a las autoridades y a las organizaciones la posibilidad de conocer, informarse sobre la conveniencia de una obra o actividad que se encuentre desarrollando o en proyecto y los impactos positivos o negativos que pueda causar al ambiente. En Cuba la realiza el CITMA en los Consejos Populares, a tenor de lo regulado en el Acuerdo No. 6176 de los Consejos de la Administración.
- 21 Acuerdo Consejo de Estado del 2010. *Reglamento de la Ley No. 107*, artículo 40, inciso c), sobre la participación del CITMA en la auditoría ambiental. Normativa que regula por vez primera en el país la *auditoría ambiental* como auditoría tipo. G.O. Extraordinaria No. 32, de fecha 22 de noviembre 2010.
- 22 PNUMA: *producción más limpia*, es la aplicación de una estrategia integrada de prevención ambiental en los procesos, los productos y los servicios para reducir los riesgos a los seres humanos y al medio ambiente, la competitividad de la empresa y la viabilidad económica. 2011.
- 23 Alcides ANTUNEZ SANCHEZ. *Consideraciones teórico doctrinales sobre las herramientas de gestión ambiental. La auditoría ambiental, teoría, praxis y legislación en la segunda década del siglo XXI en Cuba*. En Revista De Jure No. 19. Brasil. 2012. p.25.
- 24 Ley No. 81, artículos 67 al 69 sobre *la responsabilidad administrativa*. Los del 70 al 74, sobre *la responsabilidad civil* y del artículo 75 sobre *la responsabilidad penal*. G.O. Extraordinaria No. 7 de fecha 11 de julio de 1997.
- 25 Elvira ARMADA TRABAS. Tesis doctoral: *Metodología para desarrollar auditorías de gestión en Cuba*. (2005).
- 26 *Estrategia Ambiental Nacional*: CITMA. Cuba. Versión 2007-2010. Versión 2010-2015. G.O. Ordinaria No. 30, de fecha 11 de abril de 2007.
- 27 Ley No. 81. *Ley del Medio Ambiente*. Artículo 18: La política ambiental cubana se ejecuta con los instrumentos de gestión como: la *Estrategia Ambiental Nacional*, el *Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo*, y en los programas, planes y proyectos de desarrollo económico social de la nación cubana. G.O. Extraordinaria No. 7 de fecha 11 de julio de 1997. Ministerio de Justicia. Cuba.
- 28 Decreto Ley No. 159, *De la Auditoría*. Artículo 8: De acuerdo con los objetivos que se persigan, la auditoría puede ser. *De gestión u operacional. Financiera o de Estados Financieros. Especial y Fiscal*. G.O. Ordinaria No. 20 de fecha 3 de julio de 1995. Ministerio de Justicia. Cuba.
- 29 En la Ley No. 107 de 2009, *Ley de la Contraloría General de la República*. Sobre las *funciones, atribuciones y obligaciones* de la Contraloría General, artículo 31. G.O. Extraordinaria No. 32, de fecha 14 de agosto de 2009.
- 30 Hace referencia a la actividad de "control interno", con periodicidad anual, se ejecuta en el país por parte de la Contraloría General. Tiene su expresión jurídica en la Resolución No. 60. G.O. Extraordinaria No. 13 de 3 de marzo de 2011. Ministerio de Justicia. Cuba. En relación al artículo 12: los sujetos a acciones de la Contraloría son las dependencias económico-administrativas de los órganos locales del Poder Popular, las dependencias o entidades nacionales de producción o prestación de servicios y unidades presupuestadas de los organismos de la Administración Central del Estado, las misiones diplomáticas cubanas

- acreditadas en otros países y las entidades cubanas con representación en el exterior, las instituciones bancarias del Sistema Bancario Nacional y las organizaciones sociales, las personas naturales o jurídicas sujetas a una *obligación tributaria* generada en el territorio nacional, que reciban, administren, custodien, usen o dispongan, por cualquier título o concepto, fondos públicos, así como las empresas o sociedades de economía mixta o asociaciones y las demás que determinen las leyes o las que conforme a su naturaleza y finalidades. Ley No. 107 de 2009. En el Reglamento de la Ley No. 107, se establece en su artículo 40: *la auditoría externa se practica por profesionales facultados, no empleados por la organización auditada*, inciso c): el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente en relación con la *auditoría ambiental*, vinculado al artículo 43: tipos de auditoría, inciso g): la auditoría ambiental. G.O. Extraordinaria No. 22, de fecha 22 de noviembre 2010.
- 31 Ley No. 83. *Fiscalía General de la República de Cuba. G. O. Ordinaria No.34 de fecha 11 de julio de 1997.* Artículos 22 y 23. *Verificaciones Fiscales.* En atención a lo preceptuado en el artículo 17. *Control y preservación de la Legalidad.*
- 32 Yisel MUÑOZ ALFONSO. *Fiscalías ambientales o fiscales ambientalistas. Una necesidad en Cuba para la solución de conflictos ambientales.* En Revista *Ámbito Jurídico.* No. XVI. Brasil. 2013. pp.1-26.
- 33 *Estrategia Nacional Ambiental.* CITMA. Versión 2010-2015.
- 34 *Programa nacional de lucha contra la contaminación del medio ambiente.* 2009-2015. Resolución No. 23. G.O. Ordinaria No.1, de fecha 8 de enero de 2010. Instrumento rector que establece las proyecciones de trabajo en este tema a nivel nacional, los mecanismos para el control, su revisión y actualización en relación a la Estrategia Nacional Ambiental dirigida a los OACEs.
- 35 *Panorama Ambiental.* Oficina Nacional de Estadística e Información. Ministerio de Economía y Planificación. Cuba. 2013.
- 36 Niurka FOURNIER DUHARTE. TPP Santiago de Cuba. *El daño ambiental a la luz de la justicia económica cubana.* Memorias Evento internacional Justicia y Derecho. *La solución por las salas de lo Económico de los delitos ambientales.* (CDrom) Cuba. 2006.
- 37 Informe MINREX en la ONU. *Necesidad de culminar con el bloqueo económico a Cuba por los Estados Unidos de América.* 2013.
- 38 *Constitución de la República de Cuba.* G.O. Extraordinaria no. 3 de fe-

- cha 31 de enero de 2003. En relación a las facultades constitucionales que se le han concedido a este órgano de control.
- 39 Ley No. 107, la *Auditoría Ambiental*, su práctica en el sector estatal en la nación cubana, relacionada con su Reglamento de 2010.
- 40 Miguel GOMEZ VILLARIÑO. Tesis doctoral: *Evaluación ambiental estratégica.* Vínculo de la Evaluación Ambiental Estratégica con la auditoría ambiental al ejecutar ambas una evaluación. Universidad Politécnica de Madrid. España. (2010).
- 41 Manuel VALLS. *Prevención y compensación frente al daño ambiental. El Seguro Ambiental.* Vinculado a la contabilidad ambiental, la Auditoría Ambiental en la industria. Editora Iustel. España. 2011. pp.5-77.
- 42 *Fiscalía especializada para la atención de los delitos ambientales.* Los delitos relacionados con el bien jurídico ambiental. En Revista FIMA. Argentina. 2012. pp.57-79.
- 43 Julio FERNANDEZ BULTE. *Teoría del Estado y del Derecho*, sobre la derogación de los actos normativos, que en buena técnica jurídica se exige que al final de los actos normativos se incluya la antes aludida *cláusula de derogación*, que exprese directamente cuáles normas legales anteriores quedan afectadas por la nueva (*esta ley deroga a tales y a cuantas otras se opongán a lo dispuesto en este texto*). Editora Félix Varela. Cuba. 2002. pp.97-119.
- 44 Julio FERNANDEZ BULTE. *Teoría del Estado y del Derecho.* Editora Félix Varela. Cuba. 2002. pp.97-119. (...) la regla de reconocimiento de nuestro Derecho, debería formularse así: *en Cuba son válidas y deben ser obedecidas las normas jurídicas que, emitidas por las autoridades facultadas, no contradigan la Constitución y persigan la defensa de la Revolución.*
- 45 *Programa Nacional del medio ambiente.* CITMA. Cuba. 1995. En relación al Decreto Ley No. 252 de 2007, artículo 3, inciso c) sobre la *Empresa Estatal* G.O. Extraordinaria No. 41 de 17 de agosto de 2007, su Reglamento en el Decreto Ley No. 281 de 2007 G.O. Extraordinaria No. 41 de 17 de agosto de 2007 y en el Decreto No. 42 de 1979, referente a la *Empresa Estatal*, artículo 1: entidad económica con *personalidad jurídica* propia, eslabón primario de la economía. G.O. Ordinaria No. 4 de 4 de junio de 1979. Modificados por el Decreto Ley No. 320 G.O. Extraordinaria No. 21 de 28 de abril de 2014 y el Decreto No. 323 de 2014. G.O. Extraordinaria No. 21 de 28 de abril de 2014. Vinculados al *Panorama Ambiental.* Oficina Nacional de Estadística e Información. Cuba. 2013.

- 46 Raúl CASTRO RUZ. *Comportamiento de la economía y a algunas de sus deficiencias*. En 2013 el Producto Interno Bruto creció un 2.7 por ciento, inferior al 3.6 planificado. Para 2014 se prevé crecer en 2.2, no satisface las necesidades del país, pero se aviene a la situación interna y externa. Es necesario potenciar las exportaciones, al anunciar la inauguración de la terminal de contenedores de la Zona Especial de Desarrollo.
- 47 *Compras sostenibles*: adoptan criterios ambientales, sociales y económicos, condición para las compras y contrataciones de bienes y servicios, sean públicas o privadas. PNUMA. 2009.
- 48 *Programa nacional de lucha contra la contaminación del medio ambiente*. 2009-2015. Resolución No. 23. G.O. Ordinaria No.1, de fecha 8 de enero de 2010. Instrumento rector, establece las proyecciones de trabajo en este tema a nivel nacional, los mecanismos para el control, su revisión y actualización en relación a la Estrategia Nacional Ambiental, dirigido a los OACEs.
- 49 Mario BIFARETTI. *Contabilidad de gestión: la importancia de los costos ambientales en el sistema de información contable*. Editora D&R Profesional y Empresarial. Argentina. 2008. pp.54-67.
- 50 Mayda GOITE PIERRE. *La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal*. Señala acerca del Código Penal cubano, al no hacer mención a lo que considera Persona Jurídica, no incluye al Estado; en una formulación ambigua define con carácter excluyente, la responsabilidad penal a las personas jurídicas, exigible en los casos de cooperativas, sociedades y asociaciones, fundaciones, empresas no estatales y entidades no estatales con personalidad jurídica. En Revista Cubana de Derecho. No. 14. Cuba. 1999. pp.1-33.
- 51 Resolución No. 132 de 2011. *Requisitos y procedimiento general para la certificación de los sistemas de gestión*. Oficina Nacional de Normalización. Ministerio de Economía y Planificación. Cuba.
- 52 Normas Cubanas de Auditoría. AG 399: *Audidores Gubernamentales*. Contraloría General de la República de Cuba. 2013.
- 53 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II, 7^{ma} edición, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, España, 1986; PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, tomo I, 9^{na} edición, Editorial Marcial Pons, España, 1997, p.430.
- 54 DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho Público*, actividad cuya observancia debe ser regulada, asegurada y fiscalizada por el gobierno, indispensable para la realización y la interdependencia social, 3^{ra} edición, Editorial Colín, Francia, 1925, p.51.
- 55 HAURIOU, Maurice, *La jurisprudencia administrativa desde 1892 hasta 1929*, tomo I, Editorial Paris, Francia, 1919, p.649.
- 56 POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, teorías filosóficas y la legislación positiva sobre el servicio público, tomo I, 2^{da} edición, Editorial Madrid, España, 1931, p.202.
- 57 VILLAR PALASÍ, José, “*La actividad administrativa industrial del Estado en el Derecho Administrativo*” en, Revista de Administración Pública, número 3, España, 1950, pp.53 y ss.
- 58 LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo*, 3^{ra} edición, Editorial Cultural S.A., Cuba, 1952, pp.; PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, tomo I, 9^{na} edición, Editorial Marcial Pons, España, 1997, p.430. MATILLA CORREA, Andry, “*Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica*” en, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2008, pp.383-444, [hptt://www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- 59 JORDANA DE POZAS, Luis, “*Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*”, en Revista de Estudios Políticos, número 48, España, 1949, p.45.
- 60 GORDILLO, *op cit.* p.1.
- 61 PÉREZ MORENO, Ángel, *Instrumentos de tutela ambiental*, régimen tributario ambiental, Editorial Trivium, España, 1993, pp.8-57; FERNÁNDEZ AMOR, Juan, “*Reflexiones sobre el fomento público mediante medidas financieras de la responsabilidad social empresarial relacionada con el medio ambiente*” en, Revista Nueva Fiscalidad, número 6, España, 2008, p.33; PATÓN GARCÍA, Gemma, *Estímulos fiscales a la responsabilidad social empresarial en materia medio ambiental: ayudas de estado y tributación ecológica*, Editorial Marcial Pons, España, 2009, pp.7-67.
- 62 GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, promociona el bienestar social vinculado a la protección ambiental, 8^{va} edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006, p.12; DROMI, José Roberto, *Tratado de Derecho Administrativo*, la fiscalización como actividad de la Administración Pública, 7^{ma} edición, Editorial Ciudad, Argentina, 1998, p.887; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*, formas de la actividad adminis-

- trativa -contrato de servicio público-, Editorial Iustel, España, 2011, p.428.
- 63 CAFERRATA, *op cit.* p.11.
- 64 Con los tributos con finalidad ambiental, PIGOU propuso un gravamen por la emisión de contaminantes, con el fin de alcanzar el nivel óptimo de contaminación mediante la nivelación del tributo al costo marginal externo, ROSEMBUJ, Tulio, “*El impuesto ambiental*”, en Revista El Fisco, España, 2009, pp.1-229; CASTELLANOS, Belén, “*Heidegger y la ecología profunda*” en, Revista Nómadas, número 30, España, 2011, pp.1-10. PATÓN GARCÍA, Gemma, “*Los impuestos verdes en países emergentes y en desarrollo*” en, Revista Papeles de la Policía, número 22, Ecuador, 2012, p.5.
- 65 RÍOS GUAL, Josep, “*La reingeniería aplicada al mundo empresarial del siglo XXI*”, tres son las fuerzas que separadas y combinadas impulsan a la empresa a penetrar en territorio desconocido para la competencia y el cambio en, Revista de Empresas, España, 2007, pp.1-10; OSPINA DUQUE, Rodrigo, “*La reingeniería de procesos: una herramienta gerencial para la innovación y mejora de la calidad en las organizaciones*” en, Revista de Psicología y Administración de Empresas, España, 2011, pp.91-100.
- 66 HERAS, Iñaki, “*Evolución al reglamento de las EMAS en la Unión Europea y España*”, reglamento comunitario de ecogestión y ecoauditoría, norma voluntaria de la Unión Europea para las formas de gestión estatal y no estatal, reconoce a las organizaciones que han implantado un SGA, sustentado en el ordenamiento jurídico a través del Reglamento CEE No. 1836/1993, revisado a posteriori en el año 2001, difundido como EMAS II, con pertinencia en todos los países comunitarios en, Revista Ambienta, Universidad del país Vasco, España, 2008, pp.75-79.
- 67 SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio, “*El nuevo Derecho Ambiental: cambios y posibilidades de futuro en torno a las técnicas convencionales*”, la etiqueta ambiental en, Revista Medio Ambiente y Desarrollo, España, 2010, pp.1-10; DOPAZO FRAGUIO, Pablo, *Régimen jurídico de las marcas de calidad ambiental: etiqueta ecológica y tutela ambiental*, 1ª edición, Editorial Exlibris, España, 2001, p.21; ÁLVAREZ HINCAPIÉ, Carlos, “*Sistemas de certificación ambiental para la extensión tecnológica, la competitividad empresarial*” en, Revista P+L, Colombia, 2008, pp.1-61.
- 68 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *La ecoauditoría empresarial en la Unión Europea*, Editorial Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2008, pp.187-202; BETACORT RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones del Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, España, 2001, p.63-64; MARTÍN MATEO, Ramón, “*La ecoauditoría*”, instrumento de autorreflexión de la situación de la organización en cumplimiento de las disposiciones normativas, instrumento de comunicación y tranquilidad de los accionistas y herramienta al servicio de la política empresarial, conectada con la calidad en las empresas en, Boletín de Estudios Económicos, número 150, España, 1993, pp. 494-495.
- 69 SANZ RUBIALS, Iñigo, consulta realizada sobre esta normativa técnica de fomento ambiental -auditoría-, fecha: 13-1-2014, hora: 10.45 a.m. email: isanz@der.uva.es; MORA RUIZ, Manuela, consulta realizada sobre la ISO 26 000 en relación a la empresa amigable con el ambiente, fecha: 13-1-2014, hora: 11.00 a.m. email: manuela@dpub.uhu.es.
- 70 MILLÁN SANTANA, Juan, “*La auditoría como mecanismo de protección del derecho a una vivienda digna*”, fiscalización del medio ambiente urbano en la política pública en, Revista de Auditoría Pública, número 46, España, 2008, pp.43-58; BASSOLS COMA, Martín, “*La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible*” en, Revista de Derecho del Medio Ambiente y la Administración Local, España, 2011, pp.677-709.
- 71 FRANCO DEL POZO, Mercedes, “*El derecho a medio ambiente adecuado*” en, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, número 8, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2009, pp.9-83; JORDANO FRAGA, Jesús, “*La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*” en, Revista electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente & Derecho, número 10, Barcelona, España, 1998, pp.7-29, [hptt://www.huespedes.cica.es/gimadus/](http://www.huespedes.cica.es/gimadus/); LOPERENA ROTA, Demetrio, “*La posición jurídica del ciudadano ante el medio ambiente*” en, Revista Naturzale, número 12, España, 1997, pp.57-73.
- 72 MORENO VIQUEIRA, Gabriel, “*El urbanismo como elemento clave en el nuevo paradigma ambiental*” en, Revista Umbral, Puerto Rico, 2009, pp.1-16; CAMPESINO FERNÁNDEZ, Antonio, “*Eurociudades y medio ambiente*” en, Revista de Geografía, España, 2011, pp.1-36; RUEDA, Salvador, “*El urbanismo ecológico, un nuevo modelo de urbanismo*” en, Revista Digital Universitaria, volumen 10, número 7, España, 2009, pp.1-34; MORAND DEVILLER, Jacqueline, *Los grandes princi-*

pios del Derecho del Ambiente y del Derecho del Urbanismo en, Estudios de Derecho del Urbanismo, Editorial Platense, Argentina, 2008, p.483-484.

Bibliografía

- ACEA VALDEZ, Y. Comentarios en torno a la regulación del Decreto Ley No. 241. Revista Lex. Cuba. 2009.
- AGUILERA MESA, I. Tesis en opción al grado científico de Máster en Contabilidad y Auditoría: Proyecto de Programas para la realización de auditorías de gestión ambiental. Universidad de La Habana. Cuba. 2005.
- AGUILÓ REGLA, J. Derogación, rechazo y sistema jurídico. Revista Informática y Derecho. Italia. 2000.
- ÁGUILA CARRALERO, A. Consideraciones sobre la tributación ecológica como una alternativa para la protección ambiental. Universidad de Camagüey. Cuba. 2012.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. Elementos básicos para el trabajo del inspector ambiental estatal. CITMA. Cuba. 2009.
- ÁLVAREZ HINCAPIÉ, C. Sistemas de certificación ambiental para la extensión tecnológica, la competitividad empresarial. Revista P+L. Colombia. 2008.
- ÁLVAREZ PÉREZ, C. Instrumentos de la gestión ambiental en Cuba. Evaluación de impacto ambiental, licencia ambiental e inspección ambiental en la legislación cubana. Editora Pablo de la Torriente Brau. Cuba. 2012.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V. La protección del medio ambiente mediante las técnicas de la normalización industrial y de la certificación. Revista Reda N° 105. España. 2000.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.F. La jurisdicción de la auditoría ambiental en Cuba. Una herramienta de gestión y control en el escenario cubano para la obtención de producciones más limpias. Revista de Derecho y Ciencia Política. Universidad Católica de Temuco. Chile. 2012.
- ASTRONG, M. La responsabilidad social empresarial. Una prioridad en el mundo empresarial moderno. Revista del Centro Empresarial Moderno. Perú. 2012.
- ARMADA TRABAS, E. Tesis de Doctor en Ciencias Económicas: Metodología para desarrollar Auditorías de Gestión en Cuba. Cuba. 1997.
- ARISTAZABAL OSSA, H. Auditorías ambientales. Contraloría General de Colombia. Colombia. 2010.
- AUDIVERTII ARAU, R. Régimen jurídico de la etiqueta ecológica. Editora Cedecs. España. 1997.
- BASURTO GONZÁLEZ, D. Responsabilidad Social y Ambiental en las Empresas. Revista Política y Gestión Empresarial. México. 2012.
- BERNAL PISFIL, F. Auditoría ambiental o ecoauditoría. Revista Actualidad Empresarial, N° 201. Colombia. 2010.
- BELMONTE MARTIN, I. La ecoauditoría: un instrumento para la defensa del medio ambiente. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche. España. 2009.
- BOWEN, H. La responsabilidad social de los empresarios. La auditoría, vínculos con otras ciencias y saberes. Estados Unidos de América. 1953.
- BRAUN, S. La ecoempresa, el medio ambiente y la gestión empresarial. Editora Fundación de la Tierra. Alemania. 1996.
- CARABALLO MAQUEIRA, L. La presencia de la concepción de producción más limpia en la legislación ambiental cubana. Revista de la Agencia de Medio Ambiente. Cuba. 2005.
- CARMONA LARA, M. Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental. UNAM. México D.F. 2005.
- CAFERRATA, N.A. El tiempo de las cortes verdes. Editora Abeledo Perrot. Argentina. 2007.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. Necesidades y potencialidades del Derecho Ambiental cubano. CITMA. Cuba. 2012.
- CASTILLO TELLEZ, C. Memoria histórica de la actividad de la auditoría pública en la República de Cuba. Contraloría General de Cuba. 2011.
- COMITÉ CENTRAL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA: Lineamientos Económicos del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba. Editora Política. Cuba. 2011.
- CONESA FERNÁNDEZ, V. Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa. 1era ed. Editora Mundi - Prensa. España. 2003.
- CUDEIRO RODRÍGUEZ, N. La auditoría como una disciplina dentro de las ciencias contables. Enfoques teóricos y metodológicos de su praxis. Universidad de Cienfuegos. Cuba. 2012.
- CRUZ SARDIÑAS, T. El derecho al desarrollo sostenible. Una actualización obligada para la doctrina del Derecho Ambiental. Memorias I Congreso Política, Derecho y Justicia Ambiental. CITMA. Cuba. 2013.

- DA CONCEIÇÃO DA COSTA MARQUES, M. La problemática de la auditoría ambiental. Universidad de Coímbra. Portugal. 2012.
- DE ORO DÍAZ, A. La responsabilidad administrativa por daños ocasionados en el medio ambiente en el derecho comparado. Revista Derecho y Cambio Social. 2013.
- DOPAZO FRAGUÍO, P. El Régimen Jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental. Editora Exlibris. 1ª Ed. España. 2001.
- ESCALERA IZQUIERDO, G. Implantación de la reingeniería por procesos. Actividades, técnicas y herramientas. Revista del Empresario. España. 1999.
- EVERLENY PÉREZ, O. Comercio exterior e inversión extranjera. Centro de Estudios de la Economía Cubana. Universidad de La Habana. Cuba. 2013.
- FERNÁNDEZ DE GATTA, D. La responsabilidad social corporativa en materia ambiental. Boletín económico ICE. España. 2004.
- FERNÁNDEZ AMOR, J. Reflexiones sobre el Fomento Público mediante medidas financieras de la Responsabilidad Social Empresarial relacionada con el medio ambiente. Revista Nueva Fiscalidad N° 6. España. 2008.
- FOY VALENCIA, P. y otros. Consideraciones legales sobre la guía de Auditoría Ambiental Gubernamental. Revista Actualidad Gubernamental No 2. España. 2010.
- FOURNIER DUHARTE, N y otros. El daño ambiental a la luz de la justicia económica cubana. Memorias Evento internacional Justicia y Derecho. Cuba. 2006.
- GAGO, A. y otros. Impuestos ambientales y reformas fiscales verdes. La configuración de las políticas ambientales y tributarias. Revista Economía. No. 4. Universidad de Vigo. España. 2010.
- 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. Memorias I Congreso de Política, Derecho y Justicia. Cuba. 2013.
- GÓMEZ GARCÍA, L.E. La Auditoría ambiental ¿voluntaria u obligatoria? Revista Derecho Ambiental y Ecología. Universidad Anahuac-Universidad Soborna de Paris. México D.F. 2011.
- GOITE PIERRE, M. La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal. Revista Cubana de Derecho. No. 14. Cuba. 1999.
- GONZALES GONZALEZ, M. y otros. Principales instrumentos relacionados con la práctica de la auditoría ambiental en el país. Revista Agencia del Medio Ambiente. No.10. Cuba. 2010.
- GONZALES LÓPEZ, A. Tesis doctoral: La preocupación por la calidad del medio ambiente. Un modelo cognitivo sobre la conducta ecológica. Universidad Complutense de Madrid. España. 2002.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M. Estrategia e Instrumentos Ambientales en Cuba. CITMA. Cuba. 2009.
- GONZALEZ RODRIGUEZ, C. Empresas socialmente responsables y mercado verde internacional. Revista Economía. No. 36. México. 2011.
- GRANERO CASTRO, J. Como implantar un sistema de gestión ambiental según la norma ISO. Editora Pirámide. España. 2007.
- HAMANN PASTORINO, M. El marketing verde, un compromiso de todos. Revista Tiempos de Opinión. España. 2012.
- HERNANDEZ MEZA, L. Inspección y vigilancia, medidas de seguridad y sanciones administrativas. Editora Lex. Cuba. 2010.
- HERNÁNDEZ AGUILAR, O. y otros. Fundamentos jurídicos constitucionales de la gestión ambiental en Cuba. Propuestas para su perfeccionamiento desde una perspectiva integral. Memorias I Congreso de Política, Derecho y Justicia Ambiental. Cuba. 2013.
- HERRERIAS ARISTI, E. Derecho y Medio Ambiente: la Auditoría Ambiental. UNAM. México. 2009.
- ISAAC GODÍNEZ, C.L. y otros. La formación ambiental para cuadros y empresarios que permita dar respuesta a los desafíos actuales de Cuba. Memorias IX congreso de educación ambiental para el desarrollo sostenible. Cuba. 2013.
- INZUNZA, G. Hacia la empresa ecológica. Afrontamos el próximo gran reto del siglo XXI. México. 2009.
- JAQUENOD DE ZSOGON, S. El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores. 3ª ed. Editora Dykinson. Estados Unidos de América. 1991.
- JORDANO FRAGA, J. Viejos y nuevos retos de la Evaluación de Impacto Ambiental. Revista Derecho y Medio Ambiente. España. 2010.
- KALIN ARROYOS. Ciencias Ambientales. Diagnóstico y una mirada hacia el futuro. Universidad Austral. Chile. 2013.
- KELSEN, H. Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Revista de Derecho UNAM. México. 1980.
- LOMBARDERO RODIL, J.L. Medio Ambiente. Auditorías ambientales. Editora Lex Nova. España. 2008.

- LORENZO, T. Auditoría Ambiental voluntaria. Marco jurídico ambiental de la empresa. Revista Novedades y perspectivas. México. 2009.
- LOZANOCUTANDA, B. Derecho Ambiental Administrativo. 5ta ed. Editora Dykinson. España. 2004.
- MARTÍN MATEO, R. El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental. Editora Trivium. España. 1994.
- MÁRQUEZ DE ALMEIDA, J. J. y otros. La problemática ambiental y la auditoría. Universidad de Coimbra. Portugal. 2012.
- MATILLA CORREA, A. Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica. Revista Jurídica. México. 2014.
- MÉNDEZ ORTIZ, L. Tesis de maestría: Normas ISO 14000 como instrumento de gestión ambiental empresarial. Universidad Veracruzana. México. 2010.
- MENDEZ GUTIERREZ DEL VALLE, R. Teoría de las Revoluciones Industriales. Ministerio de Fomento. España. 2009.
- MOGUEL LIÉVANO, M. Los sistemas de gestión de calidad y ambiental: premisas para el desarrollo sustentable en las organizaciones. Revista Thomson Reuters. México. 2012.
- MUSMANI, S. Producción más limpia (P+L) competitividad desde la fuente. Revista Gerente No. 6. Colombia. 2008.
- MURAD ROBLES, P. La Auditoría Ambiental voluntaria. Instituto Nacional de Ecología. Semarnat. México D.F. 2009.
- MURILLO JORGE, M. Discurso pronunciado en la Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba. Implementación de los Lineamientos en el nuevo modelo económico. 2013.
- MUÑOZ ALFONSO, Y. Fiscalías ambientales o fiscales ambientalistas. Una necesidad en Cuba para la solución de conflictos ambientales. Revista Ámbito Jurídico. No. XVI. Brasil. 2013.
- NAESS, A. Biocentrismo. Ecología Profunda. Universidad de Oslo. Noruega. 2007.
- NOA MOREIRA, Y. y otros. La Contabilidad Ambiental en Cuba. Perspectivas y Desafíos. Revista Desarrollo Local Sostenible. España. 2012.
- NOGUEIRA LÓPEZ, E. Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial. Revista Indret. España. 2000.
- OBREGÓN SÁNCHEZ, C. La responsabilidad ambiental de las empresas. Revista Administración. Universidad Nacional de Colombia. 2012.
- OCHOA, P. Las Producciones más Limpias en la gestión empresarial cubana. Universidad de Cienfuegos. Cuba. 2007.
- OSPINA DUQUE, R. La reingeniería de procesos: una herramienta gerencial para la innovación y mejora de la calidad en las organizaciones. Revista de Psicología y Administración de Empresas. Universidad Complutense de Madrid. España. 2011.
- PATÓN GARCÍA, G. Una apuesta por el establecimiento de impuestos verdes en países emergentes y en desarrollo. Revista Papeles de la Policía. N°22. Ecuador. 2012.
- PÁEZ SANDUBETE. La Auditoría Medio Ambiental en la Unión Europea, una perspectiva contable. España. 2008.
- PELEGRÍN MESA, A.. Reflexiones sobre el grado de avance de la contabilidad medioambiental en Cuba. Revista Cofín. Cuba. 2011.
- QUINTANA LOPEZ, T. Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica. Editora Tirant lo Blanch. España. 2014.
- RAMADORI, D. Auditoría Ambiental. Factor de éxito en la política ambiental. Fundación OIKOS. Argentina. 2013.
- RAMOS HERNÁNDEZ, Y. y otros. Consideraciones sobre la evaluación del impacto ambiental en Cuba. CITMA. Cuba. 2011.
- REY SANTOS, O. Fundamentos del Derecho Ambiental. Editora Ciabo. ONBC. Cuba. 2013.
- REBOLLO PUIG, M. La actividad Inspector. Editora Comares. España. 2009.
- RUDA GONZÁLEZ, A. Tesis Doctoral: El daño ecológico puro; la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente. Universidad de Girona. España. 2005.
- RIVERA, L.M. Marketing de los productos ecológicos. Revista de la Empresa. España. 2010.
- SANZ RUBIALES, I. El mercado de los derechos a contaminar. Editora Lex Nova. España. 2012.
- SÁNCHEZ, L.E. Auditorías Ambientales. Universidad de Sao Paulo. Brasil. 2013.
- SALES DE FREITAS, J. C. Auditoría Externa Ambiental como instrumento de defensa del medio ambiente. Revista De Jure. No. 20. Brasil. 2013.
- SALES, R. Auditoría Ambiental, aspectos jurídicos. Editora Malheiros. Brasil. 1999.
- SOTO HUANCA, R. La Auditoría Ambiental y su proceso en el contexto de la auditoría integral. Revista Ciencia y Desarrollo. España. 2010.
- TORRES PÉREZ, R. La actualización del modelo económico cubano: continuidad y ruptura. Revista Temas. Cuba. 2011.

- TRIANA CORDOVÍ, J. La economía cubana frente al desarrollo sostenible. Memorias I Simposio sobre ciencia de la sostenibilidad. Cuba. 2013.
- TRISTÁ ARBESÚ, G. Área de Perfeccionamiento de Entidades en la Comisión para la Implementación y Desarrollo de los Lineamientos. Periódico Granma. 2014.
- VILLACORTA CAVERO, A. Ecoauditoría: una necesidad actual. Asociación Interamericana de Contabilidad. Colombia. 2012.
- VILLA VIZCAÍNO, G. Bases conceptuales de auditoría ambiental como instrumento de prevención de la contaminación; manual introductorio. Colombia. 2003.

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) proponente(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 Woytila.
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.

Com Editora Stiliano

- 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. (ESGOTADO)
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 Wojtyla:
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.

EDITORACÃO



Rua Professor Elizeu Chagas, 549 – Jardim Paraíba
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