



Revista  
**VIDERE**

Ver, olhar, considerar.



ISSN 2177 - 7837  
Dourados, v. 07, n. 14, jul./dez. 2015

**Revista da Faculdade de Direito e  
Relações Internacionais da UFGD**





# VIDERE

v. 07, n. 14



UNIVERSIDADE FEDERAL  
DA GRANDE DOURADOS  
Coordenadoria Editorial

UFGD

Reitora: Liane Maria Calarge

Vice-Reitor: Marcio Eduardo de Barros

COED

Coordenador Editorial: Rodrigo Garófallo Garcia

Técnico de Apoio: Givaldo Ramos da Silva Filho

FADIR

Diretor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais: Alfa Oumar Diallo

Conselho Editorial Internacional

Dr. Amine Ait Chaalal (Universidade Católica de Louvain-La-Neuve – Belgica); Dr. Daniela Castilhos (Universidade Portucalense – Portugal); Dr. Daniel G. Shattuc (Universidade do Novo México – USA); Dr. Eugéne Tavares (Unidade Assane Seck de Ziguinchor – Senegal); Dr. Gonçal Mayos Solsona (Universidade de Barcelona); Dr. Juan Ramón Pérez Carrillo (Universidade de Granma – Cuba); Dr. Nuria Belloso Martín (Universidade de Burgos – Espanha); Dr. Francesco Rubino (Universidade de Paris I – França); Dr. Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto – Portugal); Dr. Rodrigo Perez (Universidade de Atacama – Chile); Dr. Bruno Sena Martins (Universidade de Coimbra)

Conselho Editorial Nacional

Dr. Alexandre Melo Franco Bahia (UFOP); Dr. Amilton Bueno de Carvalho (TJRS); Dr. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (FUMEC); Dr. Bruno Galindo (UFPE); Me. Camila Soares Lippi (UNIFAP); Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite (UFES); Dr. Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR); Dr. Cesar Augusto Baldi (UNB); Dr. Cristina Pazo (Universidade de Vitória); Dr. Edson Fernando Dalmonte (UFBA); Dr. Edson Ferreira de Carvalho (UNIFAP); Dr. Fábio Amaro da Silveira Duval (UFPE); Dr. Francisco Pereira Costa (UFAC); Dr. José Ribas Vieira (UFRJ); Dr. Maria dos Remédios Fontes Silva (UFRN); Dr. Maria Goreti Dal Bosco (UFF); Dr. Marília Montenegro Pessoa de Mello (UFPE); Dr. Rafael Lamera Cabral (UFERSA); Me. Renan Honório Quinalha (USP); Dr. Renato Duro Dias (UFRG); Dr. Rafael Salatini de Almeida (UNESP); Dr. Roberto Fragale Filho (UFF); Dr. Samuel Barbosa (USP); Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG); Dr. Saulo Tarso Rodrigues (UFMT); Dr. Sebastião Patricio Mendes da Costa (UFPI); Me. Thaisa Maira Held (UFMT); Dr. Vanessa Alexandra de Melo Pedroso (UCP); Dr. Wanise Cabral Silva (UFF)

Conselho Editorial Interno

Dr. Helder Baruffi - UFGD

Me. Tiago Resende Botelho - UFGD

Me. Arthur Ramos do Nascimento - UFGD

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central - UFGD

---

Videre: Revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD/ Universidade Federal da Grande Dourados (v. 7, n. 14, jul./dez. 2015) - Dourados, MS : UFGD, 2015 -.

Semestral

**e-ISSN: 2177-7837**

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal da Grande Dourados. Faculdade de Direito e Relações Internacionais.

---



v. 7 n. 14, jul./dez 2015



UNIVERSIDADE FEDERAL  
DA GRANDE DOURADOS  
Coordenadoria Editorial

Revista Semestral do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos  
da Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD  
*Videre*, Dourados, MS, v. 7, n.14, jul./dez., 2015

VIDERE  
v. 7 n. 14, jul./dez., 2015

EDITORES

**Helder Baruffi**

Doutor em Direito & professor aposentado da FADIR – UFGD

**Tiago Resende Botelho**

Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra & professor da FADIR – UFGD

**Arthur Ramos do Nascimento**

Mestre em Direito Agrário pela UFG & professor da FADIR - UFGD

REVISÃO

A revisão gramatical é de responsabilidade dos(as) autores(as).

CAPA

Helton Marcos de Lima

MC&G DESIGN EDITORIAL

Adaptação Diagramação

Correspondências para:

**UFGD/FADIR**

Universidade Federal da Grande Dourados  
Faculdade de Direito e Relações Internacionais - FADIR  
Rua Quintino Bocaiúva, 2100 - Jardim da Figueira, Dourados - MS, 79824-140  
Fones: +55 67 3410-2471 / Fax: +55 67 3421-9493

# SUMÁRIO

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>7</b>
<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>EL FUNDAMENTO DEL DERECHO EN EL REALISMO JURÍDICO AMERICANO .....</b>	<b>10</b>
Saulo Tarso Rodrigues Núria Beloso Martín	
<b>A PROTEÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS E TRADICIONAIS EM CASOS DE TEMÁTICA AMBIENTAL: UMA PONTE AO FORTALECIMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>25</b>
Gustavo de Faria Moreira Teixeira	
<b>EL ORDENAMIENTO JURÍDICO AGROAMBIENTAL CUBANO. UNA OJEADA A PARTIR DE LA PERTINENCIA DE LAS CIENCIAS AMBIENTALES EN LA REFORMA DEL MODELO ECONÓMICO CUBANO .....</b>	<b>38</b>
Alcides Francisco Sánchez	
<b>A REFORMA DO CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU: ENTRE A NECESSIDADE E A POSSIBILIDADE .....</b>	<b>54</b>
Arthur Pinheiro de Azevedo Banzatto	
<b>A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE QUEM OCUPA POSIÇÃO DE LIDERANÇA NA PESSOA COLETIVA OU ENTIDADE EQUIPARADA PELO PAGAMENTO DE MULTA PENAL E A SUA (IN)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>66</b>
Ana Paula Gonzatti da Silva	
<b>REGIONALISMO E DESENVOLVIMENTO: A REUNIÃO ESPECIALIZADA SOBRE AGRICULTURA FAMILIAR DO MERCOSUL (REAF) .....</b>	<b>83</b>
Guilherme Augusto Guimarães Ferreira Regina Claudia Laisner Vivian Lie Kato Lima	

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: A EFETIVIDADE DOS INSTRUMENTOS DE POLÍTICA DE ORDENAÇÃO DO ESPAÇO URBANO .....95**

Maria Goretti Dal Bosco

**ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA SAÚDE DO TRABALHADOR E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANAL ..... 107**

Juliana De Oliveira

Yuri Schneider



## EDITORIAL

A Revista *Videre* é um periódico editado semestralmente pelo curso de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados na cidade de Dourados, Estado de Mato Grosso do Sul, com e-ISSN 2177-7837 e qualificada no Qualis Capes.

O Conselho Editorial da revista, pautado no significado da palavra *videre* – ver, olhar e considerar-, tem por objetivo publicizar de forma democrática e gratuita as muitas visões, olhares e considerações nas áreas das ciências aplicadas e humanas, envolvendo cientistas nacionais e internacionais

O símbolo da revista, a mulher indígena, foi desenhada pelo grafiteiro Amarelo e encontra-se estampada nos muros do CEUD – UFGD. Representa as questões de gênero e étnica, o multiculturalismo, epistemologia, Direitos Humanos, democracia e teoria do reconhecimento, temáticas de difíceis inserções na realidade regional e nacional. Temas enfrentados na tessitura das letras que constroem a revista.

Os autores e autoras buscam, por meio da interdisciplinaridade das visões, olhares e considerações teorizar a realidade social com seus estudos científicos na página eletrônica da Revista *Videre*.

A Revista *Videre*, para além da contribuição com a propagação das pesquisas científicas, serve de ponte entre as graduações e os programas *stricto sensu*. Desta maneira, abrange temas interdisciplinares, que tratam de assuntos relativos às áreas: Estado e Espaços Jurídicos; Cidadania, Justiça e Reconhecimento; Sistemas Políticos, Democracia, Desenvolvimento e Direitos Humanos; Estudos Internacionais, Multitemáticos e Direito; Gênero, Raça e etnia; Estudos Fronteiriços; Educação, pobreza e desigualdade social; América Latina e seus desafios contemporâneos.

As seções da revista estão divididas em: artigo científico; ensaio; resenha/resensão; resumo; estudo de caso; agenda e entrevista.

Os trabalhos submetidos à Revista *Videre* passam por pareceristas nacionais e internacionais *ad hoc*, de notório saber e capacidades inquestionáveis, aos quais cabem a decisão pela publicação. Os artigos são avaliados pelos pareceristas em regime de *blind peer-review*. A revisão e o conteúdo dos artigos são de total responsabilidade dos autores e não expressam a opinião do conselho editorial

É autorizada a reprodução do conteúdo publicado, desde que não se altere seu conteúdo e seja citada a fonte.

As capas da Revista *Videre* buscam, desde seu germinar, difundir visões, olhares e considerações a respeito da realidade local do município de Dourados – MS.

O Conselho Editorial interno é composto pelos professores do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados Helder Baruffi, Tiago Resende Botelho e Arthur Ramos do Nascimento.

O Conselho Editorial nacional se constrói com o esforço e dedicação de Dr. Alexandre Melo Franco Bahia (UFOP); Dr. Amilton Bueno de Carvalho (TJRS); Dr. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (FUMEC); Dr. Bruno Galindo (UFPE); Me. Camila Soares Lippi (UNIFAP); Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite (UFES); Dr. Celso Hiroshi Icochama (UNIPAR); Dr. Cesar Augusto Baldi (UNB); Dr. Cristina Pazo (Universidade de Vitória); Dr. Edson Fernando Dalmonte (UFBA); Dr. Edson Ferreira de Carvalho (UNIFAP); Dr. Fábio Amaro da Silveira Duval (UFPel); Dr. Francisco Pereira Costa (UFAC); Dr. José Ribas Vieira (UFRJ); Dr. Maria dos Remédios Fontes Silva (UFRN); Dr. Maria Goreti Dal Bosco (UFF); Dr. Marília Montenegro Pessoa de Mello (UFPE); Dr. Rafael Lamera Cabral (UFERSA); Me. Renan Honório Quinalha (USP); Dr. Renato Duro Dias (UFRG); Dr. Rafael Salatini

de Almeida (UNESP); Dr. Roberto Fragale Filho (UFF); Dr. Samuel Barbosa (USP); Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG); Dr. Saulo Tarso Rodrigues (UFMT); Dr. Sebastião Patricio Mendes da Costa (UFPI); Me. Thaisa Maira Held (UFMT); Dr. Vanessa Alexandra de Melo Pedroso (UCP); Dr. Wanise Cabral Silva (UFFO Conselho Editorial internacional é honrosamente integrado por Amine Ait Chaalal, Daniela Castilhos, Daniel G. Shattuc; Eugéne Tavares, Gonçal Mayos Solsona, Juan Ramón Pérez Carrillo, Nuria Belloso Martín, Francesco Rubino, Paulo Ferreira da Cunha, Rodrigo Perez Lisicic, Bruno Sena Martins.

O Conselho Editorial internacional é honrosamente integrado por Dr. Amine Ait Chaalal (Universidade Católica de Louvain-La-Neuve – Belgica); Dr. Daniela Castilhos (Universidade Portucalense – Portugal); Dr. Daniel G. Shattuc (Universidade do Novo México – USA); Dr. Eugéne Tavares (Unidade Assane Seck de Ziguinchor – Senegal); Dr. Gonçal Mayos Solsona (Universidade de Barcelona); Dr. Juan Ramón Pérez Carrillo (Universidade de Granma – Cuba); Dr. Nuria Belloso Martín (Universidade de Burgos – Espanha); Dr. Francesco Rubino (Universidade de Paris I – França); Dr. Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto – Portugal); Dr. Rodrigo Perez (Universidade de Atacama – Chile); Dr. Bruno Sena Martins (Universidade de Coimbra).

O Conselho Editorial interno da Revista *Videre* pode ser contactado pelo endereço: Universidade Federal da Grande Dourados- Faculdade de Direito e Relações Internacionais – FADIR- Rua Quintino Bocaiúva, 2.100, Jardim da Figueira, CEP 79.824-140, Dourados/MS – telefone: (67)3410-2471 e e-mail: [revistafadir@ufgd.edu.br](mailto:revistafadir@ufgd.edu.br).

# APRESENTAÇÃO

Em um contínuo processo de (re)construção a Revista *Videre* almeja proporcionar visões, olhares e considerações interdisciplinares das Ciências Aplicadas e Humanas. A *Videre* destaca a importância do desenvolvimento e amadurecimento das pesquisas jurídicas (e interdisciplinares) do Centro-Oeste, destacadamente do Estado de Mato Grosso do Sul, e, por essa razão esforça-se para oferecer em cada edição artigos que possam contribuir nesse sentido.

Com o empenho irretocável das editoras e dos editores do passado e do presente, o ano de 2015, coloca a revista *Videre* em condições de alcançar espaço de propagação do conhecimento ainda maior na pesquisa científica nacional e internacional. O site da revista passou por mudanças e melhoras estruturais, consolidação do corpo editorial, preocupação com a periodicidade da revista. Destacamos o trabalho de indexação em várias bases, renovação do corpo de avaliadores e a padronização de procedimentos.

Nesse segundo semestre de 2015 (jul/dez), observamos o crescimento das pesquisas em Direito e a maturação de novos olhares e saberes dialogados para além do conhecimento jurídico em um processo de complementariedade. Ilustrando essa realidade a presente edição da *Videre* oferece reflexões que perpassam pela análise filosófica norte-americana e pela proteção dos povos indígenas brasileiros, analisa a tutela ambiental e a tutela do modelo agroambiental, questões de relações internacionais (como a reforma do Conselho de Segurança da ONU) e a questão da agricultura familiar no MERCOSUL.

As autoras e os autores, Saulo Tarso Rodrigues, Gustavo de Faria Moreira Teixeira, Alcides Francisco Sánchez, Arthur Pinheiro de Azevedo Banzatto, Ana Paula Gonzatti da Silva, Guilherme Augusto Guimarães Ferreira, Regina Claudia Laisner, Vivian Lie Kato Lima, Maria Goretti Dal Bosco, Juliana De Oliveira, Yuri Schneider tiveram seus artigos criteriosamente avaliados por dois avaliadores ad hoc, de notório saber na área exigida pelo artigo, em regime de blind peer-review, que avalizaram a publicação por possuírem rigor científico, criticidade teórica e capacidade de emancipação social.

Agradecemos imensamente as avaliadoras e avaliadores dos diversos saberes, origens e formações, por todo seu empenho, atenção, leitura crítica e compromisso com a pesquisa científica e com a valorização das publicações científicas no Mato Grosso do Sul. Suas contribuições renovam a Revista *Videre*, e fazem valer todos os esforços para seu crescimento. Gratidão sempre!

Nas palavras de Arthur Schopenhauer “As pessoas comuns pensam apenas como passarão o tempo; um homem de intelecto tenta usar o tempo.” Que nossas leitoras e leitores da Revista *Videre*, possam usar bem o tempo dedicando-se a leitura dos trabalhos apresentados e refletindo sobre as novas possibilidades oferecidas nas páginas que se seguem.

Sabemos o quanto o tempo é precioso, e agradecemos por dedicar o seu precioso tempo à leitura dos artigos publicados na *Videre*. Agradecemos por tamanha confiança.

Boa leitura!

Dourados, 05 de julho de 2015.

*Tiago Resende Botelho & Arthur Ramos do Nascimento*  
Editores da Revista Videre & Professores da FADIR-UFGD

## EL FUNDAMENTO DEL DERECHO EN EL REALISMO JURÍDICO AMERICANO

MARTIN, Nuria Beloso Martín<sup>1</sup>

RODRIGUES, Saulo Tarso<sup>2</sup>

“Debo decir que, si fuera un litigante, temería a un pleito por sobre casi todas las demás cosas, salvo la enfermedad y la muerte” Jerome Frank

**RESUMEN:** Este artículo tiene como objetivo hacer una revisión conceptual del realismo jurídico norteamericano y su fundación pragmática para el modelo de interpretación judicial y sus efectos sobre el concepto positivista de "hacer cumplir la ley." En este sentido, además de proponer una revisión conceptual, propone esta investigación demuestran las debilidades epistemológicas sobre la base de la idea de que el juez está sujeto a lo que se dijo por el legislador a través de los actos reglamentarios. Es decir, la tarea interpretativa es mucho más complejo que un simple "aplicar". Por último, no podemos dejar de proponer una crítica del realismo, Pero que ha sido el de la exclusión de todas las referencias de la normativa componente y su desplazamiento por fácticos elementos.

**PALABRAS-CLAVE:** realismo jurídico; concepto positivista; hacer cumplir la ley; debilidades epistemológicas

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo fazer uma revisão conceitual do realismo jurídico americano e sua fundamentação pragmática para o modelo de interpretação judicial e seus efeitos sobre o conceito positivista de "aplicação da lei". Neste sentido, além de propor uma revisão conceitual, esta pesquisa demonstra as fragilidades epistemológicas com base na ideia de que o juiz está sujeito ao que foi dito pelo legislador através dos atos regulamentares. Ou seja, a tarefa interpretativa é muito mais complexa do que uma simples "aplicar". Finalmente, não podemos deixar de propor uma crítica ao realismo, pelo que tem sido a exclusão de todas as referências às regras de componentes e seu deslocamento pelos elementos factuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** realismo jurídico; conceito positivista; fazer cumprir a lei; desabilidade epistemológica.

### A MODO DE PREMISA

“Siendo Oliver Wendel Holmes magistrado del Tribunal Supremo [de los Estados Unidos], en una ocasión de camino al Tribunal llevó a un joven Learned Hand en su carruaje. Al llegar a su destino, Hand se bajó, saludó en dirección al carruaje que se alejaba y dijo alegremente: ‘¡Haga justicia, magistrado!’. Holmes paró el carruaje, hizo que el conductor girara, se dirigió hacia el asombrado Hand, y sacando la cabeza por la ventana, le dijo: ‘¡Ése no es mi trabajo!’. A continuación el carruaje dio la vuelta y se marchó, llevándose a Holmes a su trabajo, supuestamente consistente en no hacer justicia”( DWORKIN, 2007, p.11).

1 Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España). Es Coordinadora del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho Público “Sociedad plural y nuevos retos del Derecho”. Es Directora del Curso de Especialista Universitario en Mediación Familiar.

2 Pós-doutor em Direito Constitucional – Uppsala University – sweden, Doutor com “distinção e louvor” em sociologia do estado e do direito na disciplina de direitos humanos pela Universidade de Coimbra, sob orientação do prof. Dr. Boaventura de Sousa Santos, Mestre em Direito do Estado pela UNISINOS-RS e graduado em Direito pela UNIJUI – RS. Professor da Faculdade de Direito da UFMT.

Difícil tarea la que tienen ante sí los jueces, tan difícil que aún no existe consenso sobre si su trabajo es el de interpretar y aplicar la ley, o hacer justicia, o ambas tareas a la vez o ninguna de ellas.

Como apunta A. Nieto, en la práctica, los jueces se atienen fundamentalmente a aplicar la ley y resuelven con criterios de legalidad. Lo importante es que en ningún caso establece la Ley que los órganos de la Administración de Justicia han de buscar y declarar la justicia. “El decidirse a hacer justicia es, por tanto, una cuestión rigurosamente personal del juez. El ordenamiento jurídico no le obliga a ello, aunque le facilita su realización a través del ejercicio de su arbitrio.

(...) Las consecuencias resultantes son indudablemente paradójicas y hasta semánticamente contradictorias, pues nos encontramos ante una Administración de Justicia que no pretende hacer justicia en sentido propio” (...) Pues bien, cuando el juez quiere servir a la justicia y al derecho, su secreto consiste en (...) escogerá de entre todas las interpretaciones posibles de la Ley aquella que preste cobertura a su inicial fórmula justa. En definitiva, se empieza por la justicia de la solución y luego se justifica en términos legales” (NIETO, p. 250, 2002)

Determinar qué sea lo que mueve a los jueces a dictar esa sentencia y no otra (sus convicciones, la ley, la jurisprudencia, los hechos, los standards, la interpretación de los hechos, el sentido de lo justo...) es una tarea compleja e indudablemente, estrechamente vinculada a cuál sea el concepto y el fundamento del derecho con el que se trabaje. En las páginas que siguen ofrecemos unas breves reflexiones sobre un grupo de juristas, en su mayoría jueces y, a la vez, profesores universitarios, que indagaron en un nuevo concepto del derecho.

## 1. LAS ACEPCIONES DEL REALISMO JURÍDICO

Las corrientes del iusnaturalismo y el positivismo han sido las típicamente representativas de diversas formas de concebir y fundamentar el derecho. Pero a lo largo de la historia de las ideas filosófico jurídicas podemos destacar otras, tales como la del realismo jurídico, sobre la que vamos a presentar en este trabajo.

A la hora de utilizar esta expresión del “realismo jurídico” comenzamos encontrándonos con algunas dificultades, en la medida en que resulta ser un término ambiguo dado que son varias y diferentes sus estrategias de análisis y los propios resultados que se alcanzaron en diversas doctrinas jurídicas, todas ellas enunciadas bajo el rótulo de realistas. En un abordaje superficial, podríamos pensar que el realismo jurídico se presenta como una alternativa al positivismo jurídico. Lo que sí parece claro es que esta expresión se ha utilizado con la intención de aproximarse en mayor medida a la realidad. El problema surge a la hora de determinar a qué realidad nos estamos refiriendo o incluso, qué entendemos por realidad. Como acertadamente apunta I. Ara Pinilla, “es entonces cuando unos la interpretarán como realidad esencial, otros como realidad de la estructura del derecho, otros como realidad de la aplicación judicial del derecho, (...)” etc. (ARA PINILLA, 1996, p.71).

Giovanni Tarello, un estudioso del realismo jurídico americano<sup>3</sup>, llega a identificar en la literatura jurídica hasta quince acepciones diferentes de la expresión realismo jurídico, de las que sin embargo, sólo considera adecuadas las que son asumidas por las doctrinas del realismo jurídico americano y del realismo jurídico escandinavo.

Bajo la denominación de realismo jurídico escandinavo se comprenden las teorías de un conjunto de autores que, inspirándose en las enseñanzas de Axel Hägerström (1868-1939), desarrollaron su actividad a lo largo del siglo XX, principalmente en Suecia y Dinamarca. Su característica principal fue la de mantener una actitud crítica frente a las doctrinas del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, acusándoles de

3 Vid. el excelente estudio de Giovanni TARELLO sobre el Realismo jurídico americano (*Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962). En esta obra se ocupa de los orígenes y caracteres del realismo jurídico americano, de la crítica de los conceptos sistemáticos y del ideal del “sistema”, de la crítica de los conceptos dogmáticos y del conceptualismo jurídico y de la crítica de la argumentación jurídica.

elaborar conceptos y nociones que no encontraban ningún significado en la realidad y que, por ello, no podían integrarse en ningún tipo de saber que pudiera considerarse científico.

Defendían la tesis de la realidad según la cual se entendía el acto del conocimiento como una relación entre un sujeto y un objeto perteneciente al mundo de la realidad interpretando a éste como el mundo de la experiencia sensible, es decir, el mundo limitado por las coordenadas del espacio y del tiempo. Por ello, el ámbito del conocimiento real quedaba limitado a los objetos físicos no siendo posible el conocimiento real de entidades habitualmente usadas en el lenguaje ordinario como la amistad o, en el lenguaje técnico jurídico, como la norma jurídica.

Los seminarios que dirigía Hägerström en la Universidad de Upsala fueron seguidos por algunos discípulos que compartían sus tesis, dando así lugar a la conocida “Escuela de Upsala”, y entre cuyos estudiosos podemos destacar las figuras de Vilhem Lundstedt<sup>4</sup> (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980)<sup>5</sup> y Alf Ross (1899-1979)<sup>6</sup>. Nuestro objeto de atención va a ser el Realismo jurídico americano por lo que no nos extendemos ahora más en el Realismo jurídico escandinavo.

El movimiento del Realismo jurídico americano está integrado básicamente por una serie de juristas que durante los años treinta y la primera mitad de los cuarenta mantuvieron una actitud crítica contra algunos de los principios del sistema jurídico del *common law*. No puede olvidarse la peculiar situación que vive Estados Unidos a principios de siglo, con un sistema muy diferente al que en la misma época regía en el continente europeo. Se trataba de un régimen básicamente judicialista en el que los jueces disponían además de una institución clave a la hora de traducir la supremacía de su poder de creación del derecho frente a los embates del poder legislativo. Se trataba de la *judicial review*, es decir, la posibilidad que se atribuía al juez de invalidar las leyes que él mismo consideraba inconstitucionales, lo que constituyó un poderoso instrumento utilizado por algunos jueces que querían reivindicar el papel protagonista que consideraban merecerían, en el continente americano.

El derecho legislativo tenía poca relevancia y, en todo caso, subordinada a la que se atribuía al poder judicial. En el continente europeo, desde la corriente del positivismo jurídico, el auge de la codificación y de las doctrinas jurídicas formalistas habían llevado a extender la concepción ya conocida de Montesquieu del juez como la boca muda que pronuncia las palabras de la ley. En Estados Unidos, por el contrario, el juez era considerado un auténtico órgano de producción del derecho. Sin embargo, esto no significaba que el juez fuera totalmente libre a la hora de dictar sus sentencias ya que estaba vinculado por el precedente, por las decisiones que con anterioridad hubiesen dictado otros jueces en supuestos análogos. Se introducía así la doctrina del precedente judicial. Claro está que también se permitía romper con el precedente judicial, si el juez lo razonaba adecuadamente.

Todo ello venía a provocar grandes dificultades tanto para la impartición de justicia como para el estudio del derecho que, en última instancia, tenía que tomar como objeto de análisis a cada una de las manifestaciones jurídicas susceptibles de ser invocadas como precedente. Para solventar esta situación se fue

---

4 V. Lundstedt rechazaba la caracterización tradicional del derecho positivo como conjunto de normas dirigidas a la realización de un principio de justicia material, por entender que ni la justicia ni las normas pueden ser consideradas entidades reales. Consideraba que no había más realidad que el mecanismo del derecho entendido como organización de la fuerza.

5 K. Olivecrona sostenía que el concepto de fuerza vinculante del derecho, que constituye una de las claves del funcionamiento jurídico, no era más que una noción ideal, al igual que lo son el deber jurídico, el derecho subjetivo o la norma jurídica. Todas ellas son nociones que, a pesar de carecer de referencia semántica y no poder ser calificadas como científicas, desarrollan sin embargo, una gran influencia condicionando los comportamientos de las personas que actúan como si tales entidades fueran realmente existentes.

6 A. Ross proponía un realismo jurídico más atenuado que los demás representantes de la Escuela de Upsala. Considera las normas jurídicas como directivas de comportamiento que se plasman principalmente en el planteamiento del problema de la vigencia del derecho en función de la eficacia de las normas, y de ésta en función de su aplicación por parte de los jueces. En la medida en que las normas jurídicas tienen por objeto la regulación del uso de la fuerza por parte de los tribunales su eficacia se hace depender directamente del comportamiento de los jueces al respecto, y no de los ciudadanos.

perfilando un nuevo método de enseñanza del derecho –el *case method*– consistente en el análisis de una serie de casos tipo que eran considerados por su relevancia dignos de influir en la vida jurídica, operando por tanto como auténticas normas jurídicas.

La dinamicidad de la sociedad norteamericana de principios del siglo XX era amplia lo que pronto puso de manifiesto la necesidad de que los jueces siguieran en sus decisiones el ritmo que les marcaba el curso de la vida social. Es así como despuntan figuras relevantes que podríamos considerar los precedentes del propio realismo jurídico: Jhon Dewey (1859-1952)<sup>7</sup>, el juez de la Corte Suprema Oliver Wendel Holmes (1841-1935)<sup>8</sup>, Benjamín Cardozo (1870-1938)<sup>9</sup> y Roscoe Pound (1870-1964)<sup>10</sup>. Lamentablemente, no podemos ahora ocuparnos de las aportaciones de cada uno de estos juristas. Nos vamos a limitar a reseñar los principales precursores del movimiento del realismo jurídico norteamericano.

## 2. ANTECEDENTES: CRÍTICA DE J. AUSTIN Y EL PRECURSOR O. WENDEL HOLMES

**2.1.** El movimiento realista norteamericano<sup>11</sup>, por una parte constituye un análisis crítico de la tradición de la jurisprudencia analítica de J. Austin. Por otra parte, representa un ataque violento contra lo que, como denomina Recasens Siches, se podría llamar la “mística del *Common Law*, entendido éste como un cuerpo omnicompreensivo que contiene normas y criterios para solucionar todos los casos que puedan presentarse”. Es decir, el concepto del *Common Law* forjado a través de las enseñanzas del Profesor Beale en la Universidad de Harvard, que en cierto modo venía a ser el equivalente anglosajón de la escuela francesa de la exégesis y de la doctrina de los pandectistas alemanes<sup>12</sup>.

El problema del que se partía era el ya el del propio concepto de la realidad, como antes hemos indicado: ¿la realidad se encuentra solo en los hechos o cosas intangibles? ¿en las verdades eternas? La mayor parte de los realistas buscan la realidad en la conducta humana, en la conducta de los jueces y otros funcionarios, en operaciones concretas, más que en esencias.

7 J. Dewey insistirá en la idea de que es el cuerpo social en su conjunto el que determina las reglas que siguen los jueces en sus decisiones.

8 O. W. Holmes acentuará la necesidad de aplicar al análisis del derecho un método sociológico al considerar al derecho como un conjunto de profecías acerca del sentido de las decisiones judiciales.

9 B. Cardozo remitirá al juez a la vida social para poder determinar los intereses que deben tomar en consideración las sentencias, entendiendo que para la satisfacción de los mismos se pueden utilizar, alternativa o combinadamente en función de las características y exigencias del interés en cuestión, el método filosófico (análisis lógico), el método evolutivo (análisis histórico), el método de la tradición (análisis de la costumbre) y el método sociológico (análisis del bienestar de la sociedad).

10 El pensamiento de Pound experimentó una cierta evolución, por lo que podemos distinguir dos etapas: en la primera presenta una concepción del derecho relativista e historicista, presentándolo como un producto en continua evolución. En la segunda fase, intenta combinar su inicial historicismo con valores inmutables que siempre debe respetar el derecho, lo que le llevará a acabar criticando el relativismo extremo que defendía el realismo americano.

11 Este movimiento del realismo jurídico norteamericano ha sido objeto de incompreensión y distorsión en el panorama jurídico estadounidense. En España tampoco la situación ha sido muy halagüeña, ya que aquí se ha pecado de haber dispensado muy poca atención al mismo, lo cual queda probado por el hecho de que ninguna de las principales obras de los realistas haya sido traducida al castellano. Concretamente, las únicas traducciones disponibles en castellano de trabajos realistas se limitan a algunos artículos de K. Llewellyn y J. Frank: LLEWELLYN, K., *Belleza y estilo en el derecho*, trad. de J.J. Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1953; LLEWELLYN, K., “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp.244-293; FRANK, J., “Palabras y Música (algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes”, en AA.VV., *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, pp.173-209; y FRANK, J., *Derecho e incertidumbre*, trad. de C.M. Bidegain, México, Fontamara, 1993 (2ªed.). Compartimos con J.A. Pérez Lledó la sospecha de que “la historia del realismo se ha escrito muchas veces a golpe de caricaturas hechas de retales” (*El movimiento Critical legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, p.328). Destacamos el trabajo de L. Recasens Siches, al que citaremos frecuentemente en nuestro trabajo. También los de J.I. Solar Cayón que, desde la filosofía jurídica española, ha contribuido a que el realismo jurídico americano, y especialmente la aportación de J. Frank, sean conocidas. A lo largo de nuestro trabajo, tomamos como referencia imprescindible sus trabajos, junto con el ya citado de G. Tarello.

12 RECASENS SICHES, L., “El movimiento del realismo jurídico americano”, en *Antología: 1922-1974*, México, FCE, 1976, p.291. También, *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, México, Editorial Porrúa, 1963.

En cierta manera, el movimiento realista surge como una crítica contra la escuela analítica. La teoría analítica de Austin, siguiendo algunas ideas de Hobbes, refiere el derecho positivo a un mandato del soberano, línea que después siguió Kelsen. Pero en Estados Unidos hubo pensadores jurídicos que trataron de seguir otra línea: la de buscar la realidad efectiva sobre la cual se apoya y de la cual emana el derecho vigente. Y por ello se preguntan: ¿qué es lo que en efecto y en realidad es derecho vigente en un determinado país y en un cierto momento?

Esta pregunta surge inevitablemente cuando se plantea un conflicto o duda con respecto a las normas jurídicas. Lo que dicen las leyes y los reglamentos, los precedentes jurisprudenciales, las costumbres, etc. pueden constituir fuentes de presunción para hacer vaticinios probables, pero no suministran una respuesta segura, porque el derecho real y efectivo va a ser “lo que sobre el caso planteado resuelva el órgano jurisdiccional”. El movimiento realista lleva a cabo una crítica firme de la concepción mecánica de la función judicial como un silogismo

El denominador común de los realistas americanos consiste en su actitud escéptica respecto de la descripción tradicional de la conducta real y efectiva de los tribunales. Aunque no hay unanimidad entre los juriconsultos de este movimiento sobre qué deba entenderse por realidad, parece que la mayor parte de ellos busca la realidad en la conducta efectiva de los jueces y de los funcionarios administrativos.

Con todo, hay que distinguir entre lo que el juez establece en sus sentencias, y lo que el juez decide efectivamente. A veces, la regla sentada por el juez en su fallo constituye solamente una especie de disfraz para justificar la decisión que toma, constituye un intento de justificación aparente de su sentencia ante la doctrina tradicional. Lo que importa no es tanto lo que el juez dice sino sobre todo lo que el juez hace. Las reglas que el juez establece o expresa en sus sentencias no son siempre las mismas conforme a las cuales él actúa, es decir, conforme a las cuales fala o decide.

Entonces, si queremos saber lo que efectivamente es derecho, tenemos que indagar los modos reales de la conducta judicial. Lo que interesa a los realistas es averiguar el derecho efectivamente real. Este no es ni el que aparece declarado en las reglas legislativas, ni tampoco aquel que los jueces declaran como base de sus fallos, sino que de hecho es lo que los jueces hacen, independientemente de lo que expongan en sus sentencias. “Para averiguar, pues, el derecho efectivo, hay que estudiar el modo real como los jueces se comportan”.

Jhon Gray ejerció también una gran influencia en lo que después sería el movimiento del realismo jurídico norteamericano. Gray distingue entre derecho efectivo y fuentes del derecho. El derecho efectivo consiste en las reglas sentadas por los tribunales y aplicadas por estos. Fuentes de derecho, en cambio, son los materiales en los que el juez se inspira para establecer las reglas efectivas de su fallo. Estos materiales suelen ser los siguientes: leyes, precedentes jurisprudenciales, opiniones doctrinales, costumbres y principios éticos. Una ley, por sí sola, aún no es derecho, mientras no haya sido interpretada y aplicada por los tribunales.

Todo derecho efectivo es derecho elaborado por los tribunales. Los realistas creen que Gray, aunque contribuyó a abrir nuevos horizontes para saber lo que efectivamente es derecho, se quedó a mitad de camino, porque olvidó la insinuación que años antes había lanzado Holmes. Hay que distinguir entre las reglas que el juez establece en sus sentencias, y lo que el juez decide efectivamente. Si queremos saber lo que efectivamente es derecho, tenemos que indagar los modos reales de la conducta judicial<sup>13</sup>.

**2.2.** Hacia fines del siglo XIX, el 8 de enero de 1897, Oliver Wendel Holmes (1841-1935) pronunció una conferencia ante los alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston, con el título “The Path of Law” (La senda del derecho). Esta conferencia tuvo una gran repercusión, desembocando en una profunda renovación de los estudios jurídicos en Estados Unidos.

13 Vid. GRAY, Jhon C., *The Nature and Sources of the Law*, Dartmouth Publishing Company, edited by D. Campbell and P. Thomas, 1997.



Holmes, tras formarse en Harvard, trabajó como abogado, profesor y sobre todo juez. Su carrera culminó en la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde ejerció durante treinta años y desde donde estableció las líneas básicas por las que transcurriría el Derecho americano del siglo XX<sup>14</sup>. En su obra más significativa, *Common Law* (1881), ya subrayaba que “la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia”. En su famosa conferencia, quiere que sus oyentes se paren a considerar cuál es el objeto de sus estudios: éste no es otro que acertar, predecir, cuáles van a ser en su caso las sentencias de los jueces, aun cuando para ello haya que servirse de documentos del pasado. Es verdad que con frecuencia se ve al derecho de otro modo: como una serie de deberes y obligaciones. Pero esta visión viene determinada por una confusión, entre derecho y moral.

Para evitarla conviene advertir que el derecho no sólo lo cumplen los que son buenas personas, sino también los que no lo son, pero quieren librarse de las malas consecuencias que les acarrearía no cumplir con el derecho. Propone pues adoptar el punto de vista del “bad man”, del mal hombre, al meditar sobre las consecuencias probables de una determinada conducta. Desde este punto de vista del “mal hombre” podemos comprender lo que verdaderamente es el derecho, a diferencia de otras nociones afines, como la de ética o moral. Para el “bad man” lo importante es saber si la acción programada ocasionará la reacción punitiva de un órgano del Estado. La predicción de esa reacción es el derecho. Es decir, “las profecías acerca de lo que harán los tribunales de justicia”:

“Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta –dentro o fuera del derecho– en los mandamientos de su conciencia. El derecho está lleno de fraseología tomada a préstamo de la moral, y por la simple fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un dominio al otro sin percibirlo, invitación que no sabremos resistir a menos que tengamos permanentemente en cuenta la línea fronteriza entre ambos campos” (WENDEL HOLMES, 1959)

Pero –advierte Holmes– conviene evitar otra posible tentación: la de pensar que el derecho pueda articularse con la exactitud propia de las ciencias matemáticas y que, por consiguiente, pueda encontrarse en él una solución segura y exacta. Esta confusión proviene de la forma lógica con que se revisten las sentencias y, en general, todo el lenguaje jurídico, y se ve favorecido por el ansia humana de seguridad y certeza. Pero no se puede negar que tras cualquier razonamiento jurídico irreprochable lógicamente, hay un punto de partida que depende de una valoración, de un juicio de valor, y a ese punto de partida, a la preferencia de uno u otro de los diversos fundamentos posibles de las disposiciones o de las resoluciones jurídicas, no se le puede aplicar la matemática ni la lógica.

Para la configuración de las decisiones jurídicas –advierte Holmes– no basta con ser fiel a las disposiciones y precedentes judiciales del pasado. La historia es útil para interpretar el sentido de las reglas vigentes; también la sociología y la economía para saber adaptarlas a las necesidades del presente y del futuro; también la teoría general del derecho. Sólo con la ayuda de estos conocimientos básicos se puede realmente llegar a conocer lo que es el derecho, más allá de la maraña de las disposiciones concretas, y acertar con “las verdaderas bases de las profecías”.

Apuntaba Holmes en su célebre conferencia:

“Tomad, por ejemplo, la pregunta fundamental ‘¿qué es el derecho?’. Encontraréis que ciertos autores os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera

14 Vid. *Los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes*. Estudio preliminar y trad. de C. Arjona Sebastián, Madrid, Iustel, 2006.

bastante parecida. Yo entiendo por “derecho” las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos” (GASCÓN, 1999)<sup>15</sup>.

Las ideas de Holmes fueron proseguidas por otro famoso magistrado norteamericano, Benjamim N. Cardozo (1870-1938)<sup>16</sup>, quien, aunque tiene ciertos tintes del llamado “realismo”, encaja más bien en la línea de la “jurisprudencia sociológica”, cuyo máximo representante es Roscoe Pound (1870-1964)<sup>17</sup>.

### 3. EL MOVIMIENTO DEL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

A partir de un conocido artículo “Algo del realismo sobre el realismo- En respuesta al decano Pound”, trabajo redactado conjuntamente por Llewellyn y Frank-aunque finalmente este último decidió no firmarlo-, se ofrece la respuesta a un artículo de Roscoe Pound, publicado unos meses antes en la misma Revista, criticando, en un tono paternalista que no agradó a los autores, las posiciones de determinados jóvenes profesores de derecho –sin citar concretamente a ninguno- que cuestionaban la ortodoxia jurídica. Ello venía a constituir el detonante de una polémica entre los representantes de dos generaciones distintas de juristas (LLEWELLYN, p. 1222-64, 1931)<sup>18</sup>. Entre los más destacados realistas podemos citar a: Underhill Morre, Herman Oliphant, Walter W. Cook, Kart N. Llewellyn, Charles E. Clark y Jerome Frank.

K. Llewellyn, profesor de la Universidad de Columbia (Nueva York), y después de la de Chicago, a partir de su trabajo *A Realistic Jurisprudence: The Next Step*, publicado por primera vez en 1930 (LLEWELLYN, p. 431-65, 1930)<sup>19</sup>, recalca que no intenta dar una definición del derecho. Una definición es algo que delimita el campo, determina lo que queda dentro y lo que queda fuera. Sin embargo, “el derecho es tan amplio como la vida”. Llewellyn trabajó sobre las reglas y concluyó que había que diferenciar las “reglas en el papel” y “reglas efectivas”. Las primeras comprenden no solamente las normas formuladas en las leyes y los reglamentos, sino que comprenden también las normas que los tribunales declaran en sus sentencias, como fundamentos para sus fallos. Las “reglas efectivas” son aquellas, declaradas o no, según las cuales los jueces deciden realmente el litigio.

15 Como el derecho, según Holmes, es predicción de conducta judicial, el punto de vista que se viene a adoptar para la solución de los problemas teóricos planteados por el derecho y por la ciencia del derecho es el del abogado. El comportamiento de los jueces en el pasado permite predecir cuál será su comportamiento en el futuro. Ello presupone una cierta regularidad en la conducta de los jueces. Este supuesto será lo que cuestione precisamente J. Frank e su obra *Derecho e incertidumbre*. A juicio de Frank, en la predicción del comportamiento probable de los jueces de segunda instancia, es decir, de aquellos para quienes los ‘hechos’ ya han sido definidos mediante decisiones comúnmente inapelables por los jueces de primera instancia, no existen mayores dificultades. Existe un considerable grado de regularidad en las decisiones de los tribunales superiores, y cualquier abogado con un mínimo de experiencia se encuentra en condiciones de anticipar cuál será la decisión del tribunal superior, a partir de los ‘hechos’ fijados en la sentencia de primera instancia. Es en la predicción del comportamiento de los jueces de primera instancia, en su compleja tarea de declarar cuáles son los ‘hechos’ del caso, donde surgen obstáculos difíciles de salvar. Como los ‘hechos del caso’, tal cual se los declara acaecidos por el juez, son los que determinan la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada norma, si no se puede determinar el comportamiento del juez en la declaración de los ‘hechos’ del caso, o si ello es muy difícil, no se puede predecir con certeza el desemboque de un caso futuro. De ahí la aprobación de Frank a la celebrada frase de L. Hand: “Debo decir que si fuera un litigio temería un pleito por sobre casi todas las demás cosas, con excepción de la enfermedad y la muerte”. (Sobre la influencia de los hechos en el derecho, *vid.* GASCÓN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999).

16 Las dos obras más importantes de Cardozo son: *The Nature of the judicial Process* (1921) y *The Growth of the Law* (1924). *Vid.* MIRAUT MARTÍN, Laura, *La teoría de la decisión jurídica de Benjamín Nathan Cardozo*, Madrid, Dykinson, 1999.

17 Aunque Roscoe Pound ejerció también durante algún tiempo el cargo de magistrado, su nombre va más bien unido al cargo de profesor, que desempeñó en diversas Facultades de Derecho, y al de Decano, que desempeñó durante veinte años en la Universidad de Harvard. Entre sus obras cabe destacar: *The Spirit of the Common Law* (1921) (trad. al castellano de J. Puig Brutau, *El espíritu del “common law”*, Barcelona, 1954); *Introduction to the Philosophy of Law* (1922; 2ª ed., rev., 1954); y *Jurisprudence* (1959).

18 Cita tomada de: SOLAR CAYÓN, José Ignacio, “El concepto de derecho en el realismo jurídico americano: una reinterpretación”, en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos jurídicos*, 2003, pp.1186 (cita 1).

19 Hay traducción al castellano: “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp.244-293.

Es Llewellyn quien ha insistido repetidamente en algunas proposiciones que son comunes al movimiento realista norteamericano:

1. El derecho se halla en una constante situación de fluidez, de cambio, de dinamicidad.
2. El derecho significa un medio para fines sociales, no es un fin en sí mismo.
3. La sociedad para cuyos fines el derecho es un medio, se halla en una situación de fluidez, todavía mayor que el derecho mismo.
4. El teórico del derecho debe ocuparse y analizar solamente lo que los tribunales, los funcionarios y los ciudadanos hacen efectivamente, sin referirse a aquello que deberían hacer. La tarea de la teoría del derecho es, en primer lugar, observar los hechos de la conducta humana, especialmente de la conducta judicial y de los funcionarios administrativos, en todas las circunstancias de los casos particulares.
5. La investigación jurídica debe mirar con sospecha el supuesto de que las normas o reglas, en los términos en que están enunciadas o inscritas en los libros, representen lo que los tribunales y la gente hacen real y efectivamente.
6. La investigación jurídica debe mirar con igual sospecha el supuesto de que las normas o reglas del derecho enunciadas formalmente son las que en realidad producen los fallos y las resoluciones que pretenden estar basadas sobre ellas.
7. Hay que reconocer la necesidad de agrupar los casos particulares en conceptos más estrechos, es decir, de menos área. Resulta pues conveniente aumentar o multiplicar el número de los conceptos que se emplean como instrumentos de trabajo.

Se pregunta Llewellyn: ¿Qué significa el derecho para la gente en sociedad? ¿Qué diferencia existiría entre que hubiese o no tribunales, abogados, Facultades de Derecho? No basta con afirmar que esas personas o instituciones se ocupan de las disputas, porque hay muchas disputas que no caen bajo su ámbito de actuación. Por ejemplo: la diferencia de opinión entre el padre y el hijo; los regateos en el mercado; las discusiones entre patrones y obreros que no llegan al proceso jurídico. Estas disputas en las que no interviene el derecho pueden resolverse, o al menos suavizarse, entre los propios implicados, sin perturbar gravemente el orden social. En cambio, la intervención de los funcionarios jurídicos en las disputas aparece como el medio de tratar aquellas disputas que no podrían resolverse de otra manera..

En definitiva, concluye Llewellyn que el derecho interviene tan sólo para solucionar aquellas disputas que no son resueltas por las partes o que degeneran en el empleo de métodos ilícitos prohibidos por la ley (tiros, intimidación). Respecto de esa parte del derecho, que consiste sobre todo en resolver tales disputas, la pregunta práctica más interesante es la que se dirige a averiguar de qué manera tales disputas van a ser resueltas por los jueces o funcionarios administrativos con jurisdicción.

El juez, a la hora de pronunciar su fallo, puede mencionar con fundamento diversas leyes o sentencias anteriores, pero que en realidad no las sigue, o las sigue solamente de modo parcial. A pesar de referirse a ellas, las elude total o parcialmente, por medio de razonamientos interpretativos. Estos razonamientos pretenden mostrar que el juez cumple lo dispuesto en tales normas, pero en realidad son solamente un disfraz de la otra norma diferente que efectivamente sigue el juez en su fallo, norma que no es declarada sino más bien encubierta. La investigación realista trata precisamente de quitar esos disfraces; intenta poner en claro la 'norma efectiva' que el juez toma como base para su fallo; quiere desvanecer la ficción convencional de que el juez está aplicando las normas por él mencionadas o declaradas, y mostrar qué es lo que de hecho hace el juez, a pesar de lo que escribe en su sentencia.

Junto con Llewellyn, Jerome Frank es otro de los grandes impulsores del movimiento del realismo norteamericano. Profesionalmente fue juez, magistrado del tribunal de apelación, y enseñó también como profesor visitante en las principales Universidades de Estados Unidos. La construcción y generalización de una imagen distorsionada del realismo –resultado de una estrategia para desacreditar al movimiento- intentando atribuir al movimiento del realismo jurídico las posiciones peculiares específicas de alguno de sus

componentes en aspectos muy concretos, hizo que Frank, haciendo gala de un estilo irónico muy característico en él, replicara así:

“1) Jones discrepa con Smith acerca de los aranceles. 2) Robinson discrepa con Smith acerca de las virtudes del caldo de repollo. 3) Puesto que Jones y Robinson discrepan con Smith sobre algo, se sigue que a) cada uno de ellos discrepa con Smith sobre todo, y que b) Jones y Robinson están de acuerdo entre sí acerca de los aranceles, las virtudes del caldo de repollo, la Sociedad de naciones, la teoría cuantitativa del dinero, el vitalismo, Bernard Shaw, Proust, Lucky Strikes, el comunismo, Hill Rogers –y todo lo demás (...) Dickinson ha realizado una composición fotográfica de los autores con los que discute. Uno ve, por ejemplo, el pelo de Green, las cejas de Yntema, los dientes de Bros, el cuello de Olphant, los labios de Llewellyn... El retrato es la imagen de una criatura imaginaria e irreal, un híbrido extraño, deforme, estéril”(FRANK, p. 9, 1949)<sup>20</sup>.

Una de sus obras más representativas de Frank es la de *Derecho e incertidumbre* (FRANK, 1993)<sup>21</sup>. Tomando como punto de partida algunas de las ideas esbozadas por Holmes, considera que ni siquiera en una sociedad relativamente estática los hombres han podido construir un sistema de reglas o normas omnicomprendivas, que contengan respuestas para todas las posibles cuestiones. No ha sido posible nunca y en ninguna parte y menos, en la época en la que le tocó vivir, donde nuevos instrumentos de producción, nuevos medios de viaje, nuevas formas de propiedad, nuevos hábitos, nuevas costumbres e ideales, hacían desvanecerse la esperanza de que algún día pueda establecerse un sistema definitivo de derecho que solvente todos los problemas.

De ahí que se pregunte por qué se ha de ocultar esa dimensión de incertidumbre, de falta de certeza. Los abogados suelen ocultarla cuando le dicen al cliente que el derecho dará respuesta a sus dudas. También la ocultan los profesores del derecho cuando presentan el orden jurídico como un sistema firmemente establecido. También la ocultan los jueces cuando disfrazan sus innovaciones, a veces radicales, bajo la apariencia de una interpretación de la norma establecida, interpretación que revisten con el ropaje de un sesudo pseudorazonamiento lógico, para presentar el fallo como fiel aplicación de una vieja norma, mediante argucias formalistas.

Según la idea enseñada por muchos juristas, se supone que el derecho es general, uniforme, continuo, igual y puro. Sin embargo, la experiencia muestra que esto no es así. No hay tal certeza, ni seguridad, ni uniformidad. Para cualquier persona, el derecho cierto sobre una determinada situación es sólo la sentencia que un tribunal haya pronunciado sobre esa situación, en tanto que dicha sentencia afecta a aquella persona particular. Antes de que haya recaído sentencia, lo único que puede tenerse respecto del derecho relativo a esa persona y situación es la suposición que los abogados hagan lo que el tribunal vaya probablemente a decidir. Por ello, entiende Frank que el derecho respecto a una determinada situación es o bien el derecho efectivo, real, contenido en una sentencia pronunciada en el pasado sobre dicha situación, o bien nada más que el derecho probable, es decir, el pronóstico o suposición sobre una sentencia futura.

Como muestra de esta incertidumbre del derecho, Frank cita la variabilidad de la jurisprudencia de los tribunales. Incluso en la Suprema Corte, la jurisprudencia varía al cambiar su composición personal. Al plantearse un problema, pueden surgir en el seno de la Suprema Corte dos opiniones, una mayoritaria y la otra minoritaria. Al poco tiempo, la composición de la Suprema Corte cambió por el fallecimiento o la dimisión de alguno de sus miembros, y el nombramiento de otro para sustituir al desaparecido, y, al plantearse de nuevo un caso similar, éste fue resuelto de modo contrario, por lo que aquello que antes fue solo un voto particular se convirtió después en decisión de la mayoría.

Considera Frank que un pleito es una batalla y nadie puede predecir plenamente lo que en la batalla puede suceder. Al igual que en una batalla son muchos los factores que intervienen, lo mismo sucede en un pleito. Cuando se produce un conflicto y el cliente consulta con el abogado, éste no puede contestar con certeza absoluta: el adversario puede introducir un testimonio insospechado; los propios testigos, en quienes

20 Artículo que posteriormente aparecería como prefacio a la sexta edición de *Law and the Modern Mind*.

21 El propio J. Frank llegó a mostrar su rechazo a la etiqueta “realismo jurídico”, proponiendo en su lugar la de “jurisprudencia experimental” (“Realism in jurisprudence”, en *The American Law School Review*, Vol.VII, 1934, p.1063).

se confía, pueden fallar en su testimonio. Incluso, la personalidad del juez es un factor muy importante. A ello hay que sumar la propia función judicial. Subraya Frank que puede ocurrir que el juez, a la vista de la prueba y de los alegatos, se forme una opinión sobre el caso discutido, una especie de convicción sobre lo que es justo; y después busque los principios o “considerandos”, que puedan justificar su opinión, a la vez que también articule los “resultandos” de hecho, de modo que los hechos encajen dentro de la calificación jurídica que justifique el fallo que va a tomar.

Uno de los factores que contribuyen a la formación de las intuiciones del juez consiste en las normas y principios jurídicos declarados en las leyes, los reglamentos, los precedentes jurisprudenciales y las doctrinas en boga. Pero en realidad, mayor alcance práctico que el escoger las normas tiene la determinación de los hechos. Sin embargo, hay que advertir que los hechos nunca son vistos directamente por el juez. Éste llega a tener un conocimiento sólo indirecto de los hechos, a través de las deposiciones de los testigos, o de lo relatado en documentos, o de las opiniones de los peritos, etc.<sup>22</sup>.

Uno de los aspectos del realismo jurídico americano que ha suscitado mayores controversias ha sido el del concepto del derecho. Más allá de las irreconciliables discordancias existentes entre las distintas escuelas de pensamiento jurídico previas a la aparición del movimiento realista, todas ellas coincidían sin embargo en su concepción del derecho como un elemento normativo (norma, ley, obligaciones, deberes, etc.). Sin embargo, el realista va a prescindir de dicho elemento en su caracterización del derecho. Conviene hacer una advertencia desde el inicio y es la de que no existe una definición realista de derecho que postule este movimiento sino, a lo sumo, definiciones de algunos realistas en particular. Lo que sí podemos encontrar es una caracterización del derecho en términos exclusivamente fácticos.

Como ya hemos destacado, su interés se centra en el análisis de hechos sociales antes que en el estudio de los elementos de carácter normativo que hasta entonces habían sido considerados componentes esenciales del derecho. “Para el realista la noción de derecho no evoca, directamente, tanto la idea de norma cuanto la actuación de una serie de personas consideradas como esencialmente relevantes en el proceso de resolución institucional de los conflictos sociales” (SOLAR CAYÓN, p.1186, 2003)

La definición más representativa es la de Llewellyn, para quien el objeto del derecho no consiste en otra cosa que un “hacer algo en relación a las disputas”. Hacer que se halla socialmente encomendado a una serie de personas, “sean jueces o policías o secretarios o carceleros o abogados”, específicamente autorizadas para la resolución institucionalizada de aquellos conflictos. Y concluye Llewellyn, “lo que estos oficiales hacen respecto de las disputas es, a mi entender, el derecho mismo”. Frank, por su parte, insistía más, -como ya hemos apreciado- en el acto de la decisión judicial, presentándose el derecho fundamentalmente como las decisiones de los tribunales. De este modo, el juez acaba convirtiéndose, para los realistas norteamericanos, en la figura central que de alguna forma viene a representar efectivamente la idea de ese soberano personal, de carne y hueso, que a lo largo de la historia jurídica anglosajona, había sido imaginado por Hobbes o Austin (SOLAR CAYÓN, p. 495-506, 1999)

#### 4. CRÍTICAS AL REALISMO JURÍDICO AMERICANO

El punto central de las críticas que se han vertido, principalmente con respecto al concepto del derecho del realismo jurídico americano, ha sido el de la exclusión de toda referencia o componente de carácter normativo y su desplazamiento por elementos fácticos. Es decir, la idea realista de que el derecho es un conjunto de hechos –fundamentalmente de decisiones judiciales- antes que un conjunto de proposiciones prescriptivas. Siguiendo a Solar Cayón (SOLAR CAYÓN, p. 1188, 1999), esta crítica básica la podemos deslindar, a su vez, en cuatro críticas.

22 No podemos detenernos aquí en el análisis de la motivación de las decisiones judiciales por parte de los jueces. Para este tema, *vid.* ASÍS ROIG, Rafael de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas, 2005; también, FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007. Por último, *vid.* DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, cit.

- a) La noción de validez jurídica viene a equiparse o confundirse con el hecho de su aplicación efectiva por parte de los tribunales. Es decir, si partimos de la interpretación apuntada, tenemos que aceptar que la idea de que la juridicidad o la validez de una determinada prescripción vendrá determinada, no por su sujeción o conformidad respecto de determinadas exigencias normativas preestablecidas sino simplemente por el dato fáctico de su procedencia de determinadas personas, especialmente los jueces. De ahí que la noción de validez jurídica acabe confundiéndose con el hecho de su aplicación efectiva por parte de los tribunales. Y desde esta perspectiva, el realista –apuntan los críticos- se vería abocado a sostener la absurda conclusión de que muchas de las normas que ordinariamente son consideradas normas jurídicas, e incluso observadas socialmente de un modo general en base a tal consideración, no son en realidad tales por la simple razón de que jamás ha sido, y probablemente nunca será, objeto de disputa ante un tribunal.
- b) Imposibilidad de definir el derecho en relación a la conducta de los jueces u otros oficiales encargados de su aplicación a los casos particulares en la medida en que simplemente hablar de la existencia de tales personas presupone admitir la idea previa de ciertas normas que han de suministrar los criterios para identificar a aquellos. Para entender esta crítica, baste tomar en consideración la crítica expresada en 1940 por Lon I. Fuller, el principal adversario del realismo desde posiciones iusnaturalistas:

“(…) después de todo, la distinción entre oficiales y legos no descansa sobre un hecho observable, como la utilización de un distintivo o de una toga, sino sobre un orden normativo, sobre un sistema de normas existentes con anterioridad a la conducta de los hombres bajo tales atributos”. Sin embargo, concluye Fuller, “este asumido orden normativo, que nos dice quien es un oficial, es exactamente la clase de cosa que el realismo intenta eliminar del estudio del derecho”.

Ciertamente, la conducta de los jueces, que para los realistas es la base de su teoría, no acontece y se desarrolla de tal o cual forma por mera casualidad sino porque es el propio derecho el que ha determinado, establecido y regulado tal conducta, para dotarla de su especial singularidad y diferenciarla de otras conductas (la de un abogado, por ejemplo). En opinión de H.L. Hart, el realista estaría ignorando las nociones de competencia y autoridad. Incluso el propio hecho de referirse a “tribunales” y “sentencias judiciales” sólo puede tener sentido a partir de la preexistencia de al menos cierto tipo de normas jurídicas: las normas de enjuiciamiento o de adjudicación, siguiendo la terminología de Hart<sup>23</sup>. En definitiva, los realistas no pueden ignorar la necesaria preexistencia de un orden normativo.

- c) La inadecuación del enfoque predictivo que acompaña a la noción realista del derecho para entender adecuadamente la auténtica naturaleza del fenómeno jurídico. Es decir, el derecho no puede presentarse simplemente como una descripción de la conducta judicial en el pasado o una predicción de lo que los tribunales harán en el futuro respecto de determinada controversia dado que esto implica

23 Como ya conocemos, la teoría hartiana establece que lo característico del derecho consiste en la conexión sistemática de dos tipos de reglas: 1) Las reglas primarias, que regulan la conducta imponiendo deberes y obligaciones, y 2) Las reglas secundarias, que son reglas sobre reglas, es decir, básicamente, que regulan la validez y la aplicación de las reglas primarias. Las reglas secundarias son a su vez de tres tipos: a) Reglas de enjuiciamiento o adjudicación, que son las reglas que establecen los órganos y procedimientos para resolver los conflictos jurídicos (*rules of adjudication*); b) reglas de cambio, que son las que establecen los órganos y procedimientos para la creación y revocación de las reglas del sistema (*rules of change*); c) Reglas de reconocimiento, que establecen los criterios para identificar las demás reglas como reglas pertenecientes al sistema (*rule of recognition*). Concretamente, las primeras, las reglas de enjuiciamiento o adjudicación, permiten eliminar un problema de ineffectividad en la sociedad dado que sino, el cumplimiento de las reglas sólo podría estar asegurado por modos difusos e informales de presión, son -ajuicio de Hart- las que pueden explicar que los realistas se refieran a los tribunales, a los jueces, y a las sentencias. (Vid. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990). La teoría de Kelsen representa para Hart una construcción demasiado formalista y abstracta; por otro lado, la escuela realista norteamericana (especialmente Holmes), representa el límite opuesto: el concepto predictivo, excesivamente fáctico y concreto, al que no desea acercarse para no perder en enfoque normativo y jerárquico del sistema jurídico. Hart considera a Kelsen bastante idealista por lo que se propone una alternativa ligeramente más realista. Sin embargo, esta distinción acaba respondiendo a un juego de apariencias y matices. No se trata ahora de afirmar que Kelsen y Hart se adhieran a la teoría predictiva. Es más, ambos autores apuntaron algunos de los defectos del predictismo. Sin embargo, una teoría del derecho que incluya en su seno ciertos factores de hecho, ajenos al puro ordenamiento jerárquico, tiende a deslizarse, por la vía del predictismo, hacia el extremo del realismo sociológico. Este puede ser el dilema del positivismo jurídico. Si la teoría da cabida a los vaivenes de la realidad, se ve precisada a describir esa realidad. Si se constituye en sistema ideal cerrado y finge no ver la realidad circundante, encuentra a menudo que sus deducciones intrasistemáticas no coinciden con la situación social que funda su utilidad. Y por último, si busca situarse en algún punto intermedio, su propia dinámica la empuja hacia alguno de los extremos.

desconocer que el derecho posee, especialmente para los órganos encargados de su aplicación, un carácter fundamentalmente prescriptivo.

Como podría explicarnos Kelsen, el realista confunde el terreno del juego jurídico en la medida en que el derecho no se mueve en el plano del “ser” sino del “deber ser”<sup>24</sup>. El orden normativo no le dice al juez en qué forma decidirá realmente sino precisamente en qué forma deberá decidir. Los tribunales no buscan por tanto en la ley una respuesta a la pregunta sobre lo que realmente harán sino a la pregunta sobre lo que deben hacer. La aproximación realista descuida o ignora lo que Hart ha denominado “el punto de vista interno” sobre el derecho. Es decir, el punto de vista propio, no de un observador imparcial y ajeno a la comunidad que se limita a describir objetivamente una serie de prácticas sociales, sino aquel propio de los miembros del grupo sujetos al ordenamiento (y entre ellos especialmente los jueces), para quienes las normas jurídicas constituyen fundamentalmente guías de conducta, *standard* conforme a los cuales juzgar sobre la corrección o incorrección de determinadas actuaciones. Desde el punto de vista de estos operadores jurídicos, el derecho representa un orden que suministra las razones que justifican la actuación en una determinada dirección, y no un instrumento sociológico de predicción de los comportamientos.

- d) La caracterización del derecho como aquello que hacen determinadas personas –y no como aquello que deberían hacer en virtud de determinadas normas- preconizaba en el fondo un positivismo apegado a los hechos, que no mostraba ningún interés por la cuestión de los ideales y los valores jurídicos. En opinión de Fuller, el intento realista por limitarse al análisis jurídico en datos estrictamente fácticos, empíricamente constatables, estaba destinado al fracaso en la medida en que no se podía comprender adecuadamente el fenómeno jurídico sin reconocer que los valores constituyen un componente esencial e intrínseco de los hechos jurídicos.

Es más, algún grupo de juristas extremaron la crítica con respecto a la noción realista del derecho a partir de lo que consideraban era una muestra de la total indiferencia del movimiento por las cuestiones de carácter ético, indiferencia que resultaba finalmente en la reducción del derecho a la simple fuerza bruta. Si el derecho es –subrayaban los críticos- aquello que hacen determinadas personas que tienen poder para actuar, el derecho queda reducido a la expresión de la voluntad del más fuerte. Las acusaciones más severas en este sentido provenían de Roscoe Pound, la gran figura de la filosofía jurídica norteamericana en aquel momento, quien calificó al realismo de “filosofía de la rendición” (*give-it-up philosophy*). Ello llevó a alguno otros juristas a acabar acusando al realismo de proporcionar una justificación a los movimientos totalitarios que en aquellos momentos se estaban gestando en Europa.

Tanto Llewellyn como Frank se lamentarían, años más tarde, de la incompreensión de la que habían sido objeto sus trabajos, dado que las críticas se centraron casi exclusivamente en sus propuestas de definición del derecho. Llewellyn, con ocasión de la publicación en 1951 de *The Bramble Bush* –trabajo que, privadamente ya había publicado en 1931(LLEWELLYN, 1991)- se lamentaba amargamente de que, apoyándose casi exclusivamente en las trece palabras que contenía su ya citada definición e ignorando el resto de la obra, los críticos le hubieran atribuido “la no creencia en las normas, la negación de su existencia y deseabilidad, la aprobación y exaltación de la fuerza bruta, el poder arbitrario y la tiranía ilimitada, la no creencia en ideales y particularmente en la justicia”. Como también se lamentaba Frank: “(...) enseguida me encontré acosado por otros definidores del derecho que, a su vez, diferían unos de otros. Una disputa más fútil y que suponga una mayor pérdida de tiempo es difícilmente imaginable”<sup>25</sup>.

24 Podría llamar la atención que Kelsen criticara a los realistas cuando al igual que ellos, su objetivo era también el de intentar “dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de J.R. Vernengo, México, Porrúa, 1993, p.15). Es decir, tanto los realistas como el propio Kelsen, se posicionan de partida contra toda pretensión de tipo iusnaturalista que confunda los planos descriptivo y valorativo. Sin embargo, a partir de este punto de partida positivista común, sus caminos se distanciarán. Así, mientras el realismo sitúa su teoría en el terreno de lo fáctico en cuanto le interesa el derecho tal como es o funciona en la realidad social a través de su aplicación por los tribunales, para la teoría kelseniana el derecho es pura normatividad o deber ser jurídico, una relación formal de imputación despojada de toda materialidad. Como consecuencia, ambos dirigirán su atención hacia áreas opuestas de lo que consideran la realidad jurídica.

25 FRANK, Jerome, “Legal Thinking in Three Dimensions (Pensamiento jurídico tridimensional)”, cit., p.9.

Los conceptos de los realistas deben ser interpretados como meros programas de investigación y no como definiciones (y mucho menos como definiciones reales). Es verdad que el realismo nos abre una panorámica nueva del universo jurídico en la que las decisiones judiciales vienen a ocupar el lugar de privilegio que hasta entonces había correspondido a las normas y los principios. En la base del proyecto de investigación realista se proclama una “desconfianza con respecto a la teoría de que las formulaciones normativas prescriptivas tradicionales son el factor operativo determinante en la producción de las decisiones judiciales”, lo cual, como aclara Llewellyn, “no equivale en absoluto a negación en cualquier caso dado”. Frank alude a desconfianza, “escepticismo” concretamente, que es la actitud metódica de quien no da nada por sentado y pretende comprobar la veracidad de toda afirmación<sup>26</sup>.

El realista puso en tela de juicio la función judicial propia en aquel momento en Estados Unidos, conforme a la cual se consideraba que la tarea del juez era la de declarar o descubrir el derecho aplicable a cada caso mediante la realización de una serie de operaciones de carácter lógico deductivo que sacaban a la luz la solución predeterminada por el ordenamiento.

Para el realista, “una teoría del derecho que no surja de la práctica jurídica es una mala teoría”, como apuntaba Frank. Sólo de una adecuada interrelación entre el mundo de los conceptos y el de los hechos puede brotar la energía necesaria para la realización de ese propósito de transformación de la realidad que alienta el proyecto realista. Como subraya Solar Cayón, “el concepto realista de derecho representa así el punto de apoyo inicial sobre el que se despliega un ingente esfuerzo teórico por tender puentes entre el mundo de las ideas y el de la experiencia, entre la realidad a transformar y los objetivos e ideales planteados como metas”. Compartimos esta opinión, en la medida en que los realistas americanos pretendieron anular lo que presentaban era el concepto de la justicia con las propias vivencias sociales de la comunidad, intentado superar los obstáculos de incomunicación que suelen ser habituales entre la ciudadanía y la Administración de Justicia.

“Justificar, alegar, probar”, los tres ingredientes imprescindibles que todo buen abogado conoce y utiliza para ganar un juicio, están sometidos en la actualidad a una alteración significativa. Justificar y alegar, tomando como base las normas y las leyes, no tiene la consistencia de tiempos pasados, y con el “normativismo” no se gana los juicios. La prueba parece haberse convertido en la clave para que los jueces forjen su criterio sobre los conflictos que se les plantean y dicten sentencia. La prueba está mucho más cerca de las “normas reales” que de las “normas de papel”. Por ello, nuestro sistema jurídico, nuestra concepción del criterio de justicia, intenta superar algunos de los conocidos modelos de juez a los que R. Dworkin hacía referencia –Júpiter y Hércules<sup>27</sup>- y prefiere pensar en el juez Hermes, el modelo de comunicador entre los textos normativos y los problemas reales de los ciudadanos.

## CONSIDERACIONES FINALES

El diseño que sustenta función jurisdiccional parece incorrecta, tanto en el plan descriptiva como la esfera normativa. Bajo el punto de vista descriptivo, que transmite una imagen muy parcial del fenómeno constitucional, que no se captura con todos sus matices y riqueza, destacando sólo la acción de uno de los

26 SOLAR CAYÓN, José Ignacio, “El concepto de derecho en el realismo jurídico americano”, cit., p.1205.

27 Partiendo de la mitología griega, son tres modelos de jueces a los que alude Dworkin: a) Conforme al modelo representado por *Júpiter*, el derecho proviene de arriba y adopta la forma de ley. Se expresa de forma imperativa y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido (*dura lex sed lex*). Se aplica imparcialmente las normas (tradicional figura de la justicia, con la venda sobre los ojos). Júpiter representa el paradigma del juez convencional formalista e imparcial, pero sin ser neutral. Bajo el mandato de la independencia y al amparo de la teoría de la separación de poderes, cubriéndose con la seguridad y certeza jurídicas, Júpiter oculta la ideología del liberalismo capitalista burgués; b) Según el modelo representado por *Hércules*, el derecho que parte de la toma de contacto con lo empírico y es adoptado por corrientes como las del realismo. Juez semidios que se somete a los trabajos agotadores de juzgar. El Derecho que hay que considerar es el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad; lo concreto del caso se superpone a la generalidad y abstracción de la ley. Es el modelo del juez constitucional, garante de los derechos y libertades individuales y del control de la legalidad de la Administración; c) *Hermes* representaría el mensajero de los dioses, representado por una red, con una multitud de puntos en interrelación. Siempre está en movimiento, está a la vez en el cielo y en la tierra. Es el mediador universal, el gran comunicador. Trabaja con el Derecho postmoderno.



varios agentes importantes de logro constitucional. Bajo el punto de vista jurídico, a favor de un Gobierno a la moda platónica, de presumirse sabios son invitados a tomar una posición paternalista ante una sociedad infantil.

Así que esto le sumamos que la jurisdicción constitucional debe ser ejercida cómo la vida debe ser vivida por el equilibrista: con la audacia necesaria para equilibrar las fallas en el sistema, sazonados con la suficiente contención para no elevarse y caer sobre la realidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- . ARA PINILLA, Ignacio, *Teoría del Derecho*, Madrid, Taller Ediciones JB, 1996.
- . ASÍS ROIG, Rafael de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2005.
- . DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de M. Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.
- . FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- . FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind* (1930), Gloucester, Peter Schmith, 1970.
- \_\_\_\_\_ (“Realism in jurisprudente”, en *The American Law School Review*, Vol.VII, 1934, p.1063-1069.
- \_\_\_\_\_ “Legal Thinking in Three Dimensions (Pensamiento jurídico tridimensional)”, en *Syracuse Law Review*, vol.I, nº1, 1949, pp.9-25.
- \_\_\_\_\_ “Palabras y Música (algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes”, en AA.VV., *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, pp.173-209.
- \_\_\_\_\_ *Belleza y estilo en el derecho*, trad. de JJ. Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1953.
- \_\_\_\_\_ *Derecho e incertidumbre*, trad. de C.M. Bidegain, México, Fontamara, 3ªed., 1993.
- . GRAY, Jhon C., *The Nature and Sources of the Law*, Dartmouth Publishing Company, edited by D. Campbell and P. Thomas, 1997.
- . HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990.
- . KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de J.R. Vernengo, México, Porrúa, 1993.
- . GASCÓN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- . LLEWELLYN, Karl, “Some Realism about Realism –Responding to Dean Pound”, en *Harvard Law Review*, vol.XLIV, nº8, 1931, pp.1222-1264.
- \_\_\_\_\_ *The Bramble Bush* (El zarzal), New York, Oceana Publications, Inc., 1991.
- \_\_\_\_\_ “A Realistic Jurisprudente – The Next Step”, en *Columbia Law Review*, vol.XXX, nº4, abril, 1930, pp.431-465. Hay traducción al castellano: “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp.244-293.
- . MIRAUT MARTÍN, Laura, *La teoría de la decisión jurídica de Benjamín Nathan Cardozo*, Madrid, Dykinson, 1999.
- . NIETO, Alejandro, *Balada de la justicia y de la ley*, Barcelona, Ariel, 2002.
- . PÉREZ LLEDÓ, José Antonio, *El movimiento Critical legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

. POUND, Roscoe, *The Spirit of the Common Law* (1921) (trad. al castellano de J. Puig Brutau, *El espíritu del "common law"*, Barcelona, 1954).

. RECASENS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, México, Editorial Porrúa, 1963.

\_\_\_\_\_ "El movimiento del realismo jurídico americano", en *Antología: 1922-1974*, México, FCE, 1976, pp.291-308.

. SÁNCHEZ DÍAZ, Félix F., *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl Llewellyn*, Granada, Comares, 2002.

. SOLAR CAYÓN, José Ignacio, "Dos visiones de la soberanía en la filosofía jurídica anglosajona: del Rey Midas al soberano intermitente", en *Derechos y Libertades*, año IV, nº7, 1999, pp.495-506.

\_\_\_\_\_ "El concepto de derecho en el realismo jurídico americano: una reinterpretación", en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos jurídicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2003, pp.1185-1206.

. TARELLO, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962.

. WENDEL HOLMES, Oliver, *The path of the Law* (La senda del derecho), prólogo de A. Russo, trad. de C.A. Garber, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959.

\_\_\_\_\_ *Los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes*. Estudio preliminar y trad. de C. Arjona Sebastián, Madrid, Iustel, 2006.

RECEBIDO EM: 29/11/2015 APROVADO EM: 21/01/2016
--

## A PROTEÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS E TRADICIONAIS EM CASOS DE TEMÁTICA AMBIENTAL: UMA PONTE AO FORTALECIMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Gustavo de Faria Moreira Teixeira<sup>1</sup>

RESUMO: Este artigo busca uma breve reflexão sobre a proteção conferida pelo sistema interamericano de direitos humanos a casos de temática ambiental bem como suas inter-relações com a proteção de direitos fundamentais dos povos indígenas e tradicionais das Américas. Para tanto, após prévias considerações acerca do funcionamento do sistema interamericano de direitos humanos, este trabalho analisa a engenharia da proteção internacional do meio-ambiente erguida, em especial, a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente no Rio de Janeiro de 1992, e como esta se inter-relaciona com os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. Em seguida, abordamos a proteção ambiental desenvolvida pela Comissão e Corte Interamericanas, notadamente, em casos relativos a violações de direitos dos povos indígenas e tradicionais das Américas. Após, por intermédio da análise jurisprudencial e dos dispositivos dos principais tratados do sistema interamericano bem como do manejo de fontes bibliográficas essenciais para compreensão do tema, destacamos os legados do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e tradicionais em casos de temática ambiental ao fortalecimento da proteção dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; meio ambiente; sistema interamericano; *greening*; povos indígenas e tradicionais;

SUMÁRIO: Introdução. 1. A engenharia do direito ambiental internacional e o conseqüente *greening* dos direitos humanos. 2. O sistema interamericano diante dos casos de temática ambiental e de violações de direitos dos povos indígenas e tradicionais. 3. Os legados da óptica dos povos indígenas e tradicionais ao fortalecimento do sistema interamericano. Considerações finais. Referências bibliográficas.

ABSTRACT This article aims to provide a brief reflection on the interrelationships between international environmental protection and human rights issues and to analyze the interconnections between environmental issues and the defense of the indigenous and traditional peoples rights of the Americas. For that, after preliminary considerations about the functioning of the inter-American human rights system, this paper analyzes the engineering of the international environmental law – which was built especially by the United Nations Conference on Environment in Rio de Janeiro (1992) – and how does it interconnect with the regional human rights systems. Then we discuss environmental protection developed by the jurisprudence of the Inter-American Commission and of the Inter-American Court, notably in cases related to violations of Americas indigenous and traditional people's rights. After, through the jurisprudential analysis of the organs and of the main treaties devices of the inter-American system as well as the management of essential bibliographical sources, we highlight the legacies of the indigenous and traditional peoples rights acknowledgement in the strengthening of the right to a health environment and of the human rights protection.

KEY WORDS: human rights; environment; Inter-American system; greening; indigenous and traditional peoples.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT; Especialista em Direito Empresarial pela UFMT; Advogado no Estado de Mato Grosso; Professor de Direito Internacional na Universidade de Cuiabá – UNIC; Membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional Público da Universidade Federal de Mato Grosso – GEDIP/UFMT.

SUMMARY: Introduction. 1.The engineering of international environmental law and the consequent greening of human rights.; 2. The environmental issues and the cases related to violations of the indigenous and traditional peoples rights in the Inter-American system. 3. The legacies of the indigenous and traditional peoples optics to the strengthening of the inter-American system. Conclusion. Bibliography.

## INTRODUÇÃO

A compreensão das inter-relações entre as questões ambientais e a proteção dos direitos dos povos indígenas e tradicionais das Américas necessariamente leva-nos à necessidade de analisar os principais mecanismos de proteção a direitos humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA (BICUDO, 2003, p. 224-236; GOMES, L.; MAZZUOLI, 2010). Nesse sentido, vale realçar que o sistema interamericano de direitos humanos é estruturado sob a égide da Carta da OEA de 1948, pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 ou Pacto de San José – que regulamenta o funcionamento de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>2</sup> e a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>3</sup>.

A Comissão Interamericana é um órgão responsável pela análise de petições individuais relativas a violações cometidas por um Estado-membro da OEA contra dispositivos de tratados e documentos internacionais de direitos humanos. Cabe ainda à Comissão encaminhar recomendações ao Estado peticionado para que este tome providências a fim de que as supostas violações a direitos humanos sejam cessadas, sob pena deste Estado ser acionado, pela própria Comissão, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte, por sua vez, é um órgão jurisdicional e, portanto, suas sentenças tem aplicabilidade imediata e obrigatória<sup>4</sup>.

Comissão e Corte Interamericanas em diversas ocasiões consolidaram entendimentos no sentido de que os dispositivos da Declaração Americana de 1948 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos José de 1969, em que pesem serem voltados, em princípio à proteção de direitos civis e políticos, podem sim, ser utilizados como ferramentas voltadas à proteção de direitos de cunho ambiental – fenômeno chamado de *greening* ou esverdeamento dos direitos humanos, que, em especial, nas Américas se consolida como importante ferramenta à proteção das comunidades indígenas, quilombolas e tradicionais (SANDS, 1993; MAZZUOLI, TEIXEIRA, 2013; e TEIXEIRA, 2011;).

### 1. A ENGENHARIA DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL E O CONSEQUENTE *GREENING* DOS DIREITOS HUMANOS

Durante as décadas de 60 e 70 do século XX, enquanto a OEA ainda desenvolvia seus mecanismos de proteção dos direitos humanos, as questões ambientais passaram a ser uma

<sup>2</sup> Sediada em Washington, a Comissão Interamericana é composta *por* sete membros eleitos pela Assembleia Geral da OEA, a fim de exercerem mandato de quatro anos (sendo vedada a participação de mais de um membro nacional de um mesmo Estado) e só poderão ser reeleitos uma vez, porém um sorteio determinará que o mandato de três dos membros designados na primeira eleição expire ao término de dois anos.

<sup>3</sup> Sediada em San José, Costa Rica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é composta por sete juízes de nacionalidades diferentes com mandato de seis anos, eleitos em votação secreta na Assembleia Geral da OEA pelo voto da maioria absoluta dos Estados-partes da Convenção. Dos 24 Estados-partes da Convenção, apenas três – Dominica, Granada e Jamaica – ainda não se submetem à jurisdição da Corte (TEIXEIRA, 2015, p. 301).

<sup>4</sup> Dos 34 membros ativos da OEA, somente Antígua e Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá, Estados Unidos, Guiana, Saint Kitts e Nevis, Santa Lúcia e São Vicente e Granadina jamais ratificaram a Convenção Americana (TEIXEIRA, 2015, p. 301).

preocupação internacional. Os perversos efeitos do vazamento das indústrias químicas, a poluição transfronteiriça, os acidentes com os superpetroleiros, os riscos das usinas nucleares, a crescente dependência por petróleo, a perspectiva de esgotamento dos recursos naturais em decorrência de atividades econômicas nos países do norte e do sul, evidenciavam a proteção ao meio ambiente como tema de emergência nas relações internacionais (SOARES, 2001, p.45-49).

Os dramas em torno da degradação ambiental fizeram com que a Conferência Internacional sobre Meio Ambiente em Estocolmo 1972, passando pela igualmente histórica Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente no Rio de Janeiro de 1992, conhecida também como ECO-92, inserissem no rol das garantias fundamentais do ser humano o direito de acesso ao meio ambiente. A lógica de vinculação da proteção ambiental à proteção de direitos humanos implicou no abalo da tradicional classificação/divisão geracional das concepções de direitos humanos em especial porque traria “uma conotação negativa de sucessão temporal e decadência” (SILVA; ACCIOLY, 2002, p. 366).

Vinte e um anos depois de Estocolmo, a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 (HUMAN RIGHTS WATCH, 1994, p. 17; LINDGREN ALVES, 1995, p. 284-288; e SOUSA SANTOS, 1997, p. 105-201) confirmou a lógica do direito internacional do meio ambiente ao afirmar que por todos direitos humanos serem universais, interdependentes e inter-relacionados, a comunidade internacional deve tratá-los “globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase” (PIOVESAN, 2005, p. 56).

A inserção da proteção ambiental no rol de direitos humanos é fortalecida na Conferência sobre Meio Ambiente no Rio de Janeiro em 1992 com o estabelecimento de uma “nova engenharia” do direito internacional consistente na aceleração dos mecanismos de adoção e entrada em vigor de normas internacionais relacionadas ao meio ambiente por intermédio da adoção nos tratados “mais emblemáticos” de anexos, apêndices e termos genéricos, que propositadamente formam um vasto campo normativo a ser complementado por futuras decisões advindas de encontros periódicos dos Estados-partes, as chamadas Conferências das Partes ou COPs (SOARES, 2009, p.12).

No entanto, a “nova engenharia” (SOARES, 2001, p.101) trazida pela ECO-92 traz sérios questionamentos quanto à eficácia de suas decisões uma vez que se constituem em normas de *soft law*, ou seja, sem status de norma jurídica e que se descumpridas, não ensejam sanções aos Estados (MITCHELL, 2006, p. 72-89).

Para evitar que a proteção ao meio ambiente continue limitada ao frágil sistema de conferências, Cançado Trindade (1993, p. 195-196) aponta mecanismos, tais como o estabelecimento de um sistema de petições, comunicações e monitoramento por meio de relatórios submetidos à Comissão de Direitos Humanos da ONU e da estruturação de um Órgão Internacional voltados a estudos relativos ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável. No entanto, como bem realça Soares (2009, p.12-14), a proposta de Cançado Trindade esbarra na incapacidade ou falta de interesse dos Estados em criar uma organização intergovernamental especificamente voltada a questões.

A ausência de tais instrumentos fez com que Gomes, C. ( 2010, p. 167) tenha decretado: “o direito ao ambiente, tal como se encontra plasmado em instrumentos internacionais (...) não existe”! Em tom mais moderado, Mitchel (2006, p.72, tradução nossa) opta por falar em uma “eficácia relativa dos tratados internacionais sobre meio ambiente”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup>Assessing the relative effectiveness of international environmental agreements accurately requires careful attention to the structures of the problems they address. Although even studies of single agreements would benefit by evaluating the influence of problem structure, problem structure poses particularly large analytic challenges for scholars interested in the relative effectiveness of environmental treaties. To determine which aspects of institutional design account for the better performance of some environmental agreements requires methodological choices that address the influence of problem structure on both design and the behaviors agreements target. (MITCHELL, 2006, p.72).

Por sua vez, Shelton e Kiss (2007, p.42) definem o atual estágio da proteção internacional do meio ambiente como uma fase cujo amadurecimento aponta para uma vinculação cada vez maior com a proteção aos direitos humanos: “International environmental law also concerns also spread into human rights law and humanitarian law. The human rights community came to view environmental protection as an appropriate part of the human rights agenda”.

Afinal, seguindo a lógica da Declaração de Viena em 1993, segundo a qual todos os direitos humanos são universais, interdependente e inter-relacionada, o direito de acesso a um ambiente sadio, assegurado pelas Declarações de Estocolmo e Rio de Janeiro, se interliga à proteção dos chamados direitos de “primeira” e “segunda” gerações, respectivamente, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 191; KISS; SHELTON, 2005; SHELTON, 2008, p. 733-777; e SHELTON, 1991, p. 103-138).

Neste sentido, no final do século XX, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos passam por um processo de *greening* ou esverdeamento: a) a jurisprudência do sistema europeu de direitos humanos, em que pese a ausência de qualquer dispositivo relativo à questão ambiental na Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, tem sistematicamente reconhecido a proteção de direitos de cunho ambiental; b) A Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos de 1981 c) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o chamado Protocolo de San Salvador de 17 de novembro de 1988, tem dispositivos que expressamente garantem o direito de acesso a um ambiente sadio (TEIXEIRA, 2011, p. 108).

## **2. O SISTEMA INTERAMERICANO DIANTE DOS CASOS DE TEMÁTICA AMBIENTAL E DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E TRADICIONAIS**

No sistema interamericano o “direito a viver em ambiente sadio” é expressamente assegurado pelo artigo 11 do Protocolo de San Salvador. No entanto, o referido tratado, em seu artigo 19.6, impõe que dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos pelo Protocolo de San Salvador, apenas violações aos direitos de organização sindical (art. 8º, alínea “a”) e de acesso à educação (art. 13) poderão ser levadas à Comissão ou Corte Interamericanas (GOMES, L.; MAZZUOLI, 2010, p. 196)<sup>6</sup>.

Tais limitações não implicam no desamparo aos demais artigos do Protocolo de San Salvador. Ocorre que casos em torno de dispositivos diversos dos indicados pelo artigo 19.6, para serem levados à Comissão ou Corte Interamericanas, deverão obrigatoriamente estar vinculados à necessidade de se proteger os direitos de organização sindical, de acesso à educação e/ou demais garantias da Declaração Americana de Direitos e Deveres e/ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (TEIXEIRA, 2011, p. 131-140; TEIXEIRA, 2015, 303-305).

Logo, ainda que dispositivos além do artigo 8º, alínea “a” e do artigo 13 não possam ser diretamente invocados, os demais artigos do Protocolo de San Salvador – incluindo o artigo 11 relativo à proteção ambiental – podem ser usados como normas de interpretação relativas ao cumprimento da Convenção Americana. Em outras palavras, para que a Comissão e Corte Interamericanas analisem questões relativas a violações ao artigo 11 do Protocolo de San Salvador, relativo ao direito de acesso a um meio ambiente sadio, torna-se necessário demonstrar que o suposto caso de degradação ambiental implica em violações a dispositivos da Convenção Americana. Daí dizermos que a proteção ambiental no

---

<sup>6</sup> O artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador dispõe *in verbis*: “Caso os direitos estabelecidos na alínea “a” do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.”

sistema interamericano é feita “por ricochete” (GOMES, C., 2010, p. 167), de forma indireta, ou por uma via reflexa.

No que diz respeito ao acesso ao meio ambiente sadio a técnica de proteção pela via reflexa foi utilizada no sistema interamericano pela primeira vez na Resolução nº12/85, ou seja, em data anterior ao próprio Protocolo de San Salvador. Em 05 de março de 1985 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou que a construção de uma estrada que passava pelo território do povo yanomami estava violando vários pontos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no que diz respeito ao direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal e ao direito à preservação da saúde e do bem-estar (RESOLUÇÃO Nº 12, 1985).

Após o caso *Yanomami*, a Comissão Interamericana tratou de outros oito casos relacionados a questões ambientais que não foram apresentadas à Corte. Destes, apenas dois – a) o Relatório Nº 84/03 sobre o Metropolitano Natural Parque no Panamá, relativo a alegados danos causados pela construção de uma estrada em uma reserva ecológica (RELATÓRIO Nº 84, 2003); b) e o caso *Comunidade de La Oroya v Peru*, sobre a poluição do ar causada por um complexo metalúrgico na cidade de trinta mil habitantes de La Oroya, 175 km de Lima – não estão ligados a questões dos povos indígenas ou tradicionais (INFORME 76, 2009).

Três casos – envolvendo episódios semelhantes no Chile, Panamá e Brasil – estão associados à construção de usinas hidrelétricas em terras indígenas tradicionais, sem o consentimento prévio das comunidades afetadas e conseqüentes violações às disposições da Convenção Americana relacionados com direitos de propriedade, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito a um julgamento justo, direitos da família e direito à proteção judicial (INFORME Nº 30, 2004; INFORME Nº 75, 2009; MEDIDA CAUTELAR 382, 2010).

A Comissão Interamericana também se deparou com casos relativos às inter-relações entre a temática ambiental e direitos de povos indígenas ou tradicionais em: a) *San Mateo Huanchor v. Peru*, em que foram estabelecidas inter-relações entre violações aos direitos à vida, liberdade, segurança, saúde e residência da população afetada e a utilização por companhias mineradoras dos arredores de comunidades campesinas como depósito de lixo tóxico (INFORME Nº 69, 2004); b) *Comunidades Indígenas Maia de Toledo v. Belize*, em torno da violação ao direito de propriedade de etnias afetadas pela concessão pelo Estado de terras indígenas para exploração madeireira sem prévio consentimento das comunidades afetadas (INFORME Nº40, 2004); c) e em *Povo Inuit contra os Estados Unidos*, sobre as responsabilidades do governo americano em relação aos impactos do aquecimento global no exercício, por parte do povo esquimó, dos direitos à vida, liberdade, segurança, saúde, residência e acesso à cultura (PETIÇÃO 1413, 2005).

Em relação à Corte Interamericana, dos setes casos de temática ambiental, seis são relacionados à proteção de povos tradicionais. Quatros deles são relativos aos impactos negativos decorrentes da não demarcação de terras indígenas e/ou quilombolas no Paraguai e no Suriname – são os casos a) *Moiwana v. Suriname* (CORTE IDH, 2005a); b) *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai* (CORTE IDH, 2005b); c) *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai* (CORTE IDH, 2006a); d) e *Caso Povo Saramaka. v. Suriname* (CORTE IDH, 2007) – e dois, *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua* (CORTE IDH, 2001) e *Povo Indígena Kichwa de Sarayacu e seus membros v. Equador* (CORTE IDH, 2013), são relativos à concessão estatal de terras indígenas para exploração madeireira e petrolífera sem que as comunidades afetadas fossem consultadas (TEIXEIRA, 2011, p. 163-286).

Na Corte Interamericana a única decisão em torno de temática ambiental não relacionada a grupos indígenas é *Claude Reyes e outros v. Chile* relativo à negativa do Estado em fornecer dados a respeito de um projeto de desflorestamento a três cidadãos chilenos. Nesse caso, o direito de

liberdade de expressão previsto no artigo 13 da Convenção teve seu alcance ampliado à necessidade estatal de garantir o acesso à informação, notadamente em questões ambientais (CORTE IDH, 2006b).

A construção de uma jurisprudência cada vez mais favorável a proteção dos povos tradicionais na Comissão e Corte Interamericanas revela um cenário de grande tensão envolvendo a relação do homem com o meio ambiente. Explica-se: à medida que os anos iniciais do século XXI revelam que a maior parte da população mundial já habita os grandes centros urbanos – e tal fenômeno não é diferente nas Américas –, as grandes áreas de florestas e as zonas rurais tem sido cada vez mais requisitadas para o atendimento de demandas cada vez mais crescentes por bens e serviços que variam desde o fornecimento de matérias-primas, alimentos, água e combustível até o uso de áreas para depósitos de lixo (MAYZOLER; ROUDART, 2010, p. 333-341; UNITED NATIONS..., 2007, p. 82-83).

Esse cenário de avanço do poderio econômico sobre as áreas rurais e as florestas das Américas tem sido acompanhado de constantes violações a direitos fundamentais das populações que habitam tais áreas. Nesse sentido, as decisões da Comissão e Corte Interamericanas revelam que os grupos humanos mais vulneráveis à expansão econômica sobre os recursos naturais são os povos indígenas, quilombolas e as comunidades camponesas das Américas.

### **3. OS LEGADOS DA ÓPTICA DOS POVOS INDÍGENAS E TRADICIONAIS AO FORTALECIMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO**

As violações de direitos dos povos indígenas e tradicionais decorrentes da degradação ambiental demonstram a necessidade de se buscar uma maior compreensão sobre a óptica de tais povos em relação ao exercício de uma série de direitos amparados pelo sistema interamericano. Tal reconhecimento tem consolidado importantes legados ao fortalecimento do alcance de diversos dispositivos dos principais tratados do sistema interamericano, em especial, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Como exemplo, a Corte Interamericana em *Awás Tingni v. Nicarágua* ao concluir que os prejuízos ambientais da exploração madeireira irregular em território tradicional de grupos indígenas implica em violações ao direito de propriedade da comunidade afetada, consolidou o entendimento de que o conceito de propriedade presente no artigo 21 da Convenção Americana não se restringe ao conceito ocidental – cujas características são chamadas por Ankersen e Ruppert (2006, p. 684, tradução nossa) de “commodities”<sup>7</sup>, de mercado ou seja, os chamados direitos de uso, gozo, usufruto e alienação de um bem – vindo a englobar também os elementos que compõem a propriedade comunal dos povos indígenas (MAGRAW; BAKER, 2008, p. 416- 418; SHELTON, Dinah. 2002, p. 16).

Ao reconhecer a concepção indígena de propriedade, a Corte passa a fortalecer uma óptica em que o direito de propriedade é exercido pela garantia dos povos indígenas utilizarem-se dos recursos naturais de suas terras tradicionais como forma de manutenção de seus hábitos culturais como, religião, práticas agrícolas, a caça, a pesca e modo de vida de suas respectivas comunidades (GARFIELD, 2004, p. 146-147; MAYZOLER; ROUDART, 2010, p. 245-250; INFORME N° 40, 2004). Em outras palavras, o sistema interamericano reconhece que o forte contato ou sinergia que as culturas indígenas mantêm com as florestas, rios, animais, exigem a manutenção de um ambiente sadio, sob pena de uma série de direitos desses povos, garantidos pela Convenção Americana serem violados.

---

<sup>7</sup> “We contend that the international human rights system, through its generationally described ‘progressive development’, represents a key factor in this trend, as states seek to reconcile the Western liberal model of property as a marketable commodity with deeply rooted non-Western cultural conceptions of property as homeland. In the parlance of the common law of property, the “bundle of sticks” that is the human right to property includes the associated and indivisible rights to life and health, religion, and culture among others” (ANKERSEN; RUPPERT, 2006, p. 684).



Desta forma, no caso *Awás Tingni* a Corte Interamericana reforçou que “entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a titularidade desta não se centra no indivíduo” (CORTE IDH, 2001, par.149). E, nos casos *Yakye Axa e Comunidade Sawhoyamaxa* a Corte reconheceu que devido à forma “particular de ser, ver e agir no mundo” (CORTE IDH, 2005b, par. 135), a relação dos indígenas com a terra e com os recursos naturais além de meio subsistência compõe a “cosmovisão, religiosidade” e “identidade cultural” destes povos (CORTE IDH, 2006a, par. 130, tradução nossa).

Em outras palavras, a Corte Interamericana está a valorar a percepção de que as diferentes concepções culturais devem também ser objeto de proteção no sistema interamericano. Tal valoração é fruto do debate entre o universalismo e relativismo cultural e o temor de que a adoção de uma moral universal constituiria apenas no reconhecimento da supremacia de uma determinada cultura sobre outras (PLACENCIA, 2002, p. 152-162; DONNELLY, 2003, p. 5).

Tal temor é afastado à medida que a Declaração da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena em 1993, estabelece a “relativização”<sup>8</sup> (DONNELLY, 2003, p. 124, tradução nossa) da universalidade dos direitos fundamentais. Ou seja, ao dispor em seu parágrafo 5º que as particularidades nacionais, regionais, culturais e religiosas devem ser consideradas, a Declaração de Viena estabelece a proteção à diversidade dos povos por meio de um constante diálogo entre as culturas e pela formulação de um “multiculturalismo emancipatório” (SOSA SANTOS, 1997, p. 111-112).

Esse “enriquecimento da universalidade dos direitos humanos pela diversidade cultural” (CANÇADO TRINDADE, 1994, p. 173) tem se manifestado nas Américas à medida que em todos os seis casos relativos a questões ambientais e de povos indígenas e tradicionais que foram objeto de análise da Corte Interamericana, o alcance do conceito de propriedade presente no artigo 21 da Convenção Americana passou a englobar também os elementos que compõem a propriedade comunal dos povos indígenas como a manutenção dos hábitos culturais, da religião, das práticas agrícolas, a caça, a pesca e o modo de vida dos povos tradicionais (MAGRAW; BAKER, 2008, p. 416-418).

Vale dizer que não é só o artigo 21, relativo a direito de propriedade, que tem o seu alcance ampliado. Tal possibilidade encontra-se em aberto a todos os dispositivos da Convenção Americana. Como exemplo, temos o caso *Yakye Axa v. Paraguai* em que a Corte Interamericana, diante da precariedade dos serviços de saúde destinados à etnia indígena *enxet-lengua*, concluiu que o direito à vida, previsto no artigo 4º da Convenção, não se restringe ao direito de sobrevivência em si, mas se estende à promoção de uma vida com dignidade, exercida de forma plena com o acesso aos benefícios da cultura, à saúde, alimentação, educação e ao meio ambiente sadio (CORTE IDH, 2006a, pars. 161-162).

Em que pese a consolidação do entendimento de que os dispositivos da Convenção Americana devem ser interpretados à luz do multiculturalismo, os abusos contra os povos tradicionais nas Américas ostentam episódios sangrentos: a) no Equador o uso de explosivos na exploração de petróleo em terras indígenas culminou no isolamento do povo *Sarayacu*, que não podia mais circular livremente por um rio

---

<sup>8</sup> “The universality of human rights is relative to the contemporary world. The particularities of their implementation are relative to history, politics, culture, and particular decisions. Nonetheless, at the level of the concept, as specified in the Universal Declaration, human rights are universal. The formulation “relatively universal is thus particularly apt. Relativity modifies – operates within the boundaries set by – the universality of the body of independent and indivisible internationally recognized human rights. But the universality is largely a universality of possession – universalism above recognized human rights – rather than a universality of enjoyment. And universal human rights not only may but should be implemented in different ways at different times and in different places, reflecting the free choices of free peoples to incorporate an essential particularity into universal human rights” (DONNELLY, 2003, p. 104).

que os abastecia (INFORME N° 62, 2004, pars. 26-67; CORTE IDH, 2005c, pontos resolutivos 1b e 1d); b) em *Moiwana*, uma comunidade quilombola além de ter sido obrigada a abandonar suas terras para fugir de membros das forças armadas do Suriname que promoviam uma chacina que resultou em cerca de 40 mortes entre homens, mulheres e crianças da etnia *n'djuka*, não obteve nenhuma ajuda do Estado no retorno às suas terras tradicionalmente ocupadas (CORTE IDH, 2005a, par. 120).

Em resposta a tais graves violações, Comissão e Corte Interamericanas apresentaram posicionamentos que reforçaram ainda mais a necessidade dos dispositivos dos tratados de direitos humanos serem interpretados sob a óptica da valoração da identidade cultural e dos sentimentos humanos. Por óptica do “retorno do sentimento”<sup>9</sup> (JAYME, 1995, p. 261, tradução nossa), entende-se que o direito atual deve se atentar ao fato de que as ações humanas não se restringem à ideia de utilidade ou às metas de atendimento de demandas econômicas. Pelo contrário: os valores “inerentes à alma”<sup>10</sup> (JAYME, 1995, p. 261, tradução nossa) também se inserem ao rol dos direitos fundamentais.

Em relação à valoração dos sentimentos humanos, poucos exemplos mostram-se mais comoventes do que os relatos de membros de um grupo quilombola da etnia *n'djuka* que sobreviveram a um ataque do exército surinamês contra membros da comunidade *Moiwana* em 1986. Passadas quase duas décadas após a matança, os quilombolas sobreviventes explicaram à Corte Interamericana que não podiam regressar às suas terras ancestrais porque sentiam-se atormentados pelos “espíritos vingadores” (CORTE IDH, 2005a, par. 87) ofendidos com as injustiças em torno do caso e por não terem sido realizados os rituais de “purificação da terra” (CORTE IDH, 2005a, par. 113) essenciais para que os vivos que almejassem viver em *Moiwana* buscassem a reconciliação com os espíritos dos mortos no massacre.

Tais relatos fizeram com que a Corte desenvolvesse o conceito de dano “espiritual” (LEITE; AYALA, 2010, p. 260-308), inerente ao sofrimento emocional e psicológico das vítimas de violações a direitos fundamentais. Em *Moiwana v. Suriname* segundo a Corte, os sobreviventes do massacre foram vítimas de danos espirituais decorrentes de violações a dispositivos da Convenção Americana relativos ao direito a integridade pessoal (art. 5.1), garantia e proteção judicial ( artigos 8° e 25), direito de propriedade (art. 21) e direito de circulação e residência ( art. 22).

Outro elemento que Comissão e Corte Interamericanas tem trazido à interpretação da Declaração e Convenção Americanas é o chamado “diálogo das fontes” (GOMES, L.; MAZZUOLI, 2010, p. 206-207; JAYME, 1995; MARQUES, 2004, p. 34-67; MAZZUOLI, 2010, p. 129-177), ou seja, busca pela solução de uma lide não só pela aplicação de uma única fonte de direito mas sim da mais favorável à proteção dos direitos humanos independentemente do fato de tal norma se fazer presente em um tratado internacional ou em normas do direito interno.

Em *Comunidade Indígena Sawhoyamaya v. Paraguai* o diálogo das fontes foi utilizado à medida que a Corte Interamericana para decidir-se sobre a demarcação de terras indígenas, analisou dispositivos da Convenção Americana, da Convenção 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais e de normas constitucionais e infra-constitucionais do direito interno paraguaio (CORTE IDH, 2006a, par. 140). A mesma técnica foi utilizada em *Saramaka v. Suriname* em que a Corte após constatar que a legislação interna do Estado do Suriname não reconhecia o direito de propriedade comunal dos

<sup>9</sup> “La quatrième caractéristique de la culture postmoderne est le retour des sentiments. L’on accepte le fait que les êtres humains suivent leurs émotions malgré les dangers inhérents à une telle attitude.” (JAYME, 1995, p. 261).

<sup>10</sup> “L’idée utilitaire, que les raisons de nature économique déterminent ou doivent déterminer exclusivement les actions de l’homme, n’est plus convaincante. Les hommes se battent aussi pour les valeurs inhérentes de l’âme. En droit, c’est la sauvegarde de l’identité culturelle que est l’expression de ces sentiments (...). Ce que frappe, c’est le recours, dans les décisions des tribunaux, à la référence aux”. (JAYME, 1995, p. 261).

povos tribais, verificou que o Estado demandado havia ratificado os Pactos Internacionais das Nações Unidas dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Como o comprometimento dos Estados-partes dos Pactos das Nações Unidas em assegurar “desenvolvimento econômico, social e cultural” a “todos os povos”<sup>11</sup>, em nenhum momento exclui os povos indígenas ou tribais do uso e gozo de tais direitos, a Corte concluiu que o não reconhecimento do direito de propriedade comunal dos quilombolas de Saramaka implicava em violação ao artigo 21 da Convenção Americana, relativo ao direito de propriedade (CORTE IDH, 2007, par. 93).

O diálogo entre os artigos da Convenção Americana e normas de tratados internacionais e do direito interno visando a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano são garantidos pelo artigo 29, aliena “b”, da Convenção Americana, que não permite qualquer interpretação tendente a limitar o alcance dos dispositivos não só da própria Convenção como também de outros tratados internacionais que seja o Estado parte (MAZZUOLI, 2011, p.90).

A adoção do monismo dialógico implica em grande contribuição do sistema interamericano no fortalecimento do direito pós-moderno à medida que o diálogo entre as fontes mais heterogêneas, das convenções internacionais aos sistemas nacionais, possibilita aos “juízes coordenar essas fontes escutando o que elas dizem”<sup>12</sup> (JAYME, 1995, p. 259, tradução nossa). Em outras palavras, a utilização por parte da Comissão e Corte Interamericanas do diálogo das fontes em casos de temática ambiental constitui uma grande contribuição do sistema interamericano não apenas à solução de lides no âmbito internacional, mas principalmente às relações jurídicas de âmbito interno uma vez que o estudo e a análise de tais técnicas interpretativas devem servir de incentivo aos Estados-partes da Convenção Americana na adoção em seus respectivos sistemas jurídicos de posturas mais eficazes à solução de conflitos e à proteção do meio ambiente e dos direitos humanos.

Como se percebe, a proteção ambiental pela via reflexa ao inter-relacionar a temática ambiental à proteção de uma série de direitos fundamentais, ao guiar-se pelo multiculturalismo e o monismo dialógico, tem se mostrado uma importante ponte ao fortalecimento da proteção de direitos econômicos, sociais e culturais de grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade tais como os povos indígenas, quilombolas e comunidades campesinas das Américas (ANAYA, 2004. p. 13-61). Tem se mostrado, sobretudo, uma ferramenta cujas “demandas e reivindicações morais” evidenciam a inter-relação, o universalismo e “a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2006, p. 149).

## CONCLUSÃO

A proteção ambiental no âmbito internacional, garantida pelos princípios da Declaração sobre o Ambiente Humano de Estocolmo 1972 e da Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro 1992, é estruturada por um sistema de conferências que se por um lado permite a aceleração da entrada em vigor de suas decisões por meio da adoção de normas de *soft law*, por outro não tem o poder de aplicar sanções a Estados descumpridores de tais normas. Vista a questão sob outro ângulo, as Declarações de Estocolmo e Rio de Janeiro permitem inter-relações entre questões ambientais e temas de direitos humanos, que já se inserem em sistemas jurídicos de proteção mais desenvolvidos.

---

<sup>11</sup> (Artigo 1º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e Artigo 1º Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) .

<sup>12</sup> “Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles “parlent” l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent” (JAYME, 1995, p. 259).

Assim, a percepção de que o acesso a um meio ambiente “sadio”, “equilibrado” e “decente” constitui forma de proteção de direitos civis e políticos – como o direito à informação, participação política, direitos de propriedade e desenvolvimento de medidas jurídicas protetivas –, ou ainda de garantia de direitos econômicos, sociais e culturais – como os direitos ao desenvolvimento e acesso à saúde –, tem feito com que os temas de cunho ambiental possam ser incorporados a casos relativos à proteção de direitos humanos de primeira e segunda dimensões.

Por isso, a inserção de temas ambientais no sistema interamericano só se faz possível mediante a vinculação destes a dispositivos da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A rigorosa observância dos dispositivos da Convenção para que uma questão ambiental seja inserida à sistemática da Comissão e Corte Interamericanas constitui, sim, um ônus à proteção internacional do meio ambiente. Mesmo assim, vale realçar que dentro da atual estrutura normativa internacional, marcada pela fragilidade ou “eficácia relativa” de normas que protejam o ambiente por si só, a técnica da proteção ambiental pela via reflexa ou indireta mostra-se uma importante via de amadurecimento e aperfeiçoamento dos mecanismos voltados não só à defesa do meio ambiente, mas também dos direitos humanos.

No sistema interamericano a proteção ambiental pela via reflexa ganha ainda mais importância à medida que esta se constitui em importante ferramenta à proteção das populações mais vulneráveis à degradação do meio ambiente: os povos indígenas, as comunidades quilombolas e camponesas das Américas. Nesse sentido, Comissão e Corte Interamericanas tem adotado entendimentos que tem ampliado o alcance de dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conferindo-lhes uma valoração que não se restringe à óptica de uma determinada cultura. Com base no multiculturalismo e no respeito às diversidades dos povos, os valores indígenas e dos povos tradicionais também devem ser considerados quando da análise de dispositivos da Convenção Americana tais como o direito de propriedade, os direitos à vida, à integridade pessoal, liberdade de religião, direito de residência e outros.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 5.1 Livros e Artigos Acadêmicos

ANAYA, S. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International and Comparative Law*. vol.21, n°. 13, Tucson: University of Arizona, 2004. p. 13-61.

ANKERSEN, T.; RUPPERT, T. Defending the polygon: the emerging human right to communal property. *Oklahoma Law Review*. vol. 59, n°. 4, Norman: University of Oklahoma College of Law, winter 2006, p. 716-719;

BICUDO, H. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. In: *Estudos Avançados*, vol. 17, n° 47, São Paulo, 2003, p. 224-236.

CANÇADO TRINDADE, A. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. In: *Temas de política externa brasileira II*. 1994, v. 1.

CANÇADO TRINDADE, A. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1993.

CANÇADO TRINDADE, A. Os direitos humanos e o meio ambiente. In: SYMONIDES, J. (org). *Direitos humanos: novas dimensões e desafios*. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003, p. 191.

DONNELLY, J. *Universal human rights in theory and practice*. 2ª ed. Ithaca, New York: Cornell University Press, 2003.

- GOMES, C. *Textos dispersos de direito do ambiente*. vol III. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2010.
- GOMES, L.; MAZZUOLI, V. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- JAYME, E. Identité culturelle et intégration: Le droit international privé post-moderne. *Recueil des Cours*, v. 251, 1995, p. 9-267
- KISS, A.; SHELTON, D. *Guide to international environmental Law*. Koninlijke Brill, NV, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007;
- KISS, A.; SHELTON, D. *Judicial handbook on environmental law*. Nairobi: United Nations Environment Programme, 2005;
- LEITE, J.; AYALA, P. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010
- LINDGREN ALVES, J. O significado político da Conferência de Viena sobre direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, n. 713, março 1995, p. 284-288;
- MAGRAW, D.; BAKER, L. Globalization and communities: community-based property rights and prior informed consent. *Denver Journal of International Law and Policy*. vol. 35, n°s. 3 e 4, 2008, Denver: Sturm College of Law, summer-fall 2007, p. 416; 418;
- MARQUES, C. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista do Direito do Consumidor*, n° 51, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul- set. 2004, p. 34-67.
- MAYZOLER, M.; ROUDART, L. *História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea*. Trad. Cláudia F. Fallhuh Balduino Ferreira. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: NEAD, 2010, p. 333-341.
- MAZZUOLI, V. *Curso de direito internacional público*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MAZZUOLI, V. *Tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MAZZUOLI, V.; TEIXEIRA, G.. Greening the Inter-American human rights system. *L'Observateur des Nations Unies*, v. 33, 2013, p. 299-313.
- MITCHELL, R. Problem structure, institutional design, and the relative effectiveness of international environmental agreements. *Global Environmental Politics*. Vol. 6, n°. 3, Cambridge: The MIT Press, August 2006, p. 72-89.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIOVESAN, F. Direitos Humanos: Desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*. Londrina, ano I, vol. 1, abril, 2005, p. 56.
- PLACENCIA, L. Deconstructing human rights: a standpoint from the postmodern understanding of justice. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 3, vol. 3, n° 3, 2002, p. 152-162
- SANDS, P. *Greening international law*. London: Earthscan Publications Limited, 1993.
- SHELTON, D. Environmental Rights and Brazil's Obligations in the Inter-American Human Rights System. *George Washington International Law Review*. Vol. 40, Washington D.C: George Washington University, 2008, p. 759-760;

SHELTON, D. Human rights, environmental rights and the right to the environment. *Stanford Journal of International Law*. vol, 28, Palo Alto: Stanford University, 1991, p. 103-138;

SHELTON, D. Human rights, health and environmental protection: linkages in Law and practice. *Health and human rights working paper series No.1*.Genebra: World Health Organization, 2002, p. 16.

SILVA, G.; ACCIOLY, H. *Manual de direito internacional público*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 366

SOARES, G. Dez anos após Rio-92: o cenário internacional, ao tempo da cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável (Joanesburgo,2002). In: MAZZUOLI, V.; IRIGARAY, C. (orgs). *Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares*. Cuiabá: Cathedral, 2009, p.12

SOUSA SANTOS, B. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*, São Paulo, v. 39, 1997, p. 105-201;

TEIXEIRA, G. *O greening no sistema interamericano de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2011.

TEIXEIRA, G. Proteção ambiental e dos direitos humanos na Unasul: os diálogos de jurisdição dos sistemas interamericano e europeu como paradigmas. In: MAZZUOLI, V.; GOMES, E.(org). *Direito da integração regional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 297-340.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME-UNEP. *Global Environment Outlook GEO 4: environment for development*. Valleta, Malta: Progress Press Ltd, 2007, p. 82-83;

## **5.2 Casos, Informes, Relatórios e Documentos relativos à Comissão e à Corte Interamericanas de Direitos Humanos.**

CORTE IDH. Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Serie C n°. 79. Sentença de 31 de agosto de 2001.

CORTE IDH. Caso Moiwana v. Suriname. Série C, n° 124. Sentença de 15 de junho de 2005a.

CORTE IDH. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Serie C, n° 125.Sentença 17 de junho de 2005b.

CORTE IDH. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya v. Paraguai. Serie C, n° 146. Sentença de 29 de março de 2006a.

CORTE IDH. Caso Claude Reyes y otros v. Chile. Serie C, n° 151.Sentença de 19 de setembro de 2006b.

CORTE IDH. Caso Povo Saramaka. v. Suriname. Serie C, n° 172. Sentença de 28 de novembro de 2007.

CORTE IDH. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayacu e seus membros v. Equador. Série C, n° 245. Sentença de 27 de junho de 2013.

INFORME N° 30/04, Solução Amistosa Mercedes Julia Huentes Beroiza, 11 de março de 2004.

INFORME N° 40/04, Caso Comunidades Indígenas Maya de Toledo v. Belize, 12 outubro de 2004.

INFORME N° 69/04, Caso San Mateo Huanchor v. Peru, OEA/Ser.L/V/II.122, Doc.5, rev.1, outubro de 2004.

INFORME N° 75/09, Caso Comunidades Indígenas Ngöbe e seus membros do Vale do Rio Changuinola v. Panamá, 5 de agosto de 2009.

INFORME N° 84/03, Parque Natural Metropolitano do Panamá, 22 de outubro de 2003.

INFORME n°. 76/09, Caso Comunidade de La Oroya v. Peru, 5 de agosto de 2009.

MEDIDA CAUTELAR 382/10, Solicitação de Medidas Cautelares em favor das Comunidades tradicionais da bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil, 11 de novembro de 2009.

PETIÇÃO 1413/05, Violações resultante do aquecimento global provocado pelos Estados Unidos, 07 de dezembro de 2005.

RESOLUÇÃO N.º 12/85, Caso n.º 7615 (Brasil), 5 de março de 1985, constante do Relatório Anual da CIDH 1984-85, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev.1, 1 outubro, 1985, 24, 31 (Caso Yanomami).

RECEBIDO EM: 16/02/2015  
APROVADO EM: 19/01/2016

## EL ORDENAMIENTO JURÍDICO AGROAMBIENTAL CUBANO. UNA OJEADA A PARTIR DE LA PERTINENCIA DE LAS CIENCIAS AMBIENTALES EN LA REFORMA DEL MODELO ECONÓMICO CUBANO

THE JURIDICAL ORGANIZING AGROAMBIENTAL CUBAN. A GLANCE AS FROM THE PERTINENCE OF THE ENVIRONMENTAL SCIENCES IN THE REFORM OF THE ECONOMIC MODEL CUBAN

Alcides Francisco Sánchez<sup>1</sup>

**Resumen:** La explosión mundial en interés por la búsqueda de nuevos caminos sustentables para la producción de alimentos ha generado proyectos de investigación y experimentos tecnológicos de desarrollo; sin embargo, el mayor énfasis es todavía altamente tecnológico, enfatizando la sustitución de los insumos a fin de reemplazar las tecnologías agroquímicas costosas y degradantes por tecnologías seguras para el medio ambiente y que dependen de bajos insumos externos que permitan apreciar el contexto y la complejidad de los procesos agroecológicos. En Cuba es una prioridad potenciar la producción de alimentos sanos que no agredan al medio ambiente dentro de las formas de gestión. El artículo tiene como objetivo demostrar la necesidad de regular dentro del ordenamiento jurídico nacional y en especial dentro del Derecho Agrario el uso de la agroecología por su vínculo con las Ciencias Ambientales. Fueron empleados como métodos de investigación el exegético jurídico, análisis y síntesis, el histórico-lógico, e inducción-deducción.

**Palabras claves:** desarrollo urbano, fincas forestales, principios ambientales, agroecología.

**Abstract:** The worldwide explosion in interest for the quest of new sustainable roads stops to be produced to her foodstuff you have generated fact-finding projects and technological experiments of development; However, the bigger emphasis is still highly technological, emphasizing the substitution of the raw materials in order to replace technologies costly and degrading agrichemistries for safe technologies for the ambient midway and the fact that they depend on low external raw materials that they allow appreciating the context and the complexity of the processes agroecológicos. It is a priority to increase the power of the production of healthy foodstuff in Cuba that they not attack the ambient midway within the forms of step. The article has like objective to demonstrate the need to regulate within the juridical national organizing and specially within The Agrarian right the use of the agroecología for his link with the Environmental Sciences. They were employed like fact-finding methods the exegetic juridical, analysis and synthesis, the historic logician, and induction deduction.

**Key words:** Urban development, forestal farmsteads, environmental beginnings, agroecología

### Prólogo

El excesivo uso y aplicación de insumos agroquímicos externos, la implementación de sistemas de producción de monocultivo a gran escala, la concentración de la población rural en áreas urbanas, y la dependencia de pocos productos de exportación le han conferido una alta vulnerabilidad al modelo agrícola convencional cubano que desde muchos años se implementaba por el Ministerio de la Agricultura en las formas de gestión del sector estatal y en menor escala por los agricultores privados a partir del proceso de institucionalización de la nación en el pasado siglo. Autores como Moreno Fragnals (1978), Marrero (1984) y Le Riverend (1992) significan que la historia de Cuba se caracteriza por una larga tradición agroexportadora, de monocultivo y de extracción de recursos naturales. Situación que se hizo insostenible a principios de los años 90 del pasado siglo con la

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho. Máster en Asesoría Jurídica. Profesor Auxiliar. Imparte las materias Derecho Ambiental y Mercantil. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma.



desintegración del campo socialista de Europa, al limitarse la nación al acceso a la mayoría de los insumos agrícolas obtenidos a precios favorables a través del Consejo de Ayuda Mutua Económica desde los inicios de la Revolución, cooperación que se aportaba desde el extinto campo socialista; así fue como la agricultura cubana y otras ramas de la economía entraron en la mayor crisis de su historia, sin embargo, este hecho proporcionó condiciones excepcionales para la construcción de un modelo alternativo de agricultura a escala nacional.

Es por ello que este autor valora que la diversificación, la descentralización y el movimiento hacia la autosuficiencia alimentaria han sido las tendencias principales dentro de la agricultura cubana que permiten hoy reconocer a la agricultura ecológica, cuya práctica es realizada por las formas de gestión estatales y por la privada. Empero, hay que significar que Cuba ha sido el único país en el mundo en transitar de un modelo agrícola convencional, basado en altos insumos y fuertemente subsidiado a otro alternativo, de bajos insumos y uso intensivo de los recursos naturales disponibles aplicado por el sector privado, denominada agricultura ecológica.

El hecho de que el país haya experimentado un cambio tan dramático en la intensidad de la producción agropecuaria, ha sido una oportunidad única, en tanto ha servido como punto de partida para el diseño de una agricultura sostenible a escala nacional, en atención a la meta que emprende el país desde el texto constitucional en su artículo 27, para alcanzar el desarrollo sostenible. De la lectura de Alemán Pérez (2003) quien consideró que dentro de la amplia gama de preocupaciones humanas relacionadas con su supervivencia, en un mundo cada vez más complejo, se encuentra una de vital significación, se trata de la búsqueda y logro de un sustento alimentario para una población en perpetua expansión que, como contrapartida, ve reducidos por diversas causas aquellos espacios en que puede cultivarse la tierra. Hoy, de modo creciente, una mentalidad ecologista se apodera de amplios sectores sociales penetrando en el mundo de la creación científico-técnica, e involucrando en sus objetivos cuestiones casi ignoradas hasta ahora.

El medio que tratamos de aprehender para provecho humano debe ser preservado o destruiremos el hábitat en que se desarrolla nuestra civilización. Son tres los grupos sociales involucrados en la aplicación de las estrategias agroecológicas en la agricultura cubana: los nuevos productores (urbanos y rurales), que surgieron durante los primeros años de dificultades económicas; los pequeños agricultores y sus familias, que heredaron la tierra y preservan un importante conocimiento tradicional en el manejo de sistemas de producción diversificados y localmente adaptados; y un número creciente de miembros de las Unidades Básicas de Producción Cooperativas (unidades de producción con una estructura cooperativa, que laboran en tierras estatales otorgadas en usufructo) al amparo del Decreto-Ley No. 142 de 1993, Sobre la creación de las Unidades Básicas de Producción Cooperativa. Sin embargo, este autor valora que aún falta una acción articuladora de toda esta experiencia acumulada y el potencial humano existente para que se avance más en lograr la autosuficiencia alimentaria en la nación, muy ponderada y necesaria en este siglo XXI.

González (2007), en calidad de experto pondera que hay creencias de que la agroecología es de pobres, de baja productividad y puede estar fundamentado esto con razón por lo que se ve que sucede, en todas partes, los más ricos hacen la agricultura química, la industrializada y el defiende la agricultura sostenible. Dentro de las formas de gestión del sector estatal, se pregona que la agroecología profesional es un conjunto de acciones que lo incluye todo: la biodiversidad, la mejora y protección del medio ambiente, la devolución de la vida al suelo, el aprovechamiento de todas las fuentes de energía incluyendo que la familia viva en la pequeña finca. Continúa señalando que, en estas fincas agroecológicas son el orgullo general, nunca se queman, las afectan menos las sequías o los huracanes, pueden generar todo el fertilizante que necesitan y no tienen que aplicar ni productos biológicos contra plagas y enfermedades si se armoniza inteligentemente con la naturaleza sembrando cada cultivo en su ciclo acorde a cada finca, al igual que poseer aquellos animales y plantas a los que se le pueden ofrecer todas las atenciones que requieran sin abarcar más de lo que se pueda.

Funes-Monzote (2009) estimó que la diversificación, la descentralización y el movimiento hacia la autosuficiencia alimentaria como tendencias principales dentro de la agricultura cubana

coadyuvaron que Cuba fuera el único país en el mundo en transitar de un modelo agrícola convencional, basado en altos insumos y fuertemente subsidiado a otro alternativo, de bajos insumos y uso intensivo de los recursos naturales disponibles. Este cambio tan dramático en la intensidad de la producción agropecuaria, sirvió como punto de partida para el diseño de una agricultura sostenible a escala nacional. Modelo convencional que alcanzó incrementos sustanciales en cuanto a cantidad de tierras y productividad de la fuerza de trabajo, pero al costo de altos niveles de insumos adquiridos a precios subsidiados. A cambio, Cuba exportaba a los países socialistas de Europa del Este materias primas y productos agrícolas a precios preferenciales. En un inicio esta situación podría resultar favorable para la agricultura cubana, con un acceso casi ilimitado a tecnología y recursos, así como a energía y capital en forma de subsidios. Sin embargo, creó una enorme dependencia con serias consecuencias en términos de inseguridad alimentaria, que se manifestó dramáticamente a inicios de la crisis de los 90 del pasado siglo, cuando se demostró la alta fragilidad e ineficiencia del modelo económico implementado, junto con el endurecimiento del bloqueo económico arrojó a Cuba a una crisis estructural de carácter multidimensional y efectos dramáticos sin haber estado implicada en un conflicto bélico.

La nación cubana al emplear tecnologías costosas y de altos insumos no alcanzó las expectativas trazadas y tuvo impactos ambientales negativos reportados por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente en 1997 a partir de la promulgación en el ordenamiento jurídico patrio de la Ley No. 81, al traer reducción de la biodiversidad, contaminación de las aguas subterráneas, erosión de los suelos y deforestación. Como modelo agrícola derivó consecuencias socioeconómicas como la migración a gran escala de la población rural hacia las ciudades, la pérdida de agricultores experimentados con conocimientos y tradiciones. Todos estos elementos coadyuvaron a que la productividad de la tierra declinara. Este autor valora que estos impactos negativos en materia ambiental se contraponen a lo que se establece en la Ley No. 81 de 1997, Ley del Medio Ambiente, al no observarse los principios del Derecho Ambiental de manera adecuada por las formas de gestión en relación con la explotación del suelo cubano para la obtención de productos destinados a la alimentación, en torno a lo señalado por autores de la talla de Brañes Ballesteros (1995), Caferrata (2011), Loperena Rota (2012), González Ballar (2012), Aguilar Rojas & Iza (2012), Jaquenod de Zogon (2013), Mosset Iturraspe (2013), Rey Santos (2014), Peña Chacón (2015), Antúnez Sánchez (2015). Es decir, se preconiza que no han sido fomentados los principios del Derecho Ambiental a pesar del poder de irradiación que estos tienen, por el deseo consciente de conservar el medio ambiente o desarrollar tecnologías sostenibles basadas en planteamientos y basamentos científicos que tengan en cuenta lo elemental de los principios de prevención, precaución, prevención y responsabilidad.

Sin embargo, diversos estudios agronómicos, económicos y sociales han demostrado que existen posibilidades para el desarrollo de sistemas agrícolas sostenibles que combinen la factibilidad técnica, la viabilidad económica, la sustentabilidad ecológica y la aceptación social, aunque todavía falte una perspectiva interdisciplinaria integral para su implementación en atención a la multidimensionalidad. En estas difíciles circunstancias citadas y contra todo pronóstico, el proyecto revolucionario patrio resistió. Ensayó una transición social innovadora. Desde mediados de los 90, misiones científicas internacionales comenzaron a informar de un proceso adaptativo inesperado, que resultaba especialmente interesante en el ámbito agroalimentario: una suerte de conversión agroecológica a gran escala, que lograba producir alimentos con muy bajos insumos energéticos, y que además contaba con el apoyo del Estado cubano (Benjamín, 1994).

Rosset (1994) denominó "el reverdecimiento de la Revolución" al conjunto de procesos que parecían un experimento histórico de vanguardia, como un ejemplo pionero de cómo una sociedad industrial podía adaptarse a una escasez extrema de combustibles fósiles sin sufrir una catástrofe alimentaria. Se señala que Cuba ganó reputación con la respuesta agrícola alternativa y como ejemplo de transición hacia una sociedad post-petróleo (Wright, 2005). Los movimientos sociales ecologistas de todo el mundo, especialmente aquellos que trabajan en la línea de apostar por el decrecimiento económico, mirando a Cuba como una fuente de inspiración (Pfeiffer, 2003, Véspera de Nada, 2013).

Este autor analiza que el dilema que acontece en el mundo, por un lado se le pide incrementar la producción y la productividad, pero por otro lado, cada día son más evidentes los riesgos medio ambientales que se corren de mantenerse las actuales prácticas productivas, insostenibles desde el punto de vista energético y desde el punto de vista de los recursos naturales. Es por ello que dentro de las formas de gestión gana espacio la empresa amigable con el ambiente, donde el impacto ambiental de la industria sea mínimo al utilizar tecnologías limpias. Entonces, si se incrementa la producción, hay que hacer mejoras en el desempeño ambiental o en la eficiencia ecológica de la tecnología que se utilice, para evitar el consiguiente aumento en el impacto ambiental. Y, para que esto sea posible, las innovaciones científicas y tecnológicas resultan esenciales, de aquí el rol que juegan las ciencias ambientales al formar profesionales con estas competencias desde los modos de actuación.

## **1. Las Ciencias Ambientales y la agroecología**

Los cambios ambientales globales, comprendido en el cambio climático al ser el problema ambiental de mayor consecuencias en el mundo, se aprecia cómo están estrechamente ligados a crisis sociales, políticas y económicas, que van desde la pobreza hasta la desigualdad, pasando por el descontento social. Las consecuencias de la interacción de esos cambios y crisis se están extendiendo rápidamente por todo el mundo y afectan ya a los sistemas en los que se basa nuestra vida, así como a nuestros medios de subsistencia y modos de vivir. Es por ello que las sociedades humanas tienen que encontrar ahora soluciones para proteger las riquezas que les prodiga la Tierra y salvaguardar la equidad social y el bienestar para todos. En la búsqueda apremiante de estas soluciones, los conocimientos de las ciencias sociales son indispensables para comprender las causas y las consecuencias de los cambios ambientales globales, y también para elaborar con conocimiento de causa soluciones más eficaces, equitativas y perdurables que permitan superar los problemas actuales y abrir paso a un futuro sostenible, de aquí el nacimiento de las Ciencias Ambientales a finales de los 70 del pasado siglo. Estas surgen ante la necesidad de comprender y encontrar soluciones a la grave y compleja crisis ambiental en que vive la sociedad globalizada en sus relaciones con la naturaleza, de la cual pondera este autor aún en el siglo XXI no hay una conciencia adecuada en su preservación para las futuras generaciones. Con el surgimiento de la bioeconomía y la posición en que se ubica América Latina ante este nuevo paradigma que, por definición, incluye a la biotecnología en su relación con las Ciencias Ambientales y su implementación en la agroecología.

Leff Zimmerman (2009), consideró que las Ciencias Ambientales han tenido un lento proceso de construcción en las que se han abierto el paso superando los obstáculos epistemológicos y las barreras institucionales que erige la institucionalización de la ciencia normal, reclamando su derecho de ciudadanía en el concierto del conocimiento. El reto de la crisis ambiental para el conocimiento fue planteado desde los inicios del movimiento ambientalista en los años 70. Estos coincidieron con aquellos que surgieron de los enfoques emergentes del pensamiento de la complejidad y los métodos de la interdisciplinariedad. La certificación de las ciencias ambientales requiere una justificación epistemológica y una justificación práctica sobre la especificidad de su objeto de conocimiento y sobre su necesaria aplicación para la comprensión y resolución de los problemas ambientales complejos de nuestro tiempo. Si bien hoy en día es posible reconocer la constitución de nuevas disciplinas ambientales como la economía ambiental, la ingeniería ambiental, la psicología ambiental, la antropología ambiental, la sociología ambiental, y el derecho ambiental, no es claro si deba dárseles cabida como nuevas ramas temáticas del conocimiento dentro de las estructuras científicas y académicas establecidas, o si éstas deban conjugarse dentro de un nuevo espacio epistémico e institucional propio.

Fuenzalida (1993), señaló que las Ciencias Ambientales han sido definidas como la búsqueda del conocimiento nuevo, de conceptualizaciones y explicaciones en el ámbito del medio ambiente incorporado como agente y sujeto de cambio al ser humano. Lo más característico de su accionar es la relación directa con la calidad de vida humana apoyada en la sustentabilidad del funcionamiento, a

corto y largo plazo, de su base biogeofísica sobre el planeta. Su definición es operacional: son ciencias que contribuyen al desarrollo económico y social (o bienestar humano) sobre una base ambientalmente sustentable. Es por ello que las ciencias que contribuyen a dicha meta son legítimamente reconocidas en la "clasificación por disciplinas científicas y tecnológicas" y por la UNESCO. En fin esta meta ciencia es una mezcla de ciencias Biológicas, Químicas y Naturales junto con las Ciencias Sociales.

Para Lugo (2010) las Ciencias Ambientales son una disciplina científica cuyo propósito es buscar y conocer las relaciones que mantiene el ser humano consigo mismo y con la naturaleza, la que incluye a la agroecología. Esta incluye áreas de estudios multidisciplinario abarcando distintos elementos de la naturaleza. Así como el estudio de problemas ambientales y la propuesta de modelos para el desarrollo sustentable. Sin embargo Hecht (1999) significa que el término agroecología data de los años 70 del pasado siglo, pero la ciencia y la práctica de la agroecología son tan antiguos como los orígenes de la agricultura en el mundo. A medida que los investigadores exploran las agriculturas indígenas y sus saberes como reliquias modificadas de formas agronómicas más antiguas, se hace más notorio que muchos sistemas agrícolas desarrollados a nivel local incorporaron rutinariamente mecanismos para acomodar los cultivos a las variables del medio ambiente natural y para protegerlos de la depredación y la competencia, vinculada a las ciencias ambientales como hoy se reconoce en el mundo académico.

Es por ello que el término agroecología valora este autor, ha llegado a significar muchas cosas, incorpora ideas sobre un enfoque de la agricultura más ligado al medio ambiente y más sensible socialmente; centrada no sólo en la producción sino también en la sostenibilidad ecológica del sistema de producción. A esto podría llamarse el uso normativo o prescriptivo del término agroecología, porque implica un número de características sobre la sociedad y la producción que van mucho más allá de los límites del predio agrícola. En un sentido más restringido, la agroecología se refiere al estudio de fenómenos netamente ecológicos dentro del campo de cultivo, tales como relaciones depredador/presa, o competencia de cultivo/maleza. Su visión ecológica se centra en la idea que un campo de cultivo es un ecosistema dentro del cual los procesos ecológicos que ocurren en otras formaciones vegetales, tales como ciclos de nutrientes, interacción de depredador/presa, competencia, comensalia y cambios sucesionales, también se dan. La agroecología se centra en las relaciones ecológicas en el campo y su propósito es iluminar la forma, la dinámica y las funciones de esta relación. En algunos trabajos sobre agroecología está implícita la idea que por medio del conocimiento de estos procesos y relaciones los sistemas agroecológicos pueden ser administrados mejor, con menores impactos negativos en el medio ambiente y la sociedad, más sostenidamente y con menor uso de insumos externos. Tal y como lo refieren autores de la talla de Spedding (1975); Conway (1981); Gliessman (1982); Ellen (1982); Altieri (1983); Chambers (1983) Lowrance, 1984; Conway (1985).

Este autor considera que se deberán integrar conocimientos que vayan desde los enfoques de las Ciencias Agrícolas, de las Ciencias Biológicas, del Derecho Agrario, del Derecho Ambiental, de la Ecología, de la Ingeniería Empresarial, la Ingeniería Industrial, La Administración de Empresas y las Ciencias Contables, entre otras. A partir de las contribuciones que cada ciencia le ha aportado a la agroecología relacionados con los problemas de la contaminación, la degradación ambiental, el agotamiento de los recursos naturales; como problemáticas que tributaron al nacimiento de la denominada Revolución Verde, toda vez que esta analizó puntos de vista desde diferentes disciplinas, contribuyó al primer análisis holístico de las estrategias de desarrollo agrícola/rurales. Fue además la primera evaluación ampliamente difundida que incorporó críticas ecológicas, tecnológicas y sociales a esta temática abordadas por este autor en este artículo. Es por esto que la agroecología como ciencia, se aprecia por este autor que articula los asuntos tecnológicos que requieren prácticas agrícolas más sensibles al medio ambiente y a menudo encuentra congruencia del desarrollo tanto ambiental como participativo con perspectivas filosóficas. Es por esto que la diversidad de preocupaciones han influido en el desarrollo de la agroecología es amplio. Por esta razón los agroecólogos con un entrenamiento mucho más rico que el encontrado corrientemente entre los alumnos de ciencias agrarias centrados en una disciplina, como asimismo muchos más equipos

multidisciplinarios trabajando en estos asuntos en el campo. Como disciplina nueva, ha planteado más problemas que soluciones, ampliando el discurso agrícola en este siglo XXI.

## **2. El Derecho Agrario en Cuba. La introducción de la agroecología en la producción agrícola dentro de las formas de gestión**

Las transformaciones ocurridas en el campo cubano durante la última década del siglo XX son ejemplo de la conversión agrícola a escala nacional que ha acontecido en el sector estatal, de una agricultura altamente especializada, convencional, industrializada y dependiente de altos insumos externos, hacia un modelo alternativo basado en algunos de los principios de la agricultura orgánica y la agroecología, de los cuales coinciden autores como Altieri (1992); Rosset y Benjamín (1994); Sinclair y Thompson (2001), Wright (2005); Funes-Monzote (2009): Estudios sobre esta conversión atribuyen sus éxitos tanto a la forma de organización social como al desarrollo de tecnologías compatibles con el medio ambiente.

A diferencia de otros movimientos de agricultura sostenible desarrollados en otros países en América Latina, el cubano fue masivo, contó con una amplia participación popular, donde la producción agraria fue vista como una clave para la seguridad alimentaria de la población, reconocidos en el ordenamiento jurídico patrio en la Ley No. 85 de 1997, Ley Forestal, en el Decreto Ley No. 153 de 1994 Regulaciones de Sanidad Vegetal, en el Decreto No. 175 de 1992 Regulaciones sobre la calidad de las semillas y sus contravenciones y en el Decreto Ley No. 137 de 1993 Reglamento de productos para la alimentación animal antes de su introducción en la práctica veterinaria, entre otros.

Es así, que a inicios de los años 90 del pasado siglo XX los sistemas agrícolas más empleados consistieron en la sustitución de insumos químicos por biológicos y el uso más eficiente de recursos locales a través de los cuales fueron alcanzados numerosos objetivos de la sostenibilidad agrícola. No obstante, este autor considera que es necesario desarrollar un enfoque más integrado y a más largo plazo, así como combinar mejor la dimensión económica, ecológica y social de la agroecología, necesitada de una regulación normativa como parte del Derecho Agrario patrio. Entre 1960 y 1990 la agricultura cubana se caracterizó por el empleo de tecnologías de producciones intensivas, especializadas y dependientes de altos insumos externos, en especial por el Consejo de Ayuda Mutua Económica. La aplicación e implementación de este modelo industrial permitió aumentar la productividad de la tierra y del trabajo; sin embargo, este resultó ineficiente (en términos biológicos y económicos) y nocivos al medio ambiente. La propia dependencia externa, la artificialización de los procesos productivos (a través de subsidios), así como la débil conexión entre los factores biofísicos y socioeconómicos, le confirieron al modelo una alta vulnerabilidad. La intensidad en el uso de fertilizantes alcanzó niveles comparables con los de países europeos, pero decreció a inicios de los noventa como consecuencia del colapso de la economía.

Funes-Monzote (2009), consideró que los modelos agrícolas de corte colonial practicados durante aproximadamente cuatro siglos en Cuba generaron una alta dependencia de insumos importados, estos provocaron la degradación de los suelos, la disminución de la biodiversidad y la reducción drástica de la cubierta forestal en el país. El modelo convencional alcanzó incrementos sustanciales en cuanto a cantidad de tierras y productividad de la fuerza de trabajo, pero al costo de altos niveles de insumos adquiridos a precios subsidiados. A cambio, Cuba exportaba a los países socialistas de Europa del Este materias primas y productos agrícolas a precios preferenciales. En un inicio esta situación podría resultar favorable para la agricultura cubana, con un acceso casi ilimitado a tecnología y recursos, así como a energía y capital en forma de subsidios. Sin embargo, creó una enorme dependencia con serias consecuencias en términos de inseguridad alimentaria, que se manifestó dramáticamente a inicios de la crisis de los noventa, cuando se demostró la alta fragilidad e ineficiencia del modelo.

A pesar de la alta calidad de la infraestructura instalada y de los crecientes niveles de capital, fertilizantes y concentrados disponibles, desde mediados de los años 80 la productividad de la tierra había comenzado a declinar y por ende había efectos nocivos al medio ambiente (Nova, 2006). Los

efectos nocivos del modelo industrial de la agricultura patria, junto a la enorme crisis económica desencadenada a inicios de los años 90, condujeron a Cuba hacia un proceso de cambio profundo e inevitable. Las principales razones que impulsaron este cambio en las prácticas agrícolas fueron fundamentalmente de índole económica: la escasez de capital y de insumos externos para continuar desarrollándose según el paradigma de la revolución verde, la que se viene ponderando en América Latina. La diversificación, la descentralización y la búsqueda de la autosuficiencia alimentaria han sido los factores impulsores de los avances actuales del sector agrícola cubano. Estos emergieron a inicios de los años 90 del siglo pasado como consecuencia de la crisis económica asociada al colapso de la Unión Soviética. Por ello se aprecia por este autor que se ha fijado en los estudios académicos que la transición hacia la agricultura sostenible que tuvo lugar en Cuba desde 1990 ha sido promovida fundamentalmente por la necesidad de sustituir insumos químicos (importados) por biológicos (disponibles localmente). Las concepciones empleadas han estado guiadas por prácticas y métodos derivados de la agricultura orgánica y la agroecología. En este contexto, los campesinos tradicionales dentro de las formas de gestión privada a pequeña escala y los nuevos productores que cultivan la tierra en áreas urbanas y periurbanas, han desarrollado innovaciones tecnológicas para adaptar sus sistemas agrícolas a los limitados insumos externos disponibles, con fuerte énfasis en la protección ambiental y en la agrobiodiversidad. Es por ello que en el sector estatal se ponderó la implementación de la agroecología dentro de sus formas de gestión, técnica esta usada por el sector privado desde muchos años, sin la adecuada observancia de los principios del Derecho Ambiental.

### **3. La agroecología y la observancia de los principios del Derecho Ambiental en el desarrollo agrario patrio en las formas de gestión**

El derecho al medio ambiente como derecho humano, es uno de los derechos que mayor mención y reconocimiento ha tenido desde su gestación, han contribuido a tal fin la legislación internacional y su reconocimiento en las constituciones, en particular en la América Latina y dentro de esta la de Ecuador y Bolivia (derechos del buen vivir). Este derecho al ambiente aparece dentro de la órbita de los derechos humanos de “tercera generación”. Esta clase de derechos, en contrapartida a los de primera (Civiles y Políticos) y segunda generación (Económicos, Sociales y Culturales), se presentan ante el desmedido desarrollo de la sociedad industrial. Antúnez Sánchez (2015), valora los principios del Derecho Ambiental en relación con el haz de principios jurídicos que se consideran están vinculados en su aplicación dentro de las formas de gestión en Cuba en atención a la temática abordada, estos serían:

Con el principio precautorio toda vez que con la implementación de la norma ISO 26 000, le permite a los empresarios ejecutar acciones para conformar una empresa responsable con el ambiente, ante la posible comisión de daños futuros o inciertos al operar sobre el riesgo del desarrollo como meta hacia el desarrollo sostenible ante los riesgos posibles de la empresa o la industria cuando se introducen nuevas tecnologías. En este caso las denominadas tecnologías limpias por ser menos contaminadoras deberán ser observadas su implementación antes de ser generalizada su aplicación.

En Cuba son escasos los antecedentes del principio de precaución, el Código Civil Español vigente en el país durante el período de colonia en su artículo 390 solo dispuso:

[...] la obligación del dueño del árbol de derribarlo, si este siendo corpulento amenaza caerse de modo que pueda causar daño en finca ajena o a los transeúntes por una vía pública o particular y si no lo hiciere el dueño, lo podrá ordenar la autoridad local a su costa, según la ley de los municipios [...]

Ya en el período revolucionario, dentro del ordenamiento jurídico la Ley No. 81 de 1997, Ley del Medio Ambiente, es la norma jurídica que en Cuba tiene a su cargo la regulación concerniente a la protección del medio ambiente, específicamente en el artículo 4 inciso d, se detalla cómo el

principio de prevención es de primera observancia y luego la precaución será una garantía ante la existencia de un riesgo desconocido

La prioridad de la prevención mediante la adopción de medidas sobre una base científica y con los estudios técnicos y socioeconómicos que correspondan. En caso de peligro de daño grave o irreversible al medio ambiente, la falta de una certeza científica absoluta no podrá alegarse como razón para dejar de adoptar medidas preventivas [...]

Este principio al igual que el de prevención serían los principios que a consideración de este autor son los que poseen mayor relevancia al ejecutarse la auditoría ambiental por el equipo auditor en la nación cubana a las formas de gestión del sector estatal al ser mayoritario y que en la actualización del modelo económico se pondera que continuará a través del fomento de la inversión extranjera en la nación, cuyo soporte legal es la Ley No. 118, Ley de la Inversión Extranjera de 2014. Sin dejar de significar lo que se preceptúa en el Decreto Ley No. 190 de 2013 Seguridad Biológica.

Con el principio de quien contamina paga, contribución que se realiza a través de la tributación ambiental por parte de las empresas y la industria, destinada a reparar los daños ambientales ocurridos. Al reconocerse en la nación dentro del ordenamiento jurídico con la Ley No. 113 de 2012, Ley Tributaria el impuesto ambiental vinculado con el vertido ambiental, este ya ha empezado a aplicarse en algunas de las bahías de la geografía cubana, para irse implementando de forma paulatina en el resto de la nación.

Con el principio de responsabilidad ambiental, la obediencia a la legislación en materia ambiental como parte de las políticas trazadas por la Administración Pública ante la observancia por los sujetos auditados, exigible en sus tres aristas a las formas de gestión en especial a las formas de gestión del sector estatal al ser la de mayor predominio en el país. Sin demeritar el cumplimiento de la normativa jurídica vinculante a la protección ambiental, con competencia y jurisdicción de otros organismos de la Administración Pública patria que ejercitan la potestad inspectora como el Ministerio de Salud Pública a través de la Ley No. 41 de 1984, Ley de la Salud Pública, el Instituto de Planificación Física para las regulaciones urbanísticas a través del Decreto No. 327, Reglamento del proceso inversionista de 2015, y el Instituto de Recursos Hidráulicos a través del Decreto Ley No. 138, De las aguas terrestres de 1993.

Con el principio de participación ciudadana, involucra al ciudadano a acatar las normas ambientales dirigidas a la protección ambiental, como un bien público para las generaciones de hoy y las generaciones futuras, es criterio del autor que debe aún propiciarse mayor información de la problemática ambiental a través de los medios de comunicación nacionales con la articulación de mecanismos a través de los Consejos Populares de cada zona residencial. Otros principios presentes son el de equidad intergeneracional y el de sostenibilidad ambiental, en ellos se conjugan las tres dimensiones, social, económica y ambiental a través de una fórmula que permita gozar de un ambiente adecuado para las futuras generaciones. Estos tienen una implementación a través de la actualización del modelo económico cubano con la política de los lineamientos, le corresponderá al Estado decodificar los paradigmas ambientales y trazar estrategias que permitan alcanzar el desarrollo sostenible como garantía establecida a partir del texto constitucional patrio en su artículo 27. Con el principio de irreversibilidad y el de progresividad, en atención a la relevancia que posee la protección del medio ambiente, enriquecedor de los principios jurídicos consagrados en las Cumbres ambientalistas, el que permite a la organización auditada reconocer el estado en que se encuentra en las acciones protectoras del ambiente y el de progresividad, que se traduce como la evolución sostenida en la protección ambiental por la organización auditada. Principios revisados tras las acciones ejecutadas por parte de los organismos de la Administración Pública que ejercitan la potestad inspectora desde un enfoque transversal y con la función auditora por parte del órgano supremo de control en la nación por la Contraloría General de la República. Todos estos principios ambientales considera este autor cumplen una función de interpretación, de aplicación y observancia de la normativa jurídica, de integración, cubren los vacíos legislativos, sirven a la vez para renovar la normativa legal, acreditados como la base del Derecho Ambiental en cumplimiento de las políticas

públicas, señalado por autores de la talla de Caferrata, Lorenzetti, Belloti, Peña Chacón y Martín Mateo desde el pasado siglo. Así las cosas, esto permitirá abordar a este autor como ha sido el tratamiento jurídico que ha tenido dentro de la nación cubana la agroecología, en las reformas que se ejecutan en el modelo económico en este siglo XXI.

### **3.1 Una ojeada al ordenamiento jurídico agroambiental patrio en torno a la introducción de la Agroecología en las formas de gestión en la reforma del modelo económico**

Es criterio después de la lectura realizada de los resultados científicos de Funes-Monzote (2009) que durante los últimos años del siglo XXI la agricultura cubana se reorientó de un modelo convencional intensivo a uno de sustitución de insumos químicos por biológicos. Proceso que ha sido documentado como un experimento de agricultura sostenible a escala nacional. Lo que ha contribuido a que la producción agrícola en Cuba sea más autosuficiente, diversificada y ambientalmente apropiada que en los años 80 del pasado siglo. Sin embargo, el modelo de sustitución de insumos se encuentra inconcluso y en las condiciones actuales requiere nuevos enfoques. Para ello se desarrolló un movimiento masivo y con amplia participación popular en el que la producción de alimentos centrada en los recursos naturales no fue una alternativa, sino la única opción para asegurar la alimentación de la población. Este esfuerzo podría verse frustrado por los cambios en las condiciones económicas que están teniendo lugar si se considera como una solución temporal para resistir los efectos de la crisis.

En el Derecho Agrario patrio, luego de la lectura de autores como Pavo Acosta (2007), McCormack Bequer (2007), Rey Santos (2007), Fernández Pelso (2007), Pérez Carillo (2014) señalan la necesidad de proteger el medio ambiente en relación con la explotación de la tierra en las formas productivas de la nación, la necesidad de su compilación normativa, en especial las del sector estatal por ser esta la forma que predomina.

Para 1993, cuando fueron creadas las Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC) como se reseñó *up supra*, se ha transitado por varias modificaciones normativas a través del Decreto-Ley 259 de 2008 Sobre la entrega de tierras ociosas en usufructo, por el Decreto Ley No. 300 de 2012, y por el Decreto 304 de 2012, Reglamento para las entregas de tierras ociosas a personas naturales y jurídicas. Con esta nueva forma de organización, la agricultura tuvo como objetivo la descentralización y la reducción de la escala de las grandes empresas estatales. Tal medida fue necesaria debido a la incapacidad de la producción estatal para mantener razonables niveles de eficiencia bajo las nuevas circunstancias. A través de éstas y otras formas de distribución de la tierra también se dio oportunidad a las personas interesadas en regresar al campo. Este autor valora como en el contexto de la agricultura cubana se identifican diversas formas de organización agraria, las que se agrupan en tres sectores: las formas de gestión estatal, las formas de gestión privada y el mixto. Los cambios en la estructura agraria del país, tanto en el sector estatal como en el cooperativo, tendieron a permitir el uso de la tierra en usufructo y a utilizar toda la tierra que pudiera ser cultivada. Empero mientras la agricultura estatal sufrió fuertemente la crisis y demoró en adaptarse al cambio, el sector campesino como forma de gestión privada fue capaz de resistir la escasez de recursos materiales y seguir produciendo alimentos. Los campesinos demostraron que sus modelos de producción podrían ser tomados como base para el rediseño de la agricultura cubana. De hecho, el proceso en marcha de diversificación agropecuaria en la agricultura urbana, en las Unidades Básicas de Producción Cooperativa agrícolas y pecuarias, en las granjas de autoconsumo y a través de todas las demás formas de producción nacidas a partir de la declaración del Estado del denominado "período especial" se han adoptado muchas de las concepciones y prácticas campesinas tradicionales. Este movimiento agroecológico de campesino a campesino realizado en la nación constituye un eficiente mecanismo de transmisión de experiencias, a la vez que se insiste de manera particular en las relaciones con instituciones científicas del país, lo que permite la integración de la ciencia a través de los resultados de los Institutos de Investigación con los saberes ancestrales de los campesinos.



Este autor considera que aunque la normativa agroambiental cubana aún no se reconoce de manera explícita el principio de precaución, se percibe que en la práctica se fortalece el enfoque precautorio de la legislación ya que las principales instituciones públicas de la nación actúan en función de lograr un desarrollo sostenible, ello permite que a la ciudadanía le lleguen los resultados de las innovaciones de forma segura, no obstante existen insuficiencias que aún no permiten su tratamiento de manera adecuada. Estas se aprecian en el forma no adecuada que se les da los desechos químicos manejados por las empresas alimentarias al no contar con Sistemas de Gestión Ambiental para el tratamiento de estos desechos, el uso de productos químicos con posibles efectos dañinos para la salud y el medio ambiente, ello exige tomar precauciones a los productores al momento de manejarlos, almacenarlos, transportarlos y aplicarlos, un ejemplo de lo reseñado por este autor se aprecia con el uso de fungicida utilizado en los cultivos de arroz, cacao, café, caña de azúcar, plátano, cítrico, forestales y frutales llamado Doblete LS 200, que actúa contra las malezas. Aún no existe una cultura adecuada en materia de protección de la salud de los trabajadores en relación al uso de los medios de protección en cuanto a cumplir las reglas generales para el transporte y almacenamiento de los agroquímicos, como son el uso de guantes, mantenerse alejado del alcance de los niños, usar trajes adecuados al momento de tener contacto con el agroquímico, usar espejuelos protectores, no reutilizar los envases que hayan tenido contacto con el Doblete 200, en aplicaciones con mochilas de riego deben evitarse los derrames y el contacto con la piel, deben usarse botas adecuadas, no verter el producto en ríos u otras aguas que no sean las destinadas al cultivo que se desea proteger y por último lavarse cuidadosamente las manos luego de terminar de usar o tener contacto con el producto. Ello tiene también otra cuestión y es los altos costes en el mercado de estos requerimientos especiales, que en ocasiones el país no cuenta con las finanzas y en otras por las cuestiones del bloqueo económico se le dificulta su obtención en el término requerido para las cosechas.

Esto demuestra que aún la normativa jurídica cubana no es lo suficientemente fuerte al momento de sancionar quienes transgreden las normas ambientales, de sanidad y alimentarias que se relacionan con la protección de la salud, además existe falta de control por parte de las autoridades competentes al momento de ejercitar la potestad inspectora e iniciar acciones a través de la auditoría ambiental a partir de su regulación en la Ley No. 107 de 2009 ante la pertinencia de la cuestión de la protección del bien jurídico ambiental. Ejemplo de ello fue la liberación a gran escala de la variedad de maíz sintético FR-Bt1 62 en el municipio de Yaguajay en la provincia de Sancti Spiritus durante el 2009 al 2010, en especial con la exigencia de la responsabilidad patrimonial.

No obstante se pueden señalar logros en la nación, como la investigación científica y la innovación tecnológica como instrumentos de gestión ambiental, lo constituyen los centros de reproducción de entomófagos y entomopatógenos empleados en la agricultura, pertenecientes al Instituto de Investigaciones de Sanidad Vegetal del Ministerio de la Agricultura. Estos bioproductos agroecológicos como el *Trichoderma harzianum*, *Beauveria bassiana* y el *Bacillus thuringiensis* no causan daño al medio ambiente, ni a la salud humana y su empleo disminuye la utilización de agroquímicos de origen sintético, con la consiguiente reducción del impacto ambiental desfavorable a la naturaleza. Otro ejemplo es el uso adecuado de los instrumentos de gestión ambiental, entre ellos el ordenamiento ambiental en la comunidad las Terrazas en Mayabeque, considerada como la primera ecomunidad en Cuba, sitio de referencia internacional para otras zonas de desarrollo con características similares en la nación. Ello ha propiciado a los pobladores un incremento en su calidad de vida, la introducción del turismo de naturaleza como alternativa económica, la conservación del patrimonio ambiental y el sentido de pertenencia e identidad de la población local con su entorno, al decir de la lectura de la investigación realizada por Taset Piñeiro y Rondón Cabrera (2015).

También se pondera, valora este autor en el país la creación de fincas forestales, fomentadas por la Administración Pública con la rectoría científica del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, y la ejecución por el de la Agricultura en la Cuenca Hidrográfica del Río Cauto, Granma. Todo ello permitirá considerar además de lo reseñado la introducción de la agroecología como técnica en el desarrollo de la futura agricultura urbana en la nación, rectorada por el Ministerio de la Agricultura en pos de lograr alimentos sanos y frescos para la población, pero que están requeridos a

futuro de la etiqueta-certificación ambiental que lo valide en el comercio interno y en el foráneo, para que se tribute en el desarrollo mercantil e incrementar el Producto Interno Bruto. Estos aún son temas pendientes que tiene el desarrollo agrícola en el país, a partir que deberá ponderarse la Innovación + Desarrollo + Comercio (Etiqueta-Certificación Ambiental) = EMPRESA RESPONSABLE CON EL AMBIENTE.

### Conclusiones

-Reconocer en el ordenamiento jurídico agroambiental cubano de forma tácita, como se define en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo el Principio de Precaución: "(...) *Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente (...)*" Como temática que emerge en el marco del desarrollo humano ante la necesidad de implementarlo por las consecuencias que trae aparejada el desarrollo científico técnico como una garantía para preservar los recursos naturales y la especie humana dentro de las formas de gestión en el escenario agrario patrio.

-Armonizar las normas relativas a la seguridad de la biotecnología que permita la adopción de medidas precautorias desde el punto de la seguridad biológica, que tributen a una perspectiva precautoria- desde la seguridad alimentaria en las formas de gestión en la prácticas de la agroecología cubana por las formas de gestión. Y con ello perfeccionar el Sistema de Inspección Ambiental Estatal por la Administración Pública a los organismos con competencia y jurisdicción en la materia agraria, a fin de que la evaluación y las medidas que se adopten garanticen el cumplimiento de la normativa jurídica desde una perspectiva precautoria y no solo desde el punto de vista preventivo, ponderando el haz de principios del Derecho Ambiental desde las Ciencias Ambientales.

-Ejecutar en la nación cubana la auditoría ambiental, concebida dentro de las herramientas de gestión ambiental, a partir de la sistematización de su concepto como institución jurídica para proteger al bien jurídico ambiental desde la doctrina *ius* administrativista hasta la *ius* ambientalista. De su desempeño adecuado dependerá que se logre producir sin afectar el medio ambiente, con la buena marcha de los procesos de planificación, organización, ejecución, control y evaluación de la gestión ambiental, dependerá que se cuente con un ambiente sano (calidad de vida) y ecológico equilibrado, asociado a programas de gestión de residuos, evaluación de las cargas ambientales; tal y como se reconoce a partir del texto constitucional para el desarrollo sostenible a través de las empresas responsables con el ambiente.

Implementar los estudios de Ciencias Ambientales, que permitan dentro del Ministerio de Educación Superior en la nación cubana la formación de profesionales como de técnicos en nivel superior en los perfiles de Licenciado en Ciencias Ambientales o en el del Ingeniero Ambiental, para potenciar con ello el desarrollo agroecológico nacional en pos de alcanzar el desarrollo sostenible ante la pertinencia de la protección ambiental en la producción de alimentos y lograr la independencia alimentaria.

-Certificar las empresas responsables con el ambiente a partir del encargo público que posee la Contraloría de la República de Cuba a las formas de gestión, amparada en lo que se dispone en el Acuerdo del Consejo de Estado de 2010 y en el Reglamento de la Ley No. 107 de 2009 de este órgano supremo de control, para que se pondere la certificación ambiental al concluir la auditoría ambiental toda vez que la Administración Pública cubana continúa ponderando la calidad en el siglo XXI, contradictorio con lo que reconoce la doctrina y la legislación foránea respecto a la etiqueta-certificación ambiental para tributar a la seguridad alimentaria y al desarrollo sostenible en la producción de alimentos ante la reformas que se ejecutan en la agricultura y en el desarrollo de la industria competitiva continua siendo un paradigma.

#### 4. Referencias Bibliográficas

- AA. VV. (2015) *Agrobiotecnologías. Implicaciones éticas, sociales y jurídicas*, Centro Argentino de Información Científica y Tecnológica, Argentina.
- AA. VV. (2009) *La sostenibilidad, la agroecología y la biodiversidad en Cuba. Principales formas de medición*, Universidad de Matanzas, Cuba.
- AA. VV. (2007) *Temas de Derecho Agrario Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana.
- AA. VV. (2007) *Derecho Ambiental Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana.
- ALTIERI, Miguel (1999) *Bases agroecológicas para una producción agrícola sustentable*, Editorial Cetal, Chile.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2015) *La auditoría ambiental: Una revisión y propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial*, Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión, número 26, España, pp.3-27.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2015) *Environmental auditing within Environmental Law. The principles of Environmental Law that inform environmental audit, the role of the SAI in the environmental area*. Revista del Tribunal de Cuentas de la Unión, número 132. Brasil, p.17
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2015) *El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental. Regulación en el Derecho Cubano*, número 18, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales, Argentina.
- ALVAREZ, Arnaldo, (2012) *El sector forestal cubano y el cambio climático*, Instituto de Investigaciones Agroforestales, Ministerio de la Agricultura, Cuba.
- BELLOTTI, María (2006) *El principio de precaución ambiental*, Editorial Lerner S.R.L., Argentina.
- BELLORIO CLABOT, Dino (2013) *El nuevo paradigma ambiental y jurídico*, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, Argentina.
- CAFERRATA, Néstor (2009) *Teoría de los principios del Derecho Ambiental*, Revista Abeledo Perrot S.A., Argentina.
- COMELLI, Nieves (2015) *Agrobiotecnologías Implicaciones éticas, sociales y jurídicas*, Editorial Priodiversitas, Argentina.
- CARABALLO MAQUEIRA, Leonel, (2002) Tesis Doctoral: *El Derecho Ambiental, un instrumento de gestión eficaz de conservación de la diversidad biológica*, Universidad de La Habana, Cuba.
- DEMALDÉ, Cristina (2011), *El principio de precaución en el daño ambiental*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.
- DE BESA ANTUNES, Paulo (2011) *Derecho Ambiental*, Editorial Lumen Juris, Brasil.
- DE SADELEER, N. (2000) *Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución*, Revista de Derecho Ambiental, número 25, España, pp. 9-38.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (2007) *Elementos esenciales del principio de precaución ambiental*, Anuario del CIJS, Argentina.
- ESTEVE PARDO, José (2003) *Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica*, Revista Jurídica de Catalunya, número 3, España, pp. 689-700.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2004), *Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental*, Boletín Económico ICE, número 2824, España.
- FUNES-MONZOTE, Fernando (2009) *Transgénicos: ¿Qué se gana y qué se pierde? Textos para un debate en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana.
- FUNES AGUILAR, Fernando (2009), *La Agroecología en Cuba: su Desarrollo y Situación Actual*, Revista Brasileira de Agroecología, número 2, Brasil.
- HECHT, Susana (1999) *La Evolución del Pensamiento Agroecológico*, Editorial Nordan-Comunidad, Montevideo, pp.15-30
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2005) *El principio de precaución: incertidumbre científica, riesgos hipotéticos y decisión política*, Revista Actualidad Derecho Ambiental, número 1, España, pp. 97-113.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1991), *Tratado de Derecho Ambiental*, volumen I, 1<sup>ra</sup> edición, Editorial Trivium S.A., España.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1985) *Derecho Público de la Economía*. Editorial CEURA, Madrid.
- MORA RUIZ, Manuela (2012) *Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general*, Revista Derecho y Conocimiento, España.
- MORENO FRAGINALS, M. (1978) *El Ingenio: Complejo económico social cubano del azúcar*, Ciencias Sociales, Cuba.
- NOVA, A. (2006) *La agricultura en Cuba: Evolución y trayectoria*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

- LOPERENA ROTA, Demetrio (1998). *Los principios del Derecho Ambiental*, Editorial Civitas, España. p. 87
- LORENZETTI, Ricardo (2008), *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial Porrúa, México D.F.
- LE RIVEREND, Julio(1992) *Problemas de la formación agraria de Cuba. Siglos XVI-XVII*. Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- LEFF ZIMMERMAN, Enrique (2006)*Aventuras de la Epistemología Ambiental: de la articulación de ciencias al diálogo de saberes*, Editorial siglo XXI, Colombia.
- LEÓNSICARD, Enrique (2009)*Agroecología: desafíos de una ciencia ambiental en construcción*, Instituto de Estudios Ambientales, Universidad Nacional de Colombia.
- LIBRO BLANCO *en ciencias ambientales*, (2004) Agencia Nacional de la Calidad y Evaluación, España.
- LUIZ BONAMIGO, Elcio (2010)Tesis Doctoral: *El principio de precaución: un nuevo principio bioético y biojurídico*, Universidad del Rey Juan Carlos, España.
- SANZ LARRUGA, Francisco (2002), *El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria*, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, número 1, España.
- SANTIAGO MUIÑO, Emilio (2014)*Obstáculos para la transición socio-ecológica: el caso de Cuba en el "período especial"*, Revista de Economía Crítica, número 14, España.
- SÁNCHEZ-EGOZCUE, Jorge y TRIANA, Juan (2010)*Panorama de la economía, transformaciones en curso y retos perspectivas* en Everleny, Omar (coord.) 50 años de la economía cubana, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, pp. 83-152.
- TORRES PÉREZ, R. (2011) *La actualización del modelo económico cubano", reconfiguración del sistema económico cubano, el reconocimiento y legitimidad a las formas de gestión no estatal*, Revista Temas, La Habana.
- JAQUENOD DE ZOGON, Silvia. (1991). *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, Editorial Dykinson, Madrid,p.372,
- JAKSIC, Fabián (2009), *Ecología, ecologistas y ciencias ambientales*, Revista chilena de Historia Natural, número 70, Chile.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2015) *El Derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, Editorial Tiran lo Blanch, España.
- RONDÓN CABRERA, Soel (2009), *Las agrobiotecnologías en Cuba. Bases Legislativas para un nuevo marco jurídico orientado hacia el desarrollo rural sostenible*, Revista Eumened, España.
- RONDÓN CABRERA, Soel (2011) *Los alimentos transgénicos y sus desafíos para Cuba*, Direito Agrário Aplicado Na Graduação, Editorial, Brasil.
- PAVO ACOSTA, Rolando, (2007) Tesis de Maestría:*El Derecho Agrario cubano: Proposiciones para una reconstrucción sistémica*, Universidad de Oriente,Santiago de Cuba.
- PORTAFOLIO CUBA 2014/2015. *Protección de cultivos, productos profesionales, semillas, uso seguro*. Editorial Syngenta Iberoamericana S.A.
- PORTAFOLIO DE PRODUCTOS CUBA (2009)*Bayer CropScience. Guía Ilustrada sobre Manejo Agroecológico de Organismos Nocivos, Agricultura Orgánica y Sostenible*, Ministerio de la Agricultura.
- PIÑEIRO TASET, Aylin (2015)Tesis de Grado: *El principio de precaución en el ordenamiento jurídico agroambiental cubano*, Universidad de Granma.
- VALDÉS, O. (2003) *Historia de la Reforma Agraria en Cuba*. Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- VALDÉS PAZ, Juan (2009) *Los procesos de organización agraria en Cuba 1959-2006*, FANJ, La Habana.
- ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, (2012) *El contenido del Derecho Agrario contemporáneo a la luz de la Teoría pura del Derecho Agrario*, Editorial Contemporánea, S.A., San José, Costa Rica.

RECEBIDO EM: 23/08/2016 APROVADO EM: 28/02/2016
--

## A REFORMA DO CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU: Entre a Necessidade e a Possibilidade

Arthur Pinheiro de Azevedo Banzatto<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho trata a respeito da reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Primeiramente, o trabalho se dedicará à evolução do sistema de segurança coletiva para entender os processos históricos que resultaram na criação da ONU. A partir de então, seu Conselho de Segurança, responsável pela manutenção da paz e da segurança internacional, será analisado de forma específica, discorrendo a respeito de toda a sua estrutura, para finalmente poder identificar suas falhas, apontar as críticas contra ele e avaliar as diferentes propostas de reforma em discussão, bem como os obstáculos a sua realização.

**Palavras-chave:** Organização das Nações Unidas; Conselho de Segurança; reforma; expansão; poder de veto.

### ABSTRACT

This paper concerns about the reform of the Security Council of the United Nations. First of all, it will dedicate to the evolution of the collective security system in order to understand the historical processes that have resulted in the creation of the UN. From them on, its Security Council, responsible for the maintenance of international peace and security, will be analyzed in a specific way, discoursing about its overall structure in order to finally be able to identify its mistakes, point out the critics against it and evaluate the various reform proposals under discussion, as well as the obstacles to its achievement.

**Key-words:** United Nations; Security Council; reform; expansion; veto power.

### INTRODUÇÃO

As duas Grandes Guerras Mundiais ocorridas na primeira metade do século XX foram traumáticas para a humanidade. Buscando evitar um novo conflito bélico a nível global, os países vencedores da Segunda Guerra criaram a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 para garantir a manutenção da paz e da segurança internacional. Apesar de contar com diversos órgãos, compete ao seu Conselho de Segurança realizar esta difícil tarefa. Tamanha responsabilidade faz com que este órgão seja considerado como o mais importante de toda a estrutura das Nações Unidas. Além disso, ao contrário dos demais órgãos que apenas realizam recomendações, o Conselho de Segurança da ONU emite resoluções de caráter vinculante, ou seja, de cumprimento obrigatório para todos os Estados membros.

Dotado de tamanhos poderes, seria natural que este órgão atendesse aos interesses de seus criadores, ou seja, os vencedores da Segunda Guerra Mundial (Estados Unidos da América, União Soviética, Reino Unido, França e China). Desta forma, foi estabelecida uma distribuição desigual de poder, privilegiando estes Estados em detrimento dos demais ao atribuir-lhes o *status* de membros permanentes com poder de veto. Esta estrutura, no entanto, é criticada pelos demais países desde a sua criação.

---

<sup>1</sup> Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Núcleo de Estudos Latino-americanos (NEL/IREL/UnB) e pesquisador da REPRI - Rede de Pesquisa sobre Regionalismo e Política Externa. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Dourados (UFGD).

Com o fim da Guerra Fria e a consequente mudança nas relações de poder da política internacional, as críticas ao Conselho de Segurança, que se encontravam de certa maneira abafadas, voltaram à tona, passando a ocupar espaço nas pautas de discussão da ONU. Ao mesmo tempo, a expansão da agenda do Conselho e o aumento de sua atuação reforçaram a necessidade de reforma do órgão, de modo a adequar-se a esta nova realidade.

Buscando conferir mais representatividade e legitimidade ao Conselho de Segurança, diversas propostas de reforma foram surgindo, gerando debates entre a comunidade internacional que perduram até os dias atuais. Apesar de toda essa mobilização, as divergências políticas e a falta de consenso a respeito das especificidades desta reforma fazem com que nenhuma decisão concreta tenha sido tomada neste sentido.

Feita essas considerações iniciais, o presente trabalho busca analisar a reforma do Conselho de Segurança da ONU através da análise de suas principais propostas e dos obstáculos que as envolvem. Para cumprir com esse objetivo, faz-se necessário, inicialmente, discorrer a respeito da evolução histórica do sistema de segurança coletiva, abordando desde a Paz de Westfália, que estabeleceu a ideia de soberania aos Estados, até a experiência da Sociedade das Nações, antecessora da ONU e primeira organização internacional responsável por gerir o sistema internacional, passando pelo Congresso de Viena e seu modelo de consultas mútuas entre as grandes potências da época.

Posteriormente, busca-se analisar o Conselho de Segurança de maneira específica, ressaltando a sua posição de destaque perante os demais órgãos da ONU e discorrendo a respeito de suas características como: composição, competência, poderes, processo decisório, resoluções e *modus operandi*. A partir de então, pretende-se apresentar as principais críticas feitas à estrutura atual do Conselho de Segurança, especialmente quanto a sua composição restrita e quanto ao poder de veto, para então analisar as principais propostas de reforma em discussão e os problemas que impedem a sua concretização.

Quanto à metodologia, utilizou-se o *Process Tracing*, método aplicado a estudos de caso ao longo do tempo para verificar a cadeia causal das variáveis explicativas (COLLIER e COLLIER, 1991), com o intuito de identificar os processos históricos que resultaram na criação do Conselho de Segurança da ONU e no *modus operandi* de sua atuação ao longo dos anos. De forma complementar, utilizou-se também o método chamado de *Path Dependence*, importante para a análise de períodos em que há uma ruptura de paradigma político ou econômico (MAHONEY, 2001), de modo a identificar os impactos do fim da Guerra Fria no âmbito da segurança coletiva.

O trabalho foi desenvolvido com base em fontes primárias e secundárias. Como fontes primárias, foram utilizados o Pacto da Sociedade das Nações, a Carta das Nações Unidas e outros documentos da própria ONU. Além das fontes primárias, foram utilizados também livros e artigos científicos de autores renomados que escrevem a respeito do tema.

## 1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA DE SEGURANÇA COLETIVA

A criação da Organização das Nações Unidas e de seu Conselho de Segurança nos remonta a um longo processo histórico que teve início ainda no século XVII e foi concluído ao final da Segunda Guerra Mundial. Ao longo deste lapso temporal foram desenvolvidos alguns arranjos políticos e jurídicos essenciais para compreendermos o sistema de segurança coletiva atual e a instituição responsável por gerenciá-lo.

O primeiro marco data do ano de 1648, quando foram assinados os Tratados de Westfália, declarando o fim da Guerra dos Trinta Anos e possibilitando o surgimento do Estado Moderno ao lhe inserir o elemento da soberania<sup>2</sup>, inexistente nas organizações políticas existentes até então.

---

<sup>2</sup> O conceito clássico de soberania surge no final do século XVI, junto com a formação do Estado moderno, para caracterizar a autoridade suprema que, dotada do monopólio da força sobre determinada população dentro de determinado território, unificava e concentrava o poder político. O soberano, único centro de poder, era o responsável por unificar os súditos de seu reino para a defesa do território nacional contra os inimigos estrangeiros. Inicialmente utilizada para descrever e legitimar o Estado absolutista e centralizador que substituiu a forma de organização política fragmentada e descentralizada da Idade Média, o conceito de soberania foi se ampliando para abranger outras formas de governo em que o poder seria

Os tratados de paz de Westfália tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano (DALLARI, 2007, p.70).

A partir deste momento, os Estados passaram a desempenhar um papel preponderante a nível internacional, onde seus interesses nacionais se sobrepunham a qualquer princípio ou autoridade religiosa de caráter universal. Em conjunto, eles promoveram seu reconhecimento mútuo, passando a interagir regularmente entre si e garantindo a cada um o direito à segurança como meio de preservação da própria existência. Neste sentido, Kennedy argumenta:

O aspecto mais significativo no cenário das grandes potências, depois de 1660, foi o amadurecimento de um sistema realmente multipolar de Estados europeus, cada qual com a tendência cada vez mais acentuada de tomar decisões sobre guerra e paz à base dos “interesses nacionais”, e não por motivos transnacionais, religiosos (KENNEDY, 1989, p.79).

Com relação às suas consequências ideológicas, Magnoli (2004, p. 37) aponta que os Tratados de Westfália serviram de base para o desenvolvimento das duas teorias tradicionais, e ao mesmo tempo contrastantes, das Relações Internacionais. Ele alega que os idealistas interpretaram esse marco histórico como o nascimento de uma ordem jurídica internacional, enquanto os realistas o atribuíram como a origem do sistema de equilíbrio europeu.

Já no século XIX, o Congresso de Viena de 1815 pode ser considerado como o acontecimento fundamental que instaurou um novo paradigma nas relações internacionais. Ao final das guerras napoleônicas, as potências europeias se reuniram e tomaram a importante decisão de evitar qualquer espécie de hegemonia unilateral, como o Império Napoleônico, por exemplo, que havia sido recém-derrotado. O novo sistema, portanto, estabeleceu a ideia de hegemonia coletiva, exercida pelas cinco grandes potências da época (Grã-Bretanha, Rússia, Áustria, Prússia e França), através de um controle mútuo entre elas, estabelecendo acordos e regras de conduta sob a pena de punição para aquele que as infringissem. Nas palavras de Amado Cervo:

O crescimento da associação anti-hegemônica, no período pós-renascentista, fez aflorar a ideia e estimulou a busca da balança do poder entre os europeus. Desde aí, a história dessa balança mostra que ela oscila entre os dois extremos de um espectro, no qual as relações internacionais deslocam-se do domínio hegemônico ao das múltiplas independências, passando por situações quase inumeráveis, como se fossem o movimento de um pêndulo que busca, no ponto de equilíbrio, seu ideal (CERVO, 2001, p.43).

Castro (2011, p. 50-52) aponta que esse equilíbrio de poder, conhecido como “concerto europeu”, serviu como um primeiro momento de referência para a criação da ONU e de seu Conselho de Segurança. Apesar de garantir um longo período de paz entre as potências europeias, o sistema de segurança coletiva do Congresso de Viena não conseguiu evitar a eclosão da Primeira Guerra Mundial em 1914.

Com o fim da primeira grande guerra em 1919, os países vitoriosos assinaram o Tratado de Versalhes, o qual previa a criação da Sociedade das Nações, a primeira organização internacional dotada de mecanismos jurídicos institucionalizados com o objetivo de gerir o sistema internacional pós-guerra e manter a paz e a segurança, evitando o recurso da guerra na solução dos conflitos. Segundo Castro (2011, p. 60), o Conselho da Sociedade das Nações iria influenciar fortemente o Conselho de Segurança da ONU ao proporcionar aos países vitoriosos na guerra o poder de gerir

---

entregue a uma assembleia, adequando-se ao advento do constitucionalismo, do parlamentarismo e da democracia (BOBBIO *et al*, 1998).

estrategicamente a nova ordem mundial. Essa instituição se mostrou ineficaz na solução de conflitos envolvendo as grandes potências, garantindo apenas 20 anos de paz no continente europeu. Sua falência foi decretada em 1939, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial. Sobre o seu fracasso, Nader profere a seguinte análise:

A Sociedade das Nações fracassou historicamente porque em nenhum momento se converteu em mecanismo eficiente e operativo de segurança coletiva. Nesses termos, os meios para o alcance dos Estados para o encaminhamento e solução de suas controvérsias revelaram-se insuficientes, razão pela qual o direito à guerra manteve-se como prerrogativa legítima das potências, até porque a proposta de criação de exército internacional voltado à defesa do sistema foi logo descartada (NADER, 2010, p.115).

Ao final da segunda grande guerra, com a vitória dos Aliados sobre o Eixo, formou-se uma nova ordem no cenário político internacional, materializada institucionalmente através da criação da Organização das Nações Unidas em 1945. Apesar de possuir tarefas das mais diversas (desenvolvimento socioeconômico, erradicação da pobreza, proteção ao meio ambiente, defesa dos direitos humanos, propagação da democracia, proteção a refugiados e demais grupos sociais vulneráveis, entre outros), a garantia da paz e da segurança a nível internacional é apontada pela maioria de seus analistas como a finalidade essencial da ONU, constituindo a própria razão de sua existência. Nader (2010) defende que esse fator eleva o Conselho de Segurança ao *status* de órgão mais importante.

## 2. O CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU

Apesar de a Carta da ONU não estabelecer uma hierarquia expressa entre seus órgãos, diversos autores consideram o Conselho de Segurança como o mais importante do sistema ONU a partir de uma interpretação jurídico-política sobre seu conteúdo. Ao longo da Carta das Nações Unidas, podemos extrair diversos dispositivos que corroboram essa tese. No tocante à manutenção da paz e da segurança internacionais, considerado como princípio fundamental da ONU, o artigo 12.1 evidencia o papel de preponderância do Conselho de Segurança com relação à Assembleia Geral, ao prever que:

Enquanto o Conselho de Segurança estiver exercendo, em relação a qualquer controvérsia ou situação, as funções que lhe são atribuídas na presente Carta, a Assembleia Geral não fará nenhuma recomendação a respeito dessa controvérsia ou situação, a menos que o Conselho de Segurança a solicite.

Ainda nesse tema, o artigo 24.1<sup>3</sup> define o Conselho de Segurança como o principal responsável pela manutenção da paz e da segurança internacionais, possuindo poderes inclusive para agir em nome dos países-membros da ONU.

Dentre desses poderes, destaca-se o artigo 34 da Carta, ao estabelecer que:

O Conselho de Segurança poderá investigar sobre qualquer controvérsia ou situação suscetível de provocar atritos entre as Nações ou dar origem a uma controvérsia, a fim de determinar se a continuação de tal controvérsia ou situação pode constituir ameaça à manutenção da paz e da segurança internacionais.

Enquanto outros órgãos da ONU podem apenas fazer recomendações aos seus membros, o artigo 25 da Carta, ao dispor que: “Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar

<sup>3</sup> “A fim de assegurar pronta e eficaz ação por parte das Nações Unidas, seus Membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade o Conselho de Segurança aja em nome deles.”



as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.”, confere ao Conselho de Segurança o poder de adotar resoluções vinculantes, fazendo com que todos os membros acatem suas ordens obrigatoriamente.

Embora a composição do Conselho de Segurança seja restrita, contando com apenas quinze membros, esse órgão age em nome de todos os 193 membros da ONU. Cinco desses membros são permanentes e possuem poder de veto, enquanto os outros dez possuem mandatos não permanentes e sem poder de veto, sendo eleitos por dois anos pela Assembleia Geral, conforme critérios envolvendo a contribuição destes para a manutenção da paz e da segurança internacionais e para os outros propósitos das Nações Unidas, assim como uma distribuição geográfica equitativa (Artigo 24 da Carta das Nações Unidas).

No que diz respeito aos membros permanentes - Estados Unidos da América, Rússia (substituindo a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas desde dezembro de 1991), República da China, Reino Unido e França – suas presenças se devem ao fato de terem vencido a Segunda Guerra Mundial em 1945 e, conseqüentemente, participado das negociações e acordos envolvendo a criação da ONU e a construção de um novo sistema de segurança coletiva.

Ao contrário da Assembleia Geral, na qual as decisões são tomadas pelo voto majoritário, sendo garantido a todos os países o igual direito de um único voto, o Conselho de Segurança faz uso de um procedimento mais restrito, podendo ser considerado como desigual e não democrático.

O processo decisório do Conselho de Segurança se fundamenta no artigo 27 da Carta da ONU, o qual estabelece que:

1. Cada membro do Conselho de Segurança terá um voto.
2. As decisões do conselho de Segurança, em questões processuais, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove Membros.
3. As decisões do Conselho de Segurança, em todos os outros assuntos, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes, ficando estabelecido que, nas decisões previstas no Capítulo VI e no parágrafo 3 do Artigo 52, aquele que for parte em uma controvérsia se absterá de votar.

Para que houvesse uma participação efetiva de todas as grandes potências, sob pena de esvaziamento do órgão, decidiu-se por adotar a regra da unanimidade consensual entre os membros permanentes nas decisões substanciais. Dessa forma, o artigo 27.3 da Carta possibilita a qualquer membro permanente vetar unilateralmente a aprovação de uma resolução que contrarie seus interesses, bastando apresentar um voto negativo. Apesar de não estar explícito, alguns autores entendem que esse dispositivo consagra a ideia de um “poder de veto” existente por parte dos membros permanentes. Durante a Guerra Fria, em decorrência do antagonismo ideológico existente entre EUA e URSS (ambos membros permanentes), observou-se uma excessiva utilização desse poder no âmbito do Conselho de Segurança, o que acabou por engessá-lo e paralisá-lo, minando a sua eficácia.

No entanto, a queda do muro de Berlim em 1989, a dissolução da URSS em dezembro de 1991 e o conseqüente fim da Guerra Fria estabeleceram um novo paradigma no cenário político internacional, o que acabou por refletir e gerar conseqüências também no Conselho de Segurança da ONU. A ordem bipolar que prevalecera até então é substituída por uma nova ordem mundial, marcada pelo triunfo do capitalismo, da democracia liberal e da globalização, sob a liderança dos EUA, que passam a exercer uma espécie de hegemonia unipolar. No âmbito do Conselho, especificamente, presencia-se uma drástica redução do uso do poder de veto por parte dos membros permanentes nos processos decisórios, indicando uma superação do impasse da rigidez bipolar.

Outro fator que ilustra essa nova realidade é o forte aumento no número de vezes em que o Capítulo VII foi invocado, além de um considerável aumento também no número de resoluções aprovadas desde o fim da Guerra Fria. Se entre 1980 e 1989, o Conselho de Segurança adotou 184 resoluções, entre 1990 e 1999 esse número subiu para 637 (AMORIM *et al.*, 2008, p. 18).

Assim, observa-se que esse órgão, apesar de ter sido criado para atuar de maneira extraordinária em casos concretos de ameaça à paz e à segurança internacionais, vem ampliando sua atuação de maneira quase que permanente. Além dessa maior atuação, a agenda do Conselho expandiu-se no sentido de debater e deliberar sobre novas questões temáticas que transcendem a esfera dos conflitos interestatais, como o nacionalismo, o terrorismo, a democracia e os direitos humanos. Sobre esse alargamento das atribuições do órgão, Patriota relata que:

Sem que haja convocado uma conferência de revisão da Carta para redefinir o mandato do Conselho de Segurança, preocupações ligadas a problemas humanitários, direitos humanos, terrorismo, a proteção da ordem democrática, a não proliferação passaram a ocupar um espaço crescente em sua agenda, redefinindo, em certa medida, o seu campo de ação. Nesse processo o Capítulo VII foi posto a serviço de uma concepção de paz e segurança internacionais menos tolerante em face da invocação de preceitos como o da igualdade soberana dos Estados ou o da não ingerência nos assuntos interno, sobretudo quando levantados como escudo para justificar atos de violência do Estado contra o indivíduo, para acobertar o terrorismo, para promover o armamentismo agressivo, para perpetuar formas flagrantes de injustiça (PATRIOTA, 2009, p. 163).

No início do século XXI, um novo fato iria mudar novamente os rumos da segurança coletiva internacional, afetando diretamente o Conselho de Segurança da ONU. Os ataques terroristas direcionados aos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001 e a consequente reação norte-americana acabariam por criar uma nova agenda, dessa vez pautada pelo unilateralismo estadunidense, destruindo as expectativas ainda existentes em relação ao multilateralismo como ideia central da segurança coletiva, que haviam se formado durante a atuação do Conselho de Segurança na Guerra do Golfo.

Em resposta aos ataques sofridos, o ex-presidente dos EUA, George W. Bush, deu início a uma nova política de combate ao terrorismo, utilizando-se da tese da legítima defesa preventiva para intervir militarmente contra qualquer Estado que ameaçasse sua segurança. Com base nessa tese, os EUA realizaram intervenções militares contra o Afeganistão (suposto refúgio do líder terrorista Osama Bin Laden) e contra o Iraque (país liderado pelo ditador Saddam Hussein, acusado de produzir armas de destruição em massa e sustentar o terrorismo internacional), sendo a última criticada veementemente por parte da academia, da imprensa e da diplomacia internacionais.

Conclui-se que esse episódio serviu para mostrar a fragilidade do Conselho de Segurança da ONU, incapaz de evitar que países com elevado poder político e militar (caso dos EUA) subjuguem países mais fracos através do uso da força. Além disso, observamos também a utilização do Conselho por parte dos EUA como instrumento a serviço de seus interesses nacionais, substituindo a produção multilateral de consensos por um unilateralismo hegemônico. Nesse sentido, Castro (2011) revela que o combate ao terrorismo promovido pela Doutrina Bush foi transplantado para o comportamento decisório do Conselho de Segurança, levando as posições adotadas pela política externa americana para dentro do órgão e interferindo em sua atuação.

Todo esse contexto de mudança presente na política internacional do pós-Guerra Fria, envolvendo o surgimento de novos problemas que afetam a segurança coletiva (como o terrorismo internacional) e a consequente ampliação da agenda do Conselho de Segurança, reforça a necessidade de haver uma reforma em sua estrutura, capaz de acompanhar as mudanças da ordem mundial e atender de maneira mais efetiva e legítima os novos anseios decorrentes dessas mudanças.

### **3. CRÍTICAS AO CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU**

Desde a sua criação, o Conselho de Segurança da ONU é alvo de diversas críticas, tanto por parte da academia quanto por parte dos governos nacionais, principalmente daqueles países que não possuem mandato permanente no órgão. Ao longo do tempo, devido a alguns fracassos decorrentes

de suas atuações, as críticas foram se intensificando, trazendo junto com elas reivindicações para sua reforma. De maneira geral, as críticas versam sobre a sua carência de legitimidade e sua ineficácia na resolução de determinados conflitos relevantes. A primeira se refere ao seu processo decisório restrito e excludente, contando com a presença de apenas 15 países (de um total de 193), sendo que apenas cinco desses são permanentes e possuem poder de veto. A segunda se refere ao uso desse poder de veto como forma de paralisar a atuação do Conselho na resolução de conflitos internacionais, além de servir também para preservar os interesses das grandes potências vitoriosas da Segunda Guerra Mundial em detrimento dos interesses de toda a coletividade internacional.

Tarragô (2010, p. 32), ao criticar o Conselho de Segurança como um todo, aponta que o órgão enfrenta atualmente um déficit de legitimidade (referente ao questionamento de suas decisões pela falta de participação de países considerados como relevantes e também daqueles envolvidos nos conflitos de forma direta), de representatividade (devido à perda relativa de importância dos membros permanentes em virtude do advento de novos atores no cenário internacional), de eficiência (já que a implementação de algumas de suas decisões, além de trazer custos excessivos, não consegue atingir sua finalidade) e de transparência (pois a restrição de seu processo decisório exclui países interessados em contribuir com a solução de conflitos, além do fato de o poder de veto ser questionado quando utilizado contrariamente à opinião majoritária da comunidade internacional).

Importante destacar também que o sistema de segurança coletiva da ONU foi desenvolvido para atuar exclusivamente no campo militar, evitando novas guerras interestatais. Atualmente, no entanto, as ameaças à segurança coletiva não mais se limitam às guerras entre Estados. Novos problemas como as guerras civis, os genocídios, o terrorismo, a miséria, entre outros, fazem com que seja impossível isolar a segurança coletiva de outros fatores como o desenvolvimento econômico e os direitos humanos. Como bem aponta o ex-Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, em seu informe intitulado “Um conceito mais amplo de liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos”:

Assim sendo, não podemos usufruir do desenvolvimento sem segurança, não podemos usufruir da segurança sem desenvolvimento, e não podemos usufruir de uma coisa nem outra sem que haja respeito pelos direitos humanos. Se não promovermos todas estas causas, nenhuma delas triunfará. Neste novo milênio, o trabalho das Nações Unidas tem de levar o nosso mundo a aproximar-se do dia em que todas as pessoas tenham a liberdade de escolher o tipo de vida que desejam levar, tenham acesso aos recursos necessários para que essa escolha seja profícua, e usufruam da segurança necessária para garantir a possibilidade de a viverem em paz (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005a, p. 6).

Cabe então ao Conselho inserir essas novas problemáticas em suas deliberações, uma vez que a pobreza e a restrição a direitos humanos fundamentais estão intrinsecamente ligados aos conflitos que abalam a segurança internacional.

### *3.1. Quanto a sua composição*

Um dos principais pontos controvertidos envolvendo o atual modelo do Conselho de Segurança da ONU é a sua composição, caracterizada por uma baixa representatividade que acaba contribuindo também para a carência de legitimidade de suas decisões, tendo em vista a restrição de seu processo deliberativo.

No tocante aos membros permanentes, especificamente, as críticas são mais contundentes pelo fato de eles ainda refletirem o contexto político internacional do pós- Segunda Guerra Mundial, ignorando as profundas alterações ocorridas até o presente momento, especialmente com o fim da Guerra Fria.

Tarragô questiona a compatibilidade da atual composição do Conselho frente ao novo contexto:

O fim da rivalidade ideológica Leste-Oeste, a perda relativa de poder de alguns membros permanentes, o surgimento de novas potências econômicas e a emergência de conflitos de natureza assimétrica e sem obedecer, necessariamente, a uma lógica de divisão de poder mundial introduziram fortes pressões sobre as possibilidades de o Conselho, com sua atual composição e distribuição de assentos, continuar a exercer seu papel com efetividade (TARRAGÓ, 2010, p. 33).

Com relação à distribuição geográfica, existe uma assimetria acentuada nas cadeiras permanentes do Conselho. Os Estados da África, da América Latina e do Caribe não possuem nenhum assento permanente, enquanto a Ásia, continente mais populoso, possui apenas um: a China. Em contrapartida, a Europa detém três dos cinco assentos permanentes. Evidencia-se, portanto, a sub-representação de um vasto contingente populacional no âmbito do órgão. Por esse motivo, a inclusão de líderes regionais, tais como o Brasil, a África do Sul e a Índia, como membros permanentes é amplamente debatida pela comunidade internacional. Soares reforça essa ideia ao afirmar que:

Maior responsabilidade reforça a exigência de maior representatividade (já requerida pela evolução do sistema internacional contemporâneo). Como justificar que, em cinco membros permanentes, a Europa disponha de três vetos? Como manter sem modificação um esquema de sessenta e quatro anos? Como sustentar a imunidade dos cinco membros permanentes quando ações suas ameaçam a paz e a segurança internacionais (Vietnã, Irlanda do Norte, Argélia, Tibete, Chechênia)? (SOARES, 2010, p. 22).

Podemos concluir, portanto, que o destaque atribuído aos vencedores da Segunda Guerra Mundial no arcabouço institucional do Conselho de Segurança, gerando uma distribuição desigual de poder entre membros permanentes e rotativos, não é mais compatível com o atual contexto político internacional. Ressalta-se, ainda, o fato de os membros permanentes representarem seus próprios interesses em detrimento dos interesses da comunidade internacional, muitas vezes ameaçando a paz e a segurança ao invés de preservá-las.

### *3.2. Quanto ao poder de veto*

Outro ponto fortemente criticado envolvendo o Conselho de Segurança é o poder de veto. Nader (2010, p. 22) nos informa que esse poder foi atribuído aos membros permanentes no intuito de evitar o esvaziamento da instituição por meio da retirada das grandes potências que não concordassem com as decisões tomadas. Rosas (2005, p. 832) complementa essa ideia afirmando que este era o preço que a ONU deveria pagar para manter a presença dos países mais influentes do sistema internacional em sua composição, sob pena de repetir o fracasso da Sociedade das Nações, sua antecessora, que se caracterizou pela incapacidade de manter em seu interior as grandes potências da época.

Apesar dessas justificativas, a utilização do poder de veto acabou imobilizando o Conselho de Segurança por diversas vezes, prejudicando consideravelmente a sua eficácia, principalmente durante a Guerra Fria, em virtude da rivalidade bipolar entre EUA e URSS, ambos membros permanentes. Mattos (2002) relata que o uso do veto prejudicou a resolução de conflitos internacionais como nos casos da Indonésia, Caxemira, Coreia, Congo, Chipre e Oriente Médio.

Além da questão da eficácia, critica-se ainda o fato de que os membros não permanentes são dotados de reduzida capacidade de influência nas decisões substantivas, de importância bem mais elevada que as decisões sobre questões processuais, nas quais o veto não é admitido. Dessa forma, a realidade atual nos aponta que a possibilidade de um membro permanente do Conselho opor-se a uma decisão substantiva e vetá-la sem qualquer justificativa, além de paralisar e enfraquecer a organização como um todo, é incompatível com o princípio da igualdade jurídica entre os Estados. O art. 2,1 da Carta das Nações Unidas dispõe que: "A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.". A igualdade, portanto, possui caráter meramente formal já que, apesar

de todos terem direito ao voto, apenas cinco possuem o direito de vetar decisões tomadas pela maioria.

#### 4. PROPOSTAS DE REFORMA

Em virtude das críticas mencionadas acima, surgiram ao longo dos anos diversas propostas de reforma com o intuito de corrigirem alguns dos vícios presentes na estrutura do Conselho de Segurança.

##### 4.1. Plano Razali

O Plano Razali foi uma resolução da Assembleia Geral, idealizada por seu presidente, o Embaixador Razali da Malásia, em 1997. De maneira geral, o documento reivindicava uma maior representação regional no âmbito do Conselho de Segurança. Para isso, propunha algumas reformas ao órgão, dentre as quais podemos destacar (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997):

- a. O aumento do número de membros do Conselho de Segurança de 15 para 24;
- b. A criação de cinco novos assentos permanentes, sem poder de veto, eleitos pela Assembleia Geral e distribuídos da seguinte forma: um para países em desenvolvimento da África, um para países em desenvolvimento da Ásia, um para países em desenvolvimento da América Latina e do Caribe e dois para países industrializados;
- c. A criação de quatro novos assentos não permanentes, um para cada continente;
- d. A necessidade da gradativa redução do uso do poder de veto por parte dos cinco membros permanentes já existentes (EUA, URSS, China, França e Reino Unido).

O Plano Razali, apesar de ser um marco referencial importante, fracassou em virtude da falta de vontade política por parte dos membros permanentes que deveriam aprová-lo e de erros estratégicos que impossibilitavam sua efetivação no médio prazo, como o fato de não ter levado em consideração o jogo de poder internacional e a relação de interesses entre os membros permanentes (CASTRO, 2011).

##### 4.2. Propostas defendidas por Kofi Annan

O ex-Secretário Geral da ONU (entre 1997 e 2007), Kofi Annan, em seu informe de 2005 intitulado “Um conceito mais amplo de liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005a), defende a ideia de ampliação do Conselho de Segurança, de modo a incluir aqueles países que realizam relevantes contribuições financeiras à ONU.

Ao alegar que o Conselho de Segurança deve representar de forma ampla todas as realidades do poder no mundo atual, Annan apoia as propostas apresentadas no relatório do Grupo de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudança sobre a reforma do Conselho de Segurança. Na ocasião, duas propostas de reforma distintas foram apresentadas:

- a. O modelo A propõe a criação de seis novos assentos permanentes<sup>4</sup>, sem direito a veto, somados a treze assentos não permanentes<sup>5</sup> divididos entre as principais zonas geográficas, com mandato de dois anos;
- b. O modelo B, por sua vez, não propõe a criação de novos assentos permanentes, mas sim de uma nova categoria de membros denominados semi-permanentes, os quais contariam com um mandato renovável de quatro anos, para a qual seriam reservadas oito vagas<sup>6</sup>, além de mais um assento para membro não permanente conforme o padrão em vigência.

<sup>4</sup> 2 (dois) para a África; 2 (dois) para a Ásia e Pacífico; 1 (um) para a Europa e 1 (um) para as Américas.

<sup>5</sup> 4 (quatro) para a África; 3 (três) para a Ásia e Pacífico; 2 (dois) para a Europa e 4 (quatro) para as Américas.

<sup>6</sup> Duas vagas para cada continente.

### Caixa 5

#### Reforma do Conselho de Segurança: modelos A e B

Segundo o modelo A, seriam criados seis novos lugares permanentes sem direito de veto e três novos lugares não permanentes, com o mandato de dois anos, assim repartidos pelas principais regiões:

Região	No. de Estados	Lugares permanentes		Lugares com mandato de dois anos (não-renovável)	Total
		(já existentes)	Novos lugares permanentes		
África	53	0	2	4	6
Ásia e Pacífico	56	1	2	3	6
Europa	47	3	1	2	6
Américas	35	1	1	4	6
<b>Total modelo A</b>	<b>191</b>	<b>5</b>	<b>6</b>	<b>13</b>	<b>24</b>

O modelo B implica a criação não de novos lugares permanentes mas sim de uma nova categoria de oito lugares com mandato renovável de quatro anos e um novo lugar com um mandato não-renovável de dois anos. A repartição pelas principais regiões seria a seguinte:

Região	No. de Estados	Lugares permanentes (já existentes)	Novos lugares com mandato renovável de quatro anos	Lugares com mandato não-renovável de dois anos	Total
África	53	0	2	4	6
Ásia e Pacífico	56	1	2	3	6
Europa	47	3	2	1	6
Américas	35	1	2	3	6
<b>Total modelo B</b>	<b>191</b>	<b>5</b>	<b>8</b>	<b>11</b>	<b>24</b>

Fonte: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005a.

Em ambos os casos, o número de membros do Conselho saltaria de 15 para 24. Apesar de sua inovação, as propostas defendidas por Kofi Annan não afetavam o poder de veto dos membros permanentes que já o detém, o que é passível de crítica, pois, de certa forma, a estrutura de poder existente no Conselho de Segurança se manteria inalterada.

#### 4.3. G4

A ideia de que determinados países deveriam passar a fazer parte do Conselho de Segurança como membros permanentes fez com que surgissem grupos como o G4, composto por Brasil, Índia, Alemanha e Japão, pleiteando de maneira conjunta o acesso aos possíveis novos assentos. De maneira geral, tais países se proclamam como qualificados para exercer tal função, cada um com os seus argumentos individuais. Alegam, ainda, que sua incorporação ao sistema decisório do Conselho de Segurança aumentariam a representatividade, a efetividade e o equilíbrio de poder do órgão.

O Japão e a Alemanha, excluídos dos arranjos negociais para a criação da ONU em virtude de suas derrotas na Segunda Guerra Mundial, não foram contemplados com os mesmos privilégios dos países vencedores, ou seja, não receberam o *status* de membro permanente do Conselho de Segurança. Passadas algumas décadas, esses países atualmente se apresentam como duas das maiores potências econômicas mundiais (atrás apenas de China e Estados Unidos), figurando há anos entre os maiores contribuintes orçamentários da ONU (NADER, 2010, p. 275). Além disso, exercem um papel de liderança em seus respectivos continentes.

O Brasil e a Índia representariam os países emergentes em virtude da posição de destaque que apresentam dentre eles. Dessa forma, garantiriam o equilíbrio entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, fortalecendo a ideia de democracia no âmbito do Conselho de Segurança. Nesse sentido, Amorim argumenta que:

[...] uma admissão dos dois [Japão e Alemanha], apenas, encontraria sérias dificuldades eleitorais na Assembleia Geral, onde é de prever que mais de um terço dos países não encontrariam justiça ou acerto político numa decisão que excluísse representação permanente dos países em desenvolvimento no Conselho [...] Um Conselho integrado apenas por países industrializados ou nucleares daria uma mensagem arrevesada ao mundo. Não podendo se superdesenvolver a curto prazo, alguns países seriam tentados a provar o caminho da bomba, em busca de autorização e reconhecimento (AMORIM, 1995, p. 10).

No caso específico do Brasil, pesa o fato de o país exercer destaque econômico e político na América Latina, região que não possui nenhum membro permanente no Conselho. Além disso, possui uma democracia consolidada, é reconhecido por adotar uma postura historicamente pacifista e, ao lado do Japão, é o Estado que mais vezes exerceu o cargo de membro não permanente. Já a Índia destaca-se por ser uma potência militar (possui bomba nuclear) e por seu peso populacional, possuindo o segundo maior contingente humano do mundo, atrás apenas da China.

Em julho de 2005 o G4 apresentou formalmente a sua proposta de reforma à Assembleia Geral da ONU, que consistia na criação de seis novos assentos permanentes no Conselho de Segurança: quatro aos membros do grupo e dois a Estados africanos<sup>7</sup> (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005b). A inclusão dos países africanos é explicada, em parte, devido à elevada representação que eles possuem na Assembleia Geral, facilitando assim a aprovação do modelo.

#### 4.4. *União Africana*

Esse grupo, formado por 44 países africanos<sup>8</sup>, defende a criação de seis novos assentos permanentes: dois para a Ásia, dois para a África, um para a América Latina e Caribe e um para Europa Ocidental e outros Estados. Ao contrário da proposta do G4, Os novos membros permanentes gozarão do mesmo direito de veto que os cinco membros permanentes atuais.

Ao contrário do G4, que optou por adiar a discussão sobre o poder de veto para evitar resistências por parte dos cinco membros permanentes, a União Africana se posicionou no sentido de que a reforma deveria estender o poder de veto aos novos membros permanentes, ou então extingui-lo por completo e acabar com esse privilégio que representa uma relação desigual de poder dentro do órgão (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005c).

#### 4.5. *Unidos pelo Consenso (Uniting for Consensus - UfC)*

A proposta de reforma do Conselho de Segurança articulada pelos Estados componentes do G-4 gerou a oposição por parte de Estados rivais dos quatro principais candidatos a novos membros permanentes.

No âmbito europeu, a Itália se opõe à candidatura alemã pelo fato de também buscar exercer um papel de destaque na política internacional. No leste asiático, a China e a Coreia do Sul rejeitam a candidatura japonesa devido a rancores antigos envolvendo o fato de o Japão ter invadido a

<sup>7</sup> Os Estados que assinam a propostas juntamente com o G4 são: Afeganistão, Bélgica, Butão, Dinamarca, Fiji, França, Geórgia, Grécia, Haiti, Honduras, Islândia, Ilhas Salomão, Kiribati, Letônia, Maldivas, Nauru, Palau, Paraguai, Polônia, Portugal, República Checa, Tuvalu e Ucrânia.

<sup>8</sup> Argélia, Angola, Botswana, Burkina Faso, Camarões, Cabo Verde, Chade, Congo, Costa do Marfim, Djibouti, Egito, Guiné Equatorial, Etiópia, Gabão, Gâmbia, Gana, Guiné, Guiné-Bissau, Quênia, Libéria, Líbia, Madagáscar, Malawi, Mali, Mauritânia, Maurícias, Moçambique, Namíbia, Níger, Nigéria, Ruanda, São Tomé e Príncipe, Senegal, Seicheles, Serra Leoa, Somália, África do Sul, Sudão, Tunísia, Uganda, República Unida da Tanzânia, Zâmbia e Zimbabwe.

Manchúria (território chinês) e a Península da Coreia antes da Segunda Guerra Mundial. A candidatura da Índia é contestada pelo Paquistão, país vizinho com quem possui antiga rivalidade cultural e territorial (disputa pela Caxemira). Por fim, na região latino-americana, países como México e Argentina competem com o Brasil pela posição de líder regional (NADER, 2010).

Alguns dos países<sup>9</sup> que se opõem ao G4 fundaram o grupo “Unidos pelo Consenso”, liderado pelo Paquistão. Esse grupo realizou uma proposta de reforma alternativa segundo a qual o Conselho de Segurança deveria contar com um total de 25 membros, mantendo-se os cinco membros permanentes atuais acrescentados de 20 membros não permanentes com mandato de dois anos, cuja distribuição geográfica se daria da seguinte forma: seis africanos, cinco asiáticos, quatro latino-americanos, três europeus ocidentais e dois europeus orientais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005d).

#### 4.6. Situação atual

Mesmo com a não concretização de nenhuma das propostas apresentadas, o tema continuou a ser debatido ao longo dos últimos anos. Em 2015, na ocasião do aniversário de 70 anos da ONU, o presidente da Assembleia Geral, Sam Kutesa (Uganda) retomou o debate ao reafirmar que a ampliação do Conselho de Segurança e a sua representação igualitária continuam sendo pautas prioritárias de sua agenda.

Após a convocação uma reunião plenária, um projeto de texto sobre a reforma do Conselho foi adotado por consenso. Tal projeto contém as posições de diversos membros da ONU e estabelece um marco inicial para o processo de reforma que continuará sendo discutido nas próximas sessões por meio de negociações intergovernamentais nas quais serão ouvidas todas as delegações que quiserem manifestar suas opiniões.

A decisão foi considerada de extrema importância, pois foi a primeira vez desde o início das negociações intergovernamentais que um documento sobre a reforma do Conselho de Segurança foi emitido de forma oficial pela Assembleia Geral. A partir de agora, todas as cartas e documentos sobre o assunto que chegarem ao órgão serão disponibilizados em sua página oficial, de modo a garantir um procedimento aberto e transparente (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015).

### 5. OBSTÁCULOS À REFORMA

No plano jurídico, a reforma esbarra na rigidez do processo de emenda à Carta da ONU, regulamentado pelos artigos 108 e 109, os quais indicam que qualquer reforma no órgão dependerá da aprovação unânime de seus cinco membros permanentes. Isso constitui um grande entrave, pois esses países, em regra, não permitiriam que seu poder fosse limitado ou diluído, o que certamente ocorreria com a entrada de novos membros permanentes no órgão. Quanto à possibilidade de reforma, Bertrand se posiciona de forma pessimista:

O clima político que reina nos Estados Unidos, Europa, Japão, Rússia ou China não permite considerar a eventualidade da aplicação de uma reforma importante. Os procedimentos de reforma previstos nos artigos 108 e 109 da Carta da ONU, que requerem uma maioria de dois terços dos votos dos Estados Membros, incluindo os dois 5 membros permanentes do Conselho de Segurança, para a adoção de uma emenda, não deixam qualquer esperança em conseguir obter um acordo dessa amplitude sobre qualquer que seja a reforma (BERTRAND, 1995, p. 87).

Além disso, a reforma também esbarrou e continua esbarrando em questões políticas. As incompatibilidades e conflitos de interesse entre as diferentes propostas (principalmente por parte

<sup>9</sup> Paquistão, Itália, Canadá, Colômbia, Costa Rica, Espanha, México, Malta, San Marino, Coreia do Sul, Turquia, Argentina e Indonésia.



dos grupos G4 e Unidos Pelo Consenso) representam um grande problema. O próprio G4 apresenta-se atualmente com divergências internas, pois enquanto a Índia mantém uma postura firme quanto ao modelo apresentado, os outros países (principalmente a Alemanha) adotam uma posição mais flexível, buscando uma solução intermediária que possa conquistar maior apoio (TARRAGÓ, 2010, p. 38). Além disso, também não há consenso a respeito das duas vagas que o G4 propõe à África, havendo uma forte disputa no continente envolvendo Egito, Nigéria e África do Sul, candidatos mais fortes à ocupação destas vagas (NADER, 2010, p. 396).

Outro importante fator de discórdia refere-se à extensão da prerrogativa do veto aos novos membros permanentes. Enquanto os países africanos a defendem, de modo a garantir a igualdade plena entre os antigos e novos membros permanentes, o G4 já se manifestou no sentido de dispor inicialmente desse privilégio, protelando o debate para uma conferência de revisão futura. Alguns países reivindicam ainda a limitação ao uso do veto ou até mesmo a sua revogação, postura obviamente rechaçada por parte dos membros permanentes. Sobre esse tema, Nader (2010, p. 432) aponta que a extensão do veto a novos membros representaria uma redução na eficácia do Conselho de Segurança. Por esse motivo, defende o procedimento inverso, no sentido de eliminar este mecanismo causador de entrave às deliberações do órgão.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de um retrospecto histórico a respeito do sistema de segurança coletiva e de uma análise sistemática do Conselho de Segurança das Nações Unidas podemos observar que o referido órgão, responsável por gerenciar a segurança coletiva na atualidade, repetiu alguns dos erros cometidos pelos institutos que o antecederam (Congresso de Viena e Sociedade das Nações). Dente eles, destaca-se a desigualdade entre os Estados, a partir da qual as questões de segurança e a guarda de valores de apelo universal cabem somente às grandes potências. A repetição dessa fórmula arcaica por parte do Conselho de Segurança acaba tornando cada vez mais difícil o seu êxito na solução de problemas recentes e globais, que exigem a participação de novos atores internacionais, como a proteção aos direitos humanos e o combate ao terrorismo e ao narcotráfico.

Ao tutelar assuntos de extrema importância para o sistema internacional como a manutenção da paz e da segurança, é inaceitável, do ponto de vista democrático, que apenas cinco potências ainda detenham o poder de veto de forma concentrada, considerando as intensas mudanças geopolíticas e econômicas ocorridas depois de 1945, principalmente aquelas decorrentes do fim da Guerra Fria e da dissolução do bloco soviético. Amorim (AMORIM *et al*, 2008), de maneira precisa, ressalta que nenhuma organização resiste ao tempo se não souber se adaptar às novas realidades.

Na medida em que sua atuação sofre uma relevante expansão, envolvendo tanto o aumento de resoluções quanto a ampliação temática de sua agenda, aumenta-se também o apelo de muitos Estados para que as decisões do Conselho de Segurança tornem-se mais eficazes, representativas e legítimas. A defesa da reforma do Conselho de Segurança por parte de estudiosos do Direito Internacional, da opinião pública mundial e de alguns agentes políticos representantes de seus Estados nacionais constitui uma forte pressão sobre os membros permanentes do órgão. Além disso, o fato de o tema ser constantemente debatido na academia e nos diversos foros internacionais (principalmente dentro da própria ONU), resultando inclusive em propostas concretas de reforma, significa que tal pretensão está longe de ser apenas um discurso, mesmo se considerarmos as dificuldades que ela enfrenta.

Ainda assim, é importante destacar que, ao contrário do que vem sendo apresentado na grande maioria das propostas concretas, a reforma do Conselho de Segurança não estará completa com a sua simples expansão, ou seja, o aumento do número de assentos permanentes e não permanentes. Apesar de essa expansão representar um grande avanço em termos de representatividade e legitimidade, é preciso também eliminar ou ao menos limitar o poder de veto, de modo a reduzir os entraves decorrentes de sua utilização e garantir maior eficácia ao órgão, além de estabelecer a

igualdade plena entre seus membros, respeitando o art. 2,1<sup>10</sup> da Carta da ONU.

As organizações internacionais são, ou ao menos deveriam ser, entidades que se transformam com o passar do tempo, acompanhando as mudanças sociais e políticas. Com relação ao Conselho de Segurança da ONU, apesar de sua reforma exigir uma alteração na Carta das Nações Unidas e esta somente poder ser feita com o voto de todos os atuais membros permanentes, não será diferente.

Diante do exposto, é possível apontar que a composição atual do Conselho de Segurança não reflete mais as necessidades da ordem internacional. Portanto, são fortes os indícios de que, eventualmente, os cinco países privilegiados cederão às pressões externas, chegando a um acordo sobre as mais diversas propostas de reforma deste tão criticado órgão. Trata-se de um ato necessário para restaurar sua credibilidade perante a comunidade internacional e reforçar a multilateralidade da nova ordem mundial, aproximando-se cada vez mais de sua finalidade principal: a obtenção da paz.

## REFERÊNCIAS

- AMORIM, Celso. **A Reforma da ONU**. Conferência proferida no IEA em 2 de abril de 1998. Disponível em: <[http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/amorimonu.pdf/at\\_download/file](http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/amorimonu.pdf/at_download/file)>. Acesso em 30 de janeiro de 2016.
- AMORIM, Celso. **O Brasil e o Conselho de Segurança das Nações Unidas**. São Paulo: Paz e Terra, v. 3, n. 4, mar. 1995.
- AMORIM, Celso; *et al.* **O Brasil e a ONU**. Brasília: FUNAG, 2009.
- ANNAN, Kofi. **Dentro de uma liberdade mais ampla**: momento de decisão nas Nações Unidas. Política Externa. São Paulo: Paz e Terra, v. 14, n. 2, set./out./nov. 2005.
- BERTRAND, Maurice. **A ONU**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política vol. I**. 11ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- CASTRO, Thales. **Conselho de Segurança da ONU: Unipolaridade, Consensos e Tendências**. 1ª Ed.(2007), 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.
- CERVO, Amado. Hegemonia coletiva e equilíbrio. In: SARAIVA, José. **Relações Internacionais: Dois Séculos de História**. Cap. 2, p. 41-75. Brasília: IBRI, 2001.
- COLLIER, Ruth Berins; COLLIER, David. **Shaping the Political Arena: Critical Junctures, the Labor Movement, and Regime Dybamis in Latin America**. New Jersey, Princeton University Press, 1991.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOPCKE, Wolfgang. Apogeu e colapso do sistema internacional europeu. In: SARAIVA, José. **Relações Internacionais: Dois Séculos de História**. Cap. 3, p. 77-129. Brasília: IBRI, 2001.
- HOBBSAWM, Eric J. **Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- KENNEDY, Paul. **Ascensão e queda das grandes potências: transformação econômica e conflito militar de 1500 a 2000**. Tradução de Waltensir Dutra. 21ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1989.
- MAHONEY, James. **Path-dependent explanations of regime change: Central America in comparative perspective**. In: Studies in Comparative International Development, vol. 36, n. 1, 2001, pp. 111-141.
- MAGNOLI, Demétrio. **Relações Internacionais: Teoria e História**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Os limites jurídicos à atuação do Conselho de Segurança da ONU**. Curitiba: Juruá, 2009.
- MATTOS, Aderbal Meira. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NADER FILHO, Adalberto Simão. **Conselho de Segurança e o seu papel no século XXI: ONU por um mundo uno**. Curitiba: Juruá, 2010.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **General Assembly Adopts, without Vote, 'Landmark' Decision on Advancing Efforts to Reform, Increase Membership of Security Council**. Sixty-ninth Session: 2015. Documento disponível em:  
<<http://www.un.org/press/en/2015/ga11679.doc.htm>>. Acesso em 30 de janeiro de 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Relatório do Secretário-Geral A/59/2005: 2005a**. Disponível em: <[http://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/in\\_larger\\_freedom\\_PT.pdf](http://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/in_larger_freedom_PT.pdf)>. Acesso em 30 de janeiro de 2016.

<sup>10</sup> A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Projeto A/59/L.64 (G4)**: 2005b. Disponível em: <[http://csnu.itamaraty.gov.br/images/19.\\_A\\_59\\_L64\\_G4.pdf](http://csnu.itamaraty.gov.br/images/19._A_59_L64_G4.pdf)>. Acesso em 30 de janeiro de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Projeto A/59/L.67 (União Africana)**: 2005c. Disponível em: <[http://csnu.itamaraty.gov.br/images/20.\\_A\\_59\\_L\\_67\\_Uni%C3%83%C2%A3o\\_Africana.pdf](http://csnu.itamaraty.gov.br/images/20._A_59_L_67_Uni%C3%83%C2%A3o_Africana.pdf)>. Acesso em 30 de janeiro de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Projeto A/59/L.68 (Uniting for Consensus)**: 2005d. Disponível em: <[http://csnu.itamaraty.gov.br/images/21.\\_A\\_59\\_L\\_68\\_Uniting\\_for\\_Consensus.pdf](http://csnu.itamaraty.gov.br/images/21._A_59_L_68_Uniting_for_Consensus.pdf)>. Acesso em 30 de janeiro de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução A/RES/51/47**: 1997. Disponível em: <[http://csnu.itamaraty.gov.br/images/15.\\_A-51-47\\_Plano\\_Razali.pdf](http://csnu.itamaraty.gov.br/images/15._A-51-47_Plano_Razali.pdf)>. Acesso em 30 de janeiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco: 1945. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)>. Acesso em 30 de janeiro de 2016.

PATRIOTA, Antônio. **O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo**: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva. 2ª Ed. Brasília: FUNAG, 2009.

ROSAS, Maria Cristina. 60 años de la ONU: qué debe cambiar? **Comercio Exterior**, v. 55, n. 10, 2005, p. 832-846.

SATO, Eiiti. Conflito e cooperação nas relações internacionais: as organizações internacionais no século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 46, n. 2, p. 161-176, 2003.

SOARES, João Clemente Baena. Breve Considerações Sobre a Reforma da ONU. IN: Seminário Sobre A Reforma da ONU, 2009, Rio de Janeiro. Reforma da ONU, IV Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional - IV CNPEPI "**O Brasil no mundo que vem aí**". p. 7-26. Brasília: FUNAG, 2010.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. **Pacto da Sociedade das Nações**. Aprovado na Conferência de Versalhes: 1919. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/pacto-da-sociedade-das-nacoes-1919.html>>. Acesso em 30 de janeiro de 2016.

TARRAGÔ, Piragibe dos Santos. A reforma da ONU: a Comissão de Construção da Paz e ampliação do Conselho de Segurança. IN: Reforma da ONU, IV Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional - IV CNPEPI "**O Brasil no mundo que vem aí**". p. 27-42. Brasília: FUNAG, 2010.

RECEBIDO EM: 11/01/2016 APROVADO EM: 31/01/2016
--

**A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE QUEM OCUPA POSIÇÃO DE LIDERANÇA NA PESSOA COLETIVA OU ENTIDADE EQUIPARADA PELO PAGAMENTO DE MULTA PENAL E A SUA (IN)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL.**

**LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LOS QUE OCUPAN POSICIÓN DEL LIDERAZGO DE LA PERSONA COLECTIVA O ENTIDADE EQUIPARADA PARA EL PAGO DE MULTA PENAL Y SU (IN) CONFORMIDAD CONSTITUCIONAL.**

Ana Paula Gonzatti da Silva<sup>1</sup>

**RESUMO:** Em 2007, foi introduzida no Código Penal Português a previsão da responsabilidade subsidiária daqueles que ocupam liderança em pessoa coletiva ou entidade equiparada para o pagamento de multas ou indenizações, caso a pessoas jurídicas sejam condenadas em processo criminal. A citada novidade legislativa acarretou, entretanto, debate no meio acadêmico português, posto que a constitucionalidade de tal dispositivo (art.11, n.9) tem sido muito questionada frente aos princípios da culpabilidade, da intransmissibilidade das penas e do *non bis in idem*, razão pela qual propomos esse estudo. A pesquisa teve como objetivo criar as condições acadêmicas ideais para uma análise efetiva do tema-problema. Metodologicamente, realizou-se um estudo de caso com análise teórica quanto ao enfoque; bibliográfica e documental, quanto à forma de coleta de dados; investigativa, quanto à natureza do produto final. A técnica utilizada para análise dos dados colhidos foi a dedutiva. A formatação do texto e as referências seguem o padrão estabelecido pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**Palavras-chave:** Responsabilidade penal subsidiária. Pena de multa. Pessoa individual e coletiva. Constitucionalidade.

**RESUMEN:** En 2007, se introdujo en el Código Penal Portugués la previsión de la responsabilidad solidaria de las personas que ocupan posición de liderazgo de la persona jurídica o entidad equivalente al pago de penas de multas o indemnizaciones si las corporaciones son condenadas en proceso penal. La novedad legislativa mencionada trajo, sin embargo, debate en el medio académico portugués, ya que la constitucionalidad de esta disposición (artículo 11, n.9) ha sido muy cuestionada delante los principios de la culpabilidad, de la no transferibilidad de las penas y el principio del *non bis in idem*, razón por que proponemos este estudio. La investigación tuvo como objetivo crear las condiciones ideales para el análisis académico efectiva del tema-problema. Metodológicamente, se realizó un estudio teórico con respecto al enfoque; bibliográfico y documental, relativamente a la recogida los datos; de naturaleza investigativa, con respecto a la naturaleza del producto final. El formato del texto y las referencias siguen el patrón establecido por los estándares de la Asociación Brasileña de Normas Técnicas (ABNT).

**Palabras clave:** Responsabilidad penal subsidiaria. Pena de multa. Persona individual y colectiva. Constitucionalidad.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela URGs (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Doutoranda em Ciências Jurídico-penais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito penal e processual penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico (vinculado à Universidade de Coimbra). Pesquisadora convidada nas Faculdades de Direito das Universidades de Bolonha e Göttingen.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A reforma no art. 11<sup>o</sup> do Código Penal Português. 3 O que e pelo que se transmite. 3.1 O que se transmite (a responsabilidade subsidiária). 3.2 Pelo que se transmite (pagamento da pena de multa). 3.3 Considerações parciais. 4 O art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 e sua (in)conformidade com alguns princípios constitucionais. 4.1 O art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 e sua (in)conformidade com o princípio da culpabilidade. 4.2 O art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 e sua (in)conformidade com o princípio intransmissibilidade das sanções penais. 4.3 O art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 e sua (in)conformidade com o princípio *Non bis in idem*. 5 Acórdão 171/2014. 6 Considerações finais. Resúmen. Referência.

## 1 Introdução.

Não é tema novo no direito penal português a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Elas respondem por suas condutas criminalmente, independentemente de seus administradores ou gerentes também serem responsabilizados na seara penal, possuindo, portanto, culpabilidade própria e distinta desses.

Contudo, em 2007, apesar da consagração da independência de responsabilização entre agente individual e agente coletivo no Diploma Penal Português, houve certa flexibilização da autonomia das culpabilidades. Dentre as alterações que ocorreram no Código Penal Português, foi introduzido o artigo 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9, passando-se a prever a responsabilização subsidiária daqueles que ocupam liderança em pessoa coletiva ou entidade equiparada para o pagamento de multas ou indenizações, caso elas sejam condenadas em processo criminal.

Em outras palavras, a responsabilidade da pessoa coletiva e a da pessoa individual passaram a comunicar-se. Atualmente, caso a pessoa coletiva não pague uma multa ou uma indenização de natureza penal, a pessoa individual que a lidere tem a responsabilidade de cumprir essa obrigação. O Estado reforçou, assim, a possibilidade de executar quantias pecuniárias.

Entretanto, essa mudança é questionável frente ao princípio constitucional penal da culpabilidade, uma vez que admite que uma pessoa (individual) seja responsabilizada por ato que não lhe foi atribuído.

Ademais, tal artigo faculta a transmissibilidade das sanções penais, o que gera fundadas dúvidas quanto a sua constitucionalidade.

O ingresso do n<sup>o</sup> 9 no art. 11<sup>o</sup> parte da premissa que, pelo simples fato de liderar uma pessoa coletiva, o sujeito é culpado pelos atos que ela cometeu. Portanto, ao que parece, presume a culpa, o que estaria, aparentemente, em contradição com os ditames constitucionais.

Igualmente, existem situações em que, como restará demonstrado à frente, a pessoa individual pode vir a responder, nos moldes legislado, duas vezes pelo mesmo ato, em desrespeito ao princípio do *non bis in idem*.

Diante desse quadro, surge a seguinte questão: pode o Estado, no afã de receber o valor de multa ou de indenização em que uma pessoa coletiva foi condenada, transmitir tal responsabilidade para quem lidere a pessoa coletiva, ou seja, uma pessoa individual?

Os motivos supramencionados justificam a elaboração de um trabalho científico que aborde o tema com a devida profundidade, razão pela propõe este estudo.

A investigação é direcionada por quatro perguntas: a) Qual o caráter da responsabilidade que se transmite? Qual o caráter das multas e indenizações aplicadas às pessoas coletivas?; b) Há compatibilidade do art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 do CP com o princípio da culpabilidade c) Há compatibilidade do art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 com o princípio da intransmissibilidade das penas?; d) Há compatibilidade do art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 com o princípio do *non bis in idem*?

A pesquisa teve como objetivo criar as condições acadêmicas ideais para uma análise efetiva do tema-problema. Metodologicamente, realizou-se um estudo de caso com análise: a) teórica quanto ao enfoque; b) bibliográfica e documental quanto à forma de coleta de dados; c) investigativa quanto o produto final. A técnica utilizada para interpretação dos dados colhidos foi a dedutiva. A formatação do texto e as referências seguem o padrão estabelecido pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

## 2 A reforma no art. 11<sup>o</sup> do Código Penal Português.

Nos últimos anos, vem se concretizando a tendência no apenamento criminal das pessoas jurídicas. (MIGLIARI JÚNIOR, 2004, p. 81). Há quase três décadas, como eco dos estudos dogmáticos e de diretrizes político-criminais (COSTA, 1993, p. 1238), é possível a responsabilização penal da pessoa coletiva no ordenamento jurídico português, notadamente no direito penal secundário, ou seja, naquele direito que é, na sua essência e no seu âmbito, direito penal administrativo, ou seja, um verdadeiro direito penal. (DIAS, 2000, p. 33). O Dec.-Lei 28/84 consagrou aberta e claramente a responsabilidade penal das pessoas coletivas e sociedades (CARVALHO, 2001 p. 12), de forma que outras exceções aos poucos foram-se sucedendo. (ANTUNES, 2006/2007, p. 166).

Todavia, foi a reforma do Código Penal Português, de 4 de setembro de 2007, a incrementadora da responsabilidade criminal das pessoas coletivas no próprio texto do Código Penal, a semelhança de Holanda, França, Áustria, Dinamarca e Suécia. (GARCIA, 2014, p. 92). As pessoas coletivas e entidades equiparadas tornaram-se sujeitas à sanções criminais em determinadas áreas<sup>2</sup> vertidas no Código Penal, trazendo, desde logo, ganho de coerência sistemática. A regulamentação integrada no Código Penal trouxe um sentimento de maior segurança, proporcionando uma estrutura mais concatenada do que a anterior, na qual os textos encontravam-se dispersos. (MEIRELES, 2008, p. 122-123).

O art. 11<sup>o</sup> do Código Penal Português<sup>3</sup> passou a ter a seguinte redação

### Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas

1 - Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal. 2 - As pessoas colectivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado, de outras pessoas colectivas públicas e de organizações internacionais de direito público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 152.º-A e 152.º-B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º, sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 374.º, quando cometidos: a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. 3 - Para efeitos da lei penal a expressão pessoas colectivas públicas abrange: a) Pessoas colectivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais; b) Entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade; c) Demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público. 4 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade. 5 - Para efeitos de responsabilidade criminal consideram-se entidades equiparadas a pessoas colectivas as sociedades civis e as associações de facto. 6 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito. 7 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes. 8 - A cisão e a fusão não determinam a extinção da responsabilidade criminal da pessoa colectiva ou entidade equiparada,

<sup>2</sup> As pessoas coletivas e entes equiparados podem figurar como sujeitos ativos somente em determinados crimes, elencados no art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 2.

<sup>3</sup> A redação anterior do Artigo 11<sup>o</sup> era “Carácter pessoal da responsabilidade. Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal”.

respondendo pela prática do crime: a) A pessoa colectiva ou entidade equiparada em que a fusão se tiver efectivado; e b) As pessoas colectivas ou entidades equiparadas que resultaram da cisão. 9 - Sem prejuízo do direito de regresso, as pessoas que ocupem uma posição de liderança são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das multas e indemnizações em que a pessoa colectiva ou entidade equiparada for condenada, relativamente aos crimes: a) Praticados no período de exercício do seu cargo, sem a sua oposição expressa; b) Praticados anteriormente, quando tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou entidade equiparada se tornou insuficiente para o respectivo pagamento; ou c) Praticados anteriormente, quando a decisão definitiva de as aplicar tiver sido notificada durante o período de exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento. 10 - Sendo várias as pessoas responsáveis nos termos do número anterior, é solidária a sua responsabilidade. 11 - Se as multas ou indemnizações forem aplicadas a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por elas o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados.

Com a reforma de 2007, surgiu, então, um feixe de questões, como de autoria e comparticipação, imputação objetiva e subjetiva da conduta penalmente relevante, e problemas mais vultosos, como a responsabilidade solidária ou subsidiária dos administradores ou pessoas em posição de liderança pelo pagamento de multas aplicadas às pessoas coletivas (BRAVO, 2012, p. 478), sendo essa última o tema do presente trabalho.

### **3 O que e pelo que se transmite.**

#### **3.1 O que se transmite (a responsabilidade subsidiária).**

De acordo com a nova previsão do art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 2, apenas pode existir imputação<sup>4</sup> de um crime à pessoa coletiva caso tenha sido cometido em seu nome e no interesse coletivo (aspecto objetivo) por pessoas que ocupem posição de liderança (aspecto subjetivo - art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 2, a), ou em virtude de violação de deveres de vigilância ou controle que são incumbidos (aspecto objetivo) a quem aja sob autoridade de quem ocupa posição de liderança (aspecto subjetivo - art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 2, b).

Portanto, só haverá responsabilidade penal de um ente coletivo quando o tipo penal tenha sido praticado por quem, no ente, ocupe posição de líder ou esteja atuando sob a autoridade desse. Exige-se, desse modo, que a culpa do agente físico seja apurada, ainda que ele não seja efetivamente condenado. (SILVA, 2009, p. 271). Mas a utilização dessa culpa, como um dos fundamentos para a culpabilidade da pessoa jurídica, não ilide e, tampouco, obriga que a pessoa física, cuja culpa é utilizada na composição da culpa do ente coletivo, seja individualmente responsável pelo ato praticado, de acordo com a redação do n<sup>o</sup> 2 do art. 11<sup>o</sup>. São culpabilidades

---

<sup>4</sup> Não é objeto do nosso trabalho se há ou não culpa e possibilidade de responsabilização criminal de pessoas coletivas. Ainda que muito instigante o assunto, partir-se-a já da legislação portuguesa, que aceita a resposta penal a atos imputados aos entes coletivos, bem como a jurisprudência, vez que o Tribunal Constitucional já se manifestou pela constitucionalidade, no Acórdão n.º 213/95. Contudo, sobre o tema, ver, contra a possibilidade de pessoa coletiva responder criminalmente, exemplificativamente: a) Von Liszt dizia que “ Segundo a instituição moderna, o crime só pôde ser cometido pelo homem. (...) só o indivíduo, e não a entidade collective, pode cometer crimes e soffrer as penas respectivas. Societas delinquire non potest. O corpo collective não só pode ser responsabilizado, mas sómente os individuos que funcionam como seus representantes” LISZT, 1899, p. 189-190. b) segundo Cavaleiro Ferreira: “ sujeito activo da infracção é só o homem, enquanto fisicamente considerado... (...) A pessoa colectiva não pose ser sujeito activo duma infracção. A infracção supõe culpabilidade e, portanto, a imputação moral. E a pessoa colectiva não tem vontade.” CASCA, Eduarda da Silva. **Direito penal**. Apontamentos das lições do Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira ao 5<sup>o</sup> ano jurídico de 1956-57, compilados por Eduarda da Silva Casca. Lisboa: Almeida, Edição da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lismoa, 1956, p. 126-127. c) Também nesse sentido, Hernani Marques, de acordo com o Doutor José Beza dos Santos: “as pessoas colectivas não podem ser sujeitos activos de infracções criminais. De contrário, não haveria a razão de ser da pena, não se descobriria o suporte essencial da culpabilidade essencial à pena. MARQUES, Hernani. **Direito Criminal**. De harmonia com as preleções do Exmo. Senhor José Beza dos Santos, aos cursos do 4<sup>o</sup> e 5<sup>o</sup> ano jurídico de 1935-1936. Coimbra, Coimbra Editora, 1936, p. 326.; d) BITTENCOURT, , 2000, 164-167.

autônomas, porém, ao mesmo tempo, derivadas, no sentido, respectivamente, do art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 7 e 2<sup>5</sup>. E é essa cisão que facilitará que os fins da pena imposta sejam atingidos, uma vez que fere a própria pessoa que praticou o crime (CARVALHO, 1934, p. 108), seja ela individual e/ou coletiva.

Tal solução foi preconizada, ainda na década de 20 do século passado, por José Augustin Martinez, no Congresso de Bucareste,

*La responsabilité criminelle des personenes juridiques n'exclut pas, mais qu'au contraire elle suppose, la responsabilité criminelle des personnes, des agentes, directeurs, administrateurs ou associes qui auront pris part à la commission des actes incriminables. (...) Les agentes, administrateurs ou associes qui auront pris part dans la commission des actes incriminables, seront déclarés responsables criminellement et sujets aux sanctions ou que les mesures que législations respectives déclareront applicables. (MARTINEZ, 1929, p. 238-239).*

Não se trata, por isso, de uma responsabilidade por fato de outrem, e sim de uma verdadeira responsabilidade independente e distinta da que possa ser imputada a pessoas físicas que compõem a pessoa coletiva, e que pressupõe que estas entidades possam constituir objeto de censura ético-penal. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 81). E nesse sentido, a multa aplicada a pessoa coletiva em processo penal não perde o caráter de pena criminal e o seu efeito de natureza pessoalíssima, com a consequente sujeição ao princípio consagrado naquele artigo 30<sup>o</sup>, n.º 3, da Lei Fundamental.

É importantíssimo ter em conta que a culpa da sociedade não se confunde necessariamente com a culpa da pessoa(s) física(s) que por ela age(m), ou seja,

(...) se a culpa do titular agente físico é condição necessária não é condição suficiente para a imputação subjetiva de facto ilícito à sociedade; é ainda necessário que o crime tenha sido perpetrado em nome e no interesse da sociedade. É esta exigência que acresce à culpa do órgão ou representante que precisamente marca a responsabilidade própria da sociedade. (SILVA, 2009, p. 271).<sup>6</sup>

Portanto, “as vontades culpáveis confundem-se frequentemente, mas não necessariamente” (SILVA, 2009, p. 272), de tal sorte que não se deve confundir a vontade e a culpa das pessoas físicas com a das pessoas coletivas. Há uma separação necessária de culpabilidade. É

---

<sup>5</sup> BRAVO, Jorge dos Reis. Direito Penal dos Entes Coletivos. **Ensaio sobre a punibilidade de pessoas coletivas e entidades equiparadas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 195; Para José Faria Costa, são responsabilidades cumulativas e autônomas. COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**, 3<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 240-241. Comunga do mesmo entendimento Isabel Marques da Silva, que entende que há responsabilidade cumulativa integral diferenciada, por entender que “a pessoa colectiva só será penalmente responsável por crimes fiscais (...)” - e aqui pode-se incluir também outros tipos de crimes que não fiscais, mas elencados no n<sup>o</sup> 2 do art. 11<sup>o</sup> - “ (...) quando um titular de um seu órgão ou um seu representante o seja também, independentemente das penas concretamente aplicáveis a cada responsável, que essas podem variar pela própria natureza das coisas. A responsabilidade é cumulativa e integral, mas é também responsabilidade cumulativa diferenciada no que respeita às sanções”. SILVA, Isabel Marques da. **Responsabilidade fiscal penal cumulativa das sociedades e dos seus representantes**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000, p. 52. Com a devida vênia, não parecem ser cumulativas, uma vez que a cumulação não é necessária, mas sim frequente. Deve-se atentar que “a lei não dispõe que a responsabilidade seja necessariamente cumulativa, ressalva que simplesmente, no sentido de não a excluir. Por isso que pode ocorrer a responsabilidade concorrente, mas não necessariamente e nos dois sentidos.” SILVA, Germano Marques da. **A responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009, p. 278.

<sup>6</sup> No mesmo sentido, o jurista brasileiro Sérgio Salomão Schecaria, manifestando-se quanto ao modo de imputação no direito brasileiro, afirma que “ao lado do princípio da culpabilidade individual, de raízes éticas, surge a construção categórica de uma outra culpa, de natureza coletiva. Essa dicotomia por contraste, contempladora de duas individualidade que se condicionam reciprocamente, fez com que se pudesse reconhecer autonomia à culpa individual e à coletiva enquanto disciplinas de relevo e que podem ter um estudo paralelo em face de terem uma origem em um condicionamento comum. Se é verdade que se pode imaginar um juízo individualizador, não é menos verdade que se pode imaginar um juízo paralelo – já que não é igual – para a culpa coletiva. Esse sistema dicotômico pode ser chamado de modelo de dupla incriminação”. (SCHECAIRA. 1998, p. 148).



justamente por isso que não há inconstitucionalidade por violação ao princípio *non bis in idem*<sup>7</sup>, visto serem dois agentes, o físico e o coletivo, com culpabilidades autônomas<sup>8</sup>. Diferentemente, e o que não deve ocorrer, é a pessoa singular responder pela pena aplicada a si (como pessoa individual) e pela pena aplicada à pessoa coletiva.

Assim, como já preconizava Achille Mestre, ainda no século XIX, em sua clássica obra *“Les personnes morales et le problem de leur responsabilité pénale”* (MESTRE, 1899 *apud* CARVALHO, 1934, p. 68), ser, na intenção de que a mais perfeita justiça seja realizada que, além de se aplicar uma pena a uma pessoa coletiva (moral), aplica-se uma pena ao agente singular, pois, apesar de agir em nome e no interesse da pessoa coletiva, não perdeu, por isso, a sua capacidade de indivíduo racional capaz de distinguir o fato criminoso do não-criminoso<sup>9</sup>. Foi essa a vertente adotada pelo Código Penal Português a partir de 2007.

A partir do momento em que se admitiu, através de uma analogia material entre culpa individual e responsabilidade por culpa de ente coletivo (cuja base era a noção de que os próprios entes coletivos são obras de liberdade),<sup>10</sup> que as pessoas jurídicas são capazes de suportar um juízo de censura ética, a ideia de culpabilidade própria da pessoa jurídica foi acolhida no ordenamento jurídico.

Ao aceitar essas premissas, o direito penal supõe uma carga ético-social de sua personalidade, reconhecendo, juridicamente, a autoria, por ente coletivo, de fato criminoso (BACIGALUPO, 1998, p. 137), coadunando-se mais adequadamente com a realização da justiça. (GUNSBURG, Niko; MOMMAERT, R., 1929, p. 230).<sup>11</sup>

Desse modo, a confusão entre as duas responsabilidades (da pessoa coletiva e da pessoa individual) deve ser evitada, sob pena de se atentar contra o pressuposto de que são culpabilidades autônomas. Note-se, aliás, que, a maior parte da doutrina negava a culpabilidade dos entes coletivos, fundamentando-se, justamente, na incapacidade de culpabilidade. Caso fosse admitido isso, cairia o próprio fundamento de punir as pessoas coletivas, vez que não possuiriam culpabilidade própria.

Não obstante, o Código Penal, versão 2007, contrariou, ao que parece, a lógica instituída pela própria reforma, admitindo a responsabilidade subsidiária daqueles que ocupam posição de liderança para o pagamento de penas de multa em que a pessoa coletiva foi condenada, nos casos determinados nas letras “a”, “b” e “c” do n.º 9 do art. 11<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Artigo 29.º Aplicação da lei criminal (...) 5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.

<sup>8</sup> Assim foi decidido pelo Tribunal Constitucional Português, em 25 de abril de 1995: “A consagração legal da responsabilidade individual ao lado da responsabilidade do ente coletivo pelos mesmos fatos não viola o princípio do *non bis in idem*, constante do art. 29.º, n.º 5, da Constituição, uma vez que não existe um duplo julgamento da mesma pessoa pelo mesmo facto”. in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 446 (Suplemento), p. 655. No mesmo sentido, Mestre e, em sentido contrário, defendia Gierke que deveria ser penalizado unicamente o ente coletivo, uma vez que os sujeitos individuais não delinquiriam como pessoas individuais, mas sim como pessoa coletiva. (MOREIRA, 1934, p. 50). Já em sentido contrário, Mário Meireles defende que não se pode concluir, sob uma perspectiva abstrata, que não há violação do princípio do *nem bis in idem*, devendo-se atentar à realidade subjacente, ou seja, averiguar por quem de fato o crime foi praticado. (MEIRELES, 2006, p. 91).

<sup>9</sup> Para uma ideia sintética do pensamento de Mestre sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas, sugere-se a leitura de Emílio Brusa. (BRUSA, 1900).

<sup>10</sup> Assim, Jorge de Figueiredo Dias: “Certo que na acção como na culpa, tem-se em vista um “ser-livre” como centro ético social de imputação jurídico-penal e aquele é o do homem individual. Mas não deve esquecer-se que as organizações humano-sociais são, tanto como o próprio homem individual, ‘obras de liberdade’ ou ‘realizações de ser-livre’; pelo que parece aceitável que em certos domínios especiais e bem delimitados – de acordo com o que poderá chamar-se, segundo Max Müller, o princípio da identidade da liberdade – ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, as suas obras ou realizações coletivas e, assim, as pessoas colectivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser-livre se exprime. Que se torna necessário um pensamento analógico, relativamente aos princípios do direito penal clássico – onde a máxima da responsabilidade individual deve continuar a valer sme limitações -, é evidente.” (DIAS, 2000, p. 55-56).

<sup>11</sup> Em sentido contrário, por exemplo, M. J.-A. Roux acreditava que a responsabilização da pessoa coletiva repugnava toda a ideia de justiça. (ROUX, M.J.-A., 1929, p. 212).

<sup>12</sup> A possibilidade de responsabilização subsidiária pelo pagamento de multas decorrentes da condenação criminal de pessoas coletivas já era admitida no direito canônico, ainda que contrariasse os dispositivos de que a pena coletiva não

Responsabilidade subsidiária é, segundo visão tributária,

(...) o poder de exigir o imposto a quem não é o titular da capacidade contributiva que fundamento o imposto por via mais expedita que a ao alcance da generalidade dos credores e sobretudo com base numa presunção de culpa na violação de deveres que cabe ao responsável subsidiário ilidir. Ocorre nada mais do que e a confusão de responsabilidades. (SILVA, 2008, p. 327).

Responsabilidade penal subsidiária é algo que não encontra fundamento. Isso porque não se pode trabalhar com presunções de culpa para imputação de sanção criminal a sujeito. Para questões civis ou tributárias sim, mas na seara criminal não.

Há quem defenda ser razoável a responsabilidade penal subsidiária, contanto que não adote formulação genérica, evitando-se, destarte, a responsabilização direta e necessária dos que ocupam posição de liderança. Se não fosse assim, haveria uma efetiva e real transmissibilidade das penas. (CARVALHO, 2009, p. 89-90). A solução proposta, que seria compatível com o texto constitucional, é que, uma vez

(...) constatada a falta de pagamento da multa ou da indenização por parte da pessoa coletiva, em sede da fase de execução de penas, a nível incidental, com respeito pelo contraditório, seja aberto um procedimento *ad hoc* contra o responsável subsidiário em que sejam alegados e provados os factos que possam fundamentar a medida, consagrando-se, ao mesmo passo, como mecanismo dissuasor corrector, um novo fundamento de suspensão ou de interrupção do prazo de contagem de prescrição da pena de multa. (CARVALHO, 2009, p.90).

Solução ou pseudo-solução? A nosso ver, o fato de ser aberto o contraditório, na fase de execução da pena, não é suficiente para comprovar a culpabilidade de quem ocupa posição de liderança, tampouco retira a transmissibilidade da responsabilidade penal. Note-se que houve, tão somente, a aferição da responsabilidade da pessoa coletiva para a aplicação da pena de multa no processo de conhecimento, lugar certo para tal averiguação (é claro que pode ter sido aferida também a individual, pois são autônomas, e aí gera o problema do *non bis in idem*, que será adiante tratado). Não se pode dizer que, pelo simples fato de ser dada a oportunidade de manifestação contradita na fase de execução da pena que, semelhante ao direito tributário, é plausível a transmissão da execução de condenação penal de outrem, inclusive a quem sequer foi aferida a culpa.

### **3.2 Pelo que se transmite (pagamento da pena de multa).**

A pena é a consequência jurídica de um crime, só podendo ser aplicada ao agente do crime que tenha atuado com culpa. (DIAS, 2007, p. 3). Às pessoas coletivas, de maneira semelhante às físicas, podem ser impostas penas principais (multa ou dissolução), acessórias (injunção judiciária, proibição de celebrar contratos, privação do direito de subsídios, subvenções ou incentivos, interdição do exercício da atividade, encerramento de estabelecimento ou publicidade da decisão condenatória) e de substituição à pena de multa ( admoestação, caução de boa conduta ou vigilância judiciária), conforme arts. 90<sup>o</sup>-A a 90<sup>o</sup>-M.

Contudo, diferentemente das sanções principais impostas às pessoas individuais, que veem previstas no próprio artigo o tipo de sanção correspondente ao fato tipificado, para as pessoas coletivas são previstas as sanções no art. 90<sup>o</sup>-A, e não nos tipos em que possa ser arguida.

---

deveria procurar atingir terceiros, repatindo a multa pelo conjunto de associados. Era uma solução prática que nada tinha de justa. (MOREIRA, 1934, p. 33-34).

A pena de multa<sup>13</sup> às pessoas coletivas, pena objeto do nosso estudo, é o instrumento penal mais mediato e requisitado dentro do sistema penal português de entes coletivos, sendo a aplicação de tal sanção, hodiernamente, preferencialmente a entes coletivos. (BRAVO, 2008, p. 218-220; DIAS, 1998, p. 384)<sup>14</sup>. Está regulada no art. 90<sup>o</sup>-B do Código Penal<sup>15</sup>.

Os princípios e as finalidades da pena de multa às pessoas singulares, entretanto, não são sempre coincidentes com os às pessoas coletivas. (BRAVO, 2008, p. 219). Isso porque há uma teleologia político-criminal diferenciada entre a aplicação de uma e de outra (BRANDÃO, 2008, p. 54), bem como há variação no tipo de pena aplicável, devido à acomodação à natureza peculiar do ente coletivo. Tanto é, que há uma regulação própria para a aplicação da pena de multa aos entes coletivos e equiparados como pena, em outro *locus* do Código Penal, e com a importação de apenas algumas normas que regulam a pena de multa para as pessoas físicas.

Aqui importa uma distinção quanto à moldura abstrata aplicável. Caso o crime imputado à pessoa coletiva preveja a pena de multa de forma isolada, alternativa ou complementar, aplicam-se os mesmos dias de multa aplicáveis à pessoa singular (art. 90<sup>o</sup>-B, n<sup>o</sup> 3) (ALBUQUERQUE, 2006, 644). Do contrário, a base de aplicação será a pena de prisão prevista para as pessoas físicas (art. 90<sup>o</sup>-B, n<sup>o</sup> 2).

A fixação da multa às pessoas coletivas ou às entidades equiparadas ocorre, à semelhança da feita às pessoas individuais, por dias-de-multa, no qual existem duas fases autônomas para a determinação da pena. Assim, diferentemente de alguns casos da legislação penal extravagante, inexistente o valor da multa em quantia certa fixada pela lei. (DIAS, 1993, P.141).

Na primeira fase, é fixado o número de dias da pena (art. 90<sup>o</sup>-B, n<sup>o</sup> 4), levando-se em conta a culpa do agente e às exigências de prevenção (art. 71<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1<sup>16</sup>). Na segunda, é fixado o valor do dia da pena de multa, variável entre 100 e 10000 euros, de acordo com situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores, sendo aplicado o disposto no art. 47<sup>o</sup>, n<sup>os</sup> 3, 4 e 5<sup>17</sup>.

A multa atende, pois, ao desvalor da conduta e reproduz esse desvalor monetariamente, espelhando o *quantum* da censura e a subjacente gravidade da infração (GODINHO, 2007, p.75), bem como às exigências de prevenção. Está relacionada, por um lado, com a culpa do agente, ou seja,

<sup>13</sup> Refere-se à pena de multa como pena principal (pena de multa autônoma, alternativa ou complementar, nos casos de direito penal secundário) e não à multa de substituição (prevista no art. 43<sup>o</sup> do CP, para casos de pena de prisão de até um ano).

<sup>14</sup> No mesmo sentido, no final do século XIX, Emilio Brusa, ao tratar da responsabilidade penal das pessoas coletivas segundo o entendimento de Achille Mestre, dizia que “si capisce bene allora, che il castigo irrogato, altro non possa essere che un castigo di carattere patrimoniale”. (BRUSA, 1900, p. 9). Ainda nas primeiras décadas do século passado, Antônio de Carvalho também tinha o entendimento de que as penas pecuniárias, no caso, a multa, eram as que mais se adaptam a maneira de ser das pessoas coletivas, pois elas possuem um patrimônio diferente dos seus associados, bem como previa que tais penas seriam as mais utilizadas como sanção penal, devido às maiores probabilidades de êxito. (CARVALHO, 1934, p. 70, 106-107, 116).

<sup>15</sup> Artigo 90.º-B Pena de multa: 1 - Os limites mínimo e máximo da pena de multa aplicável às pessoas colectivas e entidades equiparadas são determinados tendo como referência a pena de prisão prevista para as pessoas singulares. 2 - Um mês de prisão corresponde, para as pessoas colectivas e entidades equiparadas, a 10 dias de multa. 3 - Sempre que a pena aplicável às pessoas singulares estiver determinada exclusiva ou alternativamente em multa, são aplicáveis às pessoas colectivas ou entidades equiparadas os mesmos dias de multa. 4 - A pena de multa é fixada em dias, de acordo com os critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 71.º 5 - Cada dia de multa corresponde a uma quantia entre (euro) 100 e (euro) 10 000, que o tribunal fixa em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores, sendo aplicável o disposto nos n.os 3 a 5 do artigo 47.º 6 - Findo o prazo de pagamento da multa ou de alguma das suas prestações sem que o pagamento esteja efectuado, procede-se à execução do património da pessoa colectiva ou entidade equiparada. 7 - A multa que não for voluntária ou coercivamente paga não pode ser convertida em prisão subsidiária.

<sup>16</sup> Artigo 71.º Determinação da medida da pena 1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

<sup>17</sup> Artigo 47.º Pena de multa (...) 3 - Sempre que a situação económica e financeira do condenado o justificar, o tribunal pode autorizar o pagamento da multa dentro de um prazo que não exceda um ano, ou permitir o pagamento em prestações, não podendo a última delas ir além dos dois anos subsequentes à data do trânsito em julgado da condenação. 4 - Dentro dos limites referidos no número anterior e quando motivos supervenientes o justificarem, os prazos de pagamento inicialmente estabelecidos podem ser alterados. 5 - A falta de pagamento de uma das prestações importa o vencimento de todas.

com a desvalia da conduta, e não do dano causado e a sua reprodução monetária; por outro lado, com as exigências de prevenção. Isso é exatamente o que se depreende da leitura do art. 90<sup>o</sup>-B, n<sup>o</sup> 4. Distingui-se, desse jeito, da indenização em sede de responsabilização civil<sup>18</sup>, cujo valor está calcado no valor do dano<sup>19</sup>, pois a multa não é uma indenização. Ademais, o valor do dia multa não tem como referencial o dano, e sim a condição econômico financeira do condenado e os seus encargos com os trabalhadores.

Não é por a multa sancionar ato que atingiu um grande número de pessoas de difícil determinação que possibilitará o seu uso, pelo Estado, através do *ius puniendi*, em intermediário de tal reparação (via direito penal)<sup>20</sup>. Há outros meios, inclusive estatais, para tanto. Se se deseja reparar as vítimas que se busque a reparação civil, mas não se deve importar para o direito penal, que possui luvas de madeira, tal tarefa. A pena de multa não deve assumir a função reparadora, que é típica do direito civil.

Por conseguinte, a pena de multa, inclusive quando aplicada à pessoa coletiva, deve ser entendida

(...) como autêntica pena criminal, antes que mero <<direito de crédito do Estado>> - ainda que de natureza pública – contra o condenado. Essa asserção, aparentemente trivial, revela-se, a uma consideração mais próxima, como verdadeiramente essencial e prenhe de consequências jurídicas. (DIAS, 1993, p.118).

Daí decorre que, a multa, como as demais sanções criminais,

(...) é uma efeito de natureza personalíssima, não podendo ser por ela responsáveis as forças da herança nem ser paga por terceiro, ter lugar para o seu pagamento doação ou negócio a fim, nem tão-pouco existir contrato de seguro relativamente a ela. (DIAS, 1993, p.118)

Por fim, calha lembrar que, embora o cumprimento da pena de multa se dê através de moeda (coisa fungível)<sup>21</sup>, o adimplemento, nem por isso, torna-se transmissível. Isso porque, como visto, a pena deve ser aplicada ao agente do crime que tenha atuado com culpa.

E parece que foi exatamente o contrário que o legislador penal português fez no art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 do Código Penal<sup>22</sup>. Ele admitiu a transmissão subsidiária do pagamento da pena de multa aos que ocupam posição de liderança nas pessoas coletivas ou entidades equiparadas quando elas forem condenadas relativamente aos crimes: a) praticados no período do exercício do seu cargo, sem sua oposição expressa; b) praticados anteriormente, quando tiver sido por sua culpa que o patrimônio da pessoa coletiva ou entidade equiparada se tornou insuficiente para o respectivo pagamento; ou c) praticados anteriormente, quando a decisão definitiva de as aplicar tiver sido notificada durante o período de exercício de seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.

<sup>18</sup> Em sentido oposto: (GODINHO, 2007, p. 74).

<sup>19</sup> Código Civil Português: “Responsabilidade por factos ilícitos ARTIGO 483º (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.” (grifamos)

<sup>20</sup> Em diferente sentido Inês Fernandes Godinho defende que sendo a multa paga ao Estado “possibilita que este – em paralelismo à figura de intermediário – faça uso do conteúdo da multa para, através de políticas econômico-financeiras, contribuir para o restabelecimento da economia e seu fortalecimento. Com uma economia mais forte, os particulares – de outro prisma, as vítimas, voltam a ter um maior poder de compra; vêem-se ‘ressarcidas’ do seu ‘prejuízo’ ”. (GODINHO, 2007, p. 75-76).

<sup>21</sup> Art. 207<sup>o</sup> do Código Civil Português:

<sup>22</sup> O trabalho ficará detido à análise da pena de multa, pena principal, juntamente com a pena de dissolução, conforme o art. 90<sup>o</sup>-A do CP. Não será analisada a indenização e a sua transmissão subsidiária, prevista no art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9.

Multa essa de cariz penal, posto que o próprio artigo é claro em referir quando elas – as pessoas coletivas ou entidades equiparadas – forem condenadas relativamente *aos crimes*. Não se trata, portanto, de multa com caráter civil<sup>23</sup>.

Note-se, por exemplo, que não há um limite máximo para a aplicação da pena de multa aos entes coletivos, diferentemente que o art. 47<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1. O número de dias de pena de multa aos entes coletivos é correlato ao período de pena de prisão aplicável às pessoas singulares.

Da mesma sorte, na seara penal a sanção, no caso, a multa, deve ser aplicada ao responsável pelo fato e por ele cumprida. Não há uma distinção entre responsabilidade pelo cometimento da infração e responsabilidade pelo pagamento da infração<sup>24</sup>. A pena aplicada à pessoa coletiva dirige-se simplesmente a ela e a mais ninguém. (CARVALHO, 1934, p.67.)

Importante ter em conta que o art. 90<sup>o</sup>-B, n<sup>o</sup> 7 proíbe a conversão da pena de multa em subsidiária. Jorge dos Reis Bravo entende que tal disposição seria dispensável, uma vez que

(...) tal solução não poder deixar de decorrer da circunstância naturalíssima de insusceptibilidade de aplicação de prisão às coletividades, bem como dos princípios da pessoalidade e da intransmissibilidade das penas. Nem a hipotética justificação de se poder ver aqui uma referencia à possibilidade de conversão de uma pena de multa numa pena de prisão em que tivesse sido condenada uma pessoa singular – e não fosse viável executá-la-, que actuasse como representante, pode ser admitida. (BRAVO, 2008, p.227).

Ao que parece, e com a devida vênia, tal disposição não é dispensável. Deve-se atentar ao brocardo basilar de hermenêutica jurídica *verba cum effectu sunt accipienda*, ou seja, não se presumem, na lei, palavras inúteis, devendo as palavras serem compreendidas como tendo alguma eficácia. (MAXIMILIANO, 1965, p.262). Esse dispositivo legal veio justamente para, nos casos em que haja a condenação da pessoa coletiva à pena de multa e, posteriormente, ocorra a responsabilização subsidiária da pessoa individual, conforme previsto no art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 e 11 do Código Penal. Isso porque é admitido, no sistema português, no caso de não cumprimento da pena de multa da pessoas individual, a sua conversão em pena de prisão<sup>25 26</sup>. Foi justamente nesse intuito que a norma foi feita.

---

<sup>23</sup> Em sentido contrário, Germano Marques da Silva pensa que o art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 “trata da responsabilidade civil subsidiária das pessoas que ocupem uma posição de liderança pelas multas e indemnizações da responsabilidade da pessoa coletiva. (...) A norma do n<sup>o</sup> 9 trata exclusivamente da responsabilidade civil por facto de outrem”. Contudo, o autor acredita que “a norma parece excessiva na medida em que a pessoa singular não só responde pelas multas e indenizações que sejam aplicadas mercê da sua própria responsabilidade como suporta ainda as consequências civis da punição da pessoa coletiva. (SILVA, 2008, p. 89).

<sup>24</sup> Em sentido contrario, João Soares Ribeiro entende que há distinção, no campo contra-ordenacional, entre responsabilidade pelo cometimento da infração e responsabilidade pelo pagamento da infração, defendendo que pode haver condenação por uma contra-ordenação a um sujeito “x” e a responsabilidade pelo seu pagamento ser do sujeito “y”. (RIBEIRO, 2004, p. 19).

<sup>25</sup> Artigo 49.º Conversão da multa não paga em prisão subsidiária

1 - Se a multa, que não tenha sido substituída por trabalho, não for paga voluntária ou coercivamente, é cumprida prisão subsidiária pelo tempo correspondente reduzido a dois terços, ainda que o crime não fosse punível com prisão, não se aplicando, para o efeito, o limite mínimo dos dias de prisão constante do n.º 1 do artigo 41.º 2 - O condenado pode a todo o tempo evitar, total ou parcialmente, a execução da prisão subsidiária, pagando, no todo ou em parte, a multa a que foi condenado. 3 - Se o condenado provar que a razão do não pagamento da multa lhe não é imputável, pode a execução da prisão subsidiária ser suspensa, por um período de 1 a 3 anos, desde que a suspensão seja subordinada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro. Se os deveres ou as regras de conduta não forem cumpridos, executa-se a prisão subsidiária; se o forem, a pena é declarada extinta. 4 - O disposto nos nos 1 e 2 é correspondentemente aplicável ao caso em que o condenado culposamente não cumpra os dias de trabalho pelos quais, a seu pedido, a multa foi substituída. Se o incumprimento lhe não for imputável, é correspondentemente aplicável o disposto no número anterior.

<sup>26</sup> Diferentemente, há outros sistemas jurídicos que não admitem a conversão da pena de multa, pena pecuniária, em prisão subsidiária, pena privativa de liberdade. Exemplo disso é o ordenamento jurídico brasileiro, que, a partir de 1996, no caso de não pagamento a penal de multa, ela se transforma em título da dívida pública, devendo ser cobrada através de processo fiscal, não se convertendo em prisão sucedânea. Art. 51, do Código Penal Brasileiro - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida

### 3.3 Considerações parciais.

Conclui-se, até o presente momento, que responsabilidade transmitida subsidiariamente a quem ocupa posição de liderança, prevista no art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9, é responsabilidade penal e que a pena de multa possui, igualmente, cunho penal. Sabendo-se do cariz penal da responsabilidade e da multa contidas no referido artigo, importa saber se há conformidade com os princípios da culpabilidade, da intransmissibilidade das penas e do *non bis idem*.

#### 4 O art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 e sua (in)conformidade com alguns princípios constitucionais.

##### 4.1 O art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 e sua (in)conformidade com o princípio da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade ou da culpa “é, provavelmente, a pedra angular do direito penal moderno (VENTURA, 2013, p.82)”, representado pelo brocardo *nulla poena sine culpa*. O princípio de culpa está consagrado, conjugadamente, nos artigos 1<sup>o</sup><sup>27</sup> e 25<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1<sup>28</sup>, da Constituição Portuguesa<sup>29</sup>. Ele tem forte vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, no livre desenvolvimento da personalidade e na ideia de Estado de Direito<sup>30</sup>.

Segundo tal princípio, a pena deve ser fundada na culpa do agente pela ação ou omissão, de tal forma que represente um juízo de censura ao agente porque não agiu conforme o dever jurídico, ainda que pudesse conhecê-lo e motivar-se por ele. (SANTOS, 2011, p.236).

A culpa possui dupla função: legitima a sanção penal (*Legitimation für die Strafsanktion*), pois a pena será aplicada porque o agente violou culposamente o sistema jurídico-penal e, ao mesmo tempo, funciona como barreira à sanção penal (*Strafbegrenze*), pois a pena será aplicada na medida da culpa do agente. (HIRSCH, 1994, p. 748). Portanto, “a culpa, além de ser condição de aplicação de pena é também um dos elementos que concorrem para a sua graduação”. (CASTRO; SEABRA, 1940/1941, p. 2).

Não se atingiria o objetivo fundamental da pena, castigar o único culpado, mas, pelo contrário, tornar injustamente responsáveis, ou novamente responsáveis (no caso de ter havido condenação pessoal pela prática do mesmo fato) na sua maioria, os componentes do ser coletivo que nenhum conhecimento tiveram por ventura do crime, e até o procurariam evitar se estivessem em condições de o fazer.

Ao que parece, não foi levado em conta o referido na escrita do art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 do CP. Note-se que a responsabilidade subsidiária de quem ocupa posição de liderança pressupõe que, em momento anterior, tenha ocorrido a condenação do ente coletivo, em um processo criminal no qual foi estabelecida a responsabilidade penal desse ente, com a aplicação de uma multa. E a determinação em concreto da medida da pena, no correspondente processo penal, tem por base fatores exclusivamente atinentes à pessoa coletiva enquanto autora da infração, e à qual são estranhas quaisquer circunstâncias que digam pessoalmente respeito ao responsável subsidiário, como o grau de culpa ou a sua situação económica.

E o que faz o art. 11<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 9 do Código Penal? Deixa de punir o verdadeiro delinquente, a pessoa coletiva, para punir quem não teve a culpa aferida para tal punição!

---

ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (Redação dada pela Lei n<sup>o</sup> 9.268, de 1<sup>o</sup>.4.1996)

<sup>27</sup> Artigo 1.º República Portuguesa. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. (grifamos).

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garanti

<sup>28</sup> Artigo 25.º Direito à integridade pessoal. 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional Português, Acórdão 426/91

<sup>30</sup> Klaus Tiedemann explica que, antes de ter previsão expressa no direito alemão, o princípio da culpabilidade era reconhecido como pelo Tribunal Constitucional Alemão através dos princípios da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade e da ideia de Estado de direito. (TIEDEMANN, 1991, p. 147).

Consequentemente, fere também a individualização da pena, uma vez que a pena aplicada, ou melhor, transmitida à pessoa singular não está de acordo com a natureza peculiar de cada delinquente. (CARVALHO, 1934, p.64).

Por fim, importa lembrar que, conforme o manifestação do próprio Tribunal Constitucional:

(...) o não atendimento mínimo de limites sancionatórios decorrentes do princípio da culpa abre a porta a que os princípios da igualdade e da proporcionalidade resultem também insatisfeitos, e de forma agravada, dado o desajustamento da própria moldura aplicável, prevista para infrações cometidas por pessoas coletivas. (TC, acórdão n.º 481/2010, de 9 de dezembro de 2010).

#### **4.2 O art. 11<sup>o</sup>, n.º 9 e sua (in)conformidade com o princípio intransmissibilidade das sanções penais.**

A Constituição da República Portuguesa prevê a intransmissibilidade das penas, no art. 30<sup>o</sup>, n.º 3<sup>31</sup>. Isso porque “si a offensa não recae sobre o delinquente ou si sómente o attinge indirectamente, não se dá pena”. (LISZT, 1899, p. 401). O próprio conteúdo existencial da pena depende de sua aplicação a quem de fato cometeu o delito, de forma a não atingir terceiros. Isso inclusive em homenagem ao princípio da culpabilidade, pois quem teve a sua culpa de fato aferida é quem deve cumprir a pena.

Contudo, deve-se atentar que,

Quando se diz que a pena deve recair unicamente sobre a pessoa do criminoso, de tal forma que haja uma perfeita identidade entre o delinquente e o condenado, não se pretende afirmar que seus efeitos não possam reflectir-se desfavoravelmente em relação a terceiros. Com tal princípio somente se pretende que o efeito direto, imediato da pena deve limitar-se à pessoa do criminoso, de forma que se a lei comina uma pena de prisão ou multa aplicável ao crime, unicamente aquele que praticou deve sofrê-la ou pagá-la”. (grifamos). (MOREIRA, 1934, p. 50; SOUSA, 1985, p. 118).

Note-se que, a partir do momento que há aplicação de uma pena de multa, cria-se uma relação de crédito, cujo devedor é o condenado e o titular do crédito o Estado e na qual o cumprimento da sanção é o pagamento da multa. Portanto, ainda que se use eufemismos, quem paga a multa coativamente ou não, é quem de fato está a cumprir a sanção. (SOUZA, 2010, p. 11-12). Mas recorde-se que o cumprimento da sanção penal tem como finalidades a prevenção e a repressão, e não a obtenção de receitas (SOUZA, 2010, p. 11-12)<sup>32</sup> e que é justamente por isso que a pena deve ser cumprida pelo agente da infração penal. Ao admitir-se a transmissibilidade da pena, ainda que travestida, não se faz outra coisa que ir contra os próprios fundamentos de aplicação da pena.

Por outro lado, há quem entenda não ser possível a transposição do princípio da intransmissibilidade para o âmbito sancionatório das pessoas coletivas, seja ele penal ou outro, pelos seguintes motivos: a) não estar, de forma tão evidente, a mesma *ratio* que norteia a intransmissibilidade da responsabilidade individual, como culpa pessoal, de juízo de censura pessoal, de “sensibilidade” à pena, consequências e traduções do princípio da autodeterminação e da liberdade; b) a atuação de entes coletivos carece de sujeitos individuais, que os representam, tendo em conta uma relação jurídica. (CUNHA, 2007, p. 684).

Com a devida vênia, conforme já aludido anteriormente, caso sejam aceitos tais argumentos, cai por terra a própria responsabilidade penal da pessoa jurídica e a aplicação da pena

<sup>31</sup> Artigo 30.º Limites das penas e das medidas de segurança (...) 3. A responsabilidade penal é insusceptível de transmissão.

<sup>32</sup> No mesmo sentido. Ana Isabel Valente aduz que a finalidade das sanções penais, ainda que do direito penal secundário, é

de multa. A uma, porque há um juízo de censura pessoal à pessoa coletiva, pois se entende que ela possui liberdade de ação, porquanto é “obra de liberdade” ou realização do ser livre”, sendo sim é um centro-ético de imputação penal. (DIAS, 2000, p. 56). A duas, porque, ainda que a ação do ente coletivo tenha por suporte uma ação humana para que se caracterize responsabilidade criminal da pessoa coletiva, deve ser o ato não só ser perpetrado por uma figura humana, que deve ser ou seu representante legal, ou seu mandatário, ou seu trabalhadores ou através de quem de algum modo a represente e o ato deve ser no seu interesse e por sua conta. (MEIRELES, 2008, p. 130). Em outras palavras, a pessoa coletiva possui vontade própria.

Não se trata, por isso, de uma responsabilidade por fato de outrem, mas antes de uma verdadeira responsabilidade autônoma e distinta da responsabilidade que possa ser imputada a pessoas físicas que compõem a pessoa coletiva e que pressupõe que estas entidades possam constituir objeto de censura ético-penal. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 81). E nesse sentido, a multa aplicada a pessoa coletiva em processo penal não perde o caráter de pena criminal e o seu efeito de natureza pessoalíssima, com a consequente sujeição ao princípio consagrado naquele artigo 30º, n.º 3, da Lei Fundamental.

Assim, a pessoa coletiva exime-se ao cumprimento da pena através da transferência do dever de pagar a multa para o devedor subsidiário e o Estado exonera-se, por essa via, do exercício do *ius puniendi* de que é titular. Há, objetivamente, uma transmissão de pena e põe em causa a indisponibilidade dos interesses que as reações criminais visam tutelar.

E tudo isso tem por de trás que motivação? Ao que parece nada mais do que uma garantia de pagamento do quantitativo monetário da multa, que não encerra uma censura penal, tampouco impede o ulterior exercício do direito de regresso contra a sociedade, bem como não tem para o responsável subsidiário outras consequências de natureza estritamente penal.

Portanto, são censuráveis os dispositivos legais que preveem a responsabilidade subsidiária, bem como aqueles que dizem respeito à responsabilidade solidária de terceiros. (ANTUNES, 2013, p.28).

Infelizmente, o Tribunal Constitucional Português adota a corrente, fazendo referência aos ilícitos contra-ordenacionais, de que a responsabilidade que se transmite não é contraordenacional, mas sim de natureza civilística, sendo, portanto, extensível ao ilícito penal ao qual corresponda a condenação em pena de multa. E mesmo assim, deve-se ter em conta que nem todos os crimes em que o ente coletivo é admitido como sujeito corresponde a uma contra-ordenação. Portanto, como justificar esses? E mais, por que o legislador colocaria no código penal, com igual consequência ao previsto como contra-ordenação? Não faz sentido!

Ao que parece, até poderia ser admitida a responsabilização daqueles que ocupem posição de liderança. Mas aí, não pelo pagamento da multa em si, de caráter subsidiário, mas sim pela falta de pagamento da pena de multa, caso haja culpa, mas sendo esta uma responsabilidade própria, sem caráter subsidiário. (ROTHES, 2010, p. 41). Em outras palavras, o que deveria estar em causa é a indenização por uma dano e a atuação de quem ocupe a posição de liderança por ter, culposamente, colocado o ente coletivo em situação de incumprimento de suas obrigações. (VALENTE, 2010, p.44) Até por que não há responsabilidade subsidiária penal. Mas note que a solução proposta pela reforma de 2007 é uma responsabilidade autônoma.

#### **4.3 O art. 11º, nº 9 e sua (in)conformidade com o princípio *Non bis in idem*.**

O princípio do *non bis in idem* prevê que ninguém será julgado mais de uma vez pela prática do mesmo fato. Está consagrado na constituição da República Portuguesa no art. 29º, nº 5<sup>33</sup>.

Conforme já exposto, a responsabilização da pessoa coletiva ou ente equiparado depende da aferição da culpa individual dos arrolados nas alíneas “a” e “b” do nº 2 do CP. E a responsabilização criminal dos entes coletivos não exclui a responsabilização individual do agente individual (art. 11º, nº 7 do Diploma Penal).

<sup>33</sup> Artigo 29.º Aplicação da lei criminal (...) 5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.



Assim sendo, um sujeito individual pode sofrer uma pena, com base na mesma culpa aferida individualmente, seja base para uma pena a uma pessoa coletiva. Mas, caso essa não efetue o pagamento da pena de multa e haja a transmissão subsidiária da responsabilidade pelo pagamento da referida sanção a quem ocupe posição de liderança e que já tenha sido condenado com base na sua culpa pela prática do mesmo fato, haverá duas punições ao mesmo agente pela prática dos mesmos fatos.

Ao que parece, o legislador, tentando precaver-se de que a conduta praticada pela pessoa jurídica teria a sua sanção cumprida (independentemente por quem!) trouxe como solução o seu cumprimento por outrem e que poderia inclusive já ter responsabilizado pelo mesmo fato gerador da multa à pessoa coletiva. Trouxe o mesmo recorte da vida, o mesmo pedaço da vida. (TERNEIRO, 1987, p.1024).

Portanto, ainda que se entenda que o princípio do non bis in idem implica que ninguém pode ser punido mais de uma vez pela prática do mesmo fato, ainda que seja uma fórmula tradicional e um pouco simplista, uma vez que tal princípio comporta muitas outras discussões (NIETO, 1990, p. 157), por suposto não foi levada em conta pelo legislador ao prever o n.º 9º do art. 11º do CP.

### **5 Acórdão 171/2014.**

Em 2014, o Tribunal Constitucional Português declarou inconstitucional a norma do Regime Geral das Infrações Tributárias que previa a responsabilidade solidária dos gerentes e administradores pelo pagamento de coimas, por violar a intransmissibilidade das penas.

Nos seguintes moldes foi a decisão

Nestes termos, decide-se declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 8.º, n.º 7, do Regime Geral das Infrações Tributárias, na parte em que se refere à responsabilidade solidária dos gerentes e administradores de uma sociedade que hajam colaborado dolosamente na prática de infração pelas multas aplicadas à sociedade, por violação do artigo 30º, n.º 3, da Constituição. (Tribunal Constitucional Português, Acórdão n.º 171/2014).

O Tribunal Constitucional considerou inconstitucional a responsabilidade solidária dos administradores e gerentes (sujeitos individuais) pelo pagamento de penas decorrentes do chamado direito penal secundário, tendo em vista que

A norma prevê, por conseguinte, não já uma mera responsabilidade ressarcitória de natureza civil, mas uma responsabilidade sancionatória por efeito da extensão ao agente da responsabilidade penal da pessoa coletiva.

Poderá dizer-se que a comunicação ao administrador ou gerente da multa aplicada à pessoa coletiva pela prática da infração corresponde a um mecanismo de garantia de pagamento do quantitativo monetário da multa, que não encerra uma censura penal, nem impede o ulterior exercício do direito de regresso contra a sociedade, nem tem para o responsável solidário outras consequências de natureza estritamente penal (cfr., neste sentido, o acórdão de uniformização de jurisprudência do STJ, de 8 de janeiro de 2014).

O ponto é que nenhuma destas considerações, a manterem validade, descaracteriza o aspeto central do regime sancionatório instituído pelo n.º 7 do artigo 8º do RGIT. O que importa reter é que a pessoa coletiva exime-se ao cumprimento da pena através da transferência do dever de pagar a multa para o devedor solidário e o Estado exonera-se, por essa via, do exercício do jus puniendi de que é titular. O que consubstancia objetivamente uma transmissão de pena e põe em causa a indisponibilidade dos interesses que as reações criminais visam tutelar.

Diante dessa decisão, pode-se, analogicamente, entender que a transmissão da responsabilidade subsidiária também deve ser vedada, pois a razão fundamentadora é exatamente a mesma. Explica-se.

A responsabilidade solidária prevê uma pluralidade de sujeitos para o cumprimento unitário de uma obrigação, de forma que qualquer um dos devedores (no caso de solidariedade passiva) responde perante o credor comum pela prestação integral, cujo cumprimento a todos exonera. (COSTA, 2011, p.666-667). Assim, não há a aferição da responsabilidade individual do obrigado solidariamente frente ao credor. De maneira semelhante, quando há a transmissão subsidiária de responsabilidade, não é aferida a responsabilidade do “novo” devedor frente ao credor. Em ambas, pode o “verdadeiro” responsável pelo ato que deu causa à obrigação não responder.

Por outro lado, se o Tribunal Constitucional considerou que é aplicável ao direito penal secundário, por que não aceitar a inconstitucionalidade de normas previstas no próprio Código Penal?

Destarte, justo o entendimento, por analogia ao acórdão 171/2014, da inconstitucionalidade do art. 11, n° 9 do Diploma Penal Português.

## 6 Considerações finais.

Constatou-se que a transmissibilidade pelo pagamento da pena de multa através da responsabilização subsidiária de quem ocupa posição de liderança e preencha os requisitos elencados nas alíneas “a”, “b” e “c”, do art. 11<sup>o</sup>, n° 9, além de não atingir as finalidades da pena, vai diretamente de encontro com os princípios constitucionais da culpabilidade, da intransmissibilidade da pena e do *non bis in idem*. Consequentemente, colidem com próprio Estado de Direito. E isso, ao que parece, não é admissível.

Ainda tenha louvável intuito de recebimento de uma dívida cujo o Estado é o credor, do aumentando as receitas estatais e visando, portanto, a possibilidade de o Estado promover o bem comum, não é com base em sacrifício de direitos fundamentais que isso deve ser feito. E tampouco com o desvirtuamento dos fins das penas, que estão ligados ao agente, e não a terceiros que, através de seus atos, cumpriram a pena de outrem.

## Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. A responsabilidade criminal das pessoas coletivas. in **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 66. Lisboa: 2006.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 2ª ed. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2008.

ANTUNES, Maria João. Responsabilidade criminal da pessoas coletivas e entidades equiparadas – alterações introduzidas pela Lei n° 59/2007, de 4 de setembro. in de **Direito do Consumidor**. N. 8 (2006/2007).

ANTUNES, Maria João. **Cosequências jurídicas do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal – Parte Geral. Vol. I**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório da spessoas coletivas na revisão do código penal. in **Revista do CEJ** (separata), 1º semestre – N.º 8 (Especial) Jornadas sobre a revisão do código penal. Coimbra: Almedina, 2008.

BRAVO, Jorge dos Reis. **Direito Penal dos Entes Coletivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas coletivas e entidades equiparadas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRAVO, Jorge dos Reis. Punibilidade vs. impunidade de “pessoas colectivas públicas”: a regra, a excepção e os equívocos : um episódio da tensão entre “público” e o “privado”. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. ISSN 0871-8563. Ano 22, n. 3 (2012).

- BRUSA, Emilio. **Sulla responsabilità delle persone morali secundo Achille Mestre**. Torino: Carlo Clausen, 1900.
- CARVALHO, António Crespo Simões de. **A responsabilidade penal das pessoas coletivas**. Coimbra: [s. n.], 1934.
- CARVALHO, José Manuel Costa Galo Tomé de. Responsabilidade penal das pessoas colectivas : do repúdio absoluto ao actual estado das coisas. In: **Revista do Ministério Público**. Ano 30, N. 118 (2009).
- CASCA, Eduarda da Silva. **Direito penal**: Apontamentos das lições do Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira ao 5<sup>o</sup> ano jurídico de 1956-57, compilados por Eduarda da Silva Casca. Lisboa: Almedina, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lismoa, 1956.
- CASTRO, A. Morais e. ; SEABRA, Fernando de. **Apontamentos de direito criminal coligidos de harmonia com as preleções magistrais do Exmo. Prof. Doutor Beleza dos Santos ao curso do 5<sup>o</sup> ano jurídico de 1940/1941**, BELEZA DOS SANTOS, LICÇÕES SOBRE A CULPA 1940-1941.
- COSTA, José de Faria. Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuriche. In: **Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Fasc. 4, Ottobre-Dicembre, 1993.
- COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**, 3<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CUNHA, Damião da. Artigo 30<sup>o</sup>. In: **Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I**. MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Coimbra : Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: Parte geral II. As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993.
- DIAS, Jorge de Figueiredo . Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico, In: **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários, I**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmatica do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: **Temas de direito penal económico**. Org. PODOVAL, Roberto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte geral. Tomo I. 2<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- GARCIA, M. Miguel; RIO, J.M. Castela. **Código penal**. Parte geral e especial com notas e comentários. Coimbra: Almedina, 2014.
- GODINHO, Inês Fernandes. **A responsabilidade solidária das pessoas coletivas em direito penal económico**. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.
- GUNSBURG, Niko; MOMMAERT, R. La responsabilité pénale des personnes Morales privées. In: **Revue Internationale de Droit Pénale**. Vol. VI. N<sup>o</sup> 17. Rapports Présentés au Congrès de Bucarest. 1929.
- HIRSCH. Hans Joachim. Das Schuldprinzip und seine Funktion im strafrecht. In: **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**. Berlin: Walter de Gruyter. Band 106, 1994.
- LISZT, Fran Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Trad. PEREIRA, José Hygino Duarte. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.
- MARQUES, Hernani. Direito Criminal. **De harmonia com as preleções do Exmo. Senhor José Beleza dos Santos**, aos cursos do 4<sup>o</sup> e 5<sup>o</sup> ano jurídico de 1935-1936. Coimbra: Coimbra Editora, 1936.
- MARTINEZ, José Augustin. La responsabilité pénale des personnes morales. In: **Revue Internationale de Droit Pénale**. Vol. VI. N<sup>o</sup> 17. Rapports Présentés au Congrès de Bucarest. 1929,
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 8a. ed. Rio de janeiro: Freitas Bastos, 1965.
- MEIRELES, Mário Pedro. A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas. In: **Jugar**, - N<sup>o</sup> 5 - 2008 Lisboa: Julgar, 2008.
- MEIRELES, Mário Pedro Seixas. **Pessoas coletivas e sanções criminais: juízos de adequação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MESTRE, Achille. **Les personnes morales et le problem de leur responsabilité pánale**. Paris: Arthur Rosseaus, 1899.
- MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. **Crimes Ambientais. Lei n<sup>o</sup> 9.605/90 – Novas disposições gerais penais**. 2<sup>a</sup> ed. Campinas: CS Edições. 2004.
- MOREIRA, Joaquim Alves. **Responsabilidade criminal das pessoas colectivas**. Coimbra : [s. n.], 1934,
- NIETO, Alejandro. El principio do non bis in idem. In: **Revista Vasca de Administración Publica**, n<sup>o</sup> 28, 1990.
- PORTUGAL. **Código Civil Português**. Lisboa, 1966.

- PORTUGAL. **Código Penal Português**. Lisboa, 1986.
- PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1976.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 481/2010**. Lisboa, 2010.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 213/95**. Lisboa, 1995.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 426/91**. Lisboa, 1991.
- RIBEIRO, João Soares. Análise do Novo Regime Geral das Contra-Ordenações Laborais e Contra-Ordenações no Código do Trabalho, In: **Questões Laborais**, Ano XI-2004, n.º 23,
- ROTHES, Fransisco António Pedrosa Areal. Algumas notas em torno da questão da responsabilidade dos gestores pelas dívidas por coimas tributaries aplicadas às sociedades. In: **Colóquios AMJAFP**. Lisboa. 2010.
- ROUX, M.J.-A. La responsabilité penale des personnes morales. In: **Revue Internationale de Droit Pénale**. Vol. VI. N.º 17. Rapports Présentés au Congrès de Bucarest. 1929.
- SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel. **Noções de direito penal**. 4ª ed. Lisboa : Rei dos Livros, 2011.
- SCHECAIRA. Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- SILVA, Isabel Marques da. **Responsabilidade fiscal penal cumulativa das sociedades e dos seus representantes**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.
- SILVA, Isabel Marques da. Responsabilidade subsidiária : artigo 24.º da Lei Geral Tributária. **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**. A. 1, n.º 2 (2008).
- SILVA, Germano Marques da. Responsabilidade penal das pessoas coletivas. Alterações ao código penal introduzidas pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. In: **Revista do CEJ**. Lisboa. Nº 8 Esp., sem. 1º (2008).
- SILVA, Germano Marques da. **A responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009.
- SOUSA, João Castro e, **As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do Chamado Direito de Mera Ordenação Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- SOUZA, Jorge Manuel Lopes de Souza. Responsabilidade subsidiária por multas e coimas aplicadas por infrações fiscais. in **Colóquios AMJAFP**.
- TERNEIRO, Mário Paulo da Silva. Considerações sobre o objeto do processo penal. in **Revista da ordem dos Advogados**, Ano 47, 1987.
- TIEDEMANN, Klaus. Constitución y derecho penal. Trad. ZAPATERO, Luis Arroyo. in **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 11, num. 33, 1991.
- VALENTE, Ana Isabel. Intervenção III, **Colóquios AMJAFP**. Lisboa. 2010.
- VENTURA, André. **Lições de direito penal**. Vol. I. Lisboa: Chiado Editora, 2013

RECEBIDO EM: 19/02/2015  
APROVADO EM: 06/02/2016

## REGIONALISMO E DESENVOLVIMENTO: A REUNIÃO ESPECIALIZADA SOBRE AGRICULTURA FAMILIAR DO MERCOSUL (REAF)<sup>1</sup>

### REGIONALISM AND DEVELOPMENT: THE SPECIALIZED MEETING ON FAMILY FARMING OF MERCOSUR (REAF)

Guilherme Augusto Guimarães Ferreira<sup>2</sup>

Regina Claudia Laisner<sup>3</sup>

Vivian Lie Kato Lima<sup>4</sup>

**RESUMO:** O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) passou, nos anos 2000, por um processo de revisão institucional, marcado pela extinção do consenso em apoiar a integração regional nos mecanismos de mercado, passando assim, a compreendê-la como um instrumento para a construção de um espaço comercial e como um mecanismo para construir e implementar políticas sociais regionais. Quando se observa a agricultura nesses países, setor econômico relevante na região que tem historicamente uma tradição agrária, o que se apresenta é um cenário dominado pela produção latifundiária, em que a produção familiar tem espaço irrisório. No contexto deste debate no interior do bloco, em 2004, foi criada a Reunião Especializada sobre a Agricultura Familiar (REAF), uma iniciativa que visa construir um espaço especializado de discussão dos temas que envolvem a questão agrária, sob a perspectiva da integração regional. O objetivo deste artigo é, diante do apresentado, descrever como se organiza a REAF, enquanto instituição regional especializada na temática agrícola, e como tem atuado na construção de políticas públicas regionais de inserção da agricultura familiar no âmbito da integração, buscando identificar seus conteúdos e primeiros resultados, à luz do debate do desenvolvimento regional.

**Palavras-chave:** MERCOSUL. REAF. Políticas Públicas. Agricultura Familiar.

**ABSTRACT:** The Southern Common Market (MERCOSUR) passed, in the 2000s, an institutional review process, marked by the extinction of consensus to support regional integration on market mechanisms, passing thus to understand it as a tool for building a commercial space and as a mechanism to build and implement regional social policies. When looking at agriculture in these

---

<sup>1</sup> Uma versão preliminar deste trabalho foi apresentada no XV Congresso Internacional do Fórum Universitário do MERCOSUL – FOMERCO, realizado entre os dias 02 e 04 de Setembro de 2015, na Universidade Católica Nossa Senhora de Assunção, em Assunção, Paraguai.

<sup>2</sup> Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP. Mestrando em Relações Internacionais pelo PPGRI San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP, PUC-SP). Membro pesquisador do NEPPS - Núcleo de Estudos em Políticas Públicas da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, UNESP – Campus de Franca e da Rede de Pesquisa sobre Regionalismo e Política Externa (REPRI)

<sup>3</sup> Professora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, UNESP – Campus de Franca. Coordenadora do NEPPS - Núcleo de Estudos em Políticas Públicas na mesma universidade.

<sup>4</sup> Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP. Mestranda em Políticas Públicas pelo Programa de Pós-graduação em Política Públicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro pesquisador do NEPPS - Núcleo de Estudos em Políticas Públicas da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, UNESP – Campus de Franca

countries, relevant economic sector in the region that has historically an agrarian tradition, what emerges is a scenario dominated by the landed production, in which family production has no space. In the context of this debate within the bloc in 2004, it was created the Specialized Meeting on Family Farming (REAF), an initiative to build a specialized forum for discussion of issues involving the agrarian question from the perspective of regional integration. The purpose of this article is, before presented, describing how the REAF is organized, as a regional institution specialized in agricultural theme, and how it has been active in building policies for family farming in the context of regional integration, seeking to identify their content and initial outcomes, in the light of regional development debate.

Keywords: MERCOSUR. REAF. Public Policies. Family Farming.

## INTRODUÇÃO

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) foi criado em 26 de março de 1991, com a assinatura do Tratado de Assunção por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai<sup>5</sup>, construído sob os pilares do multilateralismo, do consenso e do primado do gradualismo (VAZ, 2002)<sup>6</sup>. Surgiu à sombra do regionalismo aberto<sup>7</sup>, diante da “necessidade histórica” (OLIVEIRA, 2003, p.67), imposta pelos anos 1990, de um projeto de integração regional que operasse como uma etapa intermediária na busca de uma melhor inserção nos mercados internacionais, por meio da liberalização econômica multilateral (OLIVEIRA, 2003). Assim, foi concebido em um contexto de políticas neoliberais quando, entre o final dos anos 1980 e início dos 1990, deu-se início a uma sistemática implantação dessas políticas na América do Sul, que tiveram como consequência a ampliação da concentração de renda e das desigualdades sociais, diante das ações de abertura comercial e de racionalização da participação do Estado na economia (BRICEÑO RUIZ, 2007; SOARES, 2009).

Diante deste cenário, nota-se que, ainda que a implementação do bloco tenha ocorrido em um cenário enxuto em termos de políticas sociais, vinculadas a um Estado desenvolvimentista, a ausência deste tipo de política e as conseqüências nefastas do modelo concorrente, em termos da qualidade de vida da população menos abastada, trouxe espaço para preocupações de cunho social. E, ademais, embora essas preocupações não tenham sido incorporadas de forma destacada às ações iniciais do bloco, observa-se que já no preâmbulo do tratado de criação do MERCOSUL é expressa a vontade de direcionar a atuação do bloco no sentido de “acelerar seus [dos Estados Partes] processos de desenvolvimento com justiça social” (MERCOSUL, 1991). Isto, no entanto, não se

---

<sup>5</sup>Embora o MERCOSUL seja composto por quatro membros, seu núcleo central foi construído a partir das relações bilaterais entre Brasil e Argentina, e iniciado com a assinatura do acordo Itaipu - Corpus, em 1979, entre os governos brasileiro, argentino e paraguaio. Tal aproximação avançou no interior da Associação Latino-americana de Integração (ALADI), a partir de 1980, com o Tratado de Montevideu e, após a redemocratização dos dois primeiros países, com a adoção da Declaração de Iguazu (1985) e com o Programa de Integração e Cooperação Econômica (1986), sob os governos de Raul Alfonsín e José Sarney. Essas foram iniciativas que, fortalecendo as relações bilaterais entre os países, impulsionaram e influenciaram de maneira decisiva a construção do bloco (MARIANO, 2000).

<sup>6</sup> O Multilateralismo facilitou a manutenção do conjunto de iniciativas deslanchadas por Brasil e Argentina nos acordos bilaterais anteriores e que configuraram o núcleo principal do MERCOSUL, consagrou a democracia como valor e facilitou a operacionalização do processo decisório. A regra da decisão por consenso assegurou a garantia dos interesses essenciais dos países-membros, conferiu legitimidade e credibilidade às decisões e operou, em teoria, como elemento nivelador das assimetrias de poder entre os membros. Já o primado do gradualismo operou como estrutura condicionante e impulsionadora e somado às metas estabelecidas para a consolidação do Mercado Comum, orientou e direcionou as discussões e restringiu a capacidade dos negociadores de modificar a agenda e/ou alterar o ritmo das negociações. (VAZ, 2002).

<sup>7</sup> O regionalismo aberto, de acordo com a tipologia aqui utilizada, foi o período em que, na América Latina, os processos de integração regional foram pensados como instrumentos para enfrentar a globalização econômica e financeira, promover o comércio internacional e atrair investimentos estrangeiros. Abandonaram-se os ideais de industrialização propostos pelo regionalismo autônomo dos anos 1950, e buscou-se promover a competitividade internacional, a modernização tecnológica e a abertura comercial, conforme orientavam as políticas propostas pelo “Consenso de Washington” (BRICEÑO RUIZ, 2007).

refletiu imediatamente na elaboração de estruturas que materializassem as demandas sociais, levando o bloco a assumir, quase que exclusivamente, um caráter comercial com objetivo limitado às questões ligadas à liberalização dos mercados e à disciplina comercial. Somente no início dos anos 2000 o bloco passou por um processo de ampliação do seu escopo, retomando seus ideais postos no seu preâmbulo de incorporação das questões sociais em sua agenda. Tratou-se de um momento fortemente influenciado pelas demandas de atores não estatais que, fortalecidos pela realização do Fórum Social Mundial em 2006, acreditavam que outra integração era possível (LAISNER et al, 2013). Uma integração que incorporasse, sobremaneira, o desenvolvimento de seus povos por ela afetados.

Refletir acerca do desenvolvimento na região implica em olhar para políticas públicas fundamentais a este processo, entre elas, a que se vincula à questão da pequena produção agrícola. Nestes termos, a Agricultura Familiar desponta com uma política nevrálgicamente relevante na medida em que a consideramos de uma perspectiva que, para além da sua condição de produtora de produtos agrícolas, tenha por foco a própria família produtora e suas relações com a natureza e a sociedade, privilegiando suas formas próprias de produção e de dinâmica social (WANDERLEY, 2003). Afinal, é a partir de uma perspectiva de desenvolvimento que não se limite à renda e ao crescimento econômico que podemos pensar políticas públicas que atendam as necessidades individuais (alimentação, vestuário, moradia, acesso à educação, ao lazer, a bens culturais, a direitos civis e políticos, etc) e levem, de fato, à superação da condição de pobreza. E neste sentido, como já consideravam os cepalinos, o acesso à terra, nestes termos amplos, é fundamental:

Isso é evidente com respeito a populações rurais sem acesso à terra para trabalhar ou devendo pagar rendas escorchantes para ter este acesso. O mesmo se pode dizer das populações urbanas que não estão habilitadas para ter acesso à moradia. As instituições que permitem a concentração em poucas mãos da formidável valorização das terras urbanas respondem pela miserabilidade de grandes massas da população. A pobreza em massa, característica do subdesenvolvimento, tem como frequência origem numa situação de privação original do acesso à terra e à moradia. (FURTADO, 1992, p. 55)

É nessa perspectiva que se desenha este artigo, com o objetivo de apresentar a Reunião Especializada sobre Agricultura Familiar do MERCOSUL e sua atuação na construção de políticas públicas regionais de inserção da agricultura familiar no âmbito da integração mercosulina, identificando seus conteúdos e primeiros resultados, à luz do debate do desenvolvimento regional.

## **1. A REUNIÃO ESPECIALIZADA SOBRE AGRICULTURA FAMILIAR DO MERCOSUL**

O debate acerca da agricultura familiar no MERCOSUL surgiu em 1992 quando, na decisão 01/1992 do Grupo Mercado Comum (GMC)<sup>8</sup>, foi expressa a necessidade de “articular pequenos e médios produtores ao processo de integração” (MERCOSUL, 1992).

Posteriormente, em 2003, motivados pelo amadurecimento do debate sobre agricultura familiar entre as organizações da sociedade civil e pela mudança da atuação do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) do Brasil, que passou a assumir uma agenda positiva com o MERCOSUL, foi formada uma articulação do MDA, juntamente com a Confederação de Organizações de Produtores Familiares do MERCOSUL (COPROFAM) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), com o propósito de construir um espaço permanente de debates sobre a agricultura familiar no bloco (CARVALHO, 2011). Desde então, foram realizados diversos seminários conjuntos, com o objetivo de incluir as organizações sociais no debate sobre os processos internacionais de grande impacto no setor agrícola. Carvalho pontua:

---

<sup>8</sup> O Grupo Mercado Comum (GMC) é o órgão executivo do bloco. A ele compete velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção e demais acordos firmados em seu âmbito (MARIANO, 2000).

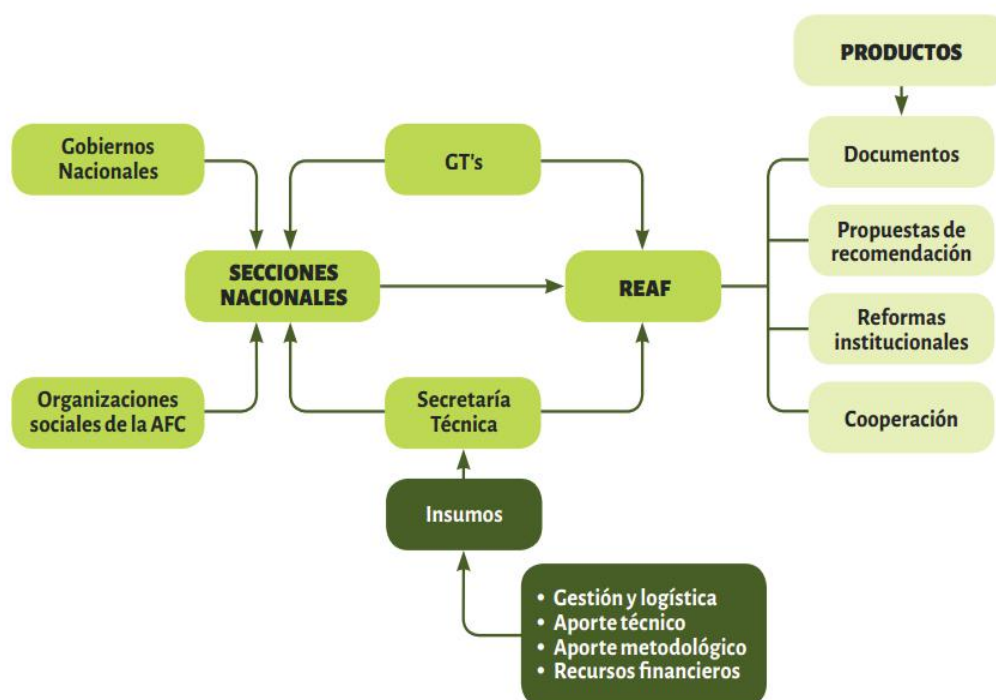
Tais eventos são entendidos como relevantes porque possibilitaram a aproximação de diversos atores, certamente fortalecendo canais de interlocução, facilitando a identificação de pautas comuns e a construção de ideias convergentes sobre a agricultura familiar e camponesa, sobre a ação do Estado e sobre o papel que o MERCOSUL poderia cumprir nesta área (CARVALHO, 2011, p.63).

Neste cenário foi possível uma convergência de vontades e interesses, tanto dos governos quanto das organizações da sociedade civil que, decidindo atuar diretamente sobre o MERCOSUL, levaram à criação da Reunião Especializada sobre Agricultura Familiar do MERCOSUL (REAF)<sup>9</sup>, pela resolução nº 11/04 do GMC, de 31 de Março de 2004.

Tal como se constituiu, a REAF tem por objetivo o fortalecimento da agricultura familiar nos Estados-membros do bloco, por meio de políticas públicas comuns de promoção e facilitação da produção e comercialização dos produtos originários do setor na região, a partir do princípio da complementaridade (MERCOSUL, 2004).

É um órgão assessor do Grupo Mercado Comum e está, portanto, sujeita aos princípios, regras e normas estabelecidas pelo órgão, com especial destaque ao seu caráter intergovernamental, o que exige que todas as decisões sejam consensuais. A figura 1 apresenta o esquema estrutural da reunião.

Figura 1 – Esquema REAF



Fonte: RAMOS et al., 2014, p 481<sup>10</sup>.

As reuniões regionais ocorrem a cada seis meses, sempre no final de cada presidência *pro tempore*. É o espaço em que as delegações dos governos e os representantes da sociedade civil se reúnem para deliberar e acordar sobre os diversos temas propostos. Para que ocorram, três outros órgãos internos à REAF são essenciais: as Seções Nacionais, os Grupos Temáticos e a Secretaria Técnica.

<sup>9</sup> Cumpre chamar a atenção para um aspecto deste texto: quando a sigla REAF for utilizada sem nenhum complemento está se referindo ao órgão Reunião Especializada sobre Agricultura Familiar do MERCOSUL. Enquanto que, quando a sigla vier precedida por algarismo (I REAF, II REAF, etc), refere-se à alguma reunião regional específica da REAF.

<sup>10</sup> A sigla AFC no quadro *Organizaciones sociales de la AFC* refere-se à Agricultura Familiar e Camponesa.



De maneira geral, as Seções Nacionais são responsáveis pela realização de reuniões prévias à REAF, nas quais acontecem os debates e têm origem as decisões coletivas e as propostas de políticas públicas que serão debatidas nas Seções Regionais. Já os Grupos Temáticos (GTs) encontram-se uma vez a cada semestre, em Montevideu, no prédio do MERCOSUL. Sua responsabilidade é abordar e discutir os temas da agenda da REAF, assessorando-os com estudos e informações técnicas. A Secretaria Técnica, por sua vez, é encarregada de preparar as REAFs, dando todo o respaldo logístico e operacional para que as reuniões ocorram adequadamente, fiscalizando o cumprimento das tarefas e prazos estabelecidos.

Por ser uma instituição em constante construção, as atividades da REAF podem ser divididas em etapas, conforme proposto por Ramos et al (2014). A primeira etapa, que compreende o período entre a I e a V REAF, teve sua agenda ligada à construção institucional da reunião, materializada no seu regimento interno e na criação do Grupo para acompanhamento das negociações internacionais extrabloco. Dedicou-se, neste período, à realização de estudos com foco nos problemas ligados à oferta e acesso ao crédito, administração de riscos, acesso e uso sustentável dos recursos e inserção nos mercados. Foi firmado, ainda, um acordo junto ao Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola (FIDA) para financiamento da reunião. Em resumo, tratou-se de um período de consolidação institucional e de realização de estudos para a compreensão da representatividade da agricultura familiar nos países membros do bloco (COSTA E PIRES, 2008).

Entre 2006 e 2011 ocorreu a segunda etapa da REAF. Neste período, nota-se claramente uma preocupação da reunião de ir além dos estudos, centrais na primeira etapa, partindo-se, efetivamente, para a implementação de políticas públicas regionais. As discussões acerca da estrangeirização da terra passaram a compor a agenda e foi construído um referencial regional de definição e caracterização da agricultura familiar. Criou-se, também, o Fundo da Agricultura Familiar do MERCOSUL (FAF) <sup>11</sup>.

A partir da XVII REAF, realizada em Buenos Aires entre os dias 4 e 7 de Junho de 2012, teve início a terceira etapa da REAF. Durante essa reunião foi anunciado, uma vez que todos os países membros do MERCOSUL haviam aprovado a criação do Fundo da Agricultura Familiar (FAF) em suas instâncias internas, que o FAF entraria em vigor a partir de 15 de Junho desse mesmo ano, colocando a REAF em uma posição relativamente confortável financeiramente. Cabe destacar que, a partir da XVIII REAF, a reunião passou a contar com a Venezuela como membro pleno, conforme o exposto pela decisão CMC 04/93 e pelo Art. 2 da resolução GMC 26/01.

Tendo descrito o surgimento e principais bases da Reunião especializada sobre Agricultura Familiar do MERCOSUL, serão expostas, a seguir, as políticas públicas para agricultura familiar desenvolvidas pela REAF. Optamos aqui por fazê-lo a partir de cada grupo temático, órgãos técnicos e temáticos permanentes responsáveis pela coordenação das políticas públicas comuns da agenda do processo de integração, de forma a promover uma apresentação mais didática. São eles: Acesso à terra e reforma agrária; Juventude rural; Gênero; Gestão de Riscos e Mudanças climáticas; e Facilitação do comércio.

## 2. GRUPO TEMÁTICO DE ACESSO À TERRA E REFORMA AGRÁRIA

O grupo temático (GT) de Acesso à Terra e Reforma Agrária tem por objetivo abordar as políticas públicas de aquisição da terra, diante de um processo de crescente concentração e estrangeirização da propriedade rural (REAF, 2010). Dentre os principais temas de trabalho, têm destaque: a função social da propriedade; o acesso à terra das mulheres, a concentração e estrangeirização da terra e o acesso à terra pela juventude rural.

<sup>11</sup>Sobre este Fundo consultar: LAISNER, Regina; FERREIRA, Guilherme A. G. Políticas públicas de desenvolvimento no MERCOSUL: A Reunião Especializada sobre Agricultura Familiar e o Fundo da Agricultura Familiar. **Bahia Análise e Dados**, v.24, n.3, p. 587-599, 2014.

cooperação, com foco nas novas dinâmicas da integração regional; para a problematização das políticas públicas, sobretudo, no sentido de incluir o debate de gênero; e para a construção de uma agenda comum da juventude rural, para compor os trabalhos do próprio GT (REAF, 2009a).

Os principais resultados atingidos, apontados nas atas das reuniões regionais e nas avaliações do GT, foram: a capacidade de gerar consenso acerca de uma identidade da juventude rural, apesar das diferenças locais, e a construção de uma agenda comum de diagnósticos e propostas da problemática da juventude rural (REAF, 2009c).

#### **4. GRUPO TEMÁTICO DE GÊNERO**

O grupo temático de Gênero tem como objetivo promover o fortalecimento e o desenvolvimento de políticas de igualdade de gênero para a agricultura familiar (MDA, 2010). Em articulação com a Reunião Especializada da Mulher (REM), as organizações sociais e os ministérios dos países-membros, tem na sua agenda a temática da institucionalização de políticas de igualdade de gênero e dos direitos igualitários à terra.

Em 2010 teve início o Programa Regional para o Fortalecimento das Políticas de Igualdade de Gênero na Agricultura Familiar do MERCOSUL, com o financiamento da Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento. Trata-se de uma iniciativa que tem por objetivo consolidar a institucionalidade das políticas de gênero nos Ministérios de Agricultura e Desenvolvimento Agrário da Região, por meio do desenho e implementação de políticas dirigidas às agricultoras familiares (REAF, 2009b).

Sob coordenação do Ministério da Pecuária, Agricultura e Pesca da República Oriental do Uruguai, o programa tem: (a) realizado intercâmbios bilaterais entre organismos governamentais, com a participação da sociedade civil, para conhecer a institucionalidade responsável pelo desenho e implementação dos marcos normativos e das políticas dirigidas às mulheres agricultoras familiares; (b) sistematizado dados, pesquisas e estudos de caso sobre o acesso das mulheres às políticas da Agricultura Familiar e Reforma Agrária; (c) coordenado oficinas de análise das políticas públicas da Agricultura Familiar e Reforma Agrária com especial ênfase nos serviços rurais e de acesso à terra; (d) capacitado os tomadores e tomadoras de decisões, gestores e gestoras públicas, sobre o enfoque de gênero nas políticas e instrumentos dos ministérios nacionais, (e) elaborado recomendações para adequação de programas e criação de políticas específicas para as mulheres agricultoras familiares e (f) capacitado mulheres agricultoras sobre aspectos legais de comércio, normas de comercialização, gestão de mercados e inserção nos mercados nacionais e regionais (REAF, 2009b).

Em síntese, a iniciativa tem dado suporte para a formulação e a implementação de políticas para as mulheres rurais, estimulando a coordenação e o planejamento regional de políticas de igualdade de gênero e, ademais, promovendo sua incorporação à agenda da agricultura familiar.

#### **5. GRUPO TEMÁTICO DE GESTÃO DE RISCOS E MUDANÇAS CLIMÁTICAS**

O Grupo Temático de Gestão de Riscos e Mudanças Climáticas foi criado a partir do debate realizado durante o Seminário sobre Seguro Agrícola para a Agricultura Familiar, em junho de 2006. Seu objetivo foi o de recomendar instrumentos de gestão de riscos, promover ações de intercâmbio de informações técnicas e o desenvolvimento de políticas públicas para a adaptação da agricultura familiar à mudança climática, bem como estabelecer sistemas de avaliação de riscos e mecanismos de segurança e de redução de riscos a eventos climáticos como secas e excesso de chuvas.

O grupo é constituído por representantes oficiais e pelas organizações sociais de cada estado-membro e associados. Dentre as questões com as quais trabalha estão: o uso sustentável dos recursos naturais, principalmente da água; análise de ferramentas de gestão de risco; busca por articulações entre organizações e instituições da sociedade civil, dos governos e/ou internacionais. Suas atividades são realizadas a partir do respeito às características específicas de cada região/país (sociedade, economia, clima, cultura, espécies agrícolas produzidas, e etc.). Além disso, procura

realizar a capacitação de técnicos de segurança sanitária e de agricultores, além de estimular intercâmbios de cooperação.

A política que se destaca dentro deste grupo é o projeto piloto de Seguro de Cobertura de Risco Climático para a Agricultura Familiar “*Fondo de Seguro de Cosecha*”, que foi implementado no Paraguai. Essa política baseou-se em experiências de políticas de outros países da região e seu objetivo é garantir um seguro agrícola para perdas de safras de agricultores familiares ocasionadas por fenômenos climáticos, mantendo, assim, a segurança alimentar e nutricional dessas famílias. Além disso, tal projeto serve de apoio para que o produtor continue produzindo e realizando boas práticas indicadas pelo *Ministerio de Agricultura y Ganadería*. Os beneficiados são agricultores familiares que têm como principal fonte de renda a produção agrícola.

O projeto foi elaborado com a intenção de se expandir na região e obter recursos do Fundo para a Convergência estrutura do MERCOSUL (FOCEM)<sup>12</sup>. No âmbito do Paraguai, os recursos deste fundo são constituídos por contribuições do *Ministerio de Agricultura y Ganadería* (MAG) e dos agricultores incluídos no programa.

Outras atividades realizadas pelo GT consistiram em debates e seminários sobre segurança alimentar no contexto da mudança climática e na elaboração de leis para catástrofes e emergências e o manejo do risco sanitário e fitossanitário<sup>13</sup>. Além disso, observada uma significativa desigualdade na execução das políticas de gestão de risco nos países do bloco devido à variabilidade do clima na região, as delegações aprofundaram os debates acerca do tema e elaboraram medidas e diretrizes para políticas. O GT tem realizado, sobretudo, análises de políticas e outras experiências no tema e recomendado diretrizes e medidas nesse sentido.

## 6. GRUPO TEMÁTICO DE FACILITAÇÃO DO COMÉRCIO

O grupo temático de facilitação do comércio foi criado em 2005, após a III REAF e tem como objetivo realizar trabalhos em torno do tema das compras públicas da agricultura familiar. Assim, no âmbito deste grupo, são analisados os modelos de agricultura familiar em cada país do bloco, com o objetivo de identificar suas características, as potencialidades e as limitações na participação no mercado, principalmente no que tange à venda de produtos. A partir daí, torna-se possível estabelecer diretrizes ou recomendações de políticas públicas para o comércio. Além disso, o GT trabalha com discussões sobre políticas de facilitação do comércio e inclusão da agricultura familiar nos mercados; identificação dos agricultores familiares e das organizações existentes para a classificação da categoria e certificação de seus produtos; atuação em políticas para a geração de renda, facilitação do comércio e agregação de valor; ajuda na formação técnica dos agricultores; complementação produtiva; promoção de inovações tecnológicas na área; estímulo às associações e cooperativas, financiamento para as atividades e acesso ao crédito e promoção do acesso das mulheres ao mercado.

A política de maior destaque elaborada nesse GT consiste no Programa Regional de Compras Públicas, que propunha atividades de intercâmbio de experiências com políticas no setor. Esse programa foi acordado durante a XIV REAF, em 2010, e foi implementado de 2011 a 2013, com financiamento da Agência Brasileira de Cooperação (ABC). Foram promovidos encontros envolvendo técnicos governamentais e membros da sociedade civil, principalmente os da agricultura familiar, para a troca de experiências, visando estimular e potencializar as políticas públicas de compra institucional, para então promover o comércio dos produtos da agricultura familiar da região, assim

<sup>12</sup> Estabelecido em 2005, o fundo tem o objetivo de reduzir as assimetrias entre os países do Mercosul por meio do financiamento de projetos voltados para a infraestrutura regional (habitação, transportes, tecnologia), além de visar o desenvolvimento da competitividade, a coesão social e a integração regional (MERCOSUL, 2015)

<sup>13</sup> Segundo a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), riscos sanitários e fitossanitários são aqueles oriundos de contaminantes, aditivos, toxinas, agrotóxicos, pestes e quaisquer outros organismos causadores de doenças. No caso específico da agricultura, tratam-se dos riscos de propagação de pragas e doenças, especialmente as exóticas, em biomas, plantações ou áreas livres em que os organismos não contam com defesas ou mecanismos naturais de controle biológico (FAO, 2006).

como gerar empregos, renda e ocupação de territórios, desenvolvendo o espaço rural. O primeiro módulo ocorreu no Brasil (Brasília, Goiás e Pernambuco), o segundo na Argentina (*Mendoza e San Juan*) e o terceiro no Uruguai. Como a troca de experiências foi muito proveitosa, houve a formulação do II Programa, cujo início deu-se em março de 2015 no Brasil, com debates sobre as experiências da Bolívia, Equador e Venezuela. Além disso, outro resultado dessa política consistiu na elaboração de um Projeto de Lei de Reserva de Mercado Estatal de Bens e Serviços Alimentícios para a Produção Agropecuária Familiar e a Pesca Artesanal, atualmente, em tramitação no Poder Legislativo desse país.

Outras atividades dentro deste GT compuseram-se pela elaboração e difusão dos selos da Agricultura Familiar, que consistem em uma certificação de origem do produto; incentivo às alianças produtivas, ao associativismo e ao cooperativismo; troca de experiências sobre vigilância sanitária; promoção de feiras regionais entre os países; e facilitação do intercâmbio de produtos. Essas medidas mostram os esforços e as preocupações do GT em promover o fortalecimento do comércio da produção agrícola familiar.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou evidenciar a contribuição da REAF como plataforma para a elaboração e execução de uma agenda de políticas públicas diferenciadas para a Agricultura Familiar - setor intrinsecamente relacionado com os demais problemas sociais, tão frequentes na região, e que, certamente, assume papel de relevância na superação da pobreza e na promoção do desenvolvimento.

Em termos de políticas públicas regionais, a REAF tem construído sistemas e ferramentas de gestão de riscos climáticos e sanitários, e conquistado consideráveis avanços na inserção dos agricultores familiares aos mercados, notadamente com as práticas de compras públicas dos produtos da agricultura familiar. Tem, ainda, desenvolvido políticas de inclusão e formação da juventude rural, políticas de igualdade de gênero e consolidado o entendimento da agricultura familiar como solução e não sinônimo da condição de pobreza.

Contudo, para que essas políticas passem a produzir resultados efetivos na construção de uma integração que envolva fatores não apenas econômicos, mas também políticos e sociais, inúmeros desafios necessitam ser superados. Destaque para a insuficiência de autonomia na implementação das políticas públicas, o que demanda poder de decisão e recursos mais amplos.

Todavia, ainda que as políticas apresentadas estejam em estágio embrionário e sejam incipientes, – consequência das dificuldades dos processos de negociações multilaterais e da debilidade financeira – são significativas na perspectiva do avanço na agenda social. Representam, assim, um importante passo para a consolidação de um MERCOSUL mais plural que, para além do crescimento econômico, forneça os vínculos necessários entre a sociedade e as instituições regionais. Desse modo, será possível pensar nas possibilidades de construção de um projeto de integração que reflita no real interesse das pessoas envolvidas, na multiplicidade de dimensões que as atinge.

### REFERÊNCIAS

BRICEÑO RUIZ, José. **La integración regional en América Latina y el Caribe**: Procesos históricos y realidades comparadas. Mérida: Universidad de los Andes, 2007.

CARVALHO, Priscila Delgado de. **Ação coletiva transnacional e MERCOSUL**: organizações da sociedade civil do Brasil e do Paraguai na construção da Reunião Especializada sobre Agricultura Familiar. 178 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

COSTA, Júlia Jacomini; PIRES, Elson Luciano Silva. **A institucionalização da Agricultura Familiar na esfera do Mercosul**: avanços e desafios. Disponível em: <  
<http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal12/Geografiasocioeconomica/Geografiaagricola/16.pdf>  
 >. Acesso em 14 AGO 2015.

FAO. **International Standards For Phytosanitary Measures**. Roma: FAO, 2006.

- FURTADO, Celso. A armadilha histórica do subdesenvolvimento. In FURTADO, Celso. **Brasil: a construção interrompida**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- LAISNER, Regina C. et al. A integração social do Mercosul: uma agenda de Políticas Públicas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL FOMERCO: de norte a sul, por uma integração do continente sul-americano, 14., 2013, Palmas. **Anais do XIV Congresso Internacional Fomerco**. Palmas: Fomerco, 2013.
- LAISNER, Regina; FERREIRA, Guilherme A. G. Políticas públicas de desenvolvimento no MERCOSUL: A Reunião Especializada sobre Agricultura Familiar e o Fundo da Agricultura Familiar. **Bahia Análise e Dados**, v.24, n.3, p. 587-599, 2014.
- MARIANO, Marcelo Passini. **A estrutura institucional do Mercosul**. São Paulo: aduaneiras, 2000.
- MDA. **Reunião Especializada sobre Agricultura Familiar**. Publicação para a XIV REAF, 15 a 18 de Dezembro de 2010, Brasília/DF/Brasil Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA/Brasil), 2010.
- MERCOSUL. **Tratado de Assunção**. Assunção, 1991.
- \_\_\_\_\_. MERCOSUL/GMC/DEC. N° 01/92. **Decisão**. Cronograma de Medidas que assegurem o cumprimento dos objetivos do Tratado de Assunção, 1992.
- \_\_\_\_\_. MERCOSUL/GMC/RES. N° 11/04. **Resolução**. Reunião Especializada sobre Agricultura Familiar no MERCOSUL, 2004.
- \_\_\_\_\_. Unidade Técnica FOCEM. **El Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (2005 – 2015)**. Montevideo: Secretaria del MERCOSUR, 2015.
- OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de. **Mercosul: atores políticos e grupos de interesses brasileiros**. São Paulo: editora UNESP, 2003.
- RAMOS, A. et al. El desarrollo institucional de la agricultura familiar em el MERCOSUR: La experiencia de la REAF MERCOSUR. In FAO. **Agricultura Familiar em América latina y el Caribe: recomendaciones de política**. Santiago: FAO, 2014.
- REAF. MERCOSUR/VIIEAF/DT N°01/07. **Documento de Trabalho**. Perfil de Proyecto: Programa Regional de Formación para la Juventud Rural, 2007.
- \_\_\_\_\_. MERCOSUR/XREAF/DT N° 05/08. **Documento de Trabalho**. Grupo Temático Juventud, 2008.
- \_\_\_\_\_. MERCOSUR/XIREAF/DT N° 01/09. **Documento de Trabalho**. Curso regional de Formación de Jóvenes Rurales, 2009a.
- \_\_\_\_\_. MERCOSUR/XIREAF/DT N° 03/09. **Documento de Trabalho**. Documento de Formulación, 2009b.
- \_\_\_\_\_. MERCOSUR/XIIEAF/AXV. **Anexo**. Evaluación del Curso de Jóvenes, 2009c.
- SOARES, Laura Tavares. **Os Custos do Ajuste Neoliberal na América Latina**. São Paulo: Cortez, 2009.
- VAZ, Alcides Costa. **Cooperação, Integração e processo negociador: a construção do Mercosul**. Brasília: IBRI, 2002.
- WANDERLEY, Maria Nazareth Baudel. Prefácio. In: CARNEIRO, Maria José; MALUF, Renato S. **Para além da produção: multifuncionalidade e agricultura familiar**. Rio de Janeiro, MAUAD, 2003. p. 9-16.

RECEBIDO EM: 29/12/2015 APROVADO EM: 02/02/2016
--

## FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: A EFETIVIDADE DOS INSTRUMENTOS DE POLÍTICA DE ORDENAÇÃO DO ESPAÇO URBANO

Maria Goretti Dal Bosco<sup>1</sup>

**RESUMO** – O trabalho é parte de pesquisa que se destina a avaliar os primeiros estudos, no âmbito dos Tribunais Superiores e também daqueles situados em alguns dos mais povoados Estados brasileiros sobre a eficácia de três dos principais institutos de políticas públicas, previstos na legislação como forma de sanção aos proprietários de imóveis urbanos que deixam de cumprir a função social da propriedade privada, consagrada na Constituição e na legislação infraconstitucional: o parcelamento e edificação compulsórios, o imposto predial e territorial progressivo no tempo e a desapropriação, todos previstos na Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), artigos 5º. a 8º., os quais regulamentam os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Ainda são raros os estudos sobre resultados das decisões dos Tribunais superiores brasileiros (Superior Tribunal de Justiça – STJ, e Supremo Tribunal Federal – STF) e de Tribunais de Justiça dos Estados, resultantes de conflitos entre particulares e as administrações públicas municipais, a quem compete aplicar os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade. O tema é objeto da pesquisa denominada “Estatuto da Cidade e função social da propriedade nos tribunais brasileiros: a efetividade dos instrumentos de política de regulação do espaço urbano”, objeto de financiamento de Iniciação Científica, no âmbito do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Para atingir os objetivos deste artigo far-se-á a discussão do direito de propriedade, sua função social no âmbito das áreas urbanas, os dispositivos do Estatuto da Cidade que regulamentam a previsão constitucional sobre o tema e, por fim, os primeiros estudos no campo das decisões dos tribunais brasileiros sobre os mecanismos ao alcance dos municípios para impor à propriedade urbana o atendimento de sua função social.

**PALAVRAS CHAVE:** Direito de propriedade e função social; Estatuto da Cidade; Políticas de regulação do espaço urbano; Jurisprudência.

**RIASSUNTO** - Il studio fa parte della ricerca che è stato progettato per valutare i primi studi sotto le Alte Corti, così come quelle che si trovano in alcuni stati brasiliani più popolati sull'efficacia dei tre principali Istituti di ordine pubblico, ai sensi delle leggi in ordine sanzionare i proprietari di immobili urbani che non riescono a svolgere la funzione sociale della proprietà privata sancito dalla Costituzione e dalla legislazione infra-costituzionale: la rata e la costruzione obbligatoria, la tassa di proprietà progressiva nel tempo e l'espropriazione, stabilito dalla Legge n. 10,257 / 2001 (Statuto del Comune), che disciplina articoli da 182 e 183 della Costituzione federale. Studi sui risultati delle decisioni dei Alte Corte brasiliani sono ancora rari (Superior Tribunal de Justiça - STJ e Corte Suprema - STF) e delle Corte delle province derivanti dai conflitti tra gli individui e il governo municipale, che è responsabile applicare gli strumenti previsti dallo Statuto della città. Il tema è oggetto di ricerca denominato "Statuto della città e la funzione sociale della proprietà nei tribunali brasiliani: l'efficacia degli strumenti di politica regolamentare dello spazio urbano," dall'oggetto del finanziamento, nell'ambito del Dipartimento di Diritto Privato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Federale Fluminense (UFF-RJ). Per raggiungere gli obiettivi del presente articolo si farà la discussione dei diritti di proprietà, il loro ruolo sociale all'interno delle aree urbane, lo statuto della città di dispositivi che regolano la disposizione costituzionale sul tema e, infine, i primi studi in campo delle

<sup>1</sup> Doutora em Direito (UFSC). Professora adjunta do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).

decisioni dei tribunali brasiliani sui meccanismi alla portata dei comuni di imporre sulla proprietà urbana cura della sua funzione sociale.

PAROLE CHIAVE: Direito de propriedade e função social; Statuto del Comune; Politiche di regolamentazione dello spazio urbano; Giurisprudenza.

## INTRODUÇÃO

O direito à propriedade é um dos direitos fundamentais do homem, consagrado desde a Declaração dos Direitos Humanos (art.17, 1), mas que historicamente pertenceu às classes mais abastadas, tanto nos espaços rurais quanto nas áreas urbanizadas. A defesa da propriedade privada aparece desde Aristóteles, passando pelo Direito Romano, pela Magna Carta, até chegar às Constituições liberais (PIPES, 2001).

O acesso a terra e à moradia, a primeira enquanto fornecedora do sustento da família e a segunda, enquanto local destinado ao abrigo digno e ao conforto das classes mais pobres vem sendo alcançado mais recentemente, motivado especialmente por pressão das massas “sem-terra” e “sem-teto”, responsáveis, em última análise, por levar o poder político a produzir leis capazes de promover uma distribuição melhor dos espaços. Assim ocorre com o que se conhece como “função social” da propriedade, modernamente consagrada na maioria das Constituições e dos ordenamentos jurídicos especialmente de países com grandes diferenças sociais e econômicas, como é o caso do Brasil.

A Constituição brasileira de 1988 assegurou o direito à propriedade (art.5º. XXII) condicionado ao atendimento à função social (art.5º., XXIII), estabelecendo requisitos para o cumprimento dessa exigência, no art. 186, no que se refere às áreas rurais, e determinando sanções para o desatendimento a esse preceito nos espaços urbanos, entre outros, nos artigos 156, 182 e 183, regulamentados, posteriormente pela Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

O presente trabalho se ocupa de discutir os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade destinados a sancionar proprietários cujos bens urbanos desatendem a função social, quais sejam: a imposição do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo, parcelamento/edificação compulsórios e a desapropriação pelo Poder Público.

Estes instrumentos, que são apenas parte daqueles que compõem o universo para operacionalização das políticas públicas de regulação e ordenação do espaço urbano das cidades, como se verá neste estudo são mecanismos de caráter sancionatório aos proprietários que deixam de atender à função social na utilização de suas propriedades nas áreas urbanas das cidades.

O estudo é parte pesquisa financiada pelo Programa de Iniciação Científica da Universidade Federal Fluminense (UFF-RJ), no âmbito do Departamento de Direito Privado, destinada ao estudo da efetividade daqueles instrumentos no âmbito dos conflitos levados aos tribunais superiores e àqueles dos estados mais populosos de cada região do país. Ao final da pesquisa se pretende uma análise da fundamentação principal das decisões destes Tribunais, de modo a estabelecer razões de efetividade ou não dos instrumentos em discussão, em sua aplicação aos casos concretos de desobediência dos ditames legais de atendimento à função social da propriedade urbana.

O trabalho está dividido em três partes: na primeira se discute os fundamentos do direito de propriedade e a função social da propriedade urbana. Num segundo momento, são abordados três dos instrumentos constantes da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade, artigos 5º. a 8º), eleitos para a abordagem neste estudo, os quais regulamentam os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, a serem aplicados pelas administrações municipais àquelas propriedades que desatendem a função social: a aplicação da alíquota progressiva no tempo na cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), o parcelamento/edificação compulsórios e a desapropriação pelo Poder Público. Na última parte são tratadas as decisões dos Tribunais a respeito da discussão da aplicação daqueles instrumentos pelo Poder Judiciário, abordando-se julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que integram os primeiros dados do levantamento.

## 1. DIREITO DE PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL

Pode-se falar do direito de propriedade enquanto um dos mais importantes da pessoa. Recordando a lição de PLANIOL (1948:897), é o mais especial e mais sedutor de todos os direitos reais porque entre todos que uma pessoa pode exercer, é este o mais completo<sup>2</sup>.

O direito de propriedade originalmente tem caráter individual, mas vai perdendo essa característica numa realidade jurídica ancorada nos ideais de justiça social, e ainda que seja considerado um bem particular cujo respeito do grupo social é imperativo, isso depende de que seu titular assuma o dever de cumprir exigências capazes de atender à função social, trazendo benefícios ao convívio com os demais membros da coletividade.

A condição de observância da função social da propriedade aparece também nos estudos de LEÓN DUGUIT (2009:47-49), para quem a propriedade privada nada representa se não estiver a serviço dos interesses sociais: “[...] estabelecido o direito objetivo na solidariedade social, o direito subjetivo daí deriva, direta e logicamente”. Assim, se todo o indivíduo é “[...] obrigado pelo direito objetivo a cooperar na solidariedade social, refutando, por outro lado, qualquer obstáculo à realização do papel social que lhe cabe”. Deste modo afirmava que “[...] a propriedade deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social, e o direito do proprietário como justo e concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra”.

Vista enquanto princípio, a função social da propriedade pode ser compreendida ainda enquanto limitação ao direito de propriedade, dado que compõe esse direito, em sentindo amplo enquanto ideia de poder de o polícia MELLO (1987:39-45). Assim, o titular pode usufruir desse direito, mas deve fazê-lo de forma a representar um benefício também para a coletividade.

Para SUNFELD (1987:122), na esteira da lição de Eros Grau, a ideologia de imposição de limites externos, por meio do poder de polícia, “[...] é coerente com e inteiramente adequado ao Estado Liberal, impondo limites negativos ao comportamento proprietário”. Diz ainda o autor que a propriedade, “[...] que precisa ter uma função social coerente com o Estado Social ora vigente, vai além de meras limitações externas, possuindo um conteúdo intrínseco ao seu próprio exercício”. E a distinção não pode ser considerada “meramente acadêmica”, pois é fundamental “[...] para compreender até onde o legislador pode ir na delimitação da propriedade, a partir da aplicação da Constituição”.

Ensina também SUNFELD (1987:122) que o regime jurídico da propriedade há de ser construído pelo legislador, “[...] que é o destinatário das disposições constitucionais em comento, como uma síntese da função individual e da função social, previstas na Constituição Federal”. Esta síntese, segundo o autor, poderia ser traduzida por ideias como a de que “[...] o princípio da função social não autoriza a supressão da propriedade privada”; o uso da propriedade na efetivação dos interesses sociais “[...] merece proteção do Direito, mesmo contra o proprietário”; e que “[...] o princípio da função social é fundamento para a imposição do dever de utilizar a propriedade” e, por fim, “[...] a função social é um dos fundamentos de legitimação da propriedade.”

A função social da propriedade é, portanto, conclui o autor, “[...] um novo instrumento que, conjugado aos normalmente admitidos (as limitações, as desapropriações, as servidões etc.), possibilitam a obtenção de uma ordem econômica e social que realize o desenvolvimento com justiça social.”

Como decorrência dos termos dispostos no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal<sup>3</sup>, que atribui à função social da propriedade o caráter de direito fundamental, percebe-se uma forte mitigação ao

---

<sup>2</sup> Tradução livre.

<sup>3</sup> “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 à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”



teor absoluto que durante grande período possuiu o direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro.

Acresce ainda ter em conta que a propriedade privada, assim como a sua função social, integram princípios da ordem econômica, (CF, art. 170, II e III). A presença daqueles princípios neste capítulo da Carta parece deixar claro que também no âmbito da ordem econômica o legislador se preocupou em assegurar que junto ao direito do proprietário que gera resultados individuais, a propriedade deve contribuir para que haja existência digna a todas as pessoas. Logo, são princípios norteadores de interpretação de toda legislação que trata dos direitos de propriedade, inseridas aí as propriedades urbanas, referidas no Estatuto da Cidade.

### 1.1. Função social da propriedade urbana

Quando se trata de propriedade rural a ideia de função social é mais clara, pois a própria Constituição Federal de 1988 trouxe, no art. 186, os requisitos para o atendimento daquela exigência: aproveitamento racional e adequado da propriedade, uso adequado dos recursos naturais, a preservação do meio ambiente, respeito às regras legais das relações de trabalho, e que a exploração se dê em benefício não apenas do proprietário, mas, também, dos trabalhadores. Esses requisitos, de certo modo, existiam no ordenamento brasileiro desde 1964, por força da Lei n.4.504/64, no art.2º., e a falta de respeito ao princípio da função social teria como consequência a desapropriação por interesse social (art. 18, alínea *a*, da Lei).

A questão não é de simples compreensão, todavia, quando se confronta o direito de propriedade nas áreas urbanas com as grandes concentrações de pessoas que vivem nas chamadas zonas da "cidade ilegal" (FERNANDES, 2006). São contingentes de marginalizados que, embora tenham igualmente diante da lei o direito de possuir uma propriedade para viver e usufruir, nada possuem, convivendo ao lado de grande número dos que dispõem de propriedades sem uso, desatendendo o princípio da função social preconizado pela Carta de Direitos. Essa situação fica patente quando se compara os números dos domicílios desocupados e o déficit habitacional no país.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE (2011), davam conta da existência de pouco mais de 6,7 milhões de domicílios vagos, incluindo aqueles em construção, sem considerar moradias de ocupação temporária, como as utilizadas para férias, ou as que estavam vazias no momento da pesquisa porque seus moradores se ausentaram temporariamente: seria necessário construir mais 200 mil moradias para que os 5,8 milhões de famílias brasileiras ainda sem um teto pudessem viver locais considerados dignamente adequados. Esse número caiu para 5,2 milhões em 2014, em função do programa do governo Federal denominado "Minha Casa Minha Vida" (FGV, 2014)

No caso da propriedade particular urbana, a função social é cumprida, ao teor do parágrafo 2º. do art. 182 da CF, quando atende exigências fundamentais de ordenação da cidade, contidas no plano diretor, sob pena, segundo previsão do § 4º., de o Poder público aplicar, nesta ordem, o parcelamento e a edificação compulsórios, o imposto predial e territorial progressivo no tempo e a desapropriação. Tais institutos foram regulamentados nos artigos. 5º. a 8º. do Estatuto da Cidade<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> O texto dos artigos 5º., 6º., 7º. e 8º. Da CF é o seguinte: " Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§ 1º Considera-se subutilizado o imóvel:

I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

II – (VETADO)

§ 2º O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

§ 3º A notificação far-se-á:

I – por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II – por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.

§ 4º Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a:

## 1.2. O Plano Diretor

O Plano Diretor, documento exigido pelo Estatuto da Cidade (art. 39)<sup>5</sup> é um instrumento de organização do planejamento do espaço urbano de uma cidade, sistematizando seu desenvolvimento físico, econômico e social, tendo sempre em vista proporcionar condições de convivência digna e de bem estar geral aos que habitam o território. Tem importância fundamental para a ordenação das cidades, e, especialmente, para garantir a efetividade da aplicação de instrumentos sancionadores àquelas propriedades que não atendem à função social. Deve ser elaborado mediante lei municipal, com revisão obrigatória a cada dez anos, passando por consulta prévia à comunidade, em atendimento ao que exige o art. 2º, II, da Lei: “[...] gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”.

Ao teor do art. 41 do Estatuto, o Plano Diretor é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes; as que integram regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; aquelas onde o poder Público tenha a intenção de aplicar os instrumentos sancionadores previstos na Constituição para o cumprimento da função social da propriedade; as que compõem áreas de especial interesse turístico; as cidades inseridas em área de influência de empreendimentos ou atividades que representem risco de grande impacto ambiental local ou regional, e ainda, as que estiverem incluídas

---

I - um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;

II - dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

§ 5º Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

Art. 6º A transmissão do imóvel, por ato inter vivos ou causa mortis, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei, sem interrupção de quaisquer prazos.

(...)

Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

§ 1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

§ 2º Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8º.

§ 3º É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo.

(...)

Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei”.

<sup>5</sup> O texto do artigo 39 da Lei n.10.257/200, é o seguinte: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta lei”.

no cadastro nacional de Municípios que possuem áreas sob o risco de deslizamentos, inundações ou processos correlatos.

É no Plano Diretor que devem constar as previsões sobre as diversas possibilidades e limitações do ordenamento urbano da cidade, conforme especificam os artigos 42 e 42-A, do Estatuto. A título de exemplo, devem estar previstas, no mínimo, no documento: a delimitação das zonas urbanas, de expansão urbana, de urbanização especial e de interesse social; o estabelecimento de índices urbanísticos relativos a áreas mínimas e máximas de lotes e coeficientes básicos, máximos e mínimos de aproveitamento; delimitação de áreas cuja vegetação natural deva ser preservada ou suprimida; traçado do sistema viário principal da cidade, existente e projetado; bases para a utilização do direito de preempção, das operações consorciadas e da transferência do direito de construir (PINTO, 2011:211).

As previsões constantes do Plano Diretor não podem ser desrespeitadas em outros planos e projetos que dele decorram, sob pena de nulidade. VICTOR CARVALHO PINTO (2011:187-188) afirma que não é apenas uma lei entre outras que o Município possa editar, “[...] mas o único instrumento jurídico apto a dispor sobre as matérias caracterizadas como seu conteúdo obrigatório. Isto não impede que suas normas sejam detalhadas por outros instrumentos, como projetos de loteamentos ou de obras públicas”. Todavia, diz o autor: “Este detalhamento só poderá ocorrer, entretanto, após a previsão no plano diretor e respeitadas as suas disposições”. Isto faz com que se garanta, segundo o autor, “[...] que nenhuma obra ou limitação ao direito de propriedade possa ser realizada sem um planejamento urbanístico prévio, cujo produto final é o Plano Diretor”.

## 2. INSTRUMENTOS DE ORDENAÇÃO DO ESPAÇO URBANO NO ESTATUTO DA CIDADE

Ao completar quatorze anos da edição da Lei n. 10.257/2001 (BRASIL, 2001), o denominado Estatuto da Cidade, não se conhece como tem sido seus resultados práticos no que se refere principalmente a alguns dos institutos voltados à valorização da função social da propriedade urbana, tais sejam o parcelamento e a edificação compulsórios, o IPTU progressivo e a medida mais drástica, que é a desapropriação.<sup>6</sup> Os parâmetros de subutilização das propriedades urbanas devem estar definidos no Plano Diretor do Município, obrigatório a todas as cidades com mais de 20 mil habitantes (art. 41, I do Estatuto).

No que se refere ao parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios, estão previstos nos arts. 5º e 6º do Estatuto da Cidade. Diante do não cumprimento da exigência da função social, o Poder Público Municipal pode obrigar o proprietário do imóvel, a parcelar a área, se o espaço ainda não está fracionado, a construir ou edificar, caso o terreno seja apropriado a esta medida, ou ainda, simplesmente dar-lhe utilidade quando isso for possível, mas o imóvel esteja não sendo usado de acordo com a sua destinação.

Já o IPTU progressivo no tempo, regulado no art. 7º do Estatuto da Cidade, deve ser aplicado pela Administração municipal toda vez que for descumprida a ordem de parcelar, edificar ou utilizar compulsoriamente a propriedade. Isso ocorre depois que o proprietário, notificado para fazer uso do imóvel, no prazo de um a dois anos, descumpra essa ordem, quando, então, será penalizado com a incidência do imposto progressivo no tempo pelo prazo de cinco anos, devendo ter a alíquota aumentada em até 15%, determinação que deve constar de lei específica votada pelo Parlamento Municipal.

Aspecto fundamental na questão da cobrança do IPTU progressivo no tempo é a razão de sua existência, que difere daquela atribuída à cobrança do imposto cujo fato gerador é a propriedade do bem, previsto no Código Tributário Nacional (CTN, art.32)<sup>7</sup>. A cobrança do imposto em alíquotas

---

<sup>6</sup> Existe um rol maior de instrumentos da política urbana de ordenação e limitação da propriedade privada urbana, mas a análise de tais institutos foge ao objeto de estudo deste trabalho.

<sup>7</sup> O texto do artigo 32 do Código Tributário Nacional é o seguinte: O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

progressivas tem natureza extrafiscal (PEREIRA, 2003:121), ou seja, seu objetivo é sancionador da conduta de proprietários que insistem em deixar suas áreas urbanas sem aproveitamento racional, fugindo à função social da propriedade, necessária para que a ordenação das cidades seja adequada e promova efetivamente os direitos de todos e não apenas daqueles que têm a possibilidade de deixar seus bens estacionados no tempo aguardando a valorização especulativa.

Não raro, tais propriedades sem aproveitamento racional são responsáveis por vários tipos de problemas para uma cidade, desde a manutenção que não é feita pelo proprietário e prejudica a estética urbana, até quando impedem a organização do espaço e a implantação de equipamentos e benefícios para toda a coletividade.

A desapropriação com títulos da dívida pública, prevista no art. 8º do Estatuto da Cidade, a mais grave das intervenções do poder público na propriedade privada, é tratada na doutrina enquanto desapropriação sanção (PONTES; VARGAS DE FARIAS, 2012:129) e deve ser aplicada quando o proprietário deixa de pagar o IPTU progressivo. Tal medida é entendida enquanto faculdade do poder público, já que se não desejar fazer a aquisição da propriedade fará a cobrança do imposto, até mesmo em execução forçada, se for o caso. O pagamento desse tipo de expropriação é realizado em títulos da dívida pública, resgatáveis em até dez anos, em prestações anuais e juros de 6% ao ano, levando-se em consideração o valor venal do imóvel, conforme se depreende do art. 8º e parágrafos do Estatuto.

Além de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal<sup>8</sup> o Estatuto estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana para todo o país.

Assim, conforme decorre da leitura mais atenta do art. 2º da referida norma, fica estabelecido que, ainda que em sede de território urbano, a propriedade deve zelar por sua função social, de modo que haja condições reais para o desenvolvimento de cidades sustentáveis,

---

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

- I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
- II - abastecimento de água;
- III - sistema de esgotos sanitários;
- IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
- V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior”.

<sup>8</sup> O texto dos arts. 182 e 183 da Constituição Federal é o seguinte: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- I - parcelamento ou edificação compulsórios;
- II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. (grifou-se)

planejadas para que se possa aferir uma convergência de interesses que findem na convivência harmônica dos mais diversos setores sociais.

Em 2002, com a edição do novo Código Civil, a matéria também veio regulada no art. 1.228,<sup>9</sup> o qual tratou, em vários de seus incisos, de mecanismos destinados a implementar o cumprimento da função social pelos proprietários de áreas urbanas ou rurais.

No parágrafo 1º. do art. 1.228 do Código Civil se compreende a realização da função social da propriedade urbana ou rural quando estas estão conformes às finalidades econômicas e sociais, além de preservar a natureza em todas as suas manifestações, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico. A perda da propriedade pode ocorrer em casos de desapropriação, requisição ou da chamada “desapropriação judicial”, também denominada pela doutrina de “usucapião onerosa”.  
10

O Estatuto, assim como o Código Civil, também previu a perda da propriedade pela figura da usucapião, a qual se dá pela ocupação pacífica do bem por parte de terceiro, ocorrendo o decurso do tempo previsto em lei sem que o proprietário se manifeste a respeito. A figura está prevista no artigo 183 da CF, regulamentado no Estatuto da Cidade nos artigos. 9º. e 10, este último prevendo a figura da usucapião coletiva.

Tais instrumentos de políticas públicas urbanas, implantadas a partir da utilização de mecanismos previstos no Estatuto da Cidade como forma de impor aos proprietários a obediência ao cumprimento da função social desejada pela Lei e os resultados práticos que alcançam no âmbito dos julgamentos dos tribunais brasileiros,. integram os estudos da pesquisa “Estatuto da Cidade e função social da propriedade nos tribunais brasileiros: a efetividade dos instrumentos de política de regulação do espaço urbano”, objeto de financiamento de Iniciação Científica, no âmbito do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).

O que se pretende com a pesquisa em andamento é o conhecimento das decisões dos tribunais brasileiros – os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros – a partir da edição do Estatuto da Cidade, tomando como ponto de partida os conflitos gerados entre as administrações públicas municipais, as quais têm a competência para aplicação daqueles instrumentos, e proprietários de áreas urbanas que tenham sido atingidos por alguma das medidas previstas na legislação, motivadas pelo desatendimento da função social de suas propriedades.

A aplicação da legislação reguladora da Constituição Federal no que se refere à efetividade dos instrumentos de promoção da função social da propriedade urbana, previstos no Estatuto da Cidade é tema pouco tratado ainda na doutrina brasileira. Algumas incursões à jurisprudência têm sido dedicadas ao posicionamento dos Tribunais Superiores, não tendo surgido ainda um diagnóstico do que ocorre ao nível dos Estados da Federação, entre os quais uma abordagem da jurisprudência

---

<sup>9</sup> O texto do artigo 1.228 do Código Civil é o seguinte: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2o São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3o O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4o O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5o No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

<sup>10</sup> O entendimento do instituto enquanto “usucapião onerosa” pode ser visto, por todos, em ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado, Coord. Judith Martins-Costa, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002, pp. 850-5. Sobre a denominação de “desapropriação judicial”, por todos, veja-se MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiúza, São Paulo: Saraiva, 2002, p.1.097-9.

dos tribunais superiores (CAZANOVA; GOLDENFUM, 2014), ainda assim, voltado para o Direito Urbanístico de modo geral.<sup>11</sup>

O problema diz respeito à eficácia da norma jurídica, qualidade que, para vários autores, se insere no plano de validade de uma norma. Isso se entende, usando o raciocínio de ROSS (2000:59), enquanto resultado da aceitação, por parte da sociedade, da obrigatoriedade do conteúdo da norma, resultando na sua aplicação, tal como ensina o autor, quando afirma que o ponto de partida está na hipótese de que “[...] um sistema de normas será vigente se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais” de tal modo que “[...] se torne possível para nós compreender esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, predizêlas”. Afirma ainda o autor: “Esta capacidade do sistema se baseia no fato das normas serem efetivamente acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias”.

Mais ou menos no mesmo tom, tem-se o entendimento de BOBBIO (1999:29), para quem a eficácia é fundamento de validade da norma, ou seja, a ausência de aceitação da obrigatoriedade, ou, em outras palavras, da aplicação da lei, esta não tem eficácia, não é válida e, portanto, não pode integrar o ordenamento jurídico. Assim, na concepção do autor, “[...] Se considerarmos a eficácia como um caráter da norma jurídica, encontramos-nos, em certo ponto, diante da necessidade de negar o caráter de norma jurídica a normas que pertencem a um sistema normativo dado (enquanto legitimamente produzidas)”. Afirma ainda o autor, que estas normas “[...] são válidas, mas não eficazes, porque jamais foram aplicadas (como é o caso de muitas normas da nossa Constituição)”. Neste caso, ensina que a dificuldade se resolve “[...] deslocando-se a visão da norma singular para o ordenamento considerado em seu conjunto, e afirmando-se que a eficácia é um caráter constitutivo do Direito”, todavia, se “[...] com a expressão 'Direito' for entendido que estamos nos referindo não à norma em particular, mas ao ordenamento”. Afirma ainda o autor que o problema da validade e da eficácia, “[...] que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz) diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento da validade”.

Assim, parece imperiosa a necessidade de trazer à luz o que ora se apresenta no mundo do Direito enquanto uma área cinzenta, representada pelo desconhecimento da realidade da aplicação daqueles institutos jurídicos de ordenação do espaço urbano, de modo a que as propriedades atendam efetivamente à sua função social nas cidades brasileiras, razão porque surgiu a pesquisa que ora se desenvolve no Programa de Iniciação Científica da Universidade Federal Fluminense, no âmbito da Faculdade de Direito.

### **3. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DO ESTATUTO NA ÓTICA DOS TRIBUNAIS: PRIMEIROS JULGADOS**

Ainda são recentes os estudos pesquisa sobre os dados de julgados dos tribunais acerca de conflitos envolvendo os instrumentos em estudo neste trabalho. No que se refere ao Supremo Tribunal Federal (STF), uma boa parte dos julgados sobre IPTU progressivo no tempo está relacionada à inconstitucionalidade de leis municipais que criaram o IPTU progressivo antes do advento da Emenda Constitucional n.29/2000, que alterou o art.156, §1º. da Constituição Federal, estabelecendo aquela progressividade das alíquotas do imposto municipal. Ainda assim, o Tribunal acenou em alguns julgados com a possibilidade de alíquota diferente, mediante regulamentação local, em casos de desatendimento à função social da propriedade urbana. Assim, o Tribunal editou a Súmula 668, a qual declarou inconstitucional lei municipal que estabelecesse alíquotas progressivas

---

<sup>11</sup> Neste trabalho, os autores avaliam decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, abordando decisões sobre temas variados, concluindo por uma apreciação mais aprofundada e numerosa dos assuntos pelo STJ, situação que poderia ser justificada pela Súmula nº 280, do STF, a qual dispõe que “[...] por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. Logo, um grande número de questões sobre esses temas sequer chegaria à Corte Suprema.

para o IPTU, antes da EC 29/2000, “[...] salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

Além disso, o STF julgou em repercussão geral de mérito no Recurso Extraordinário n. 586.693, do município de São Paulo (STJ, 2011), relatado pelo Ministro Marco Aurélio, a legitimidade diante da Constituição de lei que prevê alíquotas diversas, na presença de imóveis residenciais e comerciais, após a edição da Emenda Constitucional n. 29/2000. Essa decisão, ainda que não atinja a questão da progressividade do IPTU na ausência de atendimento à função social da propriedade urbana, dado que se trata de imposto extrafiscal, acabou por reduzir ainda mais o apelo constitucional àquele Tribunal nas questões relacionadas ao tema.

Constatou-se, portanto, que das 19 decisões do STF relacionadas a questões de alíquotas progressivas do IPTU, 17 não deram provimento aos recursos dos municípios, exatamente por não respeitarem a anterioridade da Emenda em discussão. Outras duas não foram providas por ausência de Plano Diretor e de lei municipal regulamentadora das previsões do Estatuto, no que diz respeito à progressividade das alíquotas do imposto. A respeito do parcelamento ou edificação compulsórios de áreas urbanas, ou ainda, sobre a desapropriação, que são as demais medidas previstas no Estatuto, não há decisões registradas no Tribunal.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) a situação até agora não é muito diferente: os poucos julgados encontrados que tratam de recursos abordando o IPTU progressivo por desatendimento à função social de propriedades urbanas, em sede de decisões monocráticas, todos são de improvido. Assim, entre os oito julgados encontrados, sete não acolheram os recursos e, em apenas um deles, o Tribunal considerou possível a condenação ao IPTU progressivo a partir de 2001, quando já estava em vigor a EC 29/2000 e o Estatuto da Cidade (STJ, 2015). Também sobre o parcelamento/edificação compulsórios e a desapropriação, não se encontram julgados no Tribunal.

No âmbito dos Tribunais dos Estados, a pesquisa já avaliou as questões no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual registra o maior número de conflitos em discussão no Judiciário, nas mais diversas áreas. No que se refere ao IPTU progressivo por desatendimento à função social de propriedades urbanas, chegou-se ao número total de seis decisões, nenhuma das quais deu provimento aos recursos dos municípios, a maior parte por ausência de cumprimento dos requisitos autorizadores da aplicação da medida: a elaboração do Plano Diretor e edição de lei específica autorizando a cobrança (TJ-SP, 2015). Foi encontrada uma decisão que acolheu recurso a favor da desapropriação de propriedade que não atendeu a função social, mas, a respeito do parcelamento/edificação compulsórios não houve registro de julgados.

## CONCLUSÃO

O direito de propriedade historicamente não pertenceu às classes mais baixas, realidade que sofreu mudanças nos tempos modernos pela necessidade de que os bens sirvam não apenas aos seus donos, mas, também, atendam a uma função social, exigência que faz com que esse direito chegue às classes populares, especialmente em países de grandes diferenças econômicas e sociais.

Isso, entretanto, depende de uma interveniência do Estado-legislador e do Estado Administrador.

No Brasil Constituição de 1988 contemplou o direito à propriedade, mas, o condicionou ao atendimento da função social, tanto nas áreas rurais quanto as urbanas. Para estas últimas, o tema veio regulamentado na Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), em vários institutos, entre eles, o IPTU progressivo, o parcelamento/edificação compulsórios e a desapropriação, previstos nos artigos 5º. a 8º., os quais regulamentam os artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

Tanto o IPTU progressivo, que tem natureza extrafiscal, quanto a desapropriação previstos no Estatuto da Cidade, têm objetivo sancionador, voltado aos proprietários que descuidam de dar aproveitamento racional às suas propriedades urbanas, deixando, com isso, de atender à função social da propriedade urbana.

Para que tais medidas possam ser utilizadas pela Administração esta deve editar o Plano Diretor do Município, lei municipal a ser elaborada mediante prévia consulta pública, atendendo às determinações do Estatuto de promoção de uma administração democrática. A lei preverá a possibilidade de aplicação dos institutos sancionadores e leis específicas posteriores, que vierem a tratar das questões contidas no Plano, desrespeitando suas previsões, serão consideradas nulas.

Em que pese espírito de justiça do legislador infraconstitucional, passados quatorze anos da edição da Lei, a efetividade da aplicação desses instrumentos no âmbito dos Tribunais superiores e daqueles dos estados brasileiros ainda tem pouca expressão, levando-se em conta a avaliação primeira dos dados do STF e do STJ, e do TJ-SP, no âmbito da pesquisa que se desenvolve sob financiamento do Programa de Iniciação Científica da Universidade Federal Fluminense.

Além disso, a conduta dos tribunais a esse respeito é tema é pouco conhecido da doutrina, razão da pesquisa que se encontra em andamento para realizar o levantamento dos julgados nestes tribunais a respeito daqueles três institutos. A pesquisa é objeto de financiamento da Universidade Federal Fluminense (UFF).

Embora seja ainda cedo para inferir resultados mais concretos no âmbito dos tribunais dos Estados, os dados colhidos até o momento demonstram, numa primeira avaliação, que as quase duas décadas de vigência do Estatuto da Cidade, dispendo de instrumentos em princípio bastante eficientes para fazer com que proprietários de áreas urbanas faça atender a função social de suas propriedades, a efetividade de tais instrumentos parece bastante acanhada, o que vem acontecendo por várias razões, especialmente pelo desaparecimento do sistema legal dos municípios.

As perspectivas são menos otimistas quando se percebe que a aplicação daqueles instrumentos ainda é acanhada depois de tanto tempo de vigência da Lei no Tribunal de um estado de grande repercussão política e econômica, como São Paulo, além da demonstração dos poucos registros no Superior Tribunal de Justiça. Diante disso, a expectativa de melhor efetividade nos demais tribunais parece pouco provável. O futuro dirá.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI 10.257/01. *ESTATUTO DAS CIDADES*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm)>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 22.07.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso: 17.07.2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed., Brasília: UNB, 1999.

CAZANOVA, Giani Camargo; GOLDENFUM, Fernanda Peixoto. O direito urbanístico nos Tribunais Superiores. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico* nº 53, Abr/Maio de 2014.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

FERNANDES, Edésio. Legalizando o ilegal. In: BRANDÃO, Carlos Antonio Leite (Org.). *As cidades da cidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 141-155.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiúza, São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade. In *Revista de Direito Público*, n. 84, out./dez. 1987, p. 39-45.

PEREIRA, Luís Portella. *A função social da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntese, 2003.



CARVALHO PINTO, Victor. *Direito urbanístico: Plano Diretor e direito de propriedade*. 3. ed. rev. E atual. São Paulo: Revistados Tribunais: 2011.

PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*. Paris: Livrarie générale de droit et de jurisprudence, 1948. v.1.

POLÍTICAS PERMANENTES DE HABITAÇÃO: A importância do Programa Minha Casa Minha Vida. Fundação Getúlio Vargas. Outubro/2014

PONTES, Daniele Regina; FARIA, José Ricardo Vargas de. *Direito municipal e urbanístico*. Ed. rev. Curitiba: IESDE, 2012

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 5. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/jurisprudenciaConsultar.do> > Acesso em: 12.08.2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In DALLARI, Adilson; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Orgs.). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo, RT, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In MARTINS-COSTA, Judith (Coord.) *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002, p. 850-5.

RECEBIDO EM: 02/02/2015 APROVADO EM: 04/02/2016
--

## ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA SAÚDE DO TRABALHADOR E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

### BULLYING IN THE WORKPLACE : AN ANALYSIS FROM THE WORKER HEALTH FOCUS AND HUMAN DIGNITY

Juliana De Oliveira<sup>1</sup>  
Yuri Schneider<sup>2</sup>

**RESUMO:** A presente pesquisa demonstra que o assédio moral no ambiente de trabalho traz consequências diretas à saúde do trabalhador assediado, afetando a sua dignidade humana. Parte-se do pressuposto de que o Assédio Moral no ambiente de trabalho é um instituto que deriva do dano moral, sendo esse cometido somente em relações empregatícias gerando enormes danos para a vítima, pois se configura na prática reiterada ou não da destruição pessoal através de atos, gestos ou palavras que humilhem ou constrangem o empregado, resultando tal conduta em danos à saúde do trabalhador, ferindo diretamente a dignidade da pessoa humana, entrando em conflito com as disposições da nossa carta constitucional, , afetando também o Estado e toda a sociedade, que indiretamente sofrem as consequências deste germe do ambiente de trabalho.

**Palavras-chave:** Assédio Moral; Ambiente de Trabalho, Saúde; Dignidade da pessoa humana.

**ABSTRACT:** This research shows that bullying in the workplace has direct consequences on the health of the harassed worker, affecting their human dignity. It starts from the assumption that the Moral Harassment in the workplace is an institute that derives from the moral damage, and this made only in employment relationships generating enormous damage to the victim, because it sets the repeated or not the practice of personal destruction through acts, gestures or words that humiliate or embarrass the employee, resulting in such conduct in damage to workers' health, wounding directly to human dignity, conflicting with the provisions of our charter, also affecting the state and the whole society which indirectly suffer the consequences of this germ desktop.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), nas Dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais, linha de pesquisa Direitos fundamentais sociais: relações de trabalho e seguridade social. É bolsista pelo Programa Uniedu Pós-Graduação do Estado de Santa Catarina. Possui Pós Graduação Universidade do Oeste de Santa Catarina em Direito e Processo do Trabalho (2011), Direito e Processo Civil (2012) e Advocacia Civil e Empresarial (2015). Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2011). Atualmente é Advogada (Oliveira Advogados Associados) e Assessora Jurídica do MUNICÍPIO DE SAUDADES. Atua como docente universitária na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Empresarial, Previdenciário, Administrativo e Tributário.

<sup>2</sup> É Doutor(2013) e Mestre(2006) em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, instituição na qual, também graduou-se em Ciências Jurídicas e Sociais (2000). Professor de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas do Programa de Pós Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Professor de Direito Administrativo e Econômico (Graduação e Pós Graduação) da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - FMP/RS. Professor e Coordenador do Pós Graduação (EAD) em Direito Administrativo no Centro Universitário Otávio Bastos - UNIFEOP/SP. Membro dos grupos de pesquisa "Teorias da Democracia no Âmbito da Efetivação dos Direitos Fundamentais" e "Direitos Humanos Fundamentais e Democracia a partir de Jürgen Habermas. Níveis de efetivação". Seus estudos e pesquisas versam sobre Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Direito Econômico e Políticas Públicas. É sócio-fundador da J. Vidor, Schneider & Bastos - Advogados, onde exerce a advocacia e a direção jurídica da área de Direito Administrativo e Econômico/Regulatório, com sede em Porto Alegre/RS e correspondentes em diversas capitais da federação. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Editor-Associado da Revista Espaço Jurídico - Journal of Law da UNOESC.

**Keywords:** Moral harassment; Work Environment; Health; Dignity of human person.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivos analisar a evolução histórica do direito do trabalho no Brasil, analisar o instituto do assédio moral no ambiente de trabalho demonstrando sua evolução e principais formas de ocorrência, por fim buscando visualizar qual a extensão da responsabilidade civil do empregador ante as situações de assédio moral cometidas no ambiente laboral, já que estes atos atingem a saúde do trabalhador e em consequência afrontam a dignidade da pessoa humana.

A pesquisa é de extrema relevância por abordar um assunto que esta em destaque tanto no Brasil como no mundo, pois as condutas de assédio moral crescem nos ambientes laborais a um ritmo extremamente acelerado, impulsionadas pela globalização e pelas exigências de alta produção em pouco espaço de tempo, prejudicando cada vez um número maior de trabalhadores, levando-os a problemas de ordem física e psíquica, além de atingirem toda a sociedade que sai prejudicada pela ocorrência deste mal, conforme demonstrar-se-á na pesquisa.

O método científico utilizado para o desenvolvimento dessa monografia é o indutivo, utilizando-se a documentação indireta, através da consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias de autores nacionais e eventualmente internacionais, bem como pesquisas em internet, a fim de avaliar as dimensões do instituto do assédio moral no ambiente de trabalho, fere diretamente a dignidade da pessoa humana.

A presente pesquisa será desenvolvida em três partes: 1ª) Assédio Moral nas relações de trabalho; 2ª) Modalidades e sujeitos do assédio moral; 3ª) Direito à saúde do trabalhador: assédio moral uma afronta a dignidade da pessoa humana.

Ao final, apresentam-se conclusões e propostas de enfrentamento do problema no espaço de trabalho e na formação de profissionais do Direito, tendo em vista melhor abordagem do mesmo, na prestação jurisdicional.

## 1 ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A máxima – O homem é um ser social – exprime uma necessidade inerente a todos os seres humanos, qual seja, o convívio social.

Apesar de a vida em sociedade ser uma necessidade vital, muitas vezes acaba sendo fonte de desentendimentos, violações de direitos e desrespeito ao contrato social. No âmbito trabalhista, infelizmente a sociedade possui tendência de atribuir maior valor à produção e ao lucro do que ao próprio ser humano. Neste sentido, a violência tem sido indicada como um dos piores males da sociedade moderna. Assim surge a preocupação com a degradação de valores assegurados constitucionalmente, como a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa humana que passam a ceder lugar para os valores econômicos, impulsionados pela globalização econômica. (FERREIRA, 2010)

Os conflitos trabalhistas representam uma modalidade dos conflitos sociais, eles dirigem-se aqueles que se acham diretamente envolvidos nas relações de produção, ainda que possam não ter ocupado as posições de empregado e empregador. Devido a importância social das relações de produção no seio da sociedade, quando os conflitos de trabalho atingem um elevado patamar de hostilidade, aumentam os índices de confrontos nas outras esferas de relacionamento humano no interior da empresa e em toda a comunidade. (ARAÚJO, 2007)

A violência psicológica mostra-se na maioria das vezes mais prejudicial que a agressão física, assim a doutrina majoritária afirma que a violência no trabalho assumiu sua forma mais destrutiva, capaz de conduzir ao que chamam de “assassinato psíquico” do trabalhador.

Neste contexto atual, surge a figura do assédio moral, chamado por alguns de terror psicológico, mascarado na manipulação psicológica no ambiente de trabalho. Segundo Hirigoyen

(2002, p. 65) o assédio moral no ambiente de trabalho pode ser definido como “toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, a dignidade ou à integridade física de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”.

Nos últimos tempos o assédio moral no trabalho tornou-se manchete nos principais meios de comunicação e tema de várias decisões judiciais na esfera trabalhista, mas na realidade, há indícios suficientes para afirmarmos que o assédio moral existe desde os tempos mais remotos da humanidade, todavia, somente recentemente se percebeu as conseqüências do assédio moral para o trabalhador, para a empresa e para a sociedade, possuindo efeito reflexo em toda a estrutura social.

Ademais, a ordem jurídica nacional não admite nenhuma forma de violência, tortura e práticas degradantes sobre o homem, conforme dispõe o art. 5º, III da Constituição da República (2011, p. 9):

**Art. 5.º** 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 à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Além disso, a Constituição Federal assegura a vítima, no art. 5º, X (2011, p. 10), a indenização advinda do dano moral ou material como meio de reparação razoável em face da lesão sofrida pelo cidadão:

**Art. 5.º** 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 à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Portanto, a preocupação de se evitar a prática do assédio moral nas relações de trabalho diz respeito à obrigação do empregador de proteger cada um dos sujeitos individualmente considerados e todo o ambiente de trabalho (ARAÚJO, 2007).

Passaremos a estudar o conceito, elementos caracterizadores, sujeitos e tudo o mais relacionado com o instituto do assédio moral, porém, infelizmente, não há por ora, muitas fontes de pesquisas, visto que pouco se escreveu sobre o assédio moral, no âmbito do Direito.

## 1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ASSÉDIO MORAL

A globalização e a revolução tecnológica vêm transformando, de maneira drástica, as relações de trabalho em todo o mundo.

Esses fenômenos têm causado distorções nessas relações, aumentando a intensidade de intercâmbio de capitais e bens, redução de custos de transportes, diminuição das restrições políticas e legais..., assim sendo, geram crises de desemprego em, praticamente, todos os países. Essas mudanças no âmbito global, que atravessam fronteiras, locais de trabalho e grupos ocupacionais aumentaram a violência nas relações de emprego, gerando estresse e favorecendo a expressão da perversidade (THOME, 2009).

De acordo com Aguiar (2007, p 53), “o espaço interno da organização é traçado de modo a atender as exigências externas do mercado, bem distante das preocupações e necessidades do trabalhador e bem longe também da felicidade e autorrealização daqueles que ali estão”. Neste sentido identificamos que o ambiente de trabalho se volta para o mercado e não para a pessoa do trabalhador, e quando da ocorrência da violência neste ambiente, observa-se o desrespeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Além da evolução histórica nos aspectos econômicos, outros fatores influenciaram para a ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho. O direito sempre esteve estritamente ligado à cultura, à evolução histórica da sociedade. Assim, as raízes culturais do país influenciaram diretamente no desenvolvimento e no modo como o assédio moral é praticado no Brasil (THOME, 2009). Conforme palavras de Aguiar (2007, p. 30), o assédio moral é “o resultado do abuso de poder, da permissividade de agressões no local de trabalho e também da impunidade para ações dessa natureza (...) bem como a influencia da cultura nacional na sua forma de gerir as pessoas”. Assim toda a história de exploração de mão-de-obra no país, desde o seu descobrimento, leva ao seu estado atual, uma sociedade que somente se preocupa com o capital e esquece o fator humano e a dignidade a qual todos os homens possuem, constitucionalmente assegurada.

Observando a evolução histórica deste importante instituto que é o assédio moral, podemos passar a análise do seu conceito.

## 1.2 CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL

O assédio moral nas relações de trabalho é um dos problemas sociais mais sérios enfrentados na atualidade, por ser um tipo de violência moral de difícil identificação e um fenômeno típico da era da globalização. Assim, esse fenômeno pode ser denominado por diversas expressões. Na língua portuguesa, o verbo “assediar” é definido da seguinte forma: “pôr assédio, cerco, ou sítio a (uma praça ou lugar fortificado). Perseguir com insistência, importunar”. Conforme doutrina de Lima Filho (2009, p. 36):

(...) a expressão assédio moral é, indubitavelmente, a mais conhecida. Porém, o fenômeno também pode ser chamado de mobbing (Itália, Alemanha e países escandinavos), bullying (Inglaterra), harassment (Estados Unidos), harcelement moral (França), ijime (Japão), psicoterror laboral ou acoso moral (países da língua espanhola), terror psicológico, tortura psicológica ou humilhações no trabalho (em países da língua portuguesa).

Segundo Hirigoyen (2000), o assédio moral no ambiente de trabalho pode ser definido como “toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo, por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, a dignidade ou à integridade física de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”.

Quanto ao conceito de assédio moral, pode-se afirmar que atualmente existem duas concepções a respeito, a concepção subjetiva e a objetiva. A primeira leva em consideração a intencionalidade do agente assediante como elemento constitutivo do assédio moral no trabalho. Já a segunda concepção entende “que a intencionalidade supõem na verdade um elemento acessório do conceito de assédio moral, cuja concorrência não é indispensável para que se possa apreciar a sua existência”. (LIMA FILHO, 2009, p. 37)

Para o doutrinador Pamplona Filho (2006), o assédio moral pode ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psicológica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente de trabalho. Neste mesmo sentido, Lima Filho (2009) entende que o assédio moral é constituído por condutas abusivas de superiores hierárquicos sobre subordinados, ou destes sobre aqueles ou de colegas, que cria um

ambiente de degradação no entorno laboral, tornando a continuidade da relação de emprego extremamente penosa ou até mesmo insuportável.

Segundo ensinamentos de Araújo (2007, p. 220) o assédio moral pode ser conceituado da seguinte forma:

O assédio no local de trabalho deve ser compreendido como todo e qualquer ato, comportamento, gesto, escritos, palavras que possam ferir a dignidade física, moral ou psíquica de uma pessoa, colocando em perigo o seu emprego, a sua integridade corpórea ou espiritual ou degradando o ambiente de trabalho. As atitudes reiteradas de isolamento, eu desacreditam o trabalhador, que o induzam a erro, que impeçam a comunicação da vítima com os demais colegas de trabalho, configuram essa modalidade de violência que a doutrina denomina de assédio moral.

Ainda segundo entendimento de Araújo (2007) é suficiente que se configure a ofensa à dignidade pessoal, o atentado à liberdade física ou psíquica do trabalhador no interior da empresa, de forma reiterada, continuada, para que se revele o denominado assédio moral.

Neste viés, acreditamos que a concepção objetiva retrata mais claramente o instituto do assédio moral, definindo o como atentado à dignidade da pessoa humana, exercido de forma reiterada, não desejada e potencialmente lesiva, dirigida contra um ou mais trabalhadores no ambiente de trabalho.

Em síntese, conforme palavras de Ferreira (2010, p. 42), o assédio moral “é o processo de exposição repetitiva e prolongada do trabalhador a condições humilhantes e degradantes e a um tratamento hostil no ambiente de trabalho, debilitando sua saúde física e mental, a qual conduz a vítima ao chamado assassinato psíquico”.

Assim, para a identificação precisa do assédio moral nas relações de trabalho é necessária a violação da dignidade do trabalhador por condutas abusivas desenvolvidas dentro do contexto profissional. Neste sentido, passamos a verificar os elementos que caracterizam tão dissimulada violência nas relações de trabalho.

### 1.3 ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Os principais elementos que caracterizam o assédio moral no ambiente de trabalho são: dano, repetição, intencionalidade, duração no tempo, premeditação, intensidade da violência psicológica e existência de danos psíquicos.

#### 1.3.1 Dano

O primeiro elemento para que haja a caracterização do assédio moral no trabalho é o ato agressor, o dano à dignidade do trabalhador, ou seja, os atos perpetrados pelo agressor devem ser de natureza negativa e indesejáveis.

Neste aspecto, não é necessário que o dano seja físico-psíquico, mas os atos devem causar uma degradação das condições de trabalho, sendo dispensada a prova direta do dano, pois ficando configurada a conduta de assédio moral, já se presume o dano (THOME, 2009).

Pamplona Filho (2006) afirma que não há a necessidade da prova direta do dano, uma vez que a mera existência do assédio moral já configura a conduta abusiva. Nesta mesma linha de pensamento, Oliveira (2004) ensina ser dispensável a prova do sofrimento da vítima, na medida em que não há necessidade de demonstração do que é ordinatório e decorrente da própria natureza humana.

Não há controvérsias na doutrina acerca da necessidade da existência do dano para a configuração do assédio moral, porém, é importante frisar que alguns atos, num primeiro momento,

podem parecer sem importância, ou sem intuito de lesar direitos da personalidade do empregado, mas diante da análise dos demais elementos caracterizadores, ficara configurado o assédio.

### **1.3.2 Repetição**

A repetição dos atos agressores é um requisito exigido pela doutrina e jurisprudência para a configuração do assédio moral no ambiente de trabalho (THOME, 2009). Segundo ensinamentos de Hirigoyen (2000), o termo assédio moral não é apropriado para qualificar uma atitude agressiva qualquer que seja pontual, ainda que referida agressão tenha sido um ato de violência extremamente grave. Desta forma, a repetição das agressões trata-se de requisito indispensável para a configuração do assédio moral. Assim sendo, não havendo repetição dos atos agressivos não há o que se falar em assédio moral.

No que se refere ao número de repetições, há controvérsias na doutrina e jurisprudência. A delimitação rígida da quantidade de repetições pode causar injustiças, visto que há várias gradações e tipos de assédio moral, que podem, por sua vez, gerar efeitos com um número maior ou menor de repetições (THOME, 2009).

### **1.3.3 Duração**

Alguns autores consideram a duração das agressões um dos requisitos fundamentais para a configuração do assédio moral.

Hirigoyen (2000) não determina uma duração mínima das agressões para a configuração do assédio.

Todavia, Barros (2004) entende que a duração do assédio moral no tempo é um requisito intrínseco para a sua configuração. De acordo com seu entendimento, o ato de colocar um empregado sentado em uma cadeira durante três dias, sem qualquer atividade, não configura assédio moral no ambiente de trabalho por faltar o requisito da duração, do prolongamento no tempo.

Assim, cabe analisar o caso concreto e relacionado com os demais elementos caracterizadores para determinar se determinada conduta caracteriza ou não o assédio moral.

### **1.3.4 Intencionalidade**

Para alguns autores de renome a intencionalidade configura um requisito importante para a configuração do assédio moral.

Hirigoyen (2000) entende que o assédio moral se consubstancia quando há a intenção perversa, afirmando ainda que o assédio moral de diferencia das más condições de trabalho pela intenção de prejudicar ou atingir, moralmente, uma pessoa. Porém, afirma ainda que não há uma dicotomia nítida entre a existência ou não da intencionalidade, considerando então que uma solução mais equânime seria considerar a existência da intencionalidade implícita quando da ocorrência do assédio moral no trabalho. Assim, pode-se criar dificuldades quanto a produção da prova da intencionalidade do agente agressor, e deixar sem proteção situações fronteiriças de intencionalidade.

Desta forma, o que deve determinar a existência do assédio moral nas relações de emprego é a existência ou não de degradação psicológica das condições de trabalho e não a intencionalidade do sujeito ativo/agressor.

### **1.3.5 Premeditação**

Premeditação é a conduta de o agente assediador prever e querer a violência psicológica e o mal que se pretende causar.

Para uma corrente da doutrina, por ser o assédio moral uma agressão que se perpetua no tempo, faz-se necessário que ela seja também premeditada pelo agente assediador, caso não fosse premeditado, poderia ser uma simples agressão pontual (HIRIGOYEN, 2000).

Porém para outra, para ser configurado, o assédio moral pode ser espontâneo, sem haver nenhuma premeditação para a afronta, como por exemplo, nos casos de assédio moral coletivo.

### **1.3.6 Intensidade da violência psicológica**

A intensidade da violência psicológica é um requisito defendido por alguns doutrinadores como imprescindível para a configuração do assédio moral, já que essa violência deverá ser de intensidade tal que afete a dignidade da pessoa do trabalhador. Entretanto, para outros, ela é dispensável.

Para Barros (2004), um dos elementos do assédio moral é a intensidade da violência psicológica.

Todavia, segundo entendimento de Thome (2009, p. 43), “a intensidade parece ser mais adequada para a fixação da indenização devida do que para a configuração do assédio moral em si”.

Assim, há discussões no campo doutrinário sobre a necessidade deste requisito estar presente para a configuração da violência psicológica.

### **1.3.7 Existência de danos psíquicos**

Para que se atinja a dignidade do trabalhador, é necessário que existam danos psíquicos à sua personalidade.

De acordo com entendimento de Barros (2004), um dos elementos caracterizadores do assédio moral é a existência de danos psíquicos, que significa que deve haver um dano psíquico permanente ou transitório com nexo causal com o assédio moral, ou mero agravamento do dano psíquico anteriormente existente. A autora considera que este elemento é dispensável, já que a Constituição Federal protege não apenas a integridade psíquica como também a moral.

A grande dificuldade encontrada para a configuração de danos psíquicos é a sua dilação probatória, pois na grande maioria das vezes é difícil identificar quais foram os danos/prejuízos psíquicos que o agente sofreu, ou seja, qual era o seu *status quo ante* da ocorrência do assédio moral.

## **2 MODALIDADES E SUJEITOS DO ASSÉDIO MORAL**

### **2.1 MODALIDADES DE ASSÉDIO MORAL**

O assédio moral no ambiente de trabalho pode ser horizontal ou vertical, ou seja, pode ocorrer entre pessoas de grau hierárquico diferente (vertical) ou de mesmo grau hierárquico na empresa (horizontal). Passamos a analisar as formas e tipos de assédio moral para melhor compreensão da sua ocorrência.

#### **2.1.1 Assédio moral vertical descendente ou vertical ascendente**

O assédio moral vertical é o assédio que ocorre entre pessoas de diferentes graus hierárquicos e é o tipo de assédio mais comumente encontrado. Ele pode ser desmembrado em ascendente ou descendente.



Pode-se afirmar que o assédio moral vertical ascendente caracteriza-se por atitudes agressivas ou uso de violência psicológica constantes feitas por uma pessoa ou várias de grau hierárquico inferior ao da vítima (THOME, 2009), onde a forma de ação se dá com a intenção de assediar seu superior hierárquico com a intenção de destituí-lo do cargo para algum proveito do assediando (os), ou por estar visando seu cargo ou ainda por falta de gestão do assediado.

Alkimin (2008) denomina o Assédio Moral Vertical ascendente como, o assédio de um ou de vários subordinados contra seu superior hierárquico quando por insegurança ou inexperiência da função na qual exerce não consegue manter o controle sobre seus trabalhadores, sendo por vezes desrespeitado ou suas ordens deturpadas, partindo daí o assédio de seus trabalhadores para se livrar do superior hierárquico indesejado.

Tal assédio é dificilmente encontrado, pois geralmente quem detém cargo hierarquicamente superior é dotado de poderes dentro da empresa. O exemplo mais comum encontrado na doutrina é quando o colega é promovido sem que possua méritos para o cargo ou sem a concordância da equipe com que irá trabalhar.

Já o assédio moral vertical descendente, de ocorrência mais freqüente, é efetuado por agente de grau hierárquico superior ao da vítima. Esse é o tipo de assédio que mais causa prejuízos a saúde psíquica da vítima, pois ela se sente mais isolada e com menos recursos (THOME, 2009). Este tipo de assedio é muito comum nas instituições que possuem metas e prazos a serem cumpridos.

Assim, pode-se afirmar que o assédio moral vertical descendente caracteriza-se por um superior hierárquico em relação a seus subordinados onde o mesmo mantém relação de medo, crueldade, antiética e autoritária fazendo do ambiente de trabalho uma disputa para a obtenção de metas inatingíveis que começam a ser objeto de uma valorização irreal e destrutiva para os empregados que buscam no ambiente laboral o sucesso profissional, o meio de seu sustento e o prazer pela satisfação de trabalho cumprido, sendo estes frustrados com tais metas inatingíveis começam a partir deste momento o surgimento dos problemas psicossomáticos de danos por muitas vezes irreversíveis. (BARRETO, 2007).

O assédio moral vertical descendente é também caracterizado por Alkimin (2008, p. 63):

[...] como o fenômeno compreendido na expressão do empregador ou qualquer outro que detenha relação de hierarquia com o objetivo de eliminar do ambiente de trabalho o empregado por este lhe apresentar perigo a seu cargo ou desempenho. Ocorre neste momento o descumprimento da garantia constitucionalmente estabelecida que é o respeito à dignidade da pessoa humana.

Conforme visto, a assédio moral vertical ascendente é muito raro, pois quem é o superior hierárquico geralmente detém o poder de comando, enquanto que a espécie do assédio moral vertical descendente é a forma mais comum encontrada, onde o agente assediador é o superior hierárquico e possui poder de mando sobre todos os demais.

### **2.1.2 Assédio moral horizontal**

O assédio moral horizontal ocorre quando o agente agressor possui o mesmo grau hierárquico da vítima.

De acordo com Barreto (2003, p. 152), “as situações em que os próprios pares ridicularizam um trabalhador são, fortemente, verbalizadas e de difícil conciliação”.

Esse tipo de assédio, também chamado de transversal, normalmente, é desencadeado por alguma discriminação do grupo em relação a alguma diferença da vítima entre eles (THOME, 2009).

Trata-se de Assédio Moral cometido com intenção de atingir colegas de serviço e se manifesta através de brincadeiras maldosas, piadas grosseiras, gestos obscenos, menosprezo, isolamento podendo ser resultante de rivalidade, competitividade para alcançar determinada meta. (ALKIMIN, 2008).

De acordo com Santucci (2006), o Assédio Moral Horizontal está relacionado intimamente com a pressão dos superiores para produção com qualidade e baixo custo criando a submissão do funcionário por medo da perda do trabalho e o não retorno ao ambiente laboral favorecendo com tais atos a disseminação do temor no ambiente do trabalho reforçando o individualismo, competição, indiferença ao sofrimento do outro entre os trabalhadores.

Na grande maioria dos casos, o assédio moral horizontal é de forma coletiva, onde a maioria dos colegas acabam por praticar a violência psicológica contra um único indivíduo do grupo, que por algum ou qualquer motivo acaba sendo repudiado.

### **2.1.3 Assédio moral misto**

O assédio moral misto se configura pela existência concomitante de relações hierárquicas horizontais e verticais.

É considerado pela doutrina majoritária como sendo o mais danoso ao indivíduo, pois ele é assediado tanto pelo assediador horizontal como pelo vertical, neste tem de haver no mínimo três sujeitos, incluindo a vítima. Segundo definição de Hirigoyen (2000, p. 114):

Quando uma pessoa se acha em posição de bode expiatório, por causa de um superior hierárquico ou de colegas, a designação se estende rapidamente a todo o grupo de trabalho. A pessoa passa a ser considerada responsável por tudo que dê errado. Bem depressa ninguém mais a suporta.

Neste caso verifica-se que o chefe consegue de forma astuta o apoio dos colegas de mesma hierarquia da vítima para o cometimento dos danos ao trabalhador. Por serem várias pessoas a assediá-lo aumenta a sua dor e os danos psicológicos causados, pois se com uma só pessoa o assediando ele já começava a duvidar de sua capacidade o ataque em conjunto não dá chance de recuperação tendo ele não mais a dúvida, mas sim a certeza de sua derrota e fracasso pois é atacada injustamente por vários membros de seu ambiente laboral.

## **2.2 SUJEITOS DO ASSÉDIO MORAL**

### **2.2.1 Sujeito ativo: o agressor**

O fenômeno do assédio moral costuma nascer no seio das relações laborais altamente regulamentadas e homogêneas, bem como em instituições conservadoras, nas quais existe pouca tolerância à diversidade.

Nestas instituições a cultura de exploração considera o poder e o controle como valores prioritários sobre a produtividade e a eficácia (LIMA FILHO, 2009).

O sujeito ativo do assédio moral é o agressor, aquele que visa a desestabilizar emocionalmente outrem para alcançar determinado objetivo. Para Hirigoyen (2000), o perfil do agressor é de uma pessoa que depende da opinião alheia para sobreviver, só pensa em si, e seu objetivo é satisfazer suas próprias necessidades, à custa da violência psicológica de outrem.

No caso do assédio moral ascendente, o objetivo do agressor é ter a mesma vida que a vítima e, para alcançar esse objetivo, ele não poupa esforços, ou seja, o sujeito ativo é movido pela inveja.

Na hipótese do assédio moral descendente, segundo Marques Jr. (2009, p. 26), “o agressor é um narcisista, um megalômano que se acha demasiadamente importante, especial, que tem muita necessidade de ser admirado e possui fantasias em que se vê rodeado das vantagens auferidas em decorrência do sucesso profissional”. Ele acredita ser uma peça essencial e indispensável para a manutenção ou obtenção do almejado sucesso da empresa em que trabalha.

Na modalidade de assédio moral horizontal, o agressor pode ser movido por vários motivos, como por exemplo, inveja de seu colega que consegue atingir a felicidade no desempenho de suas

funções, a inveja decorrente de uma promoção que o agressor se julgava merecedor, ressentimentos oriundos de “rixas” entre colegas... (MARQUES JR., 2009).

No caso do assédio moral misto, o perfil do agressor, é um conjunto que engloba os perfis de todos os outros tipos de assédio moral anteriormente citados.

Em todos os casos de assédio moral, o fato de o agressor estar causando sofrimento ou algum tipo de mal à vítima causa nele uma sensação de prazer. Neste aspecto, quanto mais ele assediado a vítima, melhor vai estar consigo mesmo (HIRIGOYEN, 2000).

Assim, poderíamos afirmar que o agente assediador nem sempre é o empregador, podendo ser um superior hierárquico, um chefe de setor, um inferior hierárquico ou até mesmo um colega na mesma hierarquia funcional da vítima, etc. O agente assediador sente prazer em realizar tal conduta, pois de alguma forma ele se beneficia com a sensibilidade da vítima.

### **2.2.2 Sujeito passivo: a vítima**

Qualquer trabalhador pode se tornar vítima do assédio moral, já que trata-se de um mal que assola praticamente todos os ambientes de trabalho.

Todavia, existem certos coletivos que apresentam maiores probabilidades de virem a sofrer esse tipo de violência, na medida em que apresentam maiores debilidades perante o mercado de trabalho e na empresa (LIMA FILHO, 2009).

O sujeito passivo do assédio moral é a vítima, aquela pessoa que sofre o abuso, a violência psicológica. De acordo com palavras de Marques Jr. (2009, p. 29):

A vítima, no ambiente de trabalho, não se revela um empregado desidiioso, relapso ou negligente. Ao contrario, normalmente ela é uma pessoa responsável, que desempenha suas tarefas de uma forma bastante a contento, nos prazos estabelecidos. Essa pessoa se tornou vítima, não em decorrência de seu desempenho profissional, mas principalmente por que é bem educada, ingênua, insegura e, em razão disso, não consegue defender-se das agressões.

Neste sentido, ela se torna vítima por diversas razões. Na grande maioria das vezes por sua situação de trabalho incomodar o agressor e por ela ser uma pessoa psicologicamente frágil, encontrando assim dificuldades em contra-atacar as agressões. De acordo com Lima Filho (2009, p. 49) “não resta dúvida de que um dos elementos que denotam um processo do assédio moral é o fato de não se aceitar a diferença do outro, quer se trate de uma pessoa ou de um grupo”.

Hirigoyen (2000) entende que a vítima por ser psicologicamente mais frágil que a assediador, sucumbe aos encantos do agressor e se deixa seduzir por ele, que a manipula e humilha até ela não agüentar mais; ela aceita passivamente a sedução do agressor, encontra-se amarrada ao seu jogo, não consegue libertar-se sozinha, motivo pelo qual ele atua sufocando-a gradativamente. Segundo Marques Jr. (2009), as manobras do assediador reduzem a auto-estima da vítima, confundem-na e levam-na a desacreditar de si própria e a se culpar, sem propósito. A vítima reduz assim a sua produção, a qualidade de seu trabalho e o seu psicológico ficam altamente comprometidos.

Faz-se necessário registrar que o assédio moral não afeta apenas o assediado. De acordo com Lima Filho (2009, p. 51):

Ainda que de forma indireta, interfere negativamente no ambiente familiar da vitima, especialmente sobre os filhos, o cônjuge e os pais do assediado, porquanto, tendo que se recolher em sua dor e sofrimento, costuma-se desinteressar por aqueles que o cercam e que podem inclusive ser privados da satisfação de certas necessidades materiais e morais básicas pelas quais o trabalhador vítima do assédio é responsável, especialmente quando ocorre a perda do emprego ou passa a padecer de algum mal emocional ou físico em virtude do mal trato, impossibilitando-o, até mesmo, de conseguir um novo posto de trabalho.

Assim, o sujeito passivo direto é a vítima, enquanto que indiretamente sua família e toda sociedade são atingidos, culminando num mal que se alastra rapidamente e com efeitos devastadores, atingindo todos indistintamente.

### **2.2.3 Os espectadores: o conformista e o inconformista**

Os espectadores são as testemunhas do assédio moral, são todas aquelas pessoas que de algum modo, o vivenciam, participando dele direta ou indiretamente.

Segundo Marques Jr. (2009, p. 32), “podem ser os superiores hierárquicos, colegas de trabalho, encarregados do departamento de pessoal ou qualquer outra pessoa, desde que participe diretamente do ato ou observe a ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho”.

A atuação dos espectadores se divide em três categorias. Há o indivíduo que, embora testemunhe o assédio, é indiferente á ele. Há o que, além de testemunhar a violência, contribui com a ação do agressor. E por último há aquele que, ao testemunhar o assédio, defende a vítima. Os dois primeiros casos são os denominados espectadores conformistas e o último de espectador inconformista (Guedes, 2003).

Os espectadores inconformistas são aqueles que não se conformam com o assédio praticado pelo agressor. Conforme ensina Marques Jr. (2009, p. 33), “eles procuram o chefe, o departamento de pessoal ou os colegas de trabalho para mobilizá-los a fim de impedir que o agressor permaneça agredindo a vítima”. Geralmente esses espectadores inconformistas acabam se tornando vítimas de algum tipo de agressão, pois tornam-se um obstáculo para que o agressor alcance seus objetivos.

Os espectadores conformistas nas palavras do doutrinador Marques Jr. (2009, p. 33) “são todos aqueles que não estão envolvidos diretamente no evento danoso, mas que têm sua quota de responsabilidade na medida em que não fazem nada para impedir a violência ou muitas vezes atuam ativamente, favorecendo a ação do agressor”. Eles se dividem em duas categorias, quais sejam: os espectadores conformistas ativos e os conformistas passivos.

Os espectadores conformistas ativos são aqueles que, indiretamente, auxiliam na ação danosa do agressor, é o chamado co-autor ou partícipe da conduta agressiva, não são adversários diretos da vítima, apenas atuam indiretamente a fim de facilitar a conduta danosa do agressor. Já os espectadores conformistas passivos são aqueles que nada fazem para minimizar as agressões, eles simplesmente deixam tudo acontecer, tudo se passa á sua frente e eles fingem que nada vêem, que não esta acontecendo nada (MARQUES JR., 2009).

Vale frisar que os espectadores conformistas ativos são de certa forma uma miniatura do agente assediador, pois eles também possuem conduta devastadora na prática do assédio moral.

## **3 DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR: ASSÉDIO MORAL UMA AFRONTA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Por ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, é inconcebível que o direito permita a existência de condições de trabalho desumanas e degradantes, as quais não respeitam a dignidade da pessoa humana, violando um dos princípios mais elementares do Estado brasileiro e dos Direitos Humanos.

Ao tratar deste tema que é um princípio fundamental elencado na nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º (2011), sendo ele um direito adquirido no momento do nascimento e irá acompanhar a pessoa até o momento de sua morte, independentemente de raça, posição social ou qualquer outro adjetivo que a torne mais ou menos que seus semelhantes, devemos considerar que todos temos o direito a um meio ambiente laboral saudável para que possamos se desenvolver e ter uma realização pessoal digna de ser humano.

Na nova ordem constitucional, inserida pós Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana consiste num verdadeiro fundamento do Estado Social de Direito. Segundo ensinamentos de Ferreira (2010), a expressão “dignidade da pessoa humana” encerra em si um significado maior do que apenas respeito mútuo. Sarlet (2003, p. 99) assim define a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoas tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições de existência mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Complementando o conceito acima, Costa (1995, p. 16), afirma:

A palavra dignidade provém do latim – dignitas, dignitatis – e significa, entre outras coisas, a qualidade moral que infunde respeito, a consciência do próprio valor. Ao falar-se em dignidade da pessoa humana quer-se significar a excelência que esta possui em razão da sua própria natureza. Se é digna qualquer pessoa humana, também o é o trabalhador, por ser uma pessoa humana. É a dignidade da pessoa humana do trabalhador que faz prevalecer os seus direitos estigmatizando toda manobra tendente a desrespeitar ou corromper de qualquer forma que seja esse instrumento valioso, feito à imagem de Deus.

Filosoficamente, de acordo com ensinamentos de Ledur (1998, p. 90), podemos conceituar da seguinte forma:

A dignidade humana, do ponto de vista filosófico, pode ser definida, em termos sucintos, como o valor da consciência de ser e do ser (consciência ontológica) e da conseqüente capacidade de agir e de incidir livremente no mundo exterior, sob imperativo categórico.

A dignidade da pessoa humana sempre foi tema da filosofia, ciências políticas e, por conseguinte, do direito, cada uma dentro das suas funções sociais de pesquisa e estudo. No campo do Direito a necessidade de regular as relações entre os homens de forma coercitiva, o princípio da dignidade da pessoa humana transformou-se em uma categoria jurídica e com a evolução do homem e da sociedade a regulamentação entre os homens também teve suas evoluções e alguns direitos anteriormente inexistentes ascenderam e novos direitos surgiram, entre os quais um melhor tratamento da conduta do homem em prol da dignidade (GOLDSCHMIDT, 2009).

Dada a extrema importância da dignidade da pessoa humana e sendo este um fundamento e o principal alicerce da República Federativa Brasileira, reveste-se de normatividade de modo a garantir plena eficácia na vida em sociedade (GOLDSCHMIDT, 2009).

Observa-se que a constituição brasileira, denominada também de constituição cidadã, em vários momentos constrói direitos em proteção ao homem e das relações em sociedade, visando evitar conflitos sociais e a garantia do mínimo existencial. Dentre várias constituições que o Brasil já teve, a constituição de 1988 foi a primeira a inserir um capítulo próprio aos direitos fundamentais e por conseguinte a pioneira em estabelecer a dignidade humana em patamar de princípio fundamental, conforme previsto no art. 1º (2011, p. 09):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Percebe-se que o constituinte abre a carta magna brasileira preocupando-se com a dignidade, e já atribui este direito constitucional em seu primeiro artigo. Além disso, preocupa-se a constituição também com os objetivos a serem alcançados e percebe-se a busca de um Brasil solidário e a decência de seus cidadãos, buscando-se sempre o bem estar social do homem e a sua dignidade.

A preocupação com a dignidade do homem faz parte de sua evolução, em tempos modernos são inaceitáveis condutas que aterrorizaram nossa civilização em épocas passadas, tiranias da antiga Roma, perversidades da inquisição, revoluções em busca da dignidade (Revolução Francesa e Revolução Industrial), genocídios humanos (segunda guerra mundial), entre outros fatos históricos que fazem parte de um passado que evidencia a evolução do homem, visto os direitos inseridos nas normas jurídicas de quase todos os países da nossa era. Portanto a evolução do Direito esta intrinsecamente ligada à evolução da sociedade e novos direitos e novas proteções nascem com os tempos, como refere-se à identificação atual do assédio moral e a reparação causada por este dano silencioso e cotidiano que sofre o assediado.

A dignidade da pessoa humana não consiste em mera norma de conteúdo programático, mas sim, em norma de conteúdo impositivo dotada de eficácia plena e imediata, já que dela dependem os demais princípios para virem à existência. A aplicabilidade de tal princípio não se restringe somente à proteção dos direitos personalíssimos, mas também de direitos sociais, incluindo entre estes o trabalho. Assim, a dignidade da pessoa do trabalhador passa a constituir uma das finalidades da ordem econômica, devendo ser um princípio informador da organização do trabalho (FERREIRA, 2010).

A exposição do trabalhador a condições de trabalho precárias, a pressões psicológicas desumanas, evidencia frontal violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que pode se perceber nos casos de assédio moral (FERREIRA, 2010). Conforme Ledur (1998, p. 97), "(...) a dignidade não estaria garantida quando a pessoa é humilhada, discriminada, perseguida ou desprezada".

Desta forma, confirma-se a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. Assim, o empregador não pode, em nome do lucro ou das regras de mercado, submeter seus empregados a situações e práticas degradantes, como o assédio moral, ou mesmo permitir que isso aconteça (FERREIRA, 2010). Neste viés, Ledur (1998, p. 99) afirma que a atividade econômica deve primar pela dignidade humana:

A prevalência da dignidade da pessoa humana como princípio supremo da ordem constitucional e também como fim último da ordem econômica exige que a atividade econômica contribua para a sua efetivação. Se a atividade econômica gera a indignidade, estará em desacordo com a Constituição, impondo-se a ação restauradora do Estado e da Sociedade.

Neste sentido, podemos afirmar que o assédio moral constitui uma das mais graves violências praticadas contra a dignidade humana na medida em que, além de colocar em risco o direito fundamental ao trabalho, afeta ou pode afetar de forma devastadora a saúde psicamental do trabalhador. Conforme entendimento de Ferreira (2010), tanto a empresa que permite sua prática

como o próprio agente assediador devem responder pelos prejuízos causados ao trabalhador vítima de processo tão desumano.

Superado este tópico, onde se refere ao assédio moral ser uma afronta direta à Dignidade da Pessoa Humana, passar-se-á a verificar as diferenças principais entre assédio moral e dano moral, para evitarmos a confusão de institutos.

### 3.1 DANOS DECORRENTES DO ASSÉDIO MORAL

O conceito de assédio moral nasceu intimamente relacionado à saúde mental do trabalhador.

Assim, busca-se a prevenção dos riscos laborais e a preservação da segurança e da saúde do trabalhador (LIMA FILHO, 2009).

Para as vítimas do assédio moral podem decorrer diversos danos, que podem ser físicos ou psíquicos, pois ela fica exposta a situações complicadas que normalmente a excluem do grupo, a isolam, a tornam fraca e sem forças para resistir ao assédio ou até mesmo enfrentar o agente assediador. Além dos danos decorrentes do assédio afetarem a vítima, afetam indiretamente seus familiares, amigos, a própria empresa sai prejudicada e sem contar a sociedade no geral.

#### 3.1.1 Danos à saúde física e psíquica da vítima

O direito à saúde é um direito social, constitucionalmente previsto, que assegura aos cidadãos um acesso igual e universal.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde como um direito social, previsto no art. 6º, e o assegura, no art. 196, como um “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, inserindo a saúde na seguridade social (THOME, 2009).

Segundo ensinamentos de Thome (2009, p. 90), “o art. 225 reconhece o direito ao meio ambiente equilibrado e o art. 200, inciso VIII, consagra a proteção ao meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

No âmbito internacional, temos o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil é signatário, que determina em seu art. 12.1, que “os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”. No mesmo sentido a Convenção n. 155 da OIT, em seu art. 3º, alínea e, estabelece que “a saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene do trabalho”.

O direito à saúde é um direito fundamental intrinsecamente ligado ao direito à vida, indisponível e exigível do Estado. De acordo com ensinamentos de Oliveira (2004), as atuais normas sanitárias visam proteger tanto à saúde física quanto a mental dos seres humanos. Referente à saúde psíquica, afirma o autor que o bem-estar é a possibilidade de escoamento natural das energias psíquicas do trabalho, evitando a somatização de doenças.

O assédio moral é uma afronta ao direito à integridade psíquica, e segundo ensinamentos de Bittar (2000, p. 115/116):

O direito a integridade psíquica manifesta-se pelo respeito, a todos imposto, de não afetar a estrutura psíquica de outrem, seja por ações diretas, seja por ações indiretas, seja no ritmo comum da vida, seja em tratamentos naturais, ou experimentais, ou ainda, repressivos (...). À coletividade e a cada pessoa prescreve-se então a obrigação de não interferir no aspecto interno da personalidade de outrem, como conjunto individualizador do ser, com suas idéias, suas concepções e suas convicções.

Barreto (2003) afirma que a violência moral no trabalho é uma causa agravante de problemas de saúde ocorridos no Brasil. A tecnologia, advinda da Revolução Tecnológica e da globalização, não apenas melhorou as condições de trabalho dos empregados, mas também criou maiores situações em que os trabalhadores podem sofrer acidentes de trabalho e violência psicológica.

A primeira vítima direta do assédio moral é o trabalhador sujeito ao processo de terror psicológico. Para esta vítima, a consequência da violência psicológica é algo bastante preocupante (FERREIRA, 2010). Segundo ensinamentos de Hirigoyen (2002), percebe-se que o processo de assédio moral quase sempre termina com a saída da vítima do emprego num estado de saúde tão debilitada, que acaba ficando sem condições físicas e mentais para se recolocar no mercado de trabalho.

Os efeitos econômicos para a vítima do assédio moral não se restringem aos prejuízos imediatos advindos com o desemprego. O desligamento da empresa torna-se ainda mais grave quando a vítima percebe que o exigente mercado de trabalho não a absorverá, em razão do seu adoecimento. Em muitos casos, a situação da saúde do trabalhador agrava-se ainda mais pela preocupação com a manutenção e sobrevivência sua e de sua família (FERREIRA, 2010).

Assim, verifica-se o dano reflexo, ou também chamado de ricochete, que além de atingir a vítima, atinge indiretamente seus familiares e grupo social, cabendo demanda judicial referente aos danos sofridos, o que não é tema desta pesquisa.

### **3.1.2 O assédio moral como risco laboral**

O fenômeno do assédio moral supõem um risco para a saúde física e psíquica da vítima.

Além disso, pode acarretar consequências para quem a rodeia e em determinadas atividades, constituir um grave perigo derivado da possibilidade de erro ou falta de concentração que a situação de stress originada pelo assédio moral pode produzir na vítima (LIMA FILHO, 2009).

O assédio moral nasceu intimamente ligado à saúde mental do trabalhador. Desta forma, em um primeiro momento, a vertente mais estudada do fenômeno é exatamente a que guarda relação com a prevenção dos riscos laborais e a preservação da saúde e segurança do trabalhador (LIMA FILHO, 2009). Ainda segundo doutrina de Lima Filho (2009, p. 81), “pode-se afirmar que o assédio moral constitui um risco laboral na medida em que contém, sempre, a possibilidade de o assediado ser vítima de acidente de trabalho e de contrair, desenvolver ou agravar algum tipo de patologia ocupacional”. Assim, pode-se afirmar que o assédio moral constitui, sem sombra de dúvidas, além de um atentado à dignidade moral do trabalhador, um dano à sua saúde mental e por vezes corporal, constituindo assim um risco laboral.

Cumprido ao empresário ou empregador garantir que o local e as condições de trabalho sob o seu controle sejam seguras e não envolvam riscos para a saúde e segurança dos trabalhadores, devendo ele adotar medidas contra acidentes e doenças ocupacionais, inclusive reprimindo todo tipo de violência no ambiente de trabalho, para isso, cabe à ele analisar e fiscalizar o entorno laboral. Nessa perspectiva, cabe às empresas, adotar medidas preventivas e repressivas às condutas assediadoras, já que estas, além de afetarem a dignidade moral do trabalhador, colocam em risco outros direitos fundamentais, como o direito a saúde e segurança. Devem criar um ambiente de trabalho saudável e seguro, a fim de evitar a violência e o maltrato, inclusive com o fomento de criar uma cultura empresarial que repudie qualquer tipo de assédio, que deve ser denunciado e punido de forma efetiva (LIMA FILHO, 2009).

Desta forma, percebe-se que o assédio moral é considerado como um risco laboral, tendo várias outras consequências diretas e indiretas para todo o grupo de trabalho.

### **3.1.3 Prejuízos às empresas onde ocorre o Assédio moral e a sua respectiva prevenção**

Algumas empresas são mais susceptíveis que outras à ocorrência de assédio moral em suas dependências.



A violência psicológica ocorre com maior freqüência nas empresas menos organizadas e menos estruturadas, onde não há uma política clara de prevenção a este mal (MARQUES JR., 2009).

A empresa, produzindo para um mercado de massa, não dispensa a exploração do trabalho humano, ainda que não se utilize dele de forma exclusiva. O uso da força produtiva do indivíduo exige uma dimensão ética, aspecto que pressupõe um perfil empresarial que, sem desconsiderar a necessidade de enfrentar a concorrência, respeite a dignidade do trabalhador (ARAÚJO, 2007).

Conforme estudos realizados por diversas organizações não-governamentais, o assédio moral causa inúmeros prejuízos às empresas, principalmente pela diminuição de produtividade da vítima, que se dá pelo fato delas sentirem-se rebaixadas, ofendidas, menosprezadas ou ultrajadas pelo agressor; e pelas indenizações que as empresas precisam pagar às vítimas em razão do dano moral sofrido, que estão cada vez mais freqüentes.

De acordo com Ferreira (2010, p. 72), “a empresa sente de forma sensível os efeitos econômicos maléficos do assédio moral em três aspectos distintos: na produtividade, na formação de passivo trabalhista, nas autuações em virtude de procedimentos fiscalizatórios por órgãos estatais”.

Quanto à diminuição de produtividade, Marques Jr. (2009, p. 40) afirma que “verifica-se que o assédio moral destrói, degenera a vítima, e pode levá-la a uma incapacidade permanente ou até mesmo à morte, em decorrência do chamado bullicídio”, que se configura no suicídio em decorrência do assédio moral. Segundo mais uma vez ensinamentos de Marques Jr. (2009), a agressão tende a desencadear a ansiedade e a vítima coloca-se em atitude defensiva, de hipervigilância, em razão das constantes ameaças que vem sofrendo. Quanto aos prejuízos que as empresas tendem a ter em decorrência das indenizações cominadas pelo Poder Judiciário pelo dano moral, verifica-se no país uma maior contemplação de indenização por danos morais decorrentes de assédio moral, determinando o pagamento de indenização às vítimas.

Ainda no que tange aos danos para Empresa encontra-se a troca constante de empregados, ocasionando despesas com rescisões, seleção e treinamento de pessoal com isto gera-se o grande aumento de ações trabalhistas, inclusive com pedidos de reparação por danos morais.

Ademais, a empresa que for condenada pela prática de assédio moral poderá perder a possibilidade de conseguir investimentos públicos junto as agências financeiras oficiais de fomento, como Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, BNDES, dentre outras. Esta previsão vem sendo incorporada nas Leis de Diretrizes Orçamentárias – LDO nos últimos anos. Para o exercício de 2010, a Lei 12.017/09 prevê:

CAPÍTULO VI  
DA POLÍTICA DE APLICAÇÃO DOS RECURSOS DAS AGÊNCIAS FINANCEIRAS  
OFICIAIS DE FOMENTO

Art. 89. As agencias financeiras oficiais de fomento, respeitadas suas especificidades, observarão as seguintes prioridades:

(...)

§ 1º A concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelas agencias financeiras oficiais não serão permitidas:

(...)

IV – às instituições cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente.

Desta forma, segundo Marques Jr. (2009), percebe-se que os prejuízos para as empresas são enormes, se refletindo tanto na baixa produtividade da vítima, na impossibilidade de conseguir investimentos junto às agências fomentadoras oficiais, quanto nas indenizações judiciais que a empresa se obriga a pagar pela responsabilidade na ocorrência do assédio moral.

Deve-se registrar que o fenômeno do assédio moral, nas palavras de Lima Filho (2009, p. 142) “não é casual, mas causal”, ou seja, é um mal que pode afetar de forma prejudicial não somente a

vítima, mas a empresa, a sua família e toda sociedade que termina pagando pelos prejuízos que ele produz. Atos preventivos em relação ao assédio moral podem ser praticados por diversas pessoas, como, por exemplo, a vítima, os espectadores, a própria empresa e os sindicatos.

O ambiente de competição entre os colegas de trabalho pode ser bastante prejudicial para a saúde dos trabalhadores se não vier acompanhado de uma série de medidas que venham a evitar o assédio moral. Entre as medidas que devem ser adotadas pela empresa visando a prevenção à violência psicológica estão a elaboração de um Código de Ética que retrate os seus pensamentos e objetivos, com punição para quem o violar e uma conscientização dos empregados dentro da empresa. Além disso, as empresas precisam investir na implantação e manutenção das CIPAs (Comissões Internas de Prevenção de Acidentes de Trabalho) com pessoas treinadas e especializadas no combate ao assédio moral. Outro elemento muito importante é a empresa ter um canal aberto entre o seu Departamento de Recursos Humanos e os empregados (MARQUES JR., 2009).

Conforme doutrina de Marques Jr. (2009), a prevenção deve vir, primeiramente, por parte da vítima, que poderá utilizar-se de métodos repressivos a fim de cessar o assédio moral ou pelo menos minimizá-lo. Quanto aos espectadores, para evitar ou cessar a prática do assédio moral no âmbito da empresa, deverão atuar de forma inconformista, denunciando as práticas. Já as empresas para evitar a prática da violência no seu ambiente deverão desestimular a competitividade entre os colegas de trabalho, criando por exemplo, quadro de carreira ou melhorando o padrão da moralidade dentro da empresa. No que concerne aos métodos utilizados pelo sindicato para coibir as práticas do assédio moral, podemos afirmar que a melhor arma é o marketing social praticado entre os empregados da empresa vitimada pelo assédio moral, cabe á eles também promover eventos destinados a esclarecer seus associados sobre o assédio moral.

Segundo ensinamentos de Lima Filho (2009), as atividades de prevenção dos riscos psicossociais que a empresa deve realizar se classificam em prevenção primária, prevenção secundária e prevenção terciária, devendo-se citar ainda a prevenção pela via sindical.

A prevenção primária de acordo com teoria de Lima Filho (2009), tem por objetivo eliminar os fatores/causas que produzem o assédio moral. Por conseguinte, nesse primeiro momento preventivo, se impõem a adoção de um série de medidas que possam eliminar aquele ambiente de trabalho hostil, competitivo, com alto nível de pressão psicológica por metas e objetivos a serem atingidos.

Quando se trata de prevenção secundária, o objetivo é detectar as condutas, atuações ou comportamentos na organização empresarial que tenham aptidão de desencadear o assédio moral, e cuja manifestação evidencia que o dever geral de segurança não tenha sido suficientemente eficaz (LIMA FILHO, 2009).

Ao que se refere à prevenção terciária, segundo palavras de Lima Filho (2009, p. 156), “o que se visa é a reabilitação ou a reparação dos trabalhadores que tenham sido vítimas do assédio moral, ou seja, quando tenham falhado as duas espécies de prevenção anteriores”. Essa recuperação geralmente ocorre fora do âmbito da empresa, pois resulta numa incapacidade temporária para o labor.

Por último, temos a prevenção por via sindical, que se consubstancia na conscientização da categoria no sentido de prevenir as condutas do assediante. Infelizmente na realidade brasileira a grande maioria dos sindicatos não possui representatividade ou omitem essa assistência preventiva ao trabalhador.

### **3.1.4 Danos ao Estado e à sociedade decorrentes do assédio moral**

Toda a sociedade sofre as conseqüências do assédio moral. O Estado acaba tendo que arcar com todos os custos de recuperação da vítima para que seja possibilitado que ela volte ao mercado de trabalho pós todos os transtornos sofridos em decorrência do assédio moral, desta forma, todos nós direta ou indiretamente pagam pelos prejuízos arcados pelos cofres públicos.

O assédio moral hoje representa um problema social gerando danos para saúde pública, sendo seu custo muito elevado, trazendo ônus - como já foi afirmado - para sociedade, empresa e ao indivíduo (AUGUSTIN, 2009).

As conseqüências econômicas do assédio moral também atingem a sociedade como um todo e o Estado. Quanto maior a prática da violência psicológica, mais pessoas adoecerão e um número crescente delas estará gozando de benefícios previdenciários temporários ou permanentes, em virtude da incapacidade laborativa, decorrente do assédio moral. Ocorrendo, assim, uma sobrecarga dos sistemas de saúde e previdenciário, já tão aturdidos pelas dificuldades que lhes são próprias (FERREIRA, 2010). Hirigoyen (2002, p. 122) em seus ensinamentos menciona gastos como “despesas de saúde por parte do seguro social, hospitalizações, indenizações de desemprego, aposentadorias antecipadas, o que, em se tratando da situação econômica de um país, transforma-se em bilhões”.

Tratando-se do dano gerado ao Estado e a toda sociedade, visualiza-se que os mesmos pagam um alto custo, tanto no que diz respeito à saúde pública, quanto às aposentadorias precoces e custos direcionados à previdência social e à política trabalhista. Dessa forma fica evidente a necessidade de que o Estado deve trabalhar a questão da conscientização sobre as conseqüências do assédio moral não só para o agredido, mas para todo o ambiente das organizações empresariais.

O assédio no ambiente de trabalho possui potência para gerar danos em searas que transcendem à pessoa da vítima, como conseqüência direta acaba por gerar danos também ao Estado e a sociedade como um todo. Isto porque as complexas ramificações danosas da repercussão do fenômeno acabam por atingir de forma sistêmica as bases organizacionais do Estado, em especial no tocante a importantes pilares, tais como as ações na área da saúde, trabalho e previdência social.

## CONCLUSÃO

A pesquisa sobre o assédio moral no ambiente de trabalho constitui grande desafio a ser enfrentado, visto sua notoriedade mundial e nacional.

Entre as principais formas do assédio moral, tanto em linha vertical, horizontal e mista, merecem relevo os nexos de casualidade que configuram claramente o abuso de conduta por parte do assediador, que pode ser responsabilizado, no intuito de recompor o dano causado à vítima que tem sua estrutura física e/ou psíquica abalada sensivelmente.

O assédio moral é problema individual e social. Individual, por que causa males à saúde psíquica do trabalhador, afetando diretamente a sua dignidade humana, e social, pois gera danos também na área da saúde pública, trazendo ônus para toda a sociedade, empresa e os integrantes do seu grupo familiar, que não raro, são indiretamente são afetados.

Diante da definição do instituto do assédio moral no ambiente de trabalho e a violação da dignidade da pessoa humana que o mesmo provoca, é de extrema importância a identificação da ocorrência deste mal que assola muitos trabalhadores, em seu ambiente laboral. Além da identificação da ocorrência de indicadores da violência de toda sorte, cabe ao empregado e à sociedade buscar meios de reprimi-la e combatê-la.

Cumpra observar que o direito do trabalho é a forma pela qual o Estado pode tutelar a força de trabalho do homem e igualar esta relação jurídica entre empregado e empregador. Assim, é dever do Poder Judiciário solucionar os conflitos trabalhistas, velando pelos direitos fundamentais e pela dignidade dos trabalhadores e estabelecendo a devida indenização por danos morais às vítimas do assédio moral; e ao Poder legislativo elaborar, por meio do devido processo legislativo, normas jurídicas sobre a matéria, objetivando punir e prevenir a prática do assédio moral.

## REFERÊNCIAS

- ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2006-2008.  
AUGUSTIN, Sérgio. **Assedio moral e dano moral no trabalho**. Plenum, 2009.

- BARRETO, Marco Aurelio Aguiar. **Assédio moral no ambiente de trabalho** – responsabilidade do empregador. São Paulo: LTr, 2007.
- BARRETO, Margarida. **Violência, saúde e trabalho (uma jornada de humilhações)**. São Paulo: EDUC/FAPESP, 2003.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Assédio moral**. Porto Alegre: Síntese trabalhista, ano XVI, n. 184, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COSTA, Orlando Teixeira da. **O trabalho e a dignidade do trabalhador**. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho: Órgão oficial da Justiça do trabalho*. vol. 64, n. 1. São Paulo: LTr, janeiro/ 1995.
- FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. 2ª ed. Campinas: Russell Editores, 2010.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009
- GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.
- HIRIGOYEN, Marie France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. Tradução de Maria Helena Kuher, 4ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2002.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **O assédio moral nas relações laborais e a tutela da dignidade humana do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2009.
- MARQUES JR., Fernando Antonio. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho: questões sóciojurídicas**. São Paulo: LTr, 2009.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4ª edição. São Paulo: LTR, 2004.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral nas relações de emprego. Disponível em: [http://www.anamatra.org.br/opiniaio/artigos/ler\\_artigos.cfm?Cod\\_conteudo=7987&descricao=Artigos](http://www.anamatra.org.br/opiniaio/artigos/ler_artigos.cfm?Cod_conteudo=7987&descricao=Artigos). Acesso em 22.08.2011.
- SANTUCCI, Luciana. **Assédio moral no trabalho**. Belo Horizonte: Leiditathi, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- THOME, Candy Florêncio. **O assédio moral nas relações de emprego**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

RECEBIDO EM: 20/01/2016  
APROVADO EM: 14/02/2016





UNIVERSIDADE FEDERAL  
DA GRANDE DOURADOS  
Coordenadoria Editorial





UNIVERSIDADE FEDERAL  
DA GRANDE DOURADOS  
Coordenadoria Editorial