

Revista VIDERE

Ver, olhar, considerar.



ISSN 2177-7837 - Dourados, v. 08, n.16, jul./dez. 2016

Revista da Faculdade de Direito e Relações internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados/MS

UFGD editora

VIDERE

v. 08, n. 16

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 Católia 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

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 (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. Marilia 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. 8, n. 16, jul./ dez. 2016) - Dourados, MS : UFGD, 2016 -.

Semestral

e-ISSN: 2177-7837

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

Revista VIDERE
Viu, ouviu, memorizou.
v.8 n.16, jul./dez. 2016

UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial

Revista Semestral do Programa de Pós-Graduação em Letras
da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD
Videre, Dourados, MS, v. 8, n.16, jul./dez. 2016

VIDERE
v. 8, n.16, jul./dez., 2016

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
Guilherme Leite

MC&G DESIGN EDITORIAL
Editoração Eletrônica, Produção Gráfica

Correspondências para:

UFGD/FADIR
Universidade Federal da Grande Dourados
Faculdade de Direito e Relações Internacionais - FADIR
Rua Quintino Bocaiúva, 2.100- Jardim da Figueira
Caixa postal 322 - CEP 79.824-140 - Dourados/MS
Fones: +55 67 3410-2471 / Fax: +55 67 3421-9493

SUMÁRIO

EDITORIAL 7

APRESENTAÇÃO 9

MATERNIDADE *VERSUS* MATERNAGEM: REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE O DIREITO DA MULHER DE ENTREGAR O FILHO À ADOÇÃO 11
Maria Luiza Ramos Vieira Santos

JUSTIÇA SOCIAL E SAÚDE: O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS ... 22
Adriana Duarte de Souza Carvalho

DA SOCIEDADE DO RISCO À DEFLAGRAÇÃO DO FENÔMENO DOS REFUGIADOS DO CLIMA: A EXCLUSÃO DA TUTELA JURÍDICA COMO UMA QUESTÃO DE RACISMO AMBIENTAL 45
Tatiana A. F. R. Cardoso Squeff
Dulcilene Aparecida M. Rodrigues

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO CONSTITUCIONAL: LINEAMENTOS GERAIS DA PROTEÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS 61
Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia
Diogo Bacha e Silva

PANORAMA DA LIBERDADE SINDICAL E A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO 78
Gabriel Ocampos Ricartes

A DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM POR RAZÕES ECONÔMICAS NO DIREITO PORTUGUÊS 92
Cristiano Starling Erse

O DESEJO MASCULINO COMO CONSTRUÇÃO DA SEXUALIDADE FEMININA NA REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO 115
Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso

DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE INFORMAR QUE VIOLAM A PERSONALIDADE, E A PROBLEMÁTICA DA INTERNETE.....128
Luis Gustavo Liberato Tizzo
Manuel Vinícius Toledo Melo de Gouveia

A RETOMADA DA "HEGEMONIA NORTE-AMERICANA" E SEUS IMPACTOS SOB A AMÉRICA LATINA.....151
Tatiana A F R Cardoso Squeff
Jessika Tessaro Rucks
Renata Motter de Souza

NECESARIO PERFECCIONAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.....167
Jorge Cumbrera

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 ISSN on-line: 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 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/recensão; 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* e 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., enquanto o Conselho Editorial nacional se constrói com o esforço e dedicação de Alexandre Melo Franco Bahia, Amilton Bueno de Carvalho, Antônio Carlos Diniz Murta, Bruno Galindo, Camila Soares Lippi, Carlos Henrique Bezerra Leite, Celso Hiroshi Iocohama, Cesar Augusto Baldi, Cristina Pazo, Edson

Fernando Dalmonte, Edson Ferreira de Carvalho, Fábio Amaro da Silveira Duval, Francisco Pereira Costa, José Ribas Vieira, Maria dos Remédios Fontes Silva, Maria Goreti Dal Bosco, Marilia Montenegro Pessoa de Mello, Rafael Lamera Cabral, Renan Honório Quinalha, Renato Duro Dias, Rafael Salatini de Almeida, Roberto Fragale Filho, Samuel Barbosa, Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Saulo Tarso Rodrigues, Sebastião Patricio Mendes da Costa, Thaisa Maira Held, Vanessa Alexandra de Melo Pedroso e Wanise Cabral Silva.

O 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 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 .

APRESENTAÇÃO

Publicada desde 2009, a Revista *Videre* almeja proporcionar visões, olhares e considerações interdisciplinares das Ciências Aplicadas e Humanas. No editorial do primeiro número, a professora Wanise Cabral Silva, então editora, destacou que o periódico materializava-se objetivando a construção do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito e Relações Internacionais - UFGD.

Transcorridos sete anos, o Programa de Mestrado interdisciplinar em Fronteiras e Direitos Humanos é implantado na Faculdade de Direito e Relações Internacionais (FADIR). A revista *Videre*, predestinada à criação do programa stricto sensu, a partir de 2016, com sua primeira turma, passa a ser um dos instrumentos de propagação do conhecimento científico produzidos localmente, nacionalmente e internacionalmente.

Com o empenho irretocável das editoras e dos editores do passado e do presente, o ano de 2016, coloca a revista *Videre* em condições de alcançar espaço de propagação do conhecimento ainda maior na pesquisa científica nacional e internacional. Para além do programa de mestrado, o site da revista passou por mudanças e melhoras estruturais, o corpo editorial interno e externo ganhou nomes reconhecidos, a periodicidade da revista passa a ser criteriosamente atendida como requisito Qualis-CAPES, o periódico foi indexado em várias bases, o corpo avaliador foi revisto e acrescido novos mestres e doutores de várias nacionalidades e formações.

O Brasil vive dias difíceis. A educação perde seus investimentos, através de discursos esvaziados. Entretanto, na história deste país, mesmo em tempos antidemocráticos, por mais difíceis e repressores que fossem, a educação que liberta, de forma pedagógica, sempre resistiu bravamente e esteve ao lado da democracia. Professoras e professores, alunas e alunos, técnicos e técnicas lutaram e lutam pela universidade pública e contra a escassez de investimentos em pesquisa, ensino e extensão.

Em um ano de profunda crise política, momentos de rupturas institucionais e de resistências, a Revista *Videre* da Faculdade de Direito e Relações Internacionais, comprometida com o Estado Democrático de Direito, traz, em seu volume 8, número 16, jul./dez. de 2016, aportes teóricos a respeito do direito das mulheres, racismo ambiental, proteção das garantias constitucionais processuais, convenção de arbitragem no direito português, regulamentação da prostituição, limites constitucionais do direito de informar, hegemonia Norte-Americana e seus impactos sob a América Latina e segurança e saúde do trabalhador no ordenamento jurídico cubano.

As autoras e os autores, Maria Luiza Ramos Vieira Santos, Adriana Duarte de Souza Carvalho, Tatiana A. F. R. Cardoso Squeff, Dulcilene Aparecida M. Rodrigues, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Diogo Bacha e Silva, Gabriel Ocampos Ricartes, Cristiano Starling Erse, Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso, Luis Gustavo Liberato Tizzo, Manuel Vinícius Toledo Melo de Gouveia, Tatiana A F R Cardoso Squeff, Jessika Tessaro Rucks, Renata Motter de Souza, Jorge Cumbrera 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.

Às avaliadoras e aos avaliadores das várias ciências, nacionalidades e formações, agradecemos o empenho, criticidade, rigor e comprometimento com a pesquisa científica. Suas visões, olhares e considerações possibilitaram a construção de mais uma edição da Revista *Videre*. Gratidão!

Como diria Clarice Lispector, na obra intitulada Um sopro da vida "Tenho medo de escrever. É tão perigoso. Quem tentou, sabe. Perigo de mexer no que está oculto — e o mundo não está à tona, está oculto em suas raízes submersas em profundidades do mar. [...] Escrever é uma pedra lançada no poço fundo."

Às leitoras e aos leitores da Revista *Videre*, seguem letras que buscaram trazer o mundo à tona e desocultar as ciências em suas raízes submersas em profundidas do mar.

Quando estiverem lendo, lembrem, as escritas são pedras lançadas no poço fundo.

Boa leitura!

Dourados 13 de dezembro de 2016.

Tiago Resende Botelho
Editor da Revista Videre & Professor da FADIR-UFGD

MATERNIDADE *VERSUS* MATERNAGEM REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE O DIREITO DA MULHER DE ENTREGAR O FILHO À ADOÇÃO

MATERNITY VERSUS *"MATERNAGEM": REFLECTIONS ON LEGAL RIGHT OF WOMEN TO SEND CHILDREN FOR ADOPTION*

Maria Luiza Ramos Vieira Santos*

RESUMO: É inegável que a sociedade industrial trouxe consigo valores que libertam a mulher daquilo que consideramos e preferimos denominar de "destino biológico". Tal circunstância auxiliada de discursos outros fundamentados na garantia de direitos a todo e qualquer cidadão terminam, por sua vez, gerando uma quantidade infinita de compreensões que pautadas na liberdade sexual da mulher e no discurso feminista a que todos estão submetidos em tempos atuais, promovem uma nova concepção do que se reconhece por família. Essa família moderna, portanto, não mais pode estar fundamentada em valores como o matrimônio, pois que considera bens individuais como o afeto e o amor. Ora, ao reconhecer a família como fruto de um valor afetivo, faz-se necessário repensar sobre o direito que toda e qualquer mulher possui de optar ou não pela maternagem e não ser acusada de abandono. Fato é que o tema proposto justifica um largo debate de cunho sócio-político. No entanto, o trabalho se digna, após breves considerações acerca da família, a discutir as reflexões jurídicas sobre o direito de entregar o filho à adoção.

PALAVRAS CHAVE: Maternagem, Maternidade, Abandono.

ABSTRACT: It is undeniable that the industrial society brought with values that release the woman what we consider and prefer to call "biological destiny". This circumstance helped other speeches based on all the rights assurance and any citizen ends, in turn, generating an infinite number of understandings that guided by the sexual freedom of women and the feminist discourse to which all are subject in modern times, promote a new conception of what is recognized by family. This modern family, therefore, can no longer be based on values such as marriage because it considers individual goods as affection and love. Now, recognizing the family as the result of a sentimental value, it is necessary to rethink the law that every woman has to choose whether or not the mothering and not be accused of neglect. The fact is that the theme justifies a broad discussion of socio-political nature. However, the work is worthy, after brief remarks about the family, to discuss the legal reflections on the right to deliver the child to adoption.

KEYWORDS: child care, maternity, Abandonment.

* Defensora Pública Coordenadora do Núcleo de Defesa da Criança e Adolescente – NUDCA. Professora Doutora em Direito com concentração nos direitos das crianças e adolescentes pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora de Direito da Criança e Adolescente da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Atualmente, é pós-doutoranda em Ciências Sociais da rede: Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano CINDE) / Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Contato: mlrvs@bol.com.br

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É inegável que a temática em questão ademais de ser considerada atual é, também, de largo interesse social, bem como dos diferentes ramos das ciências aplicadas e, por esse motivo, pode – referido tema - ser analisado sob vários aspectos. Trataremos, então, de analisar a temática sob a ótica do direito da mulher de não ser mãe, ou seja, o direito que tem a mulher de decidir sobre a sua vontade e seus projetos de vida.

Tal circunstância é representada no último censo (2010) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que constatou que 14% das brasileiras não querem mais ser mães.[1] Na pesquisa anterior (2000), o percentual era de 10%. Fato que, por sua vez, demonstra um expressivo aumento de mulheres que abortam a ideia de um destino biológico em razão, quase sempre, de um projeto de vida fundamentado no exercício de uma profissão.[2]

A Psicóloga e pedagoga Margareth Lacerda, em seu livro "Sem filhos por Opção", justifica essa mudança de mentalidade entre outros fatores, tais como o "maior acesso à educação e melhor remuneração [...]" (FERNANDES, 2012, p. 13).

Não se pode duvidar que o tema proposto justifica um largo debate de cunho sócio -político fundamentado na cobrança social em torno do destino biológico da mulher. Assunto que trataremos de maneira simplista, pois que nos propomos a discutir, de maneira mais aprofundada, as reflexões jurídicas sobre o direito de entregar o filho a adoção. Para tanto, nos colocamos, através de um método dialógico, à discussão inicial sobre aquilo que reconhecemos como família.

1. A MODERNA FAMÍLIA DO SISTEMA ECONÔMICO DE CAPITAL

É fato que a família moderna está pautada em valores fundamentados na economia do capital, haja vista que a economia industrial, apesar das resistências patriarcais, livrou a mulher, daquele que consideramos chamar, destino biológico. Se não, note-se que, em tempos atuais, a conduta da mulher longe está de se limitar ao trabalho doméstico e aos cuidados da prole.

É com o Estatuto da Mulher Casada de 1962 — de agora em diante EMC — que a mulher abandona a condição de "atendente" do marido para assumir a condição de colaboradora da sociedade conjugal no interesse comum do casal e dos filhos (artigo 233, EMC). O mesmo Estatuto reconhece à mulher a condição de sujeito, pois que a atribui a capacidade plena dispensando, por fim, a necessidade de representação de seu marido ou, ainda, a posterior ratificação do mesmo para que seus atos tivessem validade na seara civil. (artigo 6.º EMC).

---

1 Embora abaixo do nível de reposição da população, que seria de dois filhos em média por mulher, a taxa de fecundidade média das brasileiras (1,94 filho por mulher em 2009) apresenta importantes desigualdades sobretudo em função da escolaridade. No país como um todo, as mulheres com até sete anos de estudo tinham, em média, 3,19 filhos, quase o dobro do número de filhos (1,68) daquelas com oito anos ou mais de estudo (ao menos o ensino fundamental completo). Além de terem menos filhos, a mulheres com mais instrução eram mães um pouco mais tarde (com 27,8 anos, frente a 25,2 anos para as com até sete anos de estudo) e evitavam mais a gravidez na adolescência: entre as mulheres com menos de 7 anos de estudo, o grupo etário de quinze a dezenove anos concentrava 20,3% das mães, enquanto entre as mulheres com oito anos ou mais de estudo, a mesma faixa etária respondida por 13,3% da fecundidade. (IBGE, 2010)

2 TIEPPO, 2011.

O curioso é perceber que essa "independência" da mulher termina por gerar novos conceitos de família. Se não, note-se que em tempos atuais e, mais ou menos, em paralelo ao – até hoje – atual discurso de liberdade da mulher em torno de sua decisão para viver a vida profissional, a atual Constituição Brasileira de 1988 reconhece a família a partir de valores fundamentados na ideia de família afetiva.

É em outras palavras dizer que a Carta magna admite ou, quiçá, reconhece a necessidade de uma família que não se fundamenta nas originais redes de parentescos, pois que preserva o que se reconhece como pertencimento familiar.

Nesse sentido, cumpre destacar as palavras de Gustavo Tepedino, (1999, p. 64.) pois que o autor de maneira muito clara e pertinente, afirma:

> As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se todas elas, de substancias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e a virtude do viver em comum. **A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de dar e receber amor**. (grifos nossos)

Assim, é possível afirmar que o atual Estado brasileiro se afasta da antiga ideia de família fundamentada na Constituição de 1967, pois que esta, ao contrário da atual, traz em seu Título IV, que trata da Família, da Educação e da Cultura o artigo 167. O qual afirmava: *A família é constituída pelo casamento* e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. (grifo nosso).

A adoção de um conceito de família mais amplo, ou seja, fundamentado em valores outros que não o casamento por si só, se fez necessário tendo em vista a mutabilidade dos valores sociais do ser humano que, por sua vez, apresentam infinitos conceitos e, também, possibilidades para a compreensão do que se reconhece como o instituto da entidade familiar.

Tal fato termina por possibilitar a compreensão de que, pelo menos, sob a ótica sociológica não se pode designar um conceito unitário de família e, ao mesmo tempo, não pode, também, o Direito colocar tal ente – qual seja, a família formada sem o elo do matrimônio – à margem da tutela constitucional.

Ora, tal circunstância pode levar a crença que aquilo que se reconhece, na atualidade, como entidade familiar pode estar em decadência. No entanto, não concordamos com tal compreensão, pois que consideramos que o instituto da família é resultado das transformações e, porque não dizer, das mutações sociais. Circunstância que, por sua vez, reforça a ideia de entidade familiar enquanto um gênero, onde se pode reconhecer as diferentes espécies de união familiar.

Assim, temos a compreensão que caduco é, portanto, o ordenamento ou a sociedade que visa estabelecer um conceito único para as relações familiares, pois que estas se fundamentam em valores individuais pautados no afeto, respeito e amor ao próximo.

O respeito ao próximo no que se refere ao princípio da dignidade não deve estar fundamentado em uma linha horizontal, mas, também, de maneira vertical no que tange a livre eleição da mulher no não exercício da maternagem, ora a maternidade tenha sido inevitável. Neste sentido, cabe-nos trazer dois conceitos relevantes ao tema, quais sejam, a maternidade e a maternagem.

2.MATERNIDADE *VERSUS* MATERNAGEM

Um mero exame de urina, comprado em uma farmácia da esquina, com resultado positivo pode, em instantes, transformar para todo o sempre a vida de uma mulher, pois que o referido exame traz nas entrelinhas das cores que apresenta a afirmativa de que em nove meses ela, essa mulher, será mãe.

É dizer, em nove meses essa mulher deve saber todas as respostas para todo e qualquer problema que inesperadamente se apresente. Essa mulher, deve saber que de agora em diante, jamais tomará decisões em torno de si mesma, pois que sua vida, a partir de então, gira em torno de um outro ser que ela, de maneira incondicional, deve amar. Desta forma, alguns chegam a acreditar que a maternidade, possivelmente, seja sinônimo de esquecer de si mesma.

Importante ter em mente que o conceito de maternidade longe está de encontrar suporte na condição biológica e/ou, ainda, no conceito de gênero. Haja vista, a medicina e a genética conseguirem, em tempos atuais, um distanciamento dos conceitos biológicos de mãe e pai.

Se não, note-se a atual relativização do que consideramos maternidade, pois esta, atualmente, pode ser realizada através das práticas de reprodução medicamente assistidas como são exemplos: a fecundação *in vitro* e a gestação de substituição ou como, também, chamada "barriga de aluguel".[3]

Neste sentido, não se pode afirmar que a maternidade consiste, fundamentalmente, na conexão entre gravidez e parto. Ora, aquilo que consideramos maternidade consiste, em seu sentido léxico, na qualidade que estabelece os laços permanentes entre a mulher e seus filhos, pressupondo um desejo e uma condição inerentes ao feminino, cujo fundamento biológico justifica a posição da mulher na sociedade e também a sua natural função de maternagem.

Já esta última, a maternagem, refere-se aos cuidados próprios de mãe:

> compreende-se o conjunto de cuidados dispensados ao bebê com o objetivo de atender às suas necessidades. Estas são descritas como necessidade de "continência", que compreende não apenas o ato mecânico de segurar o bebê no colo, mas também o suporte físico e emocional e os cuidados quanto ao manuseio (do corpo). A maternagem envolve, portanto, a sensibilidade da mãe – entendendo aqui a mãe propriamente dita ou a pessoa que exerce a função materna – em decodificar e compreender essas necessidades, estabelecendo uma rotina que favoreça o crescimento da criança, seu desenvolvimento e estabilidade emocional e ofereça proteção contra os perigos externos. (MIRANDA, 2007, p. 12-13).

Dessa feita, é possível afirmar que ser mãe é uma opção e, por que não dizer, condição física a qual quase toda mulher é passível de sofrer. Já a maternagem consiste em um desejo natural de cuidar tanto das mulheres como, também, dos homens. Por isso, não ser possível, também, tratar o referido tema a partir de conceitos biológicos ou de gênero.

---

[3] Note-se que tal circunstância tem trazido para o mundo jurídico uma problemática até então observada, somente, no mundo masculino, qual seja, a dúvida sobre a paternidade. Com os procedimentos de reprodução medicamente assistidos tem sido observado, também, provocações judiciais no sentido de identificar quem é a mãe daquele novo cidadão fruto de referidas práticas.

3. DA PROTEÇÃO DO DIREITO DE NÃO SER MÃE

Feita tal distinção, importante ter em mente que o direito da mulher em escolher não ser mãe, é reconhecido no nosso ordenamento jurídico, no que pese a pouca discussão sobre a questão, quer no texto constitucional, quer em normas infraconstitucionais.

Senão, vejamos que a nossa constituição respalda essa opção dentre outros dispositivos no artigo 226, paragrafo 7.º, que reza:

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

O Código Civil também o faz de forma singela no artigo 1.565 § 2.º numa repetição quase que literal do que diz a Constituição. Sendo assim, note-se que os dois diplomas tratam da mesma maneira a decisão de procriar, ou seja, atribuem ao casal à referida decisão.

Ora, não se pode negar que a concepção do novo, traz modificações mais significativas à vida da mulher e, mesmo assim, nenhuma das duas legislações supracitadas ousou atribuir o referido direito de decidir sobre tal concepção a esse mesmo agente, principalmente, quando a outra parte interessada não compõe com a mesma um casal propriamente dito, ou seja, em consonância com a visão de família legalmente protegida. A legislação, de maneira simplista, admite que ser mãe é uma situação inerente à mulher.

Numa tentativa de reduzir esta diferença, a Lei n.º 9.263/96 que veio regular o parágrafo 7.º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 trata, especificamente, do Planejamento Familiar. Importante dizer que foi à primeira Lei a fazer uma referência direta à concepção além da esfera do casal, como demonstram os artigos abaixo transcritos.

> Art. 2.º Para fins desta Lei entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole **pela mulher**, pelo homem ou pelo casal. (grifo nosso)

> Art. 3.º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção **à mulher**, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. (grifo nosso)

Note-se que ao enfatizar de forma específica, independente e individualizada o casal, o homem, bem como, a mulher a referida Lei, inegavelmente, dá um salto evolutivo em direção à liberdade e à cidadania — ora propagadas na Constituição Federal democrática —, pois consolida a igualdade de direitos e garantias entre os diversos sujeitos integrantes da família. Ademais, reconhece tal independência e igualdade de referidos sujeitos sob a visão atual desse mesmo instituto — ou seja, do núcleo familiar — que, por sua vez, se encontra estabelecido no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

4. MATERNAGEM *VERSUS* ABANDONO

É fato que o artigo nono da Lei de Planejamento (INFORMAR ANO) familiar admite:

> Art. 9.º para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitas e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Por sua vez, a mudança, operacionalizada pela Lei n.º 12.010, de 2010, no artigo 13 com a inclusão do parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhece esse direito às mulheres que não desejam ser mães e não conseguiram evitar a gravidez. *In verbis*:

> Art. 13 [...]
>
> Parágrafo único. As gestantes ou mães que manifestem o interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância Juventude.

O mesmo diploma legal, reformulado também, passou a punir os profissionais de saúde que atuem com omissão ao ter conhecimento de que a mãe não deseja ficar com a criança. É o que determina o artigo 258-B:

> Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de efetuar imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção.
>
> Pena – multa de R$ 1.000,00 a R$ 3.000,00.

Acresça-se, ainda, que o direito em estudo, ainda, encontra previsão no artigo 8.º parágrafo 5.º do ECA, que reza: "à assistência referida no parágrafo 4.º deste artigo deverá também ser prestada a gestante ou mães que manifestarem interesse em entregarem seus filhos para adoção".

No comentário ao aludido dispositivo Ishida (2015, p. 25) aduz que a anuência para adoção deve ser feita com transparência, tranquilidade e compreensão do ato e de seus efeitos, não devendo ser feita de modo impulsivo. Assim, mister que nessa fase seja feito um acompanhamento psicológico para a genitora no intuito de que essa posa decidir de forma serena.

Considerando os dispositivos legais e os comentários supra, é possível afirmar que os mesmos convergem no sentido de garantir o direito dessas mulheres de não exercitarem a maternagem e não serem acusadas de abandono. Tema que será trabalhado nesse mesmo item. E, por outro lado, asseguram as crianças, que foram geradas, mas em todo o caso, não desejadas, o direito de serem inseridas em uma família. Matéria que será tratada no apartado infra.

No que se refere à acusação de abandono a qual muitas mulheres que não desejam experimentar a maternagem estão socialmente submetidas, é importante ter em mente que tal circunstância, qual seja, a entrega de filho menor para adoção longe está de ser confundida com o instituto do abandono, até mesmo porque consiste em um direito — como antes dito — e, portanto, jamais poderá ser considerado ou confundido com o abandono.

O instituto do abandono não tem no nosso Código Civil qualquer definição de caráter dogmático, apenas, enumera — justo se diga, de maneira clara — as situações de abandono. Esta problemática, por sua vez, é sanada pela doutrina que a exemplo de Silvio Rodrigues aduz que abandono "não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material, fora do lar. Mas o descaso intencional pela sua criação, educação e moral". (1993, p. 375)

Circunstância que, por sua vez, tem implicação no âmbito do Direito Penal que por meio do capítulo III do Título VII da Parte Especial do Código Penal protege a família no que se refere à Assistência Familiar. Nele encontramos, de maneira especifica, os artigos. 244, 246 e 247 referentes ao abandono material, intelectual e moral respectivamente.

A jurisprudência, por sua vez, tem se posicionado:

> o conceito jurídico de abandono [...], é definido quando o menor, por negligência, incapacidade ou perversidade dos pais ficar permanentemente exposto a grave perigo quanto à saúde, à moral e à educação, de forma comprometedora a sua formação como ser humano. (RT 507: 104,TJ/SP)

Ou seja, abandono não é um ato isolado, como demonstram os conceitos arrolados acima. Mas sim uma conduta omissiva e dolosa, ora praticada de maneira reiterada pelos genitores e/ou responsáveis do menor que deixam de prestar assistência material, bem como a assistência psicológica que, por sua vez, encontram-se relacionadas, também, no artigo 22 do ECA e do artigo 1.631 do CC. Fato que impossibilita a confusão entre o direito em comento, qual seja, de entregar o filho para adoção com o instituto denominado de abandono.

Contudo, alguns questionamentos sobre a matéria persistem. Se não, note-se que no pertinente a esse direito em especial quando da entrega da criança ao sistema judiciário algumas perguntas são elencadas, quais sejam, qual o procedimento a ser seguido? Quem seria o autor? A sentença seria de extinção ou de destituição do poder familiar?

Passemos, então, a tais esclarecimentos. Ora, no que se refere ao procedimento, cumpre destacar, que não há ainda uma previsão na legislação processualista ou, ainda, em qualquer outra. Em termos práticos o que se observa é que alguns juízes têm se valido do previsto para a Destituição do Poder Familiar, seguindo o que se encontra preceituado nos artigos. 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, por isso, consequentemente, o autor será o Ministério Público e a sentença seria a destituição do Poder familiar.

Postura, *data vênia*, que ao nosso entendimento, afronta o direito da mulher, garantido em lei, como já demonstrado. Entendemos que poderia ser feito um aproveitamento do procedimento previsto para a Destituição do Poder Familiar com algumas adaptações, a exemplo: a autoria da ação seria da mulher, devidamente assistida, por advogado/defensor e a sentença, por sua vez, seria de extinção e não de Destituição.

Justifica-se, tal posição, no sentido de que a mulher que entrega o filho está a exercer um direito e por isso a sentença seria de extinção, com respaldo no art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, por sua vez, aduz: "A adoção depende do consentimento dos pais [...]"

Ademais, veja-se, também, que tal situação não se encontra devidamente enquadrada no artigo.1.638 do Código Civil, haja vista que referido artigo ao prever as hipóteses para a perda do poder familiar, admite o castigo do filho realizado de maneira imoderada, o abandono do filho, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, e, ainda, incidir, reiteradamente, nas faltas no artigo 1.637, que basicamente consiste em "abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles conferidos ou arruinando os bens dos filhos".

Por fim, cumpre refletir se o Estado com o poder de Estado que lhe é inerente, pode, em algum momento, cobrar, exigir de qualquer que seja o cidadão e, principalmente da mulher, o exercício da maternagem quando esta mesma mulher não assim o deseja? Como antes dito, o tema em questão reclama novos olhares e posturas que somente poderão ser construídas a partir das tantas reflexões possíveis sobre o assunto.

5. LIMITES AO DIREITO

O direito da mulher de não ser mãe encontra limites no direito da criança por ser entendida como ser em desenvolvimento e em estado de vulnerabilidade e por isso detentora de direitos considerados fundamentais que são específicos, ou seja, no caso em apreço o Direito à vida da criança gerada, bem como o Direito da personalidade desta mesma criança em saber a sua identidade genética.

O Direito a vida está regulamentado no Estatuto da Criança e do Adolescente, dos artigos 7.º a 14, e decorre da previsão constitucional do artigo 5.º, *caput*, e 227, parágrafo 1.º entre outros; bem como, no artigo 6.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Nesse tocante, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem por doutrina a Proteção Integral, protege a criança mesmo antes de seu nascimento, tendo em vista o tratamento adequado à matriz de sua existência — mãe — em estágio pré e perinatal. A mencionada legislação adota em seu texto legal a teoria conceptualista, diferentemente do Código Civil, que se filia a do nascimento vivo. Assim, uma mãe, ante o Estatuto, não poderá em prol de seu direito de não ser mãe provocar um aborto, que diante de nossa lei pátria é crime.

Aborto, na concepção médico-legal é entendido como a interrupção da gestação ocorrida antes de ter chegado às vinte semanas de gestação. Já para o mundo jurídico não há consideração do tempo de gestação, pois que os doutrinadores, em sua maioria, consideram, de maneira geral, que o mesmo consiste na interrupção da gravidez a qualquer tempo, com a consequente morte de seu produto.

No entendimento dos doutrinadores do Direito Penal, como Damásio Evangelista de Jesus (2013, p. 119) que conceitua o aborto como sendo: "a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)". Julio Fabrini Mirabete (2013, p. 66) sobre o tema afirma:

> Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão.

A legislação penalista, no seu artigo 128 só admite o aborto em duas situações, ou seja, o aborto decorrente do perigo de vida da gestante (artigo 128, I CP), que é chamado aborto terapêutico ou necessário e o aborto quando na hipótese de estupro, denominado de aborto sentimental (artigo 128, II CP). Não encontrando, o direito de não ser mãe, sustentação em nenhuma dessas exceções legais.

Destaque-se que hoje a segunda hipótese legal de aborto está sendo questionada, pois é tida pela doutrina como inconstitucional ante o princípio da prioridade absoluta

da criança e do direito a vida desta. Nesse sentido pondera Ishida (2015, p. 06) não há uma "proporção entre o bem suprimido (vida intrauterina) e o bem sobrevivente (dignidade da gestante)". Para tanto, o autor se utiliza do critério da proporcionalidade elencado por Robert Alexy.

Com relação ao direito de não ser mãe da mulher e o direito de conhecer a identidade genética da criança, prevista no artigo 48 do ECA, há um conflito, pois a mulher pode não querer ser mãe, mas a sua identidade poderá ser conhecida pelo filho não desejado, haja vista ser direito inerente ao mesmo. Referido direito encontra-se disciplinado no *caput* do retro mencionado dispositivo legal que reza: o adotado tem o direito de conhecer sua origem biológica [...]"

Tal dispositivo segundo Dupret (2010, p. 87) "[...] não significa o direito ao reconhecimento de paternidade [...]". Este, consiste, no conhecimento da identidade genética que, por sua vez, diz respeito aos direitos da personalidade, segundo Tepedino (2004, pp. 61-83).

Neste sentido vale ressaltar o ensinamento de Lobo (2004, p. 524):

> O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurado o direito da personalidade, na espécie Direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a sua história de sua saúde, de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida.

Destaque-se que quando o ECA prevê o direito de conhecer, a criança, a sua origem biológica está garantindo o direito de saber a identidade de quem é sua mãe e, assim, entender acerca das suas características genéticas, da personalidade, das disponibilidades ou resistência a certas doenças, entre outros; direito da personalidade que está associado ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Complementa, tal ideia, Lobo (2204, p. 525) quando aduz:

> Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus descendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, a *fortiori,* da vida.

Em suma, Eros Roberto Grau (1990, p. 110), possivelmente é quem melhor define tal conflito de princípios quando traz à baila o seguinte comentário:

> O princípio introduz uma razão a arguir e determinada direção, porém não implica uma decisão concreta a ser necessariamente tomada; mas pode haver outros princípios (ou diretrizes) apontando a direção oposta, de modo que, em determinado caso, aquele mesmo princípio não prospere. Isso não significa, no entanto, que esse mesmo princípio não seja próprio do Direito de que se cuida, até porque em outro caso, seguinte – e até mesmo diante de outro princípio (ou diretriz), adito ele poderá ser decisivo.

É em outras palavras admitir que não existe princípio maior ou menor ou de maior relevo que outro ou, ainda, que um princípio pode excluir definitivamente o outro. Em verdade, os princípios devem ser valorados em razão de uma situação em concreto privilegiando, sempre, o direito daquele em maior condição de vulnerabilidade no caso em concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do todo exposto, ou seja, depois de cotejar regras de diplomas diversos e alinhá-las aos princípios constitucionais conclui-se pela existência do Direito da mulher de não ser mãe, quer pela opção de não engravidar, quer pela opção de entregar seu filho para a adoção.

No entanto, cumpre destacar que referido direito não é absoluto como demonstrado no presente trabalho, pois uma vez em conflito com os direitos fundamentais da criança, como, por exemplo, a vida, o reconhecimento genético, entre outros, deve tal direito da mulher não ser valorado, pois que corre o risco de ofender o bem jurídico protegido da criança, que nesse caso pode significar a vida. Tal afirmativa encontra ressonância no pressuposto de que o Estado não pode preterir a vida de um cidadão em favor da escolha de outro.

Ademais, não há que se falar em abandono por parte da mulher que, uma vez gravida, decide entregar seu filho para adoção, esta, antes de mais nada, consiste em uma atitude responsável da mulher, pois estará garantindo e quiçá assegurando àquela criança indesejada o direito à convivência familiar, ainda que em uma família considerada substituta.

REFERÊNCIAS

DUPRET, Cristiane. **Direito da Criança e do adolescente.** Belo Horizonte: Ius, 2010.

FERNANDES, Edson; LACERDA, Margareth Moura. **Sem Filhos por Opção - Solteiros e Casais, e Muitas Razões Para Não Terem Filhos.** São Paulo: Nversos, 2012.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição Federal de 1988: interpretação e critica. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, 1990.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **SIS 2010 – Mulheres mais escolarizadas são mães mais tarde e tem menos filhos**. Disponível em: ‹http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=1&idnoticia=1717&busca=1&t=sis-2010-mulheres-mais-escolarizadas-sao-maes-tarde-tem-menos-filhos›Acesso em: 22 mar. 2015, as 12 h 04 min

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal:** parte especial. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária. In: INFORMAR ORGS. **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** parte especial. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 2.

MIRANDA, Maria Aparecida; MARTINS, Marilza de Souza. **Maternagem:** quando o bebê pede colo. Ministério da Educação - Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD) Programa UNIAFRO, 2007. (Coleção percepções da diferença: negros e brancos na escola.)

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 6.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil – constitucional brasileiro**. Rio de janeiro: Renovar, 2004.

____. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TIEPPO, Priscila. **Quatorze por cento das brasileiras não querem ser mães:** mulheres preferem a carreira profissional e deixam gravidez em segundo plano. S.l.: 3 out. 2010. Disponível em: ‹http://www.ip.usp.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=3158%3A14-das-brasileiras-nao-querem-sermaes&catid=46%3Ana-midia&Itemid=97&lang=pt› Acesso em: 22 mar. 2015 as 12h 06 min – RT 507: 104,TJ/SP

RT 507: 104,TJ/SP

RECEBIDO EM: 25/07/2016
APROVADO EM: 06/10/2016

JUSTIÇA SOCIAL E SAÚDE: O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

SOCIAL JUSTICE AND HEALTH: JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLITICS

Adriana Duarte de Souza Carvalho*

RESUMO: O objetivo desta pesquisa é compreender a efetivação de direitos à saúde pública no Brasil por meio do Poder Judiciário. Nossa hipótese é de que os atores políticos constituintes em 1987-88 tenham atribuído maior poder político ao Poder Judiciário, transformando-o em um ator com poder de veto, capaz de suspender as decisões dos executivos locais e mudar o *status quo* legislativo. Para a realização da pesquisa foi avaliado os acórdãos produzidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para compreender o teor das decisões tomadas pelos desembargadores que efetivam os direitos à saúde pública. Mostraremos como o controle judicial de políticas públicas compromete a universalidade do direito social à saúde pública, embora, ao mesmo tempo, faça prevalecer o ideal de justiça social preconizado pela Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário, justiça social, saúde pública, Constituição de 1988, judicialização da política.

ABSTRACT: The purpose of this research is to understand the achievement of the rights to public health in Brazil through the Judiciary Branch. Our hypothesis is that the constituient political actors in 1987-88 have assigned greater political power to the Judiciary Branch, turning it into a veo player, able to suspend the decisions of local executives and change the legislative *status quo*. Aiming the accomplishment of this research we will evalute the sentences produced by the Justice Court of São Paulo to understand the content of the decisions made by the judges that managed to make efective the rights to public health. We will show how the judicial control of public policies harms the universal social rigth to públic health, although, at the same time, ensure the ideal of social justice defended by the Constitution of 1988.

KEY-WORDS: Judiciary Branch, social justice, public health, Constitution of 1988, judicialization of politics.

INTRODUÇÃO

Uma interpretação teleológica do texto da Constituição de 1988 permite perceber que a saúde pública foi apresentada pelo legislador constituinte como uma questão de justiça social, que deveria ser tutelada por meio de políticas públicas. A leitura do artigo 196 do texto constitucional indica isso:

* Doutora em Ciência Política e professora do Centro Universitário Claretiano. Correio eletrônico: adriana.dsc@hotmail.com

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à 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.

A elaboração de políticas públicas é constitucionalmente definida como uma prerrogativa compartilhada entre os poderes Executivo e Legislativo, conforme a doutrina da separação de poderes para estados presidencialistas. São os poderes representativos os legitimados para concretizar o direito à saúde pública. Contudo, diante da omissão constante desses poderes, os tribunais de justiça de todos os estados brasileiros anualmente decidem milhares de ações que buscam a efetivação do direito à saúde pública negado pelos poderes representativos.

Assim, o objetivo desta pesquisa é empreender uma pesquisa empírica, analisando a jurisprudência produzida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no que diz respeito à efetivação do direito à saúde pública. Nossa intenção é investigar quais são as consequências da mudança institucional que delegou poderes legislativos ao Judiciário para o caráter universal dos direitos sociais. Basicamente, pretendemos responder às seguintes indagações: Há perda da universalidade do direito à saúde pública quando conquistado pelo Poder Judiciário? Como os juízes se posicionam sobre essa questão? Como eles justificam a tomada de decisão sobre questões políticas? Há impactos para a justiça social quando o Judiciário controla políticas públicas?

Mostraremos também que o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de milhares de decisões que toma anualmente efetivando o direito social à saúde pública é um importante ator político com poder de veto, capaz de sobrestar as decisões tomadas pelos executivos municipais e, portanto, de mudar o *status quo* legislativo, conforme a teoria de Tsebelis (2009).

Barboza e Kozicki (2012) enfatizam que é por meio de políticas públicas coletivas que o direito à saúde publica deve ser efetivado, pois são direitos que dizem respeito a toda a sociedade, não a indivíduos singulares. Contudo, conforme Oliveira e Noronha (2011), quando eles são conquistados pelo Judiciário, seu *status* muda e eles se transformam em direitos individuais, conquistados por aqueles que foram privilegiados pela Justiça no caso concreto. Nesse caso, a saúde pública, considerada como concretização da justiça social, compromete sua universalidade. Assim, nosso intuito é apresentar como o direito à saúde pública reveste-se de um caráter de privilégio individual quando submetido ao controle do Judiciário, muito embora este, quando tutelando o direito à saúde, esteja em busca da justiça social.

O fenômeno da judicialização da política é inegável no sistema político brasileiro e ele se manifesta de diferentes maneiras, dependendo da hierarquia do Poder Judiciário onde se manifesta o ativismo judicial. É importante frisar que esse fenômeno foi desencadeado pela própria Constituição de 1988, responsável por essa mudança institucional. Tsebelis (2009) afirma que há atores com poder de veto determinados pelo próprio sistema político, como os partidos, por exemplo, e os atores com poder de veto especificados pelo texto constitucional, que é o caso do Poder Judiciário no Brasil. Portanto, é a própria Constituição quem determinou as prerrogativas políticas do Poder Judiciário. De fato, ela delegou ao Judiciário a competência de tomar decisões políticas para julgar ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de

constitucionalidade e para elaborar súmulas vinculantes.[1] Sobre isso, Taylor e Da Ros (2008, p. 824) afirmam:

> A importância do Supremo Tribunal Federal (STF) no sistema político brasileiro contemporâneo parece inconteste, em especial a partir da configuração institucional que emergiu da Constituição brasileira de 1988 e de seus respectivos efeitos sobre o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis. Apesar de não haver concordância entre os vários autores quanto à exata extensão do peso dessa instituição, o papel por ela exercido está longe de ser insignificante.

É importante notar, contudo, que essas prerrogativas são específicas do Supremo Tribunal Federal,[2] a instância maior do Poder Judiciário no Brasil. Isso não implica, contudo, que o poder legislativo do Poder Judiciário se encontra apenas em seu órgão maior e que a judicialização da política se manifeste apenas no STJ. Nesta pesquisa queremos mostrar que em suas instâncias mais inferiores, que são os juízos de primeiro grau e os Tribunais de Justiça, o Poder Judiciário toma diariamente decisões políticas, especialmente em relação à saúde pública e em cumprimento ao artigo 196 da CF/88. Essa tomada de decisão feita pelos TJS é legitimada pelo próprio texto constitucional, em seu artigo 5.º, inciso XXXV.

Em sua grande maioria, como mostraremos, os acórdãos analisados produzidos pelos TJs obrigam os municípios a fornecer de forma gratuita determinado medicamento – inclusive medicamentos experimentais e medicamentos que não constam na lista do SUS - órteses, próteses, a realizar uma internação hospitalar, exame ou cirurgia ou ainda a oferecer um tratamento contra dependência química, por exemplo.

Assim, por meio da pesquisa empírica, provaremos que o fenômeno da judicialização da política não se limita ao topo da hierarquia do Poder Judiciário, mas está se disseminando nos juízos de direito e nas segundas instâncias.

Nossa análise se concentrará, portanto, nas decisões tomadas em segundo grau de jurisdição, pelos juízes e desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, buscando compreender qual é o impacto para a universalidade dos direitos sociais à saúde pública a transferência de parte do poder político parlamentar para as instâncias inferiores do Judiciário (BARBOZA e KOZICKI, 2012).

Koerner (2007) afirma que a análise do pensamento jurídico demanda conhecer as especificidades dessa instituição, principalmente os métodos utilizados para a tomada de decisão. Assim, para que o objetivo deste capítulo seja alcançado, faremos uma breve retomada do direito processual brasileiro, estudando a função jurisdicional do Estado, bem como a propositura da ação como pressuposto da conquista de direitos em caso concreto. Em seguida passaremos a estudar a organização do Poder Judiciário no Brasil e, finalmente, empreenderemos a análise jurisprudencial.

1. A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO E A JURISPRUDÊNCIA

A teoria clássica da separação dos poderes pressupõe que o Estado exerça uma função jurisdicional. Segundo Rocha (2009) o exercício dessa função deve ocorrer

1 A partir de 2004, com a emenda constitucional número 45.

2 Não entraremos aqui na questão e no mérito do controle de constitucionalidade difuso, que ocorre em instâncias inferiores do Judiciário.

diante da inobservância de um direito por parte de um indivíduo ou do próprio Estado. No caso dessa pesquisa, a função jurisdicional do Estado importa quando este deixa de garantir um interesse público de justiça social ao qual lhe caberia a tutela. Rocha (2009) aponta que a especificidade da função jurisdicional do Estado é que ela tem por finalidade garantir a eficácia de direitos no caso concreto,[3] ou seja, o direito é apenas concedido ao indivíduo que ajuizou a ação e não à sociedade civil em geral. Theodoro Jr. (2009) também enfatiza essa característica, acrescentando que o Poder Judiciário deve atuar em face de casos concretos de conflitos de interesse.

Oliveira e Noronha (2011, p. 11), ao estudarem a distribuição judicial de medicamentos no estado de São Paulo, enfatizam que a literatura apresenta dois olhares distintos sobre esse fenômeno, conforme mostramos abaixo:

> However, the focus of the debate has not managed to escape a dichotomy perteining to the subjetic of access to medicine through judicial means: either the phenomenon is perceived as a good one, because it garantes that a constitutional right to health care is satisfied by the government, or it is viewed as undue interference by the Judiciary ranch in decisions that should be left to elected officials and Executive-ledbureoaucracies, capable of weighting up technical matters and chosing adequate policies, given overall governamental priorities.[4]

Independentemente da forma escolhida para compreender esse fenômeno, podemos concluir que o legislador constituinte, ao delegar ao Judiciário a competência de tomar decisões sobre direitos sociais em casos concretos, empreendeu uma mudança institucional na própria estrutura tradicional dos três poderes, conforme aponta Rocha (2009, p. 71):

> Na medida em que a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e está dotada de um espesso conteúdo material, constituído de direitos fundamentais e princípios, não havendo problema jurídico que nela não encontre alguma solução, e na medida em que tudo está confiado à guarda do Judiciário, o legislador perdeu poder e o Judiciário ganhou. Daí a extraordinária importância da função jurisdicional e do Judiciário na atualidade, intérprete e aplicador de princípios e direitos fundamentais, cujos textos vagos lhe da muita discricionalidade, o que é completamente diferente da posição que tinha no Estado liberal, em que o juiz era considerado um humilde "boca de lei".

A mudança institucional mencionada torna mais flexível e compartilhada as relações entre os três poderes, de maneira a garantir melhores resultados na efetivação de direitos sociais. Segundo Rezende (2012), as mudanças institucionais são desencadeadas pela necessidade de adaptação a instituições e demandas exógenas. No nosso caso, a constitucionalização de direitos sociais à saúde pública é o que cria a demanda

---

3 Theodoro Jr (2009, pp. 3-4) define caso concreto: " [...] o Estado dá solução às lides ou litígios, que são os conflitos de interesse, caracterizados por pretensões resistidas, tendo como objetivo imediato a aplicação da lei ao caso concreto".

4 Contudo, o foco do debate não tem conseguido escapar da dicotomia pertencente ao tema do acesso a medicamentos por meio do judiciário: ou o fenômeno é percebido como bom, porque garante que o direito constitucional à saúde seja garantido pelo governo, ou ele é visto como uma interferência indevida do Poder Judiciário em decisões que deveriam ser deixadas para representantes eleitos e burocracias ligadas ao Executivo, capazes de equilibrar questões técnicas e escolher políticas adequadas, diante das prioridades gerais do governo.

por instituições legislativas que efetivassem esses direitos. Assim, há interesses dos atores políticos constituintes em estender a todos os poderes a prerrogativa de tomar decisões que efetivassem o direito à saúde, seja por meio de políticas sociais universais, seja por meio de ações judiciais. Independentemente da forma pela qual o direito é conquistado, prevalece o princípio de justiça social conforme tutelado na CF/88.

A função jurisdicional do Estado, exercida pelo Poder Judiciário, é que cria a jurisprudência, que é objeto de estudo deste capítulo. Segundo Gonçalves (2012), a jurisprudência é criada mediante a tomada de decisão do Poder Judiciário diante de conflito de interesses em um caso concreto. À medida que uma mesma decisão for tomada de forma reiterada e utilizada como pressuposto para interpretação do direito, estamos frente a uma jurisprudência uniformizada. Uma das características principais da jurisprudência é que ela não é imutável. Pelo contrário, a jurisprudência se submete à modificação do pensamento jurídico e às próprias circunstâncias em que a decisão foi tomada. Portanto, a jurisprudência tem um pressuposto histórico fundamental.

Tradicionalmente, as jurisprudências não têm cunho político e nem controlam políticas públicas. No entanto, em países como o Brasil, marcado pelo ativismo judiciário, o quadro tem se modificado. Quando os juízes controlam políticas públicas de saúde, necessariamente o Judiciário toma para si uma prerrogativa legislativa dos poderes representativos. Assim, a jurisprudência sobre a temática passa a preencher as lacunas da lei nas ações ajuizadas ao Poder Judiciário, orientando e influenciando os juízes. Theodoro Jr. (2009) explica que a lei nunca é completa. Isso significa que cada litígio tem particularidades que a norma positivada pode não alcançar. Daí a necessidade e importância da jurisprudência, que é dar conta do caso concreto.

No Brasil, a jurisprudência sobre saúde pública, tida como um conjunto de decisões do Poder Judiciário sobre essa temática, já está formada[5]. Essa jurisprudência será a fonte para realizar a análise empírica que tornará possível checar nossa hipótese, de que o direito à saúde pública, quando garantido por um juiz, perde sua universalidade, já que a decisão só é válida no caso concreto. Nesse caso, não há justiça social, pois o princípio da universalidade é rompido. O Código de Processo Civil garante justamente isso, que a sentença só tenha validade entre as partes do processo, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Isso significa que se um indivíduo entra com uma ação no Judiciário pedindo, por exemplo, fornecimento gratuito de insulina e o juiz conceder os medicamentos, os demais brasileiros que precisam de insulina não ganham esse direito conjuntamente, pois apenas o indivíduo que entrou com a ação conquista esse direito. Theodoro Júnior (2009) explica isso afirmando que a coisa julgada[6] vincula apenas as partes e, portanto, o direito à saúde mencionado torna-se uma garantia individual, perdendo seu caráter de direito coletivo.

Há, sem dúvidas, uma mudança institucional fundamental na separação dos poderes devido ao processo de judicialização da política. Mas a mudança institucional

---

5 Parte dessa jurisprudência está sob segredo de justiça, segundo interesse das próprias partes. Apenas as próprias partes e seus advogados têm acesso, aos estranhos o acesso é restrito. (THEODORO Jr., 2009, p. 32).

6 A expressão "coisa julgada" é de cunho estritamente jurídico. Segundo o artigo 467 do Código de Processo Civil a coisa julgada é aquilo que torna a sentença, uma vez proferida, imutável. Depois que terminado conflito for tido como coisa julgada não há possibilidade de recurso.

empreendida ultrapassa a temática dos três poderes. Quando o Judiciário toma decisão sobre direitos à saúde pública no caso concreto, o direito se torna exigível e, portanto, subjetivo. Esse direito deixa de ser obtido apenas por políticas públicas e passa a ter o potencial de ser exigido diante do Poder Judiciário.

O artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, é o maior responsável por essa mudança institucional. Esse dispositivo fundamenta esse fato ao afirmar que nenhum juiz pode deixar de apreciar uma ameaça a um direito.[7] O princípio da justiça social sem dúvidas justifica constitucionalmente essa necessidade. Ou seja, esse dispositivo garante que, diante da omissão dos poderes representativos em implementar políticas públicas, o Judiciário pode tutelar esse direito. Para que isso ocorra, contudo, é fundamental que o indivíduo proponha uma ação ao Poder Judiciário, pois o Judiciário nada pode fazer sem a ação individual, já que predomina o princípio da inércia da jurisdição.

Segundo Cintra et al. (2011, p. 271): "Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)". A necessidade da ação para garantir a tutela de determinado direito deriva do chamado princípio da inércia inicial, que, conforme mostra Rocha (2009), pressupõe que os órgãos judiciários não podem tomar a iniciativa da tutela jurisdicional, cabendo exclusivamente ao indivíduo demandar por determinado direito o que significa que o juiz não pode iniciar o processo. O princípio da inércia inicial tem como função garantir que o juiz seja imparcial diante de uma ação a ele proposta. Assim, a efetivação de um determinado direito à saúde pública demanda do cidadão a propositura de uma ação em juízo e, apenas em um segundo momento, da decisão do juiz.

As ações que dizem respeito à garantia de determinado direito à saúde pública devem ser propostas na esfera civil e em primeiro grau aos juízos de direito. Veremos que eles chegam como ações ordinária e mandados de segurança. O Direito Processual brasileiro, contudo, é regido pelo princípio do duplo grau de jurisdição. Segundo Cintra et al. (2011) esse princípio implica que, em um processo, o vencido tem a possibilidade de requerer uma nova decisão do Poder Judiciário em um órgão superior, que seriam os órgãos de segundo grau de jurisdição. Esses órgãos são os chamados Tribunais de Justiça. A principal diferença entre os juízos de direito e os Tribunais de Justiça na esfera civil é que nos primeiros as decisões são monocráticas, o que implica que a decisão é tomada por apenas um juiz. Os Tribunais de Justiça, por sua vez, são órgãos de composição colegial e a decisões, portanto deixam de ser monocrática, sendo tomadas por um colegiado de desembargadores.

O indivíduo que faz a propositura da ação em primeiro grau é chamado sujeito ativo. No caso de uma ação que vise garantir um direito à saúde pública, o réu é o Estado, em um órgão da administração pública, podendo ser, por exemplo, uma prefeitura, uma Secretaria de Saúde Pública ou a própria Fazenda do Estado, como veremos. Para que todos esses conceitos fiquem claros, vamos explicá-los a partir do estudo de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

---

7 Constituição de 1988, artigo 5.º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A Constituição de 1946 apresenta artigo similar, mas afirmava que o juiz não poderia deixar de apreciar ameaça a direito individual, ou seja, excluía direitos sociais.

Uma grande parte das ações cíveis para garantia de direito à saúde pública diz respeito à obtenção gratuita de medicamento. No processo que analisaremos a baixo, a ementa define:

> APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A NECESSITADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.
>
> O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receber do ente público os medicamentos necessários.
>
> Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal.
>
> O Estado possui legitimidade passiva para a demanda visando o fornecimento de medicamento a necessitado.
>
> Posição do 11..º Grupo Cível.
>
> Precedentes do TJRGS, STJ e STF.
>
> DETERMINAÇÃO DE EXAMES PERIÓDICOS. DESNECESSIDADE.
>
> Indevida a pretensão de determinação de exames periódicos, cabendo, outrossim, o fornecimento da medicação enquanto houver a necessidade.
>
> Apelação com seguimento negado. Sentença confirmada em reexame necessário.

Nesse caso de pedido de medicamento gratuito, o estado do Rio Grande do Sul é determinado como sendo o sujeito passivo da ação, pois, segundo o artigo 196 da Constituição Federal caberia ao Estado fornecer o medicamento exigido pelo sujeito ativo, que é Valdeci Rigodanzo da Silva, que sofre de TCE, AVC secundário à compressão traumática de artéria carótida esquerda e Hemiplegia Espática. O sujeito ativo pede o fornecimento gratuito da Toxina Botulínica Tipo A 100U, em uso inicial de seis frascos. O juiz de primeiro grau condenou o estado Rio Grande do Sul a fornecer o medicamento.

É importante notar aqui uma das principais características da função jurisdicional do Estado. Segundo Theodoro Jr. (2009) ela é secundária: por meio do Judiciário o Estado é obrigado a realização coativa de determinada ação, que deveria ter sido já realizada de forma espontânea, pois já determinada pelo direito material positivado.

Como mencionamos, a parte vencida tem direito ao duplo grau de jurisdição, o que implica que o estado do Rio Grande do Sul tem o direito de apelar para um órgão superior, em segundo grau, na espera de uma nova decisão. No entanto, a decisão feita em segundo grau mantém o que já havia sido deliberado pelo juiz de primeiro grau, nos seguintes termos:

> Com efeito, deve ser considerado que o artigo 196 da Constituição Federal impõe ao Estado (em suas três esferas) o dever de política social e econômica que visem reduzir doenças, com manutenção dos serviços pertinentes, assegurando-se direito à saúde a todos os cidadãos, sendo conveniente ressaltar que existe Sistema Único de Saúde, com financiamento de recursos da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, nos termos do que dispõe o artigo 198 da Carta Magna.

> A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 2..º, repetiu que a saúde é um direito fundamental do ser humano, incumbindo ao Estado prover as condições ao seu pleno exercício, disciplinando o SUS, incumbindo aos entes referidos a prestação de serviços de saúde à população.

2. RECORTE METODOLÓGICO E DISCUSSÃO TEÓRICA

Como mostramos na seção anterior, cada estado brasileiro possui um Tribunal de Justiça. Cada um desses tribunais tem sido responsável por compor um quadro de jurisprudência sobre a tutela do direito à saúde pública. O recorte metodológico dessa pesquisa, portanto, é justamente esse: analisar a jurisprudência produzida por esses tribunais no que diz respeito aos objetivos propostos. Estudar a jurisprudência produzida pelos Tribunais de Justiça significa necessariamente analisar decisões que foram tomadas em segunda instância, em um colegiado de desembargadores, sobre matérias que já foram objeto de reflexão por um juiz singular de primeira instância, o que acrescenta complexidade ao teor essas decisões.

A maior parte da literatura em Ciência Política que se dedica a estudar a judicialização da política apresenta como recorte o Supremo Tribunal Federal (VIANNA et al., 2007; ZAULI, 2011; BARBOZA e KOZICKI, 2012). Verificamos, portanto, que há uma lacuna na bibliografia no que diz respeito ao estudo de instâncias inferiores do Poder Judiciário, que, assim como o STF, estão tomando decisões políticas.[8] Os Tribunais de Justiça produzem milhares de acórdãos anualmente sobre a tutela de direitos à saúde pública. Optamos por estudar apenas o Tribunal de Justiça de São Paulo, estado onde há o maior número de decisões sobre direitos à saúde pública.

Estudar jurisprudência e acórdãos significa, necessariamente, estudar o resultado de processos legais, que são as sentenças. Theodoro Junior (2009, p. 73) define processo da seguinte forma: "[...] método utilizado pelo Estado para promover a atuação do direito diante de situação litigiosa". Os processos geram relações jurídicas, que, de acordo com Theodoro Jr. (2009), são trilaterais. Aquele que pede a tutela do Estado para algum direito e, portanto, inicia o processo, é o sujeito ativo. Aquele que se submete à relação processual é o sujeito passivo. A terceira pessoa dessa relação jurídica é, evidentemente, o juiz.

Koerner (2007) denomina de análise política do pensamento jurídico o que faremos aqui, ou seja, procurar compreender, dentro de uma perspectiva teórica da Ciência Política, as decisões judiciais sobre direitos sociais. De acordo com o autor, esse tipo de análise empírica permite verificar como o Judiciário se relaciona com as demais instituições políticas e como os juízes participam do próprio processo político. Além disso, a análise política do pensamento jurídico torna possível compreender as decisões judiciais que efetivam direitos sociais.

De acordo com Tsebelis (2009), países em que o Judiciário tem a prerrogativa de interpretar a Constituição - como é o caso brasileiro — o sistema político, entendido como os poderes Executivo e Legislativo, não pode impedi-lo de tomar decisões de conteúdo político. Aliás, o artigo 5.º, XXXV da CF/88, que já mencionamos, garante justamente isso.

---

8 O estudo de Luísa Moraes Abreu Ferreira (2011) abarca os Tribunais de Justiça, mas a análise jurisprudencial se concentra no âmbito penal, não civil.

Segundo Tsebelis (2009), contudo, essa não é a única explicação para a qual o Judiciário tem se transformado em um ator com poder de veto. Tsebelis (2009, p. 314) afirma que há altos custos de transação para cada decisão legislativa: "[...] pode-se, por exemplo, tomar a iniciativa de apresentar um projeto de lei, formar uma coalizão para apoiá-lo, ou eliminar os opositores que tenham opinião diferente, comprando-os ou consolidando alianças." Dessa maneira, se o resultado que o Legislativo ou o Executivo tende a obter com determinada decisão não estiver de acordo com seus interesses, então os poderes representativos podem facilmente transferir essa decisão para o Judiciário. Tsebelis (2009) afirma que determinadas decisões judiciais têm um conjunto vencedor muito pequeno, que pode levar o Executivo ou o Legislativo a se desinteressar por ela.

Esse é o argumento que vamos sustentar na análise que se seguirá. De fato, mostraremos que as decisões judiciais que dizem respeito à saúde pública apresentam um grupo vencedor pequeno, com interesses muito específicos, cujo custo de transação da tomada de decisão para os poderes representativos podem facilmente ser considerados muito alto.

Tsebelis (2009) afirma que os tribunais são atores com poder de veto quando têm a prerrogativa de abolir a legislação. Isso, no Brasil, corresponde às ações diretas de inconstitucionalidade. Queremos completar o argumento do autor, acrescentando que os tribunais também são atores com poder de veto quando tomam decisões quando há omissão dos poderes representativos, como é o caso da saúde pública no Brasil.

Tendo por base a teoria desenvolvida por Tsebelis (2009), apresentaremos os temas que de forma majoritária chegam ao Judiciário e mostraremos em que medida o conjunto vencedor envolvido é pequeno, mas que, por outro lado, gera alto custo de transação para os poderes representativos. Dessa maneira analisaremos os acórdãos que trazem decisões sobre as seguintes temáticas, que são as mais recorrentes no conjunto de jurisprudências analisadas.

1. Fornecimento gratuito de medicamentos, incluindo medicamentos experimentais e qualquer medicação que esteja fora da lista padronizada do SUS.
2. Cadeiras de rodas.
3. Próteses.
4. Equipamentos de manutenção da qualidade de vida.
5. Internação hospitalar ou ambulatorial.
6. Exames de qualquer natureza.
7. Internação compulsória de dependente químico.
8. Internação compulsória em hospital psiquiátrico.

No interior de cada acórdão, correspondendo aos temas supramencionados, separaremos as seguintes categorias analíticas e verificaremos como os juízes as definem. As categorias serão as que se seguem:

1. Constitucional.
2. Separação dos poderes.
3. Políticas públicas.

4. Direito subjetivo.
5. Direito à vida.
6. Dignidade da pessoa humana.[9]

A escolha dessas categorias não é aleatória. Em primeiro lugar, todas elas aparecem pelo menos uma vez no texto constitucional de 1988, como qualificante de democracia e para determinar os valores fundantes do Estado brasileiro. A categoria *constitucional* aparece pela primeira vez na CF/88 no artigo 5.º, em um dispositivo constitucional de direito penal, profundamente atrelada à necessidade de proteção da ordem *constitucional* e do Estado Democrático de Direito.[10] A categoria *separação de poderes* aparece no artigo 60, parágrafo 4.º, inciso III, que estabelece quais princípios do Estado Democrático de Direito não poderão ser objeto de emenda constitucional.[11] A categoria *políticas públicas* aparece no artigo 227, parágrafo 8.º, inciso II, relacionada às políticas pública que cabe ao Estado implementar para crianças e adolescentes.[12] A categoria *direito subjetivo* aparece uma única vez na CF/88 para declarar que a educação é um *direito público subjetivo*.[13] No artigo 5.º, *caput*,[14] aparece pela primeira vez na CF/88 a categoria *direito à vida*, mas ela aparece em alguns outros artigos também. No artigo 5.º, declara-se que o *direito à vida* é inviolável. É no artigo 1..º,[15] que define os fundamentos do Estado brasileiro, no qual aparece a categoria analítica *dignidade da pessoa humana.*

Em segundo lugar, as categorias escolhidas são fundamentais para definir a qualidade da democracia que se consolida no país. A primeira categoria – *constitucional* – reflete um governo que submete às próprias leis que elabora e a um Executivo e a um Legislativo que se submetem ao controle de constitucionalidade. A categoria *separação dos poderes* é um dos mais importantes pilares da democracia, impedindo a hegemonia de um poder sobre os demais. A categoria *políticas públicas* foi selecionada já que é por meio de políticas públicas que o Executivo e o Legislativo devem efetivar

---

9 A partir daqui, no corpo do texto, com o objetivo de facilitar o entendimento, as categorias analíticas aparecerão em itálico.

10 Artigo 5.º, inciso XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

11 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4.º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
III- a separação dos Poderes.

12 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
§ 8.º A lei estabelecerá:
II- o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

13 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
§ 1.º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

14 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:

15 Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III- a dignidade da pessoa humana;

direitos sociais, tema fundamental para esta pesquisa. Contudo, como mostraremos, os direitos à saúde pública têm se tornado subjetivos por meio da ação dos juízes e tribunais. Finalmente, as categorias *direito à vida* e *dignidade da pessoa humana* espelham o próprio caráter da democracia brasileira, definem os valores a partir do qual ela se constituí e os bens que ela tutela.

As categorias também foram escolhidas porque elas nos ajudarão a compreender como os juízes justificam que, apesar da perda da universalidade do direito social à saúde pública, ainda sim é legítimo que o Judiciário tome decisões que o efetive.

As decisões tomadas pelo TJ de São Paulo garantindo o direito à saúde já são milhares, número que aumenta diariamente. Diante disso, essa pesquisa se delimitará, a trabalhar com uma amostra delas, especificamente as decisões tomadas entre janeiro de 2012 a fevereiro de 2013.

3. ANÁLISE EMPÍRICA

As ações na esfera civil são resultado de conflitos. Tradicionalmente o Direito Civil sempre lidou com conflitos de interesses privados e que diziam respeito à manutenção da propriedade privada. Quando, contudo, um indivíduo propõe uma ação para garantir a tutela de seu direito à saúde pública, necessariamente ele está em conflito com o Estado, manifestado em suas mais diferentes instituições, que têm como obrigação legal manter o acesso gratuito à saúde. Theodoro Jr. (2009) afirma que o objetivo do processo civil é justamente instituir meios de imposição coativa da norma constitucional que garante o direito à saúde pública, ou seja, o não cumprimento da sentença judicial implica uma sanção pecuniária, imposta ao órgão responsável pelo seu implemento. Nos acórdãos que estudaremos a seguir é justamente isso que veremos acontecer.

Os acórdãos estudados mostram que o Poder Judiciário é procurado por indivíduos que se sentiram lesados em seus direitos porque o município não garantiu a tutela do direito à saúde pública, em diversos âmbitos. Para ter acesso à defensoria pública, os indivíduos que não podem arcar com os custos do tratamento, precisam ser considerados hipossuficientes, o que significa ganhar até três salários mínimos por mês. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO)

A leitura e análise sistemática da Jurisprudência do TJSP nos permitiu encontrar as principais justificativas dadas pelos municípios para a recusa em cumprir o artigo 196 da CC/88, mesmo diante de uma sentença de um juiz de primeira instância. As que mencionamos abaixo são as mais recorrentes:

1. Não há previsão orçamentária.
2. Não há recursos financeiros.
3. O medicamento pedido não consta na lista do SUS.
4. O tratamento/medicamento é experimental.
5. Há tratamentos alternativos oferecidos gratuitamente pelo SUS.
6. Há entraves burocráticos de vários âmbitos.
7. A sentença judicial ofende o princípio da separação dos poderes.
8. Não cabe ao Judiciário controlar questões de políticas públicas.

As categorias analíticas já mencionadas serão os objetos da análise diante desses argumentos dados pelos municípios. Mostraremos que, majoritariamente, as categorias analíticas *constitucional, direito à vida* e *dignidade da pessoa humana* são utilizadas pelos juízes para justificar a imposição coativa do Judiciário sobre o município para cumprimento da norma positivada, em nome do princípio da justiça social. Essas categorias também são empregadas diante de argumentos orçamentários, impondo que o *direito à vida* e a *dignidade da pessoa humana* são mais importantes do que meras questões de custo. Os juízes hierarquizam os interesses, privilegiando o direito à vida e a dignidade da pessoa humana frente a interesses financeiros, orçamentários e burocráticos.

Por sua vez, as categoriais *separação dos poderes*, *políticas públicas* e *direito subjetivo* são utilizadas para justificar a tomada de decisão política do Judiciário, em sua maior parte legitimando o papel dos juízes ao tomar decisões políticas, sobre temáticas que tradicionalmente são de políticas públicas. A categoria *direito subjetivo* também é utilizada para enfatizar que é de competência do Judiciário tomar decisões sobre direitos à saúde pública, pois, tendo o caráter de *direito subjetivo,* é lícito que o cidadão busque a tutela jurisdicional sobre esses, não dependendo apenas de políticas públicas para obtê-los.

A análise vai enfatizar que a utilização dessas categorias não é aleatória. Há, na verdade, uma recorrência no que diz respeito à função delas nas decisões, pois elas são empregadas para justificar e legitimar o teor da própria decisão e a obrigação que será imposta ao Município. Já mencionamos que os municípios, ao serem colocados no polo passivo de uma ação civil para garantia de um direito à saúde pública, afirmam que não é legítimo que o Judiciário os obrigue a isso, pois seria uma ofensa contra o princípio da separação dos poderes, uma vez que o Judiciário não pode controlar políticas públicas.

Diante disso, os juízes empregam as categorias analíticas supramencionadas justamente para enfatizar que a escolha da via judicial é adequada sim para garantir a tutela da justiça social. Majoritariamente os juízes afirmam que, diante da violação de um direito *constitucional* pelo Executivo municipal, cabe ao Judiciário garanti-lo. As categorias *direito à vida* e *dignidade da pessoa humana*, por sua vez, são recorrentemente utilizadas para contra argumentar com as prefeituras, que dizem não possuir recursos financeiros para arcar com os custos dos tratamentos médicos. As falas dos juízes são claras de que o *direito à vida* e a *dignidade da pessoa humana* têm prioridade em detrimento de problemas orçamentários.

Veremos o emprego dessas categorias com maiores detalhes a seguir. Vamos iniciar analisando um processo que diz respeito ao fornecimento gratuito de medicamento para *Diabetes Melitus*. Segue abaixo a ementa da decisão:

> Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Medicamento. Alegação de ilegitimidade ad causam redirecionamento. Descabimento. Competência comum e solidária da União, Estados, DF e Municípios. Não há se falar em redirecionamento de ente federativo, pois a Carta Magna em momento algum preceitua divisões de competência. Revela, por excelência, a competência solidária e comum dos entes federativos. Alegação de questões orçamentárias. Inadmissível Proteção à inviolabilidade ao direito à vida. Inteligência dos artigos 6.º e de 196 a 200 da Constituição Federal, o que justifica o fornecimento gratuito dos medicamentos

> pleiteados destinados ao tratamento de pessoa carente e doente, realizado de acordo com orientação médica. Alegação de intromissão no do Poder Judiciário ao mérito administrativo. Inadmissibilidade. Em havendo a omissão da Administração Pública na realização do comando constitucional, tem o Poder Judiciário função precípua de suprimir tal conduta para que seja realizada a verdadeira Justiça. Decisão mantida Recurso não provido.

No caso em análise, Luciana de Oliveira Rocheti entrou, em primeira instância, com uma ação contra a Prefeitura Municipal de Jundiaí para obter determinado medicamento para *Diabetes Melitus.* Note que o conflito de Luciana se dá justamente com o próprio Estado, representado pela cidade de Jundiaí, que se recusava a cumprir o artigo 196 da CF/1988. O juiz de primeira instância determinou que a prefeitura fornecesse o medicamento gratuitamente para Luciana.

O município não acatou a decisão em primeira instância, alegando que não precisava fornecer o medicamento. O município justificou dizendo que este não constava da lista da Secretaria de Saúde. A prefeitura também afirmou que não possuía recursos financeiros para isso e, ainda, enfatizou que o Poder Judiciário não deveria controlar atos que não fossem de sua alçada em respeito ao princípio da divisão dos poderes. O município de Jundiaí, portanto, entrou com recurso, agora em segunda instância, utilizando-se do princípio da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição, próprios do processo civil.

Esse princípio, segundo Theodoro Jr. (2009), implica que toda decisão judicial pode prejudicar uma das partes e, portanto, é permitido recorrer da decisão. O autor destaca que cada uma das partes tem direito de que o seu interesse seja julgado por dois juízos distintos, caso não aceite a primeira decisão. O direito processual brasileiro estabeleceu uma divisão hierárquica dos órgãos judiciais. No caso em análise, o município de Jundiaí, não se conformando com a decisão em primeiro grau, recorreu a um Tribunal Superior, que é o TJ de São Paulo.

O recurso foi, assim, o instrumento processual utilizado pelo município de Jundiaí. Segundo Gonçalves (2013) interpor um recurso significa submeter determinada decisão judicial a uma nova apreciação. Enquanto houver um recurso pendente, não há coisa julgada. Para Luciana de Oliveira Rocheti isso implica que ela continua sem a medicação.

Em segunda instância, os desembargadores Magalhães Coelho e Coimbra Schmidt mantiveram a decisão do juiz de primeira instância e obrigaram o município de Jundiaí a fornecer o medicamento prescrito, em cumprimento do artigo 196 da Constituição e, em resposta a afirmação da prefeitura de que não caberia ao Judiciário tomar tal decisão, foi afirmado que muito embora o Executivo possa escolher a forma de executar a lei, não é lícito a ele deixar de cumprir a lei, mesmo o Município apresentando dificuldades orçamentárias.

Há duas implicações fundamentais para esta pesquisa que podem ser extraídos desta decisão, conforme mostra Theodoro Jr. (2009). Em primeiro lugar, essa decisão mostra que, muito embora a saúde pública tenha caráter de direito universal, o direito obtido por meio de processo funciona como veículo de proteção a direitos individuais, no caso em análise, exclusivamente de Luciana de Oliveira Rocheti. Isso implica que os demais cidadãos que precisam do mesmo medicamento fornecido gratuitamente não

ganham esse direito junto com Luciana. Além disso, essa decisão mostra que a ordem constitucional impõe um dever de tutela ao Estado, ou seja, segundo o artigo 5.º da CF/88, nenhum cidadão que tenha seu direito ameaçado ficará privado de tutela do Poder Judiciário.

Notamos, nessa decisão, que os desembargadores utilizaram uma das categorias analíticas que separamos para pesquisa, a categoria *separação de poderes*. Ao longo deste capítulo mostraremos que essa categoria é recorrente nos acórdãos, sempre no argumento de que as decisões judiciais sobre saúde pública não invadem a competência dos outros poderes.

Discussão semelhante é feita na decisão cuja ementa segue abaixo:

> REEXAME NECESSÁRIO. SAÚDE. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE MEDICAMENTOS. IDOSO HIPOSSUFICIENTE PORTADOR DE DOENÇA DE PARKINSON. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. O artigo 196 da Constituição Federal é norma de eficácia imediata, independendo, pois, de qualquer normatização infraconstitucional para legitimar o respeito ao direito subjetivo material à saúde, nele compreendido o fornecimento de medicamentos, insumos ou aparelhos. 2. A pretensão ao fornecimento de remédio, insumos, ou aparelhos, e à realização de exame, necessários à saúde, pode ser dirigida em face da União, Estado ou Município porque a indisponibilidade do direito à saúde já foi reconhecida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 662.033/RS). 3. Prevalece nesta Câmara o entendimento de que a negativa ao fornecimento de medicamentos e insumos fere o direito subjetivo material à saúde, reflexo do direito fundamental à vida. RECURSO DESPROVIDO.

No caso em análise, o paciente pede a fornecimento gratuito de medicação de doença de *Parkinson*. A ação em primeira instância é promovida em face do Município de Igarapava e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. O município alegou que não poderia fornecer o medicamento por falta de prévia autorização e dotação orçamentária. Os argumentos dos juízes em segunda instância diante da recusa do Executivo municipal em cumprir a sentença em primeira instância é a seguinte (Rel. Des. Amorin Cantuária, Reexame Necessário no. 0001347-41.2011.8.26.0242, j. 15 jan. 2013):

> Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a atuação do Poder Judiciário em determinar ao Poder Executivo o atendimento às necessidades da paciente não significa violação ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, isso porque o Poder Judiciário está autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo.

Do ponto de vista da teoria de Tsebelis (2009), uma prefeitura municipal pode ser considerada um ator político com poder de veto, pois, por meio de seu Executivo e Legislativo, elabora políticas públicas locais. O posicionamento da prefeitura de Jundiaí e Guatapará, nos dois casos já analisados, contudo, mostra que não é de seu interesse que o Judiciário seja um ator político com poder de veto, uma vez que, sendo assim, o Judiciário tem a prerrogativa de obrigá-la a determinadas ações e estabelecer sanções caso não cumpra com a obrigação, por isso mesmo o Município declara que é

ilegítima a tomada de decisão política por parte do Judiciário, considerando isso uma ofensa ao princípio da separação dos poderes.

> Nesta decisão, as categorias analíticas manipuladas são *políticas públicas* e *separação dos poderes*. Elas são empregadas no mesmo sentido da primeira decisão, ou seja, que o controle pelo judiciário de políticas públicas não extrapola suas competências constitucionais e que sua decisão é legítima em face da separação de poderes como determinada pelo texto constitucional.
>
> Ações que pedem fornecimento gratuito de cadeira de rodas motorizada também são comuns no Judiciário brasileiro. Vamos analisar a seguinte decisão:
>
> Ação Civil Pública. Fornecimento de cadeira de rodas motorizada pelo ente estatal. O fornecimento é de rigor, ante a demonstrada necessidade, sobretudo em respeito ao art. 196 da CF. Alegação de questões orçamentárias. Inadmissibilidade. Proteção à inviolabilidade ao direito à vida. Inteligência dos artigos 6.º e de 196 a 200 da Constituição Federal, o que justifica o fornecimento gratuito dos medicamentos pleiteados destinados ao tratamento de pessoa carente e doente, realizado de acordo com orientação médicas. Recurso não provido.

No caso em estudo é o próprio Ministério Público do Estado de São Paulo, em nome de Maria Geni de Moraes Calesulatto, que entra com ação em primeira instância, contra a Fazenda do Estado de São Paulo. O juiz de primeiro grau sentenciou a Fazenda o fornecimento gratuito da cadeira de rodas motorizada. A Fazenda do Estado de São Paulo entrou com recurso alegando questões de ordem financeira e pediu a reforma da decisão.

Os desembargadores que julgaram o recurso afirmam que o fornecimento gratuito da cadeira de rodas é necessário não apenas em cumprimento ao artigo 196 da CF/88, mas também ao *princípio da dignidade humana*, estabelecido no artigo 1.º, III, da Carta Magna. Nesta decisão, a judicialização da política é avidamente justificada pelos desembargadores Coimbra Schmidt, Guerriei Rezende e Moacir Peres (Rel. Des. Eduardo Gouvêa, Apelação n.º 0016990-95.2011.8.26.0482. j. em 17.12.0212):

> A saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF/88), então, este deve pelos meios mais céleres e eficientes resguardá-la, pois a saúde e a vida não podem esperar as implementações das políticas públicas ao bel-prazer do administrador que, no pior das vezes, podem demorar anos ou até décadas.
>
> Não pode a Administração Pública opor óbices, porque cabe ao Estado fornecer o apropriado para o tratamento digno.

Na decisão em análise, vimos que a Fazenda do Estado de São Paulo entrou com um recurso no Tribunal de Justiça de São Paulo, devido à insatisfação com a decisão obtida em primeira instância. Conforme afirma Gonçalves (2012) há dois tipos de recurso. O primeiro deles é o recurso que visa corrigir erros de forma, que dizem respeito à desobediência das normas do próprio processo. Nesse caso se pede a anulação da decisão. Na decisão que estamos estudando, contudo, trata-se de um recurso que tem como objetivo corrigir um conteúdo e, por isso mesmo, a Fazenda do Estado de São Paulo pode apenas pedir a reforma da decisão, não sua anulação. No caso supramencionado, a decisão não foi reformada, pois a omissão do Executivo local legitima a decisão judicial.

Internações compulsórias em hospitais psiquiátricos ou em clínicas especializadas em dependência química também são comuns no Judiciário. Em seguida, analisaremos a seguinte decisão:

> APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA – Internação compulsória de dependente químico em clínica especializada a expensas da Municipalidade Impossibilidade econômica da esposa em arcar com o tratamento do marido interditado — Sentença de procedência Decisão mantida Inteligência do artigo 196 da Constituição da República Recursos improvidos.

Na decisão supramencionada Vivian dos Santos Maria solicita a internação gratuita de seu marido, Adriano Correa dos Santos, para tratamento de drogadição e etilismo. Nesse caso, a ação foi proposta contra o município de Jarinu e contra o próprio Secretário Municipal de Saúde. Os desembargadores afirmaram que todos os entes da União, inclusive os municípios, são obrigados a atender o comando constitucional e argumentam no seguinte sentido (Rel. Des. Maria Laura Tavares, Apelação 0000607-66.2012.8.26.0301, j. em: 14 jan. 2013): "As dificuldades burocráticas alegadas pela apelante para o fornecimento dos tratamentos, relativas às dispensas e padronizações dos órgãos de saúde competentes, não afastam o dever do Estado em disponibilizar internações [...]".

Nos casos mostrados, sempre é recorrente que mesmo diante de dificuldades de ordens orçamentárias, financeiras ou burocráticas, nenhum dos municípios não pôde se eximir de cumprir o artigo 196 da CF/88, pois o *direito à vida* é superior a qualquer outro interesse institucional.

Na decisão abaixo, as categorias *analíticas*, *constitucional, direito à vida* e *direito subjetivo* aparecem logo na ementa da decisão:

> Constitucional. Direito à saúde. Medicamento. 1. O art. 196, da CF, é norma de eficácia imediata, independendo, pois, de qualquer normatização infraconstitucional para legitimar o respeito ao direito subjetivo material à saúde, nele compreendido o fornecimento de medicamentos ou aparelhos. 2. Prevalece nesta Câmara o entendimento de que a negativa ao fornecimento de medicamentos fere o direito subjetivo material à saúde. Recursos não providos.

As palavras *constitucional* e *direito à vida* são utilizadas para legitimar a obrigação do município em fornecer gratuitamente o medicamente pedido. A categoria analítica *direito subjetivo* e o inciso XXXV, do artigo 5.º da CF/88 são empregados para justificar e também legitimar a tomada de decisão judicial.

Aqui *dignidade da pessoa humana* também é utilizada para justificar a decisão, mas o que chama a atenção é a menção do artigo 5.º, inciso XXXV, para evitar qualquer crítica ao Judiciário na tomada de decisão sobre a saúde pública. Os desembargadores afirmam ainda que a decisão judicial não violou o princípio da independência dos poderes, pois o Judiciário está apenas inibindo irregularidades praticadas pelo município, que falhou em observar dispositivo constitucional. Note como a fala do juiz não apresenta o judiciário como uma instituição que meramente toma decisões políticas, mas sim que guarda a Constituição.

Na decisão que analisaremos a seguir, o mesmo argumento é utilizado pelos desembargadores Luis Ganzerla e Pires de Araújo. A decisão é a que segue abaixo:

> Apelação. Pedido de fornecimento da prótese necessária à realização do tratamento cirúrgico denominado "Artroplastia do joelho esquerdo". Ação parcialmente provida. Recurso da Fazenda Estadual buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Recurso da autora, com reiteração do pedido de tutela antecipada, buscando a inversão

> do julgado. Inadmissibilidade. Comprovação médica de que a autora é portadora de artrose, bem como de que é idosa e não dispõe de situação socioeconômica que lhe permita arcar com o custo da prótese postulada. Responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde que é compartilhada por todos os entes políticos (artigo 196 da Constituição Federal de 1988). Recursos oficial, considerado interposto, e voluntário improvidos, de ofício adaptando-se a tutela da r. sentença aos limites do pedido.

Na decisão supramencionada Maria Aparecida Tavares moveu ação contra a Fazenda do Estado de São Paulo pedindo o fornecimento gratuito de prótese necessária para tratamento cirúrgico. O juiz de primeira instância sentenciou a favor de Maria Aparecida Tavares. A Fazenda apelou em segunda instância afirmando que ocorrera ofensa aos princípios da separação dos poderes nessa decisão. Diante desse argumento, os juízes de segunda instância afirmaram que não houve ofensa à separação de poderes porque é legítimo acionar o Poder Judiciário para tutelar um direito fundamental. Além disso, afirma a decisão que o Estado não pode deixar de cumprir um dever constitucional meramente utilizando-se do argumento da violação do princípio da separação de poderes. Novamente há a utilização da categoria analítica *constitucional* para justificar a tomada de decisão política por parte do Judiciário. Outra categoria utilizada é a *direito subjetivo*. Os desembargadores afirmam que o artigo 96 da CF/88 traz um direito público subjetivo, fato que também justifica a tomada de decisão do Judiciário.

Outro argumento dado em face da acusação de que o Judiciário ofende o princípio da separação dos poderes é dado em algumas apelações, como, por exemplo, na apelação número 0384700-21.2009.8.26.0000, nos seguintes termos: "Quando o Poder Judiciário determina o cumprimento de determinado preceito constitucional ou o cumprimento da lei, é evidente que não está ofendendo o princípio da tripartição dos poderes, porque não está alterando a forma de utilização de verbas do Estado." Essa justifica implica que apenas se o Judiciário tomasse decisões sobre a composição do orçamento é que ele estaria ofendendo o princípio da separação dos poderes.

Até aqui apresentamos decisões judiciais tutelando o direito à saúde pública em que os juízes justificam essa ação utilizando as categorias analíticas *constitucional* e *direito à vida* e *dignidade da pessoa humana*. Mostraremos a seguir uma decisão em que a justificativa para o ativismo judicial é dada em face da omissão dos demais poderes:

> Ação ordinária Fornecimento de suplemento alimentar prescrito em razão de "tetraparalisia espastica" Admissibilidade Dever do Estado Artigo 196 da Constituição Federal Precedentes Sentença de procedência da ação – Multa diária Fixação excessiva Redução – Isenção do Estado quanto ao pagamento da verba honorária pela sucumbência Autora representada pela Defensoria Pública do Estado Confusão entre credor e devedor Provimento parcial dos recursos, tão-somente para a redução da multa diária e afastar a verba honorária pela sucumbência, consoante especificado, mantida no mais, a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nessa decisão a Fazenda do Estado de São Paulo é condenada a fornecer suplemento alimentar à paciente. O argumento do Judiciário que é o direito à saúde pública não pode se transformar em promessa constitucional inconsequente e que compete ao Judiciário tornar efetivo o direito contido no artigo 96, diante da omissão dos demais

poderes. No que diz respeito à analise supramencionada de Oliveira e Noronha (2011), podemos afirmar que as categorias analíticas que estudamos são empregadas pelos desembargadores para reafirmar a dimensão positiva do fenômeno judicialização da política. Ficou evidente na análise que, do ponto de vista do Poder Judiciário, a tomada de decisão política por parte dos juízes é legítima e se faz necessária em face da omissão dos poderes representativos. Sobre isso, afirmam Oliveira e Noronha (2011, p. 12) que uma das dimensões da judicialização da política é: "[...] a virtuous process of garanteeing a rigth otherwise over looked by elected politicians and public officials[16] [...]". A análise sistemática da jurisprudência mostrou que essa é, sem dúvidas, a posição dos juízes.

Diferente é, sem dúvidas, o ponto de vista dos municípios. Na decisão abaixo veremos o posicionamento do município de Jales frente à judicialização da saúde pública:

> FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Mandado de Segurança. Falta de interesse de agir. Inocorrência. Prova inequívoca da necessidade dos medicamentos e insumos. Receituário médico que basta ao atendimento do pedido. Conveniência ou não do uso de determinado fármaco é competência exclusiva do médico que acompanha o enfermo. Preliminar rejeitada. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Mandado de Segurança. Impetrante, hipossuficiente, portador de diabetes, há doze anos insulinodependente tipo LADA, com complicações microvasculares, com grande descontrole do diabetes desde o início com emagrecimento, razão pela qual ora pleiteia os medicamentos, conforme prescrição médica. Ausência de padronização que não tem o condão de restringir o direito material tutelado. Indisponibilidade do direito à saúde. Artigo 196 da Constituição Federal, norma de eficácia imediata. Tutela jurisdicional que não interfere na discricionariedade da Administração Pública. Política Pública que se pressupõe contemplada nas leis orçamentárias. Princípio da Reserva do Possível que não pode se sobrepor aos direitos fundamentais. Criação de entraves sob o fundamento de que o fornecimento dos medicamentos e insumos representaria priorizar o interesse individual em detrimento da coletividade. Impossibilidade. A Saúde constitui direito público subjetivo do cidadão e dever do Estado. Recursos Improvidos.

No caso em análise o Município de Jales é processado por Joaquim Veríssimo Garcia, que é insulinodependente e pede o fornecimento gratuito do medicamento. A justificativa do Município de Jales para negar a medicação é de que o artigo 196 da CF/88 não pode ser assegurado de forma privilegiada apenas por aqueles que buscam o Judiciário, pois isso retira do dispositivo legal seu caráter universalizante. O Município alegou, ainda, que caberia exclusivamente ao Executivo controlar *políticas públicas*. Diante disso, o município de Jales pede a reforma da decisão em segunda instância no TJSP.

A decisão não é reformada. O teor do acórdão é bastante veemente em assegurar que a burocracia do SUS torna inevitável que o cidadão procure o Poder Judiciário e de que o Executivo municipal impede o desenvolvimento do direito *constitucional* à saúde pública. O relator enfatiza ainda que o *direito à vida* é superior aos demais interesses que possam ter o município.

Note que o município de Jales se utiliza da categoria *políticas públicas* em sentido negativo, como crítica à tomada de decisão política do Judiciário. O relator da decisão,

16 [...] um processo virtuoso de garantir um direito que foi ignorado por políticos eleitos e administradores públicos.

contudo, utiliza-se da mesma categoria analítica, no sentindo absolutamente inverso, como pode ver (Rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, Apelação / Reexame Necessário n.º 0005983-45.2012.8.26.0297, j. em 29/01.2013): "Frise-se que a cogitação de óbices orçamentários revela-se impertinente, pois se trata de política pública implantada e em funcionamento, pressupondo-se que esteja contemplada nas leis orçamentárias." A resposta, bastante irônica, implica mais uma vez a posição dos juízes de que eles agem quando os poderes representativos se omitem.

Na decisão abaixo veremos que os desembargadores definem o direito à saúde pública como um direito indisponível. Esse conceito é caro ao direito do trabalho, mas pode claramente ser utilizado para falar no direito à saúde pública. Dizer que um direito é indisponível implica que o indivíduo não pode recursar ou abrir mão dele, independentemente de sua vontade ou interesse. Vejamos a decisão abaixo:

> Ação Civil Pública Munícipe portador de SINDROME DA APNEIA OBSTRUTIVA DO SONO GRAVE (SAOS) – Fornecimento de Equipamentos – Legitimidade do Ministério Público para defender direito indisponível de hipossuficiente Obrigação solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios – Art. 196, da CF Sentença de procedência mantida – Recursos oficial que se considera interposto e voluntário desprovidos.

Nessa ação, o próprio Ministério Público novamente pediu em primeira instância o fornecimento gratuito de equipamentos para tratamento de apneia obstrutiva do sono grave em favor de José Otávio Alvarenga Sobrinho. A justificativa para o não fornecimento foi o alto preço do equipamento. O TJSP não reformou a decisão, afirmando que o direito à saúde é um direito *constitucional* indisponível. O argumento é interessante, porque cria um ciclo que dificulta qualquer argumento contra: se o direito à saúde é indisponível, o indivíduo não pode abrir mão desse direito. Como esse indivíduo não tem condições econômicas de manter sua própria saúde, só pode caber ao Estado fazer isso por ele.

Na decisão abaixo, veremos a resposta do Poder Judiciário contra o argumento de que determinado medicamento não pode ser fornecido por não constar na lista do SUS:

> Obrigação de Fazer Portadora de Degeneração Macular relacionada à idade de acuidade visual do olho esquerdo. Neoplasia Maligna de Cabeça de Pâncreas Fornecimento de medicamento - Obrigação do Poder Público - Direito que decorre da aplicação do artigo 196 da CF Ofensa ao princípio da separação dos poderes não caracterizada. Recurso oficial, que se considera interposta e voluntário improvidos.

Aqui, desembargadora Relatora Ana Luiza Liarte afirma que o *direito à vida* tem supremacia diante da afirmação de que o medicamento necessário não consta da lista padronizada pela burocracia estatal. Basta que o medicamento seja prescrito por um médico, para que o município seja obrigado a fornecê-lo gratuitamente.

Não seria possível, aqui, apresentar a análise de todos os acórdãos lidos e estudados. Escolhemos, assim, aqueles que de forma mais clara trabalham com as categorias analíticas escolhidas e que mostram veementemente a posição dos juízes do Tribunal de Justiça de São Paulo diante dos argumentos utilizados pelos municípios para a não efetivação dos direitos à saúde pública. Os acórdãos escolhidos também deixam claro que os desembargadores do TJSP consideram legítima a tomada de decisão sobre políticas públicas quando há omissão dos poderes representativos locais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988, ao trazer inúmeros dispositivos veiculadores de direitos sociais, traz em si o princípio da justiça social. Assim, muito embora a doutrina da separação dos poderes recomende que sejam os poderes representativos aqueles que realizem o controle de políticas públicas, o Judiciário não pode deixar de fazê-lo quando a justiça social for comprometida pela omissão daqueles.

A análise empírica realizada neste capítulo mostrou que o Tribunal de Justiça de São Paulo é um ator político com poder de veto, capaz de sobrestar decisões dos executivos municipais e, portanto, de mudar o *status quo* legislativo em nível local. Tsebelis (2009) define justamente isso, que os atores políticos com poder de veto são aqueles cujo acordo é necessário para uma mudança do *status quo* legislativo.

O autor aponta, ainda, que as instituições políticas – no nosso caso, a Constituição de 1988 – determinam uma sequência em que os atores com poder de veto tomam decisões. Não resta dúvida que as milhares de decisões produzidas pelo Poder Judiciário têm caráter político e se sobrepõe às decisões das prefeituras municipais.

Oliveira (2005), ao definir judicialização da política, mostra que o Judiciário, ao intervir em políticas públicas, eventualmente pode interferir ou mudar o *status quo* vigente, como propõe Tsebelis (2009). No entanto, o Poder Judiciário brasileiro rompe com essa sequência determinada constitucionalmente, uma vez que os juízes têm a prerrogativa de sobrestar uma decisão do Executivo municipal e ainda impor sanções pecuniárias caso a sentença não seja cumprida.

Tsebelis (2009) afirma, ainda, que a sequência com que os atores com poder de veto tomam suas decisões importa para determinar a influência que esses atores têm no processo decisório como um todo. Assim, podemos concluir que, do ponto de vista local, os TJs têm grande poder político, sobrepondo-se às decisões dos demais poderes em nível municipal, objetivando concretizar a justiça social.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz e KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista de Direito GV**, São Paulo, jun. v. 8, n. 1, pp. 59-85, 2012,. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 jan. 2013.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do ____. (1988). <www.planalto.gov.br> Acesso em: INFORMAR DIA mar. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. Reexame necessário. Direito Público não Especificado. Constitucional. Fornecimento de medicamento a necessitado. Legitimidade Passiva do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação n.º 70052561867. Valdeci Rigodanzo da Silva e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Carlos Eduardo Zietlow. Julgado em 17/12/2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=fornecimento+de+medicamentos&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3A-Tribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A-1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 03 jan. 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

FERREIRA, Luisa Moraes Abreu. Nexo causal em matéria penal: análise da jurisprudência dos tribunais de justiça. **Revista de Direito GV**,v. 7, n. 1, pp. 199-220, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 fev. 2013.

GOLÇALVEZ, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**: processo de conhecimento e procedimentos especiais. São Paulo: Saraiva, 2012.

KOERNER, Andrei. Instituições, Decisão Judicial e Análise do Pensamento Jurídico: o Debate Norte-Americano, 06/2007, BIB. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, v. 1, Fac. 63, pp. 63-96, São Paulo, 2007.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; NORONHA, Lincoln N. T. Judiciary-Executive Relations in Policy Making: the case of drug distribution on the State of São Paulo. **Brazilian Political Science Review**, São Paulo, v. 5, n. 2, pp. 10-38, 2011,

REZENDE, Flávio da Cunha. Convergências e controvérsias sobre a mudança institucional: modelos tradicionais em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, INFORMAR CIDADE, v. 20, n. 41, pp. 37-51, fev. 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Atlas, 2009.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Reexame Necessário. Saúde. Pretensão Ao Recebimento De Medicamentos. Idoso Hipossuficiente Portador de Doença de Parkinson. Sentença de Procedência Mantida. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6440500&vlCaptcha=JANtW>. Acesso em: 16 jun. 2013.

____. ____. Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Medicamento. Alegação de ilegitimidade *ad causam* redirecionamento. Descabimento. Competência comum e solidária da União, Estados, DF e Municípios.. Relator: Eduardo Gouvêa. Julgado em: 14 jan.

2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6439237>. Acesso em: 16 jan. 2013.

____. ____. Ação Civil Pública. Fornecimento de cadeira de rodas motorizada pelo ente estatal. Apelação n.º 0016990-95.2011.8.26.0482. Maria Geni de Moraes Calesulatto e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Eduardo Gouvêa. Julgado em: 17 dez. 2012. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6429576&vlCaptcha=eQtvn>. Acesso em: 23 jan. 2013.

____. ____. Apelação Cível Mandado de Segurança – Internação compulsória de dependente químico em clínica especializada às expensas da Municipalidade Impossibilidade econômica da esposa em arcar com o tratamento do marido interditado - Sentença de procedência Decisão mantida Inteligência do artigo 196 da Constituição da República Recursos improvidos. Apelação n.º 0000607-66.2012.8.26.0301. Vivian dos Santos Maria e Município de Jarinu. Relator: Maria Laura Tavares. Julgado em: 14 jan. 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6444579>. Acesso em: 23 jan. 2013.

____. ____. Apelação/Reexame Necessário n.º 0002991-68.2011.8.26.0452. Elisângela Fátima de Castro Nascimento e Diretor Municipal da Saúde da Estância Turística de Piraju. Relator Camargo Pereira. Julgado em: 29 jan. 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6460097&vlCaptcha=qzfvb>. Acesso em: 31 dez. 2013.

____. ____. Apelação. Pedido de fornecimento da prótese necessária à realização do tratamento cirúrgico denominado "Artroplastia do joelho esquerdo". Ação parcialmente provida. Recurso da Fazenda Estadual buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Recurso da autora, com reiteração do pedido de tutela antecipada, buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Apelação n.º 0002549-88.2007.8.26.0114. Maria Aparecida Tavares e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Aroldo Viotti. Julgado em: 29 jan. 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6464801&vlCaptcha=zQPeU>. Acesso em: 01 fev. 2013.

____. ____. ____. Ação ordinária. Fornecimento de suplemento alimentar prescrito em razão de "tetraparalisiaespastica" Admissibilidade. Dever do Estado. Artigo 196 da Constituição Federal. Precedentes Sentença de procedência da ação - Multa diária Fixação excessiva. Redução - Isenção do Estado quanto ao pagamento da verba honorária pela sucumbência. Apelação/Reexame Necessário n.º 0113233-69.2007.8.26.0053. Larissa Pereira de Souza e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Osvaldo Magalhães. Julgado em: 28 jan. 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6471610>. Acesso em: 01 fev. 2013.

____. ____. Mandado de Segurança. Fornecimento de medicamento. Direito líquido e certo demonstrado. Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos. Apelação n.º 9203539-22.2009.8.26.0000. Jandira Fernandes Feital e Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes. Relator Carvalho Viana. Julgado em 30 jan. 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6476384&vlCaptcha=VjeAe>. Acesso em: 03 fev. 2013.

____. ____. Fornecimento de Medicamentos. Mandado de Segurança. Falta de interesse de agir. Inocorrência. Prova inequívoca da necessidade dos medicamentos e insumos.

Receituário médico que basta ao atendimento do pedido. Impossibilidade. A Saúde constitui direito público subjetivo do cidadão e dever do Estado. Recursos Improvidos. Apelação / Reexame Necessário n.º 0005983-45.2012.8.26.0297. Joaquim Veríssimo Garcia e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Claudio Augusto Pedrassi. Julgado em: 20 jan. 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6472313&vlCaptcha=qvexw.> Acesso em: 04 fev. 2013.

____. ____. Ação Civil Pública. Munícipe portador de Sindrome da Apneia Obstrutiva do Sono Grave (SAOS) - Fornecimento de Equipamentos - Legitimidade do Ministério Público para defender direito indisponível de hipossuficiente. Obrigação solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios - Art. 196, da CF. Apelação n..º 9001110-32.2011.8.26.0506. Ministério Público do Estado de São Paulo e Fazenda do Estado de São Paulo. Relatora: Ana Luiza Liarte. Julgado em 28 jan. 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6480114&vlCaptcha=efnzj> Acesso em: 05 fev. 2013.

____. ____. Obrigação de Fazer. Portadora de "Degeneração Macular relacionada à idade de acuidade visual do olho esquerdo. Neoplasia Maligna de Cabeça de Pâncreas Fornecimento de medicamento - Obrigação do Poder Público - Direito que decorre da aplicação do artigo 196 da CF. Ofensa ao princípio da separação dos poderes não caracterizada. Recurso oficial, que se considera interposta e voluntário improvidos. Apelação n.º 0004480 34.2011.8.26.0358. Prefeitura Municipal de Mirassol e Elza Fellipe Alves. Relatora: Ana Luiza Liarte. Julgado em 28 jan. 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6479015&vlCaptcha=ntxis>. Acesso em: 05 fev. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto**: com funcionam as instituições políticas. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo e SALLES, Paula. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, USP, São Paulo v. 19, n. 2, pp. 39-85 nov. 2007.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, out 2011, v. 19, n. 40, pp.195-209. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 jan. 2013.

RECEBIDO EM: 13/07/2016
APROVADO EM: 06/10/2016

DA SOCIEDADE DO RISCO À DEFLAGRAÇÃO DO FENÔMENO DOS REFUGIADOS DO CLIMA: A EXCLUSÃO DA TUTELA JURÍDICA COMO UMA QUESTÃO DE RACISMO AMBIENTAL

FROM SOCIETY OF THE RISK TO DEFLAGRATION OF CLIMATE REFUGEES: THE EXCLUSION OF LEGAL TREATMENT AS AN ISSUE OF ENVIRONMENTAL RACISM

Tatiana A. F. R. Cardoso Squeff*

Dulcilene Aparecida M. Rodrigues**

RESUMO: O presente trabalho propõe o estudo do fenômeno dos deslocados ambientais, apresentando-se uma visão mundial sobre a temática e explanando-o como decorrência da junção dos contrapontos: desenvolvimento da sociedade (de risco) e prática de racismo ambiental. Para tanto, explanar-se-á acerca da Teoria do Risco Social, e partindo-se da pretensão da teoria, buscar-se-á a evolução dos danos sociais à ocorrência dos riscos ambientais, aliada à prática do racismo ambiental, conceituando-o e ponderando-se sobre as implicações de sua ocorrência. De igual forma, asseverar-se-á sobre o fenômeno mundial dos deslocados ambientais, referindo-se sobre a necessária efetividade de um reconhecimento jurídico-normativo em prol do reconhecimento dos 'refugiados do clima', congregado à conduta ética do homem frente ao ecossistema, com a pretensão de apresentar e enfrentar tais questões vivenciadas de forma tão contumaz na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade do Risco. Racismo Ambiental. Refugiados Ambientais. Ética Ambiental.

ABSTRACT: This paper intends to study the phenomenon of environmental migrants by presenting a global view on the topic, understanding it as a result of the connection of two events: the development of the (risk) society and the practice of environmental racism. In order to do so, the Theory of Social Risk will be explained, and from such theoretical basis, the evolution of societal damage and the occurrence of environmental hazards will be analyzed – leading directly to the emergence of environmental racism and its conceptualizations and evaluation. Similarly, the worldwide phenomenon of environmental migrants will be asserted, essentially in the need for an effective legal recognition that favors the acceptance of 'climate refugees' based in an ethical conduct of

* Doutoranda em Direito Internacional pela UFRGS (2014). Mestre em Direito Público pela Unisinos (2012). Pós-graduada em Relações Internacionais pela UFRGS (2015), em Direito Internacional pela UFRGS (2009) e em Língua Inglesa pela Unilasalle (2008). Professora de Direito Internacional e Relações Internacionais da graduação em Direito do UniRitter, da UNIFIN e da UFRGS. Endereço eletrônico: tatiafrcardoso@gmail.com

** Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (2013). Mestre em Direito Público pela UNISINOS (2012). Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (2005). Professora de Direito Ambiental na graduação em Direito do Centro Universitário Módulo. Módulo Centro Universitário Módulo Centro Universitário. Endereço eletrônico: du_lli@hotmail.com

mankind towards the ecosystem; intending to present and face such issues obdurately experienced in the contemporary world.

KEYWORDS: Risk Society. Environmental Racism. Environmental Refugees. Environmental Ethics

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento social, especificamente, no período pós Revolução Industrial tem sido objeto de análise em diversas frentes acadêmicas e notoriamente pelo Direito, representando inegável fonte de pesquisa, haja vista a teorização pelo sociólogo alemão Ulrich Beck da Sociedade do Risco, que encarta o desenvolvimento social como característica dos povos em busca de aprimoramento, apresentando, porém, consequências catastróficas à mundialidade sob diversos aspectos.

Falar em desenvolvimento social implica aduzir sobre a evolução da humanidade, e sobre a busca incessante de melhores e maiores condições de vida, dos homens, considerados em si mesmos e na coletividade. É da natureza humana a busca pelo melhor, o galgar de novas e melhores formas de vida da/e para a humanidade. Contudo, não é incomum o homem valer-se da natureza para dela usufruir desmedidamente em todos os seus recursos possíveis para efetivar essa busca.

O que, por certo, resulta numa afronta à ambientalidade, causando em consequência desastres naturais, escasseamento de recursos, extinção de formas de vida animal, dentre outros eventos, tais como a exclusão de pessoas mais vulneráveis (racismo ambiental).

Contudo, como compactuar com a atitude racista de alguns, mesmo em tempos atuais? Inelutavelmente, ainda estão presentes em nossos dias atitudes de demonstram a prática de racismo ambiental, prática excludente, caracterizador de injustiça social e aviltante, que merece a atenção da academia, razão pela qual nos propomos a estudá-lo e contextualizá-lo no presente trabalho, à medida em que será apresentada o a sistematização das respostas oferecidas pelo Direito e pela Ética para o enfrentamento da questão.

Ante tal quadro em que se amolda o meio ambiente na contemporaneidade, necessária uma análise acerca dos indicadores e fatores que impulsionam o homem a promover tamanha agressão ambiental, que por sua vez, "expulsa" pessoas de suas casa, cidades e países em busca de refúgio e de condições de vida em localidades que lhes possam abrigar, mas que nem sempre as acolhem. A partir de então, questionamos: que conduta humana é essa para com nossos semelhantes? Trata-se de um não reconhecimento à dignidade da pessoa humana, sem a aplicação dos Direitos Humanos, dos quais todos os seres humanos são detentores?

Tenciona-se demonstrar que, em razão de disso, não é raro nos depararmos com comunidades inteiras destroçadas, sem abrigo ou lugar para viver, eis que a fúria da natureza aviltada provoca diuturnamente catástrofes climáticas em toda a ambientalidade, ocasionando a partir de então o fenômeno dos refugiados ambientais, categoria ainda não reconhecida legalmente e sem qualquer abrigo jurídico. O presente artigo abarcará, pois, tais apontamentos, propondo-se discutir a partir da sociedade de risco e do racismo ambiental, a figura dos refugiados ambientais e a efetivação de seus direitos humanos, na sistemática global, para a erradicação de desigualdades e construção de uma sociedade cada vez mais plural e equânime.

1. A SOCIEDADE DE RISCO: ACEPÇÕES PRELIMINARES PARA A COMPREENSÃO DA ASCENDENTE DANOSIDADE SOCIOAMBIENTAL HODIERNA

Ulrich Beck (2010) desenvolveu a Teoria do Risco Social, nos idos de 1986, ao escrever o livro *Risikogesellschaft* – Sociedade do Risco, oportunidade em que tece a distinção entre as modernidades da humanidade, distinguindo-as em: primeira e segunda modernidade. Afirma Beck (2010, p. 34), que os desafios poderão ser vencidos se conseguirmos produzir mais e melhores tecnologias, mais e melhor desenvolvimento econômico, mais e melhor diferenciação funcional, condições fundamentais para vencer o desemprego, a destruição do ambiente natural, o egoísmo social, ou seja, para se alcançar melhores formas e possibilidades da vida humana (ZOLO; BECK, 2002, p. 22).

Com isso, é iniciada, por Ulrich Beck, a incursão sobre o desenvolvimento da sociedade, delimitando-o com o risco. Niklas Luhmann (1992, p. 43) ao asseverar sobre o risco incursiona sobre a origem do conceito de risco nas diversas especialidades científicas, e esclarece que "originariamente se tratava de uma justificação da ganância empresarial por apresentar medo da função e da absorção da margem de insegurança".

Necessário ressaltar que a sociedade de risco demarca a passagem da modernidade simples (primeira modernidade) para a modernidade reflexiva. Referido fato implica na passagem de uma modernidade fundada na racionalidade cienticifista no Estado-nação, na previsibilidade e calcularidade dos riscos e perigos de técnica, lutas de classe e relativa segurança, para uma modernidade em que o êxito do capitalismo industrial gera uma autoconfrontação da sociedade com suas próprias consequências, o que deflagra o aparecimento dos riscos globais, por sua vez, imprevisíveis, transtemporais, incalculáveis, transnacionais, como foi o caso de Chernobyl (CARVALHO, 2008, p. 59).

Desde meados do século XX, a modernidade reflexiva é caracterizada pelo dever encontrar respostas radicais aos desafios e aos riscos produzidos pela própria modernidade, eis que decorrentes das aquisições evolutivas e das instituições da sociedade industrial que denotam a possibilidade de destruição de vida no planeta. O início do desenvolvimento social é marcado pela sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, e que posteriormente foi deslocada pela sociedade de risco, na qual a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica primeira modernidade.

A "sociedade industrial" apresenta-se para Beck (ZOLO; BECK, 2002, p. 30), como uma sociedade que não conseguiu ser plenamente moderna, mas tornou-se semimoderna, porque teria combinado simultaneamente elementos de contramodernidade, conceito advindo da ciência e a tecnologia, a educação, os meios de comunicação de massa e as práticas políticas e que inclui o nazismo, o comunismo e os fenômenos de opressão das mulheres, da industrialização generalizada da guerra, da militarização de diversas formas da vida social, e que igualmente se refere às reformas potenciais baseadas no mundo das megatécnicas, como a engenharia e medicina genéticas.

Nesse passo, o desenvolvimento da ciência e da técnica não poderiam mais cuidar do prognóstico e controle dos riscos que contribuíram decisivamente para criar e que geram consequências de alta gravidade para a saúde humana e para o meio ambiente, desconhecidas a longo prazo e que, quando descobertas, tendem a ser irreversíveis.

Entre esses riscos, Beck (2010, p. 46; 1996, p. 202) inclui os riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos, produzidos industrialmente, perceptíveis pela economia, legitimados pela ciência, aduzidos e particularizados juridicamente.

Segundo o referido autor, vivemos uma "modernização reflexiva" num contexto de passagem da sociedade industrial para uma emergente sociedade de risco, pois os perigos da sociedade industrial tornam-se tema preponderantes nos debates e conflitos públicos, políticos e privados, uma vez que a reflexividade que caracteriza a sociedade de risco decorre justamente do conhecimento da sociedade sobre os seus aspectos estruturais, os riscos e os conflitos que gera e possui. Nesse passo, a sociedade de risco enfrenta a formação de riscos socialmente produzidos, sem possibilidade de serem delimitados espacial, temporal e socialmente, eis que advindos abstratamente, dos avanços científicos e tecnológicos.

Atualmente se discute acerca da necessária transição da teoria do risco dogmático/concreto para a teoria do risco abstrato, proveniente das teorias sociais de autores como Ulrich Beck e Niklas Luhmann, a qual tem a finalidade e a função sistêmica de permitir a tomada de decisão antes da concretização do dano, baseada na superação da distinção risco/segurança para a distinção risco/perigo e, consequentemente, probabilidade/improbabilidade (CARVALHO, 2008, p. 59-60). Tal necessidade se verifica a partir da transformação da própria sociedade, que hoje evoluiu da sociedade industrial para uma sociedade do risco, na qual indústrias químicas e atômicas demarcam a produção de riscos globais, imperceptíveis e imprevisíveis, tudo de modo a prevenir acontecimentos futuros.

Niklas Luhmann (1992, p. 72), por sua vez, define que a sociedade moderna de risco não é somente o resultado de percepção das consequências das realizações técnicas, eis que já se encontra presente no desenvolvimento das possibilidades de investigação e de conhecimento. Por assim ser, constata-se que não é novidade que quanto maior o conhecimento que a sociedade desenvolve sobre si mesma maior a chance de identificação de novos riscos e a partir de então, decidir-se qual caminho seguir. E, embasado neste sentir, a pesquisa e o rumo ao progresso são latentes e determinantes no agir humano invariavelmente focado no avanço da sociedade e da consequente danosidade social e ambiental.

Afinal, a sociedade contemporânea como produtora de riscos socialmente produzidos, sem possibilidade de serem delimitados espacial, temporal e socialmente, eis que advindos abstratamente, dos avanços científicos e tecnológicos, deflagra a possibilidade de destruição de condições de vida no planeta, com imensas ressonâncias no direito, inclusive com a institucionalização do direito ambiental, para lidar com danos e riscos ecológicos, denominados riscos ambientais- produzidos por essa sociedade (CARVALHO, 2008, p. 66).

Carla Amado Gomes (2007, p. 224) afirma que o risco "é comumente identificado como filho da evolução científica e técnica, fruto do progresso científico que alterou o curso "normal" dos acontecimentos físicos, químicos, biológicos e atmosféricos". Seu conceito abarca a transversalidade científica, perpassando desde a Sociologia à Biologia, da Física à Economia.

Délton W. de Carvalho (2008, p. 65), afirma que a sociedade contemporânea é marcada por um processo de transição de uma matriz industrial, baseada na distribuição

de riquezas, na diferenciação de classes sociais e na produção de riscos concretos, delimitados, calculáveis, perceptíveis e previsíveis, inclusive cientificamente, em direção à sua forma pós-industrial. É nesse contexto que se dá a formação da "Sociedade do Risco" (GOMES, 2007, p. 224). E por assim ser, este conjunto de riscos geraria "uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de ordem global, uma nova forma de sociedade e uma nova forma de vida pessoal" (GOMES, op. cit., p. 224).

Caso a demanda por recursos naturais e os índices de degradação ambiental permaneçam nos atuais patamares, é possível que os danos ambientais e, em consequência, o "prejuízo" aos povos, sejam demasiadamente graves em consideração aos que vivenciamos nos dias atuais. E aqui se delimita a evolução danosa da sociedade que nos idos da atualidade degrada drástica e ferozmente a natureza, consubstanciando-se, assim, a ocorrência de riscos, inclusive, ambientais.

O risco ambiental, na lição de Carla Amado Gomes (2007, p. 242), é a imprevisibilidade ligada aos efeitos de uma determinada atividade humana sobre a existência e capacidade regenerativa de bens ambientais naturais. Como outrora apontado, "os riscos são pontuais e advindos do próprio desenvolvimento científico e social do mundo contemporâneo, no qual vislumbram-se as diversas interferência humanas, que possam caracterizar e implicar na ocorrência de riscos ambientais" (RODRIGUES, 2010, p. 158), os quais, por certo, precisam ser gerenciados a fim de que se alce o progresso consciente e sustentável.

Verifica-se que o desenvolvimento como mote do ser humano vem sendo buscado de modo cada vez mais incisivo e interveniente ao meio ambiente, detonando cada vez mais e continuamente crises ambientais, afronta aos próprios seres humanos, notadamente aos mais carentes e vulneráveis, que sofrem dramática exclusão social-ambiental em razão da intervenção dos mais ricos que galgam a riqueza a todo custo, fator a que se nomina "racismo ambiental" – analisado na sequência.

2. O SURGIMENTO DO RACISMO AMBIENTAL

Chamamos de Racismo Ambiental às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma implacável sobre etnias e populações mais vulneráveis, configurando-se através de ações que tenham uma intenção racista independente da intenção que lhes tenha dado origem. Trata-se de um conjunto de idéias e práticas das sociedades e seus governos que aceitam a degradação ambiental e humana, com a justificativa da busca do desenvolvimento e com a naturalização implícita da inferioridade de determinados segmentos da população afetados – negros, índios, migrantes, extrativistas, pescadores, trabalhadores pobres, que sofrem os impactos negativos do crescimento econômico e a quem é imputado o sacrifício em prol de um benefício para os demais (SELENE; PACHECO, 2006, p. 11).

Referido conceito nos desafia a ampliar nossas visões de mundo e a lutar por um novo paradigma civilizatório, por uma sociedade igualitária e justa, na qual democracia plena e cidadania ativa não sejam direitos de poucos privilegiados, independentemente de cor, origem e etnia" (PACHECO, 2008, p. 6).

O racismo ambiental se manifesta também no trato desigual (e porque não desumano) que recebem os milhares de trabalhadores do campo e as suas famílias, não só

pela vida miserável que levam, mas também pela exposição a perigosos agrotóxicos nas terras onde laboram – trabalhando, muitas vezes, em troca de comida ou ainda sendo compelidos a aceitar salários e condições de trabalho inferiores ao nível médio, sendo que tal situação ocorre no entorno das funções exploradoras de empresas que confeccionam roupas, de indústrias eletrônicas e extrativistas: bens de consumo que provavelmente nunca poderão adquirir e/ou consumir dadas as condições de vida que levam, principalmente, no que tange a sua baixíssima remuneração, a qual apenas serve para seu sustento — se muito.

Desta feita, falar em racismo ambiental impende contextualizar o tema na história, uma vez que se trata de um fenômeno oriundo do fato de as grandes empresas químicas poluidoras industriais e produtoras de resíduos tóxicos "empurrarem o ônus ambiental para as populações negras" ou aquelas que vivem exiladas dos grandes centros urbanos — muitas vezes, inclusive, não por sua própria opção (JUNGES, 2010, p. 65).

O modelo de desenvolvimento hegemônico no mundo atual cada vez mais trata a maioria da humanidade como objetos: uns, a serem usados a serviço do lucro; outros, considerados supérfluos, a serem sumariamente descartados, morto sem decorrência desnutrição ou de doenças causadas pela miséria absoluta, ou são expulsos de seus lares para que mega-projetos se estabeleçam, ocupando e arrasando o território para implantar as "novidades tecnológicas" que resultarão em empregos e progresso.

Como exemplo dessa realidade, estatísticas apontam que nos Estados Unidos, os afro-americanos, as comunidades indígenas e outras comunidades que não a dos de raça branca suportam uma carga desproporcional de contaminação em suas comunidades, estando em situação de maior risco de sofrerem desordens de saúde relacionadas com problemas do meio ambiente em comparação aos brancos e suas respectivas comunidades (BEDER, 2000, pp. 227-243). Ainda se faz referência que indústria da cana, no Brasil, transforma povos indígenas em semi-escravos, afastados de suas famílias por longos períodos; o garimpo contamina terras e águas; as "doenças resultantes do contato com garimpeiros e com os demais trabalhadores que acompanham as novas fronteiras de expansão do capitalismo e as deficiências da saúde pública em prestar-lhes o necessário atendimento" (PACHECO, 2008, p. 18).

Outrossim, quais seriam as causas influenciadoras do racismo ambiental? Arivaldo Santos de Souza e Thiago Pires Oliveira (2004, p. 91) apontam:

> (10 As políticas adotadas no Ocidente foram fortemente influenciadas por economistas do ambiente da escola neoclássica, os quais envolvem a valorização monetária do ambiente, ainda que artificialmente, e o uso de incentivos financeiros com o objetivo de utilizar mecanismos de mercado para afetar recursos ambientais escassos, sobretudo os que podem se converter em recursos turísticos no caso brasileiro, por exemplo. Desse modo há uma tendência de remoção do poder de decisão da comunidade que faz com que algumas camadas da comunidade tenham de suportar mais problemas ambientais do que lhes deveria caber em parte. (2) O descaso institucional e político da sociedade brasileira não nos fornece as condições necessárias para que tratemos do tema, posto que a mesma encontra-se em lenta submersão do estado de letargia do mito da democracia racial. (3) As ideias de custo/benefício agregados não lidam com a questão de como é que eles se distribuem; no entanto, a distribuição de custos e benefícios é de importância primordial quando se considera a equidade. Por exemplo, um resort pode trazer muitos benefícios, como lucros para os acionistas, impostos para governos e salários para trabalhadores

> enquanto causa ao mesmo tempo a deterioração da qualidade do ambiente natural e cultural da vizinhança — são as chamadas externalidades negativas, as quais, via de regra, não são internalizadas nos custos dos agentes empresariais, nem muito menos são prevenidas pelos mesmos.

O racismo é, pois, grave e frontal violador dos direitos humanos defendidos pela comunidade internacional, à medida que se trata de um "comportamento hostil, relativamente a grupos humanos, a pessoas, em razão, por exemplo, da cor de sua pele ou de sua religião", atribuindo valor negativo a determinado grupo ou pessoa, dispensando-lhe tratamento desigual (STF, 2004). Inelutavelmente, "o desprezo a um determinado grupo social se apresenta [...] inconciliável com o respeito à dignidade da pessoa humana".

Contudo, isso ocorre, exatamente porque essa violação vai de encontro ao cerne dos direitos intrínsecos dos seres humanos, quais sejam os direitos humanos, que nada mais são do que um conjunto de direitos tão essenciais, os quais asseguram uma vida digna e a sobrevivência dos indivíduos (MEYER-PFLUG, 2009, p. 99). E nesse mesmo sentir, denota-se o racismo ambiental como uma das mais aviltantes violações da ordem jurídica e do direito ambiental por apresentar-se como "critério seletivo" de quem deve ter direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e quem não tem, pois seleciona através da raça, etnia, casta, classe, gênero, origem.

Não é despiciendo, pois, que há uma correlação direta entre a exploração da terra e a exploração das pessoas. Como se dá com os indígenas são a parte da população que se defrontam com algumas das piores formas de poluição, entre elas a do mercúrio usado nos garimpos e as populações marginais que vivem perto dos lixões e aterros sanitários, incineradores e de outros tipos de operações perigosas praticadas pelas empresas mineradoras (BULLARD, 2005). A poluição industrial se manifesta também no aleitamento materno das mães das grandes cidades como São Paulo ou Nova Iorque. No caso dos EUA, as reservas dos indígenas norte-americanos, estão sendo sitiadas pelo "colonialismo radiativo" (BULLARD, 2005).

O fato é que, em razão da marcante mudança, avanço e ousadia humanos, seja nos avanços tecnológicos ou agrícolas, o mundo tem experimentado significativas variações e danos ao meio ambiente. Diante desse quadro, é admissível que as pessoas façam um deslocamento interno, ou seja, no âmbito de cada Estado, ou deslocamentos externos, o que evidencia a mudança de um país e, por consequência, a busca de um refúgio – um local mais favorável no que diz respeito a tutela dos seus direitos básicos e inerentes à sua pessoa.

Premente, assim, a visualização de *todo* ser humano como parte integrante do *todo* ambiental, mas inevitavelmente considerado em si mesmo, de uma maneira universal e multicultural, pois somos um e formamos o todo, ao mesmo tempo e é nesse sentido que devemos contextualizar os refugiados ambientais, nesse texto igualmente chamados de refugiados do clima, como abordado a seguir.

3. OS REFUGIADOS DO CLIMA E A SUA INCOERENTE EXCLUSÃO DA TUTELA JURÍDICA

O mundo atual vivencia uma época de proliferação de direitos, advinda da constitucionalização dos direitos sociais (BOBBIO, 1992, p. 52), fato que exige a proteção

positiva do Estado. Contudo, e em contradição a referida proliferação verifica-se uma nova estrutura social produtora de riscos, o que demonstra a fragmentação da sociedade, importando no deslocamento da centralidade do poder político do Estado para novos modelos organizacionais, tais como ONGs e organismos supranacionais, para citar alguns (CARVALHO, 2008, p. 16).

A temática acerca dos deslocados do clima, também nominados como descolados ambientais, teve sua origem, quando o Alto Comissionado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) entendeu necessário considerar a aplicabilidade do conceito de refugiados a fim de enfrentar o problema dos fluxos maciços de migrantes na região centro-americana. Para tanto, foram adotados critérios com base na Convenção da Organização da Unidade Africana Regendo Aspectos Específicos dos Problemas de Refugiados na África de 1969 e nos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, culminando assim, na Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (adotada pelo "Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários", realizado em Cartagena, em novembro de 1984).

Na Declaração de Cartagena, foi recomendado o termo "refugiado" como designação de pessoas que têm fugido de seus países porque sua vida, sua segurança ou liberdade têm sido ameaçadas pela violência generalizada, pela agressão estrangeira, pelos conflitos internos, pela violação maciça dos direitos humanos ou por outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública, podendo-se aduzir-se que a condição de refugiado se deu ante o resultado de atos dos homens, bem como de desastres naturais (CARDOSO; RODRIGUES, 2013, p. 3).

A Convenção de Genebra de 1951, por sua vez, assinada sob a égide do ACNUR, reconhece como refugiado aquele que em razão de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode regressar ao mesmo. Já os deslocados pelas mudanças climáticas não têm status ou proteção contemplados em nenhuma lei internacional, por isso o termo "deslocados ambientais" existe como alternativa, muito embora não exista nenhum arcabouço jurídico explícito amparando o indivíduo assim classificado (CARDOSO; RODRIGUES, 2013, p. 4).

Todavia, Essam El-Hinnawi (BOGARDI et al., 2007, p. 13), então pesquisador do Programa das Nações Unidas para o Meio-Ambiente (UNEP), foi quem em 1985, utilizou o termo *refugiado ambiental* para se reportar a pessoas que estão envolvidas em situações de perigo em virtude do clima. Ao incorporar à definição do ACNUR a questão de pessoas que fogem ou deixam sua terra natal em função de ameaças de vida e segurança provocadas pelo ambiente, dentre essas ameaças quaisquer mudanças físicas, químicas e biológicas nos ecossistemas ou diretamente nos recursos naturais que o transformam tornando o ambiente impróprio de forma insustentável para manter ou reproduzir a vida humana, o pesquisador deu um passo importante na tentativa de proteger esses indivíduos, até então esquecidos pela esfera jurídica no âmbito internacional.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) define refugiados ambientais da seguinte forma: refugiados ambientais são pessoas que foram obrigadas

a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entra em perigo (SERRAGLIO; AGOSTINI, 2014, p. 292).

Tufões, tornados, furacões, avanço do volume das águas dos oceanos, são fenômenos que transmudam o meio ambiente, gerando desastres tais o contínuo desaparecimento de espécies da fauna e da flora, o acúmulo crescente de lixo e resíduos industriais,a perda de solos férteis pela erosão e pela desertificação, o aquecimento da atmosfera e as mudanças climáticas, a diminuição da camada de ozônio, a erupção de um vulcão; o deslocamento de pessoas cujas casas localiza-se em área destinada a ser alagada para o funcionamento de uma usina hidroelétrica; a costa que progressivamente perde espaço para o mar ou o local que progressivamente sofre desertificação em razão das mudanças climáticas; acidentes com reatores de usinas nucleares; locais destruídos por conflitos armados, a chuva ácida, entre outros; fatores esses que estimulam milhões de pessoas a se retirarem de seus locais de origem, por pura perda de como viver, o que origina, pois, o fenômeno dos *refugiados* ambientais.

Contudo, um questionamento é latente: como classificar e analisar de maneira isolada os deslocamentos populacionais em virtude de eventos naturais extremos e aqueles que envolvem a escassez de recursos e mudanças no ambiente, muitos deles anteriores até a definição atual?

Em abril de 2007, o Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC) da ONU, divulgou relatório no qual descrevia um cenário devastador, caso medidas concretas para diminuir o aumento da temperatura não fossem adotadas. Todos os mananciais de água doce, responsáveis pelo abastecimento milhões de pessoas no mundo, estão em risco, segundo o documento. Ainda de acordo com o IPCC, alguns dos impactos das mudanças climáticas já são inevitáveis, mas ainda haveria tempo para proteger a humanidade de algumas das conseqüências mais desastrosas, dependendo de uma rápida mudança nas estratégias globais quanto às emissões de CO_2 (PACHECO, 2007, p. 6).

Certo é que a problemática do conceito serve de aporte para todo e qualquer deslocamento que seja motivado pelo ambiente. Seja por eventos extremos, com efeitos temporários ou com efeitos permanentes. Culminando, assim, na conclusão de que os "deslocados ambientais" são parte de um conceito derivado do termo "refugiados" (RODRIGUES, 2013, p. 15676).

No caso das grandes cidades, para onde muitos desses indivíduos são sumariamente deslocados, indígenas, ribeirinhos e outros tantos tendem a desaparecer, muitas vezes escondendo suas origens para poderem se candidatar ao emprego e serem aceitos, enfim. É uma realidade "indesejável à sociedade", eivada de preconceitos, de racismo ambiental, visto que são tais excluídos que ocupam, na maioria, as periferias marginalizadas, os diferentes locais onde a miséria é o predomínio, humilhando e negando de todas as formas a cidadania.

Neste sentir, necessário o gerenciamento ambiental, através da confluência do direito internacional dos refugiados e do direito ambiental internacional com base nos Direitos Humanos, eis que este é o competente para tratar, na esfera internacional, de questões relativas à proteção ambiental, à sustentabilidade e à ecologia. Ademais, as

mudanças globais (com as mudanças climáticas e eventos externos) e a já preocupante situação de refugiados ao longo do mundo, em especial àqueles provenientes dos locais mais pobres do globo, torna o tema de interesse e reconhecimento mundiais.

A questão não é tão somente política, mas também econômica e social, tendo em vista ampla necessidade de medidas públicas internacionais, para o nivelamento dos povos, a fim de que se alcance mundialmente uma sociedade mais justa e mais plural, em decorrência de um incisivo comprometimento coletivo e comum para com a dignidade da pessoa humana, onde a cooperação e a solidariedade devem se fazer presentes (SPIELMAN, 2003, p. 114). E por tratar a dignidade humana, refira-se ao afirmar que a dignidade da pessoa não se divide e depende tanto dos direitos econômicos e sociais quanto dos direitos civis e políticos, como bem define Delmas-Marty (2004, p. 81).

Inolvidável, em termos jurídicos e humanos, a inadmissão de obste à concessão de refúgio "sob a escusa de inexistência de supedâneo legal que conceda qualidade de cidadão a uma pessoa que se vê furtada das mínimas condições de vida e desenvolvimento em sua terra, em decorrência de desastres ambientais" (RODRIGUES, 2010, p. 157). A negação de refúgio aos que assim são vitimados em decorrência de catástrofes climáticas configura brutal ofensa à dignidade da pessoa humana, princípio que deve ser o móvel do direito cosmopolita, internacional e humano, eis que o refugiado, ser humano como todos os outros que não se encontrem em tal situação deve ser consagrado como tal, sem qualquer entrave ao seu direito de pleno e saudável desenvolvimento, o que denota, por conseguinte, uma postura ética-ambiental.

4. CONTORNANDO AS INJUSTIÇAS SOCIOAMBIENTAIS ATINENTES AOS REFUGIADOS CLIMÁTICOS: UMA QUESTÃO DE ÉTICA E DE DIREITO

A ética pode ser definida como uma ciência ramificada da filosofia que analisa a natureza do que é considerado adequado e moralmente certo, e que tem por objeto a moral humana, delimitada no tempo e no espaço (AZEVEDO, 2010, p. 2). Possuindo, contemporaneamente, novas dimensões, a qual pode ser pensada inclusive a partir da natureza, sobre o ecossistema, sobre as novas tecnologias, implicando numa responsabilidade moral do indivíduo quando de sua atuação (JONAS, 2006, p. 60).

Acerca disso, Fausto de Azevedo (2010, p. 3) explica que existem duas concepções fundamentais dessa ciência:

> [...] 1.ª a que a considera como ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos meios para atingir tal fim, deduzindo tanto o fim quanto os meios da natureza do homem; 2.ª a que a considera como a ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta. Essas duas concepções, que se entremesclaram de várias maneiras na Antiguidade e no mundo moderno, são profundamente diferentes e falam duas línguas diversas. A primeira fala a língua do ideal para o qual o home se dirige por sua natureza e, por conseguinte, da "natureza", "essência" ou "substância" do homem. Já a segunda fala dos "motivos" ou "causas" da conduta humana, ou das "forças" que a determinam, pretendendo ater-se ao conhecimento dos fatos. A confusão entre ambos os pontos de vista heterogêneos foi possibilitada pelo fato de que ambas costumam apresentar-se com definições aparentemente idênticas do bem. Mas a análise da noção de bem logo mostra a ambiguidade que ela oculta, visto que bem

> pode significar ou o que é (pelo fato de que é) ou o que é objeto de desejo, de aspiração etc., e estes dois significados correspondem exatamente às duas concepções de Ética acima distintas. De fato, é característica da concepção 1.ª a noção de bem como realidade perfeita ou perfeição real, ao passo que na concepção segunda encontra-se a noção de bem como objeto de apetite. Por isso, quando se afirma que "o bem é a felicidade", a palavra "bem" tem um significado completamente diferente daquele que se encontra na afirmação "o bem é o prazer". A primeira asserção (no sentido em que é feita, p. ex., por Aristóteles e por Tomás de Aquino), significa: "a felicidade é o fim da conduta humana, dedutível da natureza racional do homem", ao passo que a segunda asserção significa "o prazer é o móvel habitual e constante da conduta humana". Como o significado e o alcance das duas asserções são, portanto, completamente diferentes, sempre se deve ter em mente a distinção entre ética do fim e ética do móvel, nas discussões sobre ética.

A ética deve existir para ordenar as ações dos homens e regular o poder de atuar. Sendo cada vez mais necessária, quanto maiores forem os poderes do agir que ela tem de regular. Por isso, Jonas (2006, pp. 65-66) elucida que "capacidades de ação de um novo tipo, tal qual o agir coletivo-cumulativo-tecnológico, exigem novas regras da ética, e talvez mesmo uma ética de novo tipo", uma nova resposta ética.

A estabilização da relação homem-ambiente depende de uma nova e ética postura humana, que respeite e preserve a natureza, consagrada como matriz da vida, e não simplesmente como artefato que sirva aos interesses do homem, inserindo um modelo de cooperação entre ambos, ultimando-se a harmonização e o interesse de todos. Nesse diapasão, Marina Lencastre (2006, p. 29) assevera que:

> *Land ethic* baseia-se num código de boa conduta face à natureza e às suas regularidades (de que a ética da caça é um exemplo), e consiste numa forma de orientar o comportamento em determinados contextos naturais, não sendo em primeira instância uma ética do prescrito, mas sim uma ética das virtudes da autolimitação e do respeito. É uma ética local, circunstancial e não universalizável, no sentido em que reconhece a existência de nichos bióticos darwinianos, isto é, de conjunturas co-evolutivas locais, diferentes umas das outras, que convém considerar na hora de agir. Esta ética da comunidade biótica resulta numa consideração e concentrada do uso da terra e dos seus habitantes, que não impõe nem a fusão com a natureza, nem a sujeição às suas regras.

O pensamento e o agir fundado num ecocentrismo, imprime força à "ética ambiental que é a ética praticada pelo ser humano relativamente ao meio ambiente, logo, uma extensão daquela que ele pratica em relação a si e ao seu meio social" (AZEVEDO, 2010, p. 4). Trata-se de uma disciplina dita nas bases filosóficas na década de 1970, por conta da preocupação formada na década de 1960 quanto aos efeitos danosos e ameaçadores que a tecnologia, a produção industrial, a expansão econômica e populacional acarretava ao ambiente.

Nossos deveres morais são analisados pela ética ambiental ante as questões que se debruçam sobre quais direitos e obrigações temos para com o meio ambiente, ao passo que a ética ambiental se complementa ao ser fundada em normas e ao "querer" modificar o *ethos*, criando atitudes e formando a personalidade moral em relação ao meio ambiente, e consubstanciando um valor ontológico da natureza, que fundamente a relação homem-natureza. E ao falar em cuidado, impede a análise do critério balizador do agir cuidadoso, ou seja, a responsabilidade da ação/omissão, que abarca a atitude humana

global, compreendendo-se o ser humano "numa rede de interdependências bióticas, sociais" e ambientais, das quais dependem o crescimento da vida planetária (JUNGES, 2010, p. 80).

Em nossa legislação pátria verifica-se que através da disposição de um capítulo especificamente dedicado ao meio ambiente, o constituinte definiu o que viria a se tornar o núcleo normativo do direito ambiental brasileiro, consubstanciando uma proteção constitucional do meio ambiente que demonstra o ápice de um regime constitucional que se dedica de forma difusa à gestão dos recursos ambientais (LIETE, 2010, p. 16).

Dessa forma, e em consonância com a normatização ambiental, é translúcido o fato de que a estabilização da relação homem-ambiente depende de uma nova e ética postura humana, que respeite e preserve a natureza, consagrada como matriz da vida, e não simplesmente como artefato que sirva aos interesses do homem, inserindo um modelo de cooperação entre ambos, ultimando-se a harmonização e o interesse de todos. Cuida-se de uma forma do pensar/agir que ultrapasse o pensamento moderno capaz de visualizar a pessoa humana autonomamente e de forma "desconectada do seu ambiente vital e social, posicionado acima e diante da natureza reduzida a objeto", para, assim compreendê-la "inserida numa rede de interdependências bióticas e sociais, das quais dependem a sua sobrevivência e o crescimento vital", como bem delineia Roque Junges (2010, p. 80).

Necessário, pois, que se alce um "paradigma cultural ecológico", ou seja, uma "crítica radical à autonomia solipsista da modernidade e uma proposta de compreensão da realidade em suas inter-relações e não como puro coma de entidades individuais" para que se obtenha uma solução balisadora dos fenômenos detonadores de racismo ambiental que, por sua vez, deflagram juntamente com as mudanças climáticas, o fenômeno dos refugiados ambientais (JUNGES, 2010, p. 72).

Tamanho é o desrespeito para com o próximo, inexplicável é a falta de consideração de que vivemos em sociedade, incomensurável é a barbaridade perpetrada em razão do dinheiro. Com isso, direitos fundamentais são violados diuturnamente, a normatização, é relegada a meros escritos, e as pessoas subjugadas a coisas. O meio ambiente, deixa de ser visto como parte integrante do todo e passa a ser considerado como mero fornecedor de matéria-prima para a satisfação dos gananciosos pelo progresso.

Assim sendo, urge asseverar que ao tratarmos do meio ambiente, a referência se faz a um direito fundamental, assim entendido na sistemática mundial, logo, merecedor de total guarida e respeito da sociedade. E nesse sentir, a limitação, a tolerância de atos para com o meio ambiente, consagrado como direito fundamental humano, deve ser auferida em consonância com conceitos éticos, pois a atuação humana é a principal força desencadeadora de modificações ambientais.

Norberto Bobbio (1992, p. 44) alude que os chamados direitos fundamentais são fruto de uma construção histórica do desenvolvimento da sociedade, que surgem gradativamente, a partir do próprio desenvolvimento e complexificação das relações humanas. "A natureza como uma responsabilidade humana é seguramente um *novum* sobre o qual uma nova teoria ética deve ser pensada", como delineia Hans Jonas (2006, p. 39). Porém, que condições, deveres ou posições se exige à tanto?

A busca se dá pelos limites do tolerar a atitude, que para Leonardo Boff (2005, p. 1) estão no sofrimento, nos direitos humanos e nos direitos da natureza. Lá onde pessoas são desumanizadas, aí termina a tolerância. Ninguém tem o direito de impor sofrimento injusto ao outro, e entenda-se aqui como outro, a natureza também, eis que todos compomos "um" no planeta. Homens/meio ambiente/seres vivos: natureza/unidade de vida no mundo.

Os Direitos Humanos perfazem a órbita mundial e remontam ao humano. A dignidade da pessoa humana, o meio ambiente e a historicidade que a eles se aludem são dignas de referência. Razão pela qual o não podemos permitir a disseminação do racismo ambiental como caracterizador que é do fenômeno dos refugiados do clima. "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida [...]" (LOURES; SANTOS JUNIOR, s/d, p. 3). O Movimento Justiça Ambiental abraçou este princípio que integra não só o Direito Ambiental brasileiro, como também o Direito Ambiental Internacional, ao associá-lo ao seu princípio 12.º segundo o qual os recursos ambientais dispostos à fruição racional devem alcançar uniformemente todos os membros da sociedade.

A equidade no acesso aos recursos naturais só é possível quando há "oportunidades iguais diante de casos iguais ou semelhantes" (MACHADO, 200, p. 42). O acesso eqüitativo também significa que os bens ambientais não devem ficar restritos à utilização atual, mas deve observar as futuras gerações para evitar-se o esgotamento desses recursos, desdobrando-se em um novo princípio: o do direito ao desenvolvimento sustentável.

Ademais, a existência de um dever fundamental ecológico representado pelo dever de defesa e proteção do ambiente carece de suporte constitucional, haja vista que traduz a ideia de "responsabilidade-conduta" que pressupõe um imperativo categórico -ambiental, assim formulado: "age de forma a que os resultados da tua ação que usufrui dos bens ambientais não sejam destruidores destes bens por parte de outras pessoas da tua ou das gerações futuras" (CANOTILHO, 2010, p. 57).

Aliado a isso, é necessário que as injustiças ambientais por elas sofridas e aquelas que atingem as populações urbanas sejam entendidas como parte de uma luta contra o desenvolvimento desumano visualizado nos dias atuais e que se pauta pela ganância e pelo preconceito, na sua busca insaciável de mais exploração e mais lucro. E essa luta requer a articulação e a cumplicidade de todos – populações atingidas, movimentos sociais, academia e ONGs – em torno de um projeto de sociedade mais humano e mais justo.

Necessário suscitar a indignação e mostrar que todas essas injustiças, urbanas e rurais, só terão solução na medida em que tratadas com responsabilidade e ética, que envolvam o combate ao racismo impregnado na sociedade ao mesmo tempo em que se procura um projeto de desenvolvimento verdadeiramente democrático para o nosso planeta. A perquirição deve ser pela unicidade dos povos, numa congregação pelo todo: homem-natureza, em respeito à normatização, que insculpe deveres em relação à pessoa, através dos Direitos Humanos, Fundamentais e do Direito Ambiental, tudo de forma a que se ultime o desenvolvimento humano, social e ambiental em proporções globais, iniciadas, entretanto, a partir de uma conduta ética e responsável de cada um de nós em relação ao outro e à natureza que nos acolhe e subsidia o sustento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática dos que buscam refúgio por sofrerem demasiadamente os efeitos das mudanças climáticas perpetradas em decorrência das intervenções humanas desenfreadas e desrespeitosas ao meio ambiente, nos remete à questão do racismo ambiental, como propulsor ao fenômeno dos refugiados do clima. Nesse sentido, ainda permitir que referidos acontecimentos sejam vivenciados frequentemente, não deve ser um dos móveis da sociedade contemporânea, que visa a igualdade e o bem, numa busca incessante por uma sociedade mais justa, mais equânime e mais plural. Acerca disso, Hanna Arendt (1989, p. 234) bem delineia:

> Os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim, como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substancialmente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades — o seu estatuto político- vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial. Que é ser tratado pelos outros como semelhantes.

Torna-se cada vez mais premente a busca por soluções globais para os problemas ecológicos eis que os problemas ambientais são transfronteiriços, carentes de interpelação, e de solução, fulcradas em atitudes igualmente globais e indissociadas da ética ambiental que deverá ter a dimensão responsável e planetária na medida que compreenda "a Terra como uma simbiose entre bioesfera e humanidade a ser preservada e cuidada" (JUNGES, 2010, p. 108). O risco e a incerteza, no cenário mundial atual podem ser definidos como uma característica da vida humana e ambiental, vida que deve ser socialmente garantida, perpetrada e propulsora de desenvolvimento como forma de se alcançar dignidade e melhoria, sempre e cada vez mais, numa completa interação entre homem e meio ambiente a fim de que se complementem para o alcance do bem, desenvolvimento e felicidade comuns.

Para tanto, deverá ocorrer uma estruturação da ética ecológica através da edificação da ética do caráter, da personalidade, da virtude, em consonância com um embasamento jurídico ambiental que proclame e assegure a melhor forma e a mais sustentável possibilidade de desenvolvimento da vida na/da natureza, juntamente com a necessária integração entre natureza-homem-ética e Direito, pois só assim, o ser humano poderá viver com igualdades de condições e em consonância ao meio ambiente, num mútuo amparo e acolhimento representativos de desenvolvimento aliado à evolução e bem comum.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados – Convenção de Genebra. 1951.

ARENDT, Hanna. Origens do totalitarismo. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AZEVEDO, Fausto A. de. Ainda uma vez a ética e a ética ambiental. **Revista Intertox de Toxicologia, Risco Ambiental e Sociedade**, São Paulo, v. 3, n. 2, pp. 2-9, mar.-jun, 2010.

BECK, Ulrich. **A Sociedade do Risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento.São Paulo: 34, 2010.

BECK, Ulrich. Teoria de la Sociedad del Riesgo. In: **Las Consecuencias Perversas de la Modernidad.** Tradução: Celso Sánchez Capdequi. Barcelona: Anthropos, 1996.

BEDER, Sharon. Costing the Earth: equity, sustainable development and environmental economics. **New Zealand Journal of Environmental Law**, Auckland, v. 4, pp. 227-243, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOFF, Leonardo. Limites da tolerância. **Correio do Brasil,** Rio de Janeiro, 10 mar. 2005. Disponível em: ‹http://correiodobrasil.com.br/noticias/opiniao/limites-da-tolerancia/82374›. Acesso em: 06 dez. 2014.

BOGARDI, Janos et al. Control, Adapt or Flee: How to face Environmental Migration? Bonn: UNU Institute for Environment and Human Security, 2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus 82.424/RS. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 17 set. 2003 – Tribunal Pleno. Publicado em 19 mar. 2004. Voto do Min. Carlos Velloso.

BULLARD, Robert. Ética e Racismo ambiental. **Revista Eco 21**, Rio de Janeiro, ano 15, n. 98, s/p, jan. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português. In: ____; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Tatiana de A. F. R.; RODRIGUES, Dulcilene Ap. Mapelli. **O Combate aos Deslocados Ambientais. Ciências Sociais Aplicadas em Revista,** Marechal Cândido Rondon, v. 12, pp. 1-25, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro:** a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente.** Coimbra: Coimbra, 2007.

JONAS, Hans. **O Princípio da Responsabilidade.** Tradução: Luiz Barros Montes/Marijane Lisboa: Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

JUNGES, José Roque. **(Bio)Ética Ambiental.** São Leopoldo: Unisinos, 2010.

LEITE, José Rubens Morato e FERREIRA, Heline Sivini. Tendências e Perspectivas do Estado de Direito Ambiental. In:____. et al. **Estado de Direito Ambiental:** tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

LENCASTRE, Marina Prieto Afonso. Ética ambiental e educação nos novos contextos da ecologia humana. **Revista Lusófona de Educação**, Lisboa, v. 8, pp. 29-52, 2006.

SANTOS JUNIOR, Humberto Adami; LOURES, Flavia Tavares Rocha. **O papel do advogado na aplicação da Justiça Ambiental e no combate ao Racismo Ambiental.** Rio de Janeiro, s/d. Disponível em: <http://www.adami.adv.br/artigos.asp>. Acesso em: 25 jul. 2015.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del Riesgo.** Tradução: Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: UIA, 1992.

MACHADO, Paulo. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio.: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, INFORMAR ANO, VOLUME, NÚMERO, PÁGINAS, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração de Cartagena. 1984.

PACHECO, Tania. Inequality, Environmental Injustice, and Racism in Brazil: beyond the question of colour. **Development in Practice Journal,** Abingdon, v. 18, n. 6, pp. 713-725, nov. 2008.

____. Racismo Ambiental: expropriação do território e negação da cidadania. In: **Justiça pelas Águas:** enfrentamento ao Racismo Ambiental. Salvador: Superintendência de Recursos Hídricos, 2008.

RODRIGUES, DULCILENE Ap. M. É Possível Falar-se em Risco Ambiental como Produto do Fenômeno Refugiados Ambientais? In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO AMBIENTE. 7. 2010. Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: UFSC, 2010.

____. Refugiados Ambientais: Necessária Tutela do Direito Internacional? Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Lisboa, a.2, n. 13, pp. 15652-15679, 2013.

SELENE, Herculano, PACHECO, Tania. **Racismo Ambiental.** Rio de Janeiro: Fase, 2006.

SERRAGLIO, Diogo A.; AGOSTINI, Andreia M. Os refugiados ambientais e o princípio da cooperação na esfera do Direito Internacional do Meio Ambiente. In: MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca R.; WINTER, Luiz Alexandre. **Direito Internacional.** Curitiba: Classica, 2014.

SOUZA, Arivaldo S. de, OLIVEIRA, Thiago P. O racismo ambiental na Ilha de Cururupeba. In: SEMANA DE MOBILIZAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SALVADOR: reforma universitária. 7. Salvador. **Resumos...** Salvador: UCSAL, 2004.

SPIELMAN, Carlos André. O Direito Constitucional e o Ativismo Judicial Transnacional. In: ANDRADE, André G. **A constitucionalização do Direito:** a Constituição como *locus* da Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

ZOLO, Danilo; BECK, Ulrich. A sociedade global do risco: um diálogo entre Danilo Zolo e Ulrich Beck. **Prima Facie-Direito, História e Política**, João Pessoa, v. 1, n. 1, pp. 18-39, 2002.

RECEBIDO EM: 11/12/2015
APROVADO EM: 16/02/2016

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO CONSTITUCIONAL: LINEAMENTOS GERAIS DA PROTEÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

THE NEW CODE OF CIVIL PROCESS AND THE CONSTITUTIONAL PROCESS: GENERAL GUIDELINES FOR PROTECTING CONSTITUTIONAL GUARANTEES

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia*

Diogo Bacha e Silva**

RESUMO: O artigo aborda a relação entre Constituição e processo. Pretende-se estudar os pressupostos teóricos e metodológicos da edição do Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015. De outra forma, pretende-se estudar as teorias do processo que influenciaram a edição dos códigos processuais citados. Busca-se, ainda, perquirir em que medida o novel Código previu e aprofundou as garantias constitucionais processuais previstas na Constituição de 1988. Elegemos como recorte a garantia do contraditório, do acesso à justiça e da motivação das decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil; Garantias constitucionais; hermenêutica.

ABSTRACT: This article addresses the relationship between the Constitution and process. The aim is to study the theoretical and methodological assumptions of the edition of the Code of Civil Procedure of 1973 and the Civil Procedure Code, 2015. Otherwise, we intend to study the process of theories that influenced the issue of the aforementioned procedural codes. Search is also to assert the extent to which the novel predicted Code and deepened the procedural constitutional guarantees provided for in the Constitution of 1988. We selected as clipping the adversarial guarantee access to justice and the motivation of judicial decisions.

KEYWORDS: New Code of Civil Procedure; Constitutional guarantees; Hermeneutics.

INTRODUÇÃO

Estamos com alguns meses de vigência do Novo Código de Processo Civil, aprovado em 2015 e que ficou durante um ano em "vacatio legis". Sabe-se que o referido Código teve início com a iniciativa do Senado Federal de constituir, através de ato normativo

* Doutor em Direito & Professor Adjunto na UFOP – Departamento de Direito. Endereço eletrônico: alexprocesso@gmail.com

** Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM, Coordenador e Professor do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço, Advogado. Endereço eletrônico: diogobacha@ig.com.br

da Presidência do Senado, uma comissão de juristas destinada a elaborar um novo código de processo civil.

Com efeito, os membros responsáveis pela comissão eram Luiz Fux, Teresa Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro. Todos processualistas de renome e com larga experiência acadêmica.

Após discussão na casa iniciadora e ampla discussão na casa revisora, o projeto de novo Código de Processo Civil retornou ao Senado e, então, foi aprovado e levado à sanção presidencial. Sancionado, a lei recebeu o número 13.105/2015 e permaneceu um ano em "vacatio", sendo, inclusive, alterada durante esse período pela lei 13256/2016.

Dentre as discussões e desafios que a nova lei lança, revela-se necessário indagar em que medida o novo Código de Processo Civil implementa e concretiza princípios constitucionais. Qual a profundidade alcançada, no novo Código de Processo Civil, das normas constitucionais que preveem garantias processuais para os jurisdicionados? O novo Código de Processo Civil se presta a garantir a dimensão necessária dos direitos fundamentais conforme requerido em um Estado Democrático de Direito?

O objetivo do presente artigo é correlacionar a jurisdição constitucional e o novo Código de Processo Civil. O que há de novidade em tema de jurisdição constitucional no texto do Código de Processo Civil? Haverá algum aprofundamento nas garantias fundamentais?

Nessa medida, pretende-se correlacionar o processo e a Constituição no novo Código de Processo Civil. Analisar-se-ão alguns dispositivos do novo Código de Processo Civil que estipulam garantias constitucionais e em que medida são aprofundamentos da mesma em relação às disposições do Código Buzaid. Também se analisam os mecanismos dispostos no novo Código de Processo Civil acerca do controle de constitucionalidade.

1. A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO: BASES PARA A COMPREENSÃO DA HERMENÊUTICA DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Parece fora de dúvida que a Constituição fornece as bases para a compreensão de um processo verdadeiramente democrático. Se bem que a ideia de supremacia constitucional remonta às primeiras Constituições escritas, tais como a Norte-Americana de 1787 e a Francesa de 1791, a relação entre processo e Constituição não era um amálgama necessário.

A partir do estudo de Oscar von Büllow com sua obra Teoria das Exceções Processuais e Pressupostos Processuais, datado do ano 1868, o caráter científico do processo faz com que surja a teorização da ação como direito público subjetivo e, a partir daí, uma necessária publicização do processo (FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 316). Sendo a organização do Estado um capítulo essencial de toda Constituição e estando a jurisdição como monopólio do Estado, aos poucos transparece uma íntima relação entre Constituição e processo.

Primeiramente, a Constituição parece ser encarada como mera fonte do direito processual, como logo se apercebe a dogmatização da teoria geral do processo expresso pelo livro de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao ter "[...] suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais" (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2005. p. 80).

Essa relação passa a ter nova significação com o estudo de Hans Kelsen sobre a Jurisdição Constitucional e se consolida com o fim da Segunda Guerra e o surgimento do Estado Social, cujo resultado é uma expansão dos direitos sociais e a consolidação definitiva da justiça constitucional (FIX-ZAMUDIO, 1968, p. 11; CURI; NUNES; BAHIA, 2009). A defesa da Constituição pressupõe instrumentos de contenção dos poderes públicos quando estes infringem liberdades fundamentais.

Dessa forma, concebe-se a justiça constitucional, segundo definição de Hector Fix-Zamúdio, como:

> el conjunto de procedimientos de carácter procesal, por meo de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental (FIX-ZAMUDIO, 1968. p. 15).

Em tais procedimentos estão encartados tanto a jurisdição constitucional das liberdades quanto o controle de constitucionalidade. Ora, a jurisdição nada mais é do que a atividade de proteção, de salvaguarda de direitos e liberdades contra o ilícito, conforme leciona Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 45). Se a proteção se destina a efetivar os direitos fundamentais e prevenir a ocorrência de ilícito constitucional, se terá processo constitucional – logo, se todo juiz tem o compromisso de, em primeiro lugar, garantir a autoridade/vigência da Constituição, todo processo (e toda jurisdição) no Brasil é constitucional.

Daí que José Alfredo de Oliveira Baracho diz que a jurisdição constitucional atua por meio do processo constitucional visando a regularidade do exercício das funções públicas e ao mesmo tempo faz valer as situações subjetivas dos cidadãos (BARACHO, 2004, pp. 69-169). Como leciona o mesmo autor, a denominação de Jurisdição Constitucional estaria mais restrita, com fundamento em Hector Fix-Zamudio, aos instrumentos de garantia que se conferem a determinados órgãos jurisdicionais com caráter especializado, como são os Tribunais Constitucionais. Para a atividade jurisdicional de concretização das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais das pessoas humanas estar-se-ia falando de jurisdição constitucional das liberdades (BARACHO, 2008, pp. 268-29), consoante a terminologia difundida por Mauro Cappelletti (1999).

De certa forma, o processo constitucional, tanto em sua vertente de controle de constitucionalidade, quanto a jurisdição constitucional das liberdades, pretende, ao fim e ao cabo, garantir, tutelar e efetivar as garantias e os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional (BARACHO, 2008. p. 48).

A relação entre processo e Constituição modifica-se substancialmente quando se interpreta o processo em si como decorrente da própria estrutura constitucional.

Fala-se, assim, de acordo com Andolina e Vignera em *modelo constitucional do processo* como uma necessidade de se interpretar, a partir das normas constitucionais, as estruturas fundamentais do processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 13).

Hector Fix-Zamudio distingue dois novos ramos do processualismo científico. O direito processual constitucional e o direito constitucional processual. A primeira disciplina estaria relacionada ao estudo dos instrumentos de garantia constitucionais que têm por objetivo estabelecer normas processuais com o fito de garantir o efetivo cumprimento da Constituição e teria como marco o estudo de Hans Kelsen. Incluir-se-á nessa disciplina o estudo da jurisdição constitucional das liberdades e a jurisdição constitucional orgânica. No segundo caso, a disciplina Direito Constitucional Processual seria criação de Eduardo Couture que ressaltou a necessidade de se estudar as instituições processuais presentes da Constituição. Assim, por essa disciplina estuda-se, a partir do Direito Constitucional e suas normas, as categorias e instituições do processo (FIX-ZAMUDIO, 1977, pp. 321-322).

Apesar da tentativa de sistematização em dois campos do saber jurídico-processual distintos, o fato é que cada vez mais no Brasil a estruturação do processo pela Constituição faz com que não se possa falar em Direito Processual sem o respeito e a análise do próprio modelo processual estruturado em bases constitucionais (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001). Se, como diz José Luiz Quadros de Magalhães (2009, p. 143), no campo da aplicação do direito, estar-se-á sempre fazendo jurisdição constitucional e não há qualquer exercício da jurisdição que não seja constitucional, inescapável que, também nesse sentido, não há processo que não seja processo constitucional.

Todo e qualquer processo, seja de jurisdição contenciosa ou voluntária, seja processo de controle de constitucionalidade ou de garantia de direitos fundamentais, deve, a um só tempo, respeitar e efetivar os direitos fundamentais de caráter processual previstos na Constituição e, ao mesmo tempo, ser garantia de supremacia da Constituição. A tônica dada pela Constituição Federal de 1988 através do direito-dever de todo e qualquer juiz ou tribunal controlar a constitucionalidade dos atos do poder público (artigo 97 da CF), em exercício difuso, confirma e reafirma nosso compromisso com o ideal de que processo é sempre constitucional, sob pena de descaracterização da própria noção de processo.

Ao contrário da clássica lição da teoria do processo de que este serviria para o exercício da jurisdição que seria a atividade do poder público de aplicação do direito, o processo nada mais é do que instrumento de garantia dos direitos constitucionais, através do qual se dá o exercício do Poder Jurisdicional (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 151), em uma atividade que se desenvolve através de preceitos democráticos.

Na esteira de Dierle Nunes (2009, p. 250),

> o processo lastreado em um modelo constitucional constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático. Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamental racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional.

No Brasil, a partir de 1988, com a incorporação de diversas garantias processuais no texto constitucional, toda a processualística ganhou nova dimensão e necessita passar

por uma filtragem constitucional. Não sem razão os textos do Código de Processo Penal de 1941 e o Código de Processo Civil 1973 automaticamente estavam não recepcionados, defasados em relação ao novo modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988 (CURI; NUNES; BAHIA, 2009, p. 360).

Conforme observa Rosemiro Pereira Leal (2010, pp. 66-67), o processo é instituição pública constitucionalizada que condiciona o exercício do poder público. Não há provimento decisional que pode ser exarado sem o respeito aos princípios que integram a instituição do processo, tais como ampla defesa, contraditório, isonomia, etc. Não há jurisdição que possibilite o exercício dos direitos fundamentais, mas sim os direitos fundamentais de participação no provimento que possibilitam o exercício da atividade judicante. Em sua teoria neoinstitucionalista, o autor mineiro concebe que o Estado Democrático de Direito é um porvir necessariamente delimitado pelo processo, já que diz o mesmo que:

> com a Constituição de 1988, entendi que se colocara o Processo (e não mais a jurisdição!) no centro do sistema jurídico brasileiro e, por isso, o que foi vincado constitucionalmente como Estado Democrático de Direito não poderia ser aquilo que fosse manobrado pela jurisdição do Estado-juiz como eram os outros tipos de Estado ou mesmo aquele que alguém chamasse de Democrático de Direito e não estivesse engastado num Sistema Jurídico enucleado pelo Processo (LEAL, 2013, p. 102).

Com este aspecto, a Constituição é que fixa o que seja processo mas, ao mesmo tempo, suas disposições se efetivam mediante a instituição constitucionalizada do processo, como condição de democracia (LEAL, 2010, p. 89).

Criação, produção, execução e efetivação do Direito dependem do processo que, na pós-modernidade, assume as feições de um discurso argumentativo fixado procedimentalmente em nível instituinte, constituinte e constituído do sistema jurídico. Somente dessa forma concebemos o direito como um produto de produção democrática e despido do saber absoluto solipsista do sentido normativo (LEAL, 2013, pp. 40-41).

A Constituição assegura, então, uma interpretação constitucionalizada do processo no sentido de que não há exercício de poder público longe das prescrições constitucionais processuais que delimitam e condicionam, com garantias de cidadania, a jurisdicionalidade com a possibilidade de comparticipação de cada indivíduo a fim de que se veja como autor e destinatário do provimento final, no melhor sentido habermasiano (HABERMAS, 2010).

2. RELAÇÃO ENTRE O PROCESSO CONSTITUCIONAL E OS FUNDAMENTOS METODOLÓGICOS DO NOVO CPC E O CPC/73

O Código de Processo Civil de 1973 teve fortes influências teóricas de Enrico Tulio Liebman. Discípulo de Chiovenda, Liebman morou e lecionou no Brasil, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, durante a Segunda Guerra Mundial. Seu legado no Brasil inclui a chamada Escola Processual de São Paulo que, através de seus alunos, difundiu-se suas principais ideias. O diploma legal foi elaborado pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, discípulo de Liebman, que consagrou suas ideias (DIAS, 2010, pp. 85-86).

A própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, assinada por Alfredo Buzaid, consta a incorporação das ideias de Enrico Tulio Liebman. Já de princípio destaca Alfredo Buzaid que "o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei" e também que o processo tem o interesse público de atuação da lei. Dentre as definições legais dos institutos processuais, Alfredo Buzaid destaca que o projeto incorpora o conceito de coisa julgada ensinado por Enrico Tulio Liebman e adotado por vários autores nacionais enquanto efeitos da sentença que a torna indiscutível e imodificável, não mais sujeita a qualquer recurso (artigo 467 – CPC/73).

Talvez o maior indicativo da nítida influência de Enrico Tulio Liebman no Código de Processo Civil (1973) esteja na previsão das condições da ação. Segundo o já conhecido ensinamento de Enrico Tulio Liebman da teoria eclética da ação, a ação é o direito ao julgamento de mérito da demanda, desde que satisfeitas algumas condições, examinadas de acordo com a relação de direito material (LIEBMAN, 1985). Na segunda edição de seu Manual de Direito Processual Civil o autor considera como condições para o julgamento do mérito a legitimidade, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. Assim, por exemplo, o artigo 267, inciso VI adotava-as como possibilidade de extinção do processo sem resolução do mérito.

No artigo 3.º prescrevia o Código Buzaid que "para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade", sem mencionar ou fazer referência à possibilidade jurídica do pedido. Tal se deve, conforme informa Cândido Rangel Dinamarco, à retirada da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação na terceira edição de seu manual por Liebman, com a previsão da possibilidade do divórcio na Itália, já que se tratava de seu principal exemplo (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 175).

O maior legado de Liebman incorporado no CPC de 1973 é o entendimento do processo como relação jurídica autônoma que vincula juiz e as partes por meio de sujeição, poderes, direitos e obrigações (DIAS, 2010). Por esta teoria, o processo é uma relação jurídica que se estabelece entre juiz e as partes, que não confunde com a relação jurídica de direito material. Sob o aspecto exterior, há o procedimento, isto é, uma série de atos e a relação entre eles que dão corpo e também a relação jurídica entre os sujeitos processuais (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA. 2005, pp. 291-292).

Conforme lembra Ronaldo Brêtas referida teoria teve acolhimento no Código de Processo Civil de 1973, sendo adotada pela maioria dos processualistas de renome, sendo quase um clichê dizer que o processo se estabelece em uma relação jurídica triangular entre autor, juiz e réu (DIAS, 2010, p. 86).

Contudo, o professor mineiro Aroldo Plínio Gonçalves descontrói a ideia de relação jurídica entre os sujeitos a animar o processo. Leciona Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 83) que:

> a se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, consequentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direito das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação.

Basta ver, por exemplo, que os deveres das partes, tal como dispunham os artigos 14 e 17 do CPC/73, tais como proceder com a boa-fé, com lealdade, ou não agir de má-fé processual não têm origem na vontade da parte contrária. Também os deveres do juiz, tais como assegurar igualdade de tratamento entre as partes, cumprir os prazos processuais, etc., também decorrem da própria função jurisdicional exercida e não pela vontade das partes.

A segunda objeção a tal teoria do processo como relação jurídica reside na ideia de constitucionalização do processo, a partir do momento em que garantias processuais passaram a ser previstas na Constituição já não faz mais sentido pensar o processo como estrutura das partes, de cunho eminentemente romano (DIAS, 2010, pp. 88-89). Nesta medida, a ideia de Elio Fazzalari de repensar o processo como espécie de procedimento, permite melhor visualização diante da constitucionalização do processo.

Elio Fazzalari entende que o procedimento é regulado por cada norma que pretende regular a sequência procedimental que descreve uma determinada conduta e a qualifica como direito ou obrigação (FAZZALARI, 2006, p. 113). Em sua síntese, "o procedimento se apresenta, pois, como uma sequencia de atos, os quais são previstos e valorados pelas normas" (FAZZALARI, 2006, p. 114). O procedimento destina-se a resultar em um provimento final do poder público que, apesar de não ser o ato final, é o ato que o procedimento conspira realizar (FAZZALARI, 2006, p. 115).

Fazzalari conceitua o processo como espécie do gênero procedimento "do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica, o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades" (FAZZALARI, 2006, pp. 118-119). Com efeito, é a dialética do processo que o distingue do procedimento. O contraditório, na medida em que possibilita a

> participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades [...] na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto — conspícuo ou modesto, não importa — de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados (FAZZALARI, 2006, pp. 119-120).

As ideias de Fazzalari de processo como procedimento animado pela garantia do contraditório são incompatíveis com o conceito de processo como relação jurídica. Explica Aroldo Plínio Gonçalves que o contraditório assume um conceito renovado como

> garantia de participação em simétrica paridade, o contraditório como oportunidade de participação, como direito, hoje revestido da especial proteção constitucional. O conceito de relação jurídica é o de vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infraordenação, de sujeição. Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição (GONÇALVES, 2012, p. 113).

Diante das inescapáveis críticas ao próprio pressuposto metodológico dirigido ao Código de Processo Civil de 1973, o Novo Código de Processo Civil adota outra perspectiva teórica.

O Código de Processo Civil de 2015 deixa evidente a necessidade de se ver em um Código um método de resolução de conflitos comprometido com a realização dos princípios constitucionais. Como expressou a comissão: "afinal, é na lei ordinária e em

outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais".[1]

Um dos principais objetivos com a elaboração do novo Código de Processo Civil é a harmonia da lei ordinária com relação à Constituição da República. Nessa medida, "fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais".[2]

Pode-se dizer, então, que a principal preocupação do novo Código de Processo Civil não é a realização da vontade da lei, como muito se expressou na vigência do Código de 1973, mas sim, como dito, a realização de princípios constitucionais.

Procuramos estudar no próximo item do presente artigo em que medida o novo Código de Processo Civil se preocupa com tais princípios constitucionais.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS NO NOVO CPC

3.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Previsto em todas as Constituições brasileiras – artigo 179, VIII da CI 1824; CF 1891, artigo 172, §16; CF/1934 artigo 113, 24; CF 1937 art. 122, 11; CF 1946 artigo 141, §25; CF 1967, artigo 150, §15; CF 1969, artigo 153, §15, e CF/1988, artigo 5º, inciso. LV —, o princípio do contraditório mereceu tímida recepção no Código de Processo Civil de 1973, sem nenhuma referência expressa. No artigo 125, inciso I do CPC/73 estava previsto como dever do juiz assegurar às partes igualdade de tratamento. A doutrina dizia que o contraditório nascia como consequência da prescrição legal da isonomia entre as partes (NERY JR., 2009, p. 206). Classicamente, tal garantia processual significa a necessidade de dar conhecimento da ação às partes e de todos os atos processuais e, de outro, a possibilidade de reação. Em síntese, a garantia de informação (*Mitteilunggspflicht*) e reação (*Informationspflicht*) (NERY JR., 2009, GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2005, pp. 57-58). Daí nasce a chamada bilateralidade de audiência no processo civil, como, por exemplo, ser o réu citado da demanda.

No entanto, críticas foram levantadas por esta visão um tanto quanto estática do contraditório. Conforme lecionam Dierle Nunes e Humberto Theodoro Júnior:

> esta visão de um contraditório estático, somente pode atender a uma estrutura procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz. [...] bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão somente uma participação fictícia e aparente.[3]

---

1 Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo CPC. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>.

2 Idem.

3 THEODORO JÚNIOR, Nunes, 2009, p. 185. Cf.: THEODORO JR., Nunes; BAHIA, Pedron, 2016.

Por isso, por exemplo, a jurisprudência referendou a desnecessidade do juiz ou tribunal enfrentar todos os argumentos levantados pelas partes.[4] Em tal quadro se torna impossível (ou, pelo menos, dispensável) que as partes sejam construtoras do provimento final.

Nessa medida, entendeu equivocadamente que, se o tribunal pode conhecer de ofício da matéria, poderá aplicar também de ofício a questão conhecida, sem ouvir a parte interessada, conforme se reconhece no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1358343/RS (Rel. Min. Benedito Gonçalves, Dje. 01/04/2013). Segundo orienta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de resto seguida pelos demais tribunais regionais, o brocardo *jura novit curia* significa que o juiz deve ater-se aos fatos trazidos pelas partes e está livre dos fundamentos legais utilizados pelas partes.[5]

Contudo, as feições do princípio do contraditório em um Estado Democrático de Direito são de vedar que o julgador exerça a atividade jurisdicional de modo solipsista. Ao contrário, exigem-se o policentrismo processual e a comparticipação dos sujeitos processuais, já que se deve permitir "[...] assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação" (NUNES, 2008, p. 227).

Desse modo, por exemplo, a legislação processual francesa, no artigo 16, impede que o juiz possa fundamentar a sua decisão em aspectos jurídicos que ele conheceu de ofício sem ter dado chance às partes de manifestarem sobre a questão conhecida (NUNES; THEODORO JR., 2009, p. 187).[6] Com fundamento na doutrina processual francesa, Nelson Nery Júnior estabelece que não são apenas questões de direito, mas também questões fáticas que não tenham sido debatidas pelas partes devem se submeter ao contraditório pelas partes. E também qualquer questão — seja de ordem pública ou privada —, tal é exigência do próprio devido processo legal (NERY JR., 2009, p. 229).

---

4 STJ, 5.ª Turma, AgRg no REsp 1143459 / RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/12/2014, DJe. 17/12/2014.

5 Conferir neste sentido o seguinte julgado: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PERMISSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO – TRANSPORTE COLETIVO. REAJUSTE DE TARIFAS. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE LICITAÇÃO. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280/STF. NECESSIDADE DE EXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7/STJ. RECURSO ESPECIAL ADESIVO PREJUDICADO. 1. Não ocorre contrariedade ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional. 2. A questão relativa à suposta quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de permissão de serviço de público foi expressamente tratada na decisão do juízo singular. Sendo assim, o Tribunal de origem, ao agregar outros fundamentos para manter a improcedência do pedido de indenização, não violou o disposto no artigo 515 do CPC. 3. Isso porque o magistrado não está vinculado ao fundamento legal invocado pelas partes ou mesmo adotado pela instância **a quo**, podendo qualificar juridicamente os fatos trazidos ao seu conhecimento, conforme o brocardo jurídico **mihi factum, dabo tibi jus** ("dá-me o fato, que te darei o direito) e o princípio **jura novit curia** ("o Juiz conhece o Direito"). [...]" (STJ, 2ª Turma, Resp 1.352.497/DF, Rel. Min. Og Fernandes, j. 04.02.2014). Para uma crítica: THEODORO JR.; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016.

6 Segundo a redação do artigo 16 do Código de Processo Civil Francês: "O juiz deve em todas as circunstâncias fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório" [...] "ele não pode fundar a sua decisão sobre questões de direito que ele suscitou de ofício sem ter previamente convocado as partes a apresentar suas considerações".

Na Alemanha também a ZPO — Ordenança Processual alemã — prevê o dever do juiz debater com as partes toda e qualquer questão litigiosa, sendo necessário provocar as partes em tempo hábil e sobre todos os pontos consideráveis, conforme a redação do §139 da ZPO.[7] Também na Áustria, uma das reformas realizadas no Processo Civil de 2002, foi a inserção no §182 da vedação das decisões de surpresa, impondo o dever do juiz discutir todas as questões, fáticas ou jurídicas, evitando a ocorrência de decisões solitárias (NUNES; THEODORO JR., 2009, p. 190).

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 180/96 alterou o Código de Processo Civil para fazer constar no artigo 3.º – 3 que "o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem". Tal mudança se deve, de fato, à modificação da perspectiva do contraditório, inclusive sendo adotado pela Corte Europeia dos Direitos do Homem no caso Lobo Machado, decisão de 20 de fevereiro de 1996, quando Portugal foi condenado por permitir a presença do Ministério Público em reunião fechada em que os juízes do Supremo decidiram recurso de revista, com a mera possibilidade do órgão do Ministério Público ter reforçado sua opinião anterior de improcedência da ação, sem possibilitar a contradição pelo autor (FREITAS, 2006, p. 116, nota 24). O atual CPC de Portugal de 2013 (Lei n.º 41/2013, de 26 de junho) mantém idêntica redação para o artigo 3.º – 3.

Consoante alerta José Lebre de Freitas, tais mudanças na percepção do contraditório fazem com que o princípio deixe de ser visto como defesa, no sentido negativo, de oposição, para passar a ser influência, no sentido positivo de possibilitar às partes participar ativamente no desenvolvimento e êxito do processo (FREITAS, 2006, p. 109). Assim, pela perspectiva dinâmica:

> o contraditório uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em solitária onipotência aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes (NUNES, 2008, p. 229).[8]

Neste ponto, apesar da tímida incorporação do aspecto dinâmico do contraditório na doutrina nacional, já que muitos ainda afirmam a informação e a reação como seu conteúdo, o Código de Processo Civil de 2015 adota-o como possibilidade de influência e a vedação das decisões surpresa.

Logo no artigo 9.º, o Código dispõe que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que este seja previamente ouvida". Excetuam-se de tal regra as tutelas provisórias de urgência, as hipóteses de tutela da evidência e a decisão liminar em ação monitória, consoante o parágrafo único do mesmo artigo.

No artigo 10, em nítida influência das legislações processuais estrangeiras acima citadas, o Código diz que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com

7 Inclusive com a tradução do referido artigo. Cf.: NUNES, 2008, p. 227.

8 Cf.: BAHIA; VECCHIATTI, 2012; e OMMATI, 2014.

base em fundamento a respeito do qual não tenha se dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Na concretização da perspectica dinâmica do contraditório, o artigo 493, parágrafo único, aduz que, se o juiz constatar algum fato posterior constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, capaz de influenciar no julgamento do mérito, ainda que de ofício, deverá ouvir as partes acerca de tal fato.

Assim, o contraditório no Código de Processo Civil de 2015 é adotado em sua perspectiva dinâmica, de possibilidade de influência da decisão e vedação de decisão surpresa, além da já conhecida perspectiva formal.[9]

3.2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE JURISDICIONAL

A garantia da inafastabilidade da apreciação jurisdicional somente teve reconhecimento expresso através da Constituição de 1946 que previa, em seu artigo 141, § 4.º, que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". A Constituição de 1934, por exemplo, expressou a proibição do Poder Judiciário apreciar questões exclusivamente políticas no art. 68, vedação mantida pela Constituição de 1937 que, ainda, vedou a apreciação judicial dos atos praticados em estado de emergência ou de guerra (artigos 94 e 170).

A edição do Ato Institucional 5, de 13 de dezembro de 1968, outorgado pelo Presidente da República, estabeleceu que excluir-se-iam da apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com o referido Ato Institucional e seus atos complementares. Pela Emenda Constitucional 1/69, em seus artigos 181 e 182, se dispôs que nenhum ato praticado pelo comando da *revolução* de 31 de março de 1964 poderia sofrer qualquer apreciação judicial (NERY JR., 2009, pp. 170-171).

Promulgado sob a vigência da ditadura militar, o CPC/1973 nada dispôs sobre a inafastabilidade da tutela jurisdicional, pecando, pois, em tal ponto.

Os ventos democráticos trazidos pela Constituição de 1988 possibilitaram a inserção da garantia processual no artigo 5.º, XXXV, donde com precisão técnica se estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Inclusive, o fato do texto constitucional não falar mais direito "individual" amplia a garantia para os direitos difusos e coletivos.

Por tal princípio processual consagra-se o direito que todos têm, independentemente do efetivo direito, de obter acesso ao Poder Jurisdicional que prestará uma jurisdição adequada ao direito reclamado. Trata-se do direito de ação, como modo de permitir às partes participação simétrica na construção do provimento. É um direito incondicionado de movimentar a atividade jurisdicional do Estado, não significando, por óbvio, que obterá a pretensão intentada (LEAL, 2010, p. 69).

Para a concretização de tal garantia é preciso a superação das dificuldades práticas impostas ao acesso ao judiciário. Além de ser vedado à lei impor condições ou limitações de acesso ao Poder Judiciário, sob pena de inconstitucionalidade, é preciso que o Estado crie condições materiais suficientes para que o jurisdicionado se socorra do Poder Judiciário, sob pena de grave ofensa à garantia do acesso à jurisdição.

[9] Para uma exposição mais detida acerca do significado e da profunda mudança pela qual passou o princípio do contraditório a partir do CPC/2015, cf.: THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016.

O relatório de pesquisa produzido por Mauro Cappelletti e Bryan Garth já em 1978 em pesquisa sobre o acesso à justiça identificou alguns problemas encontrados nos sistemas processuais ao redor do mundo que dificultavam o acesso à justiça. A primeira onda reformista foi a de superar os obstáculos financeiros do acesso à justiça. Já a segunda onda, de forma mais complexa, representava o problema de possibilitar tutela jurisdicional adequada e efetiva aos direitos e interesses especialmente vulneráveis na sociedade moderna, tais como os consumidores, a proteção ao meio ambiente, e os coletivos de grupos não organizados ou dificilmente organizáveis. A terceira onda de reforma tendente a efetivar o acesso à justiça, segundo o relatório produzido pelos autores, seria a de adotar procedimentos mais adequados, racionais, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias, bem como submeter às atividades pública a uma nova forma de controle com a efetivação participação da comunidade política.[10]

A pretendida superação do obstáculo financeiro, principalmente em um país que não alcança os maiores PIB's e possui as piores colocações nos *rankings* de distribuição de renda, começou a ser tratado legislativamente pela Lei n.º 1.060/50 que regulamentou o benefício da assistência judiciária gratuita, incluso neste conceito as taxas e despesas processuais que a parte que comprovasse insuficiência de recursos não precisaria arcar. Após, a Constituição Federal de 1988 previu a Defensoria Pública para Estados, Distrito Federal e União como órgão destinado a promover a assistência jurídica, judicial e extrajudicial dos necessitados — além de também fazer referência à assistência judiciária e aos juizados especiais. A Emenda Constitucional 45 garantiu autonomia funcional, administrativa e financeira para as Defensorias Públicas estaduais como reconhecimento do importante papel desempenhado por essa instituição no acesso à uma ordem jurídica justa e efetiva (SANTOS, 2011, p. 50).

O novo Código de Processo Civil prevê expressamente em seu artigo 3.º que a lei não excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Ainda, com o fito de tentar permitir maior acessibilidade aos hipossuficientes, os artigos 98 a 102 disciplinam a gratuidade de justiça compreendendo as taxas judiciais, selos postais, despesas com publicação, indenização à testemunha, despesas de realização de exame, honorários de advogado e perito, custo com a elaboração da memória de cálculo, depósitos para interposição de recursos e emolumentos cartorários. Basta, para tanto, a alegação da pessoa natural que se presume verdadeira, nos termos do § 3.º do artigo 99.

O novo Código de Processo Civil disciplinou regras processuais para a Defensoria Pública, nos artigos 185 a 187. Assim, por exemplo, a necessidade de orientação jurídica, em todos os graus dos necessitados, de forma integral e gratuita implica, assim, na necessidade de prazo em dobro, bem como intimação pessoal (artigo 185).

3.3 PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

É da tradição de nosso direito processual prever a necessidade de motivação/fundamentação das decisões jurisdicionais. Basta, por exemplo, perscrutar os códigos de processo civil estaduais quando, na vigência da Constituição de 1891, era da competência legislativa dos Estados-membros legislar sobre direito processual civil. Com a expressa

10 Cf.: CAPPELLETTI, 1988; CAPPELLETTI, 2008. 386-390; NUNES; TEIXEIRA, 2013, pp. 75-120.

remissão, Nelson Nery Júnior aduz que os Códigos de Processo Civil do Maranhão, da Bahia, de Pernambuco, do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais, de São Paulo, do Distrito Federal, do Ceará e do Paraná todos previram expressamente como requisito da sentença a exposição dos fundamentos de fato e de direito (NERY JR., 2009, pp. 286-287).

No Brasil, nossa Constituição disciplina no artigo 93, inciso IX que todas as decisões jurisdicionais serão fundamentadas, sob pena de nulidade. No Código de Processo Civil de 1973 o princípio era entendido ao lado do "livre convencimento" no artigo 131 ao dizer que o juiz devia apreciar livremente as provas, atendendo os fatos e circunstâncias dos autos, mas deveria indicar os motivos que formaram tal convencimento. O artigo 458 considerava requisito essencial da sentença a indicação de sua fundamentação com as questões de fato e de direito analisadas pelo juiz. As demais decisões deveriam ser fundamentadas, ainda que de forma concisa (artigo 165).

Assim, a doutrina processual analisava tal garantia sob a perspectiva da necessidade de comunicação processual, necessário exercício de lógica judicial, até sua submissão como ato de poder público submetido ao império do Estado de Direito com a exigência de imparcialidade, publicidade até a própria independência jurídica do magistrado que poderia decidir de acordo com seu livre convencimento, desde que motivasse as razões de seu convencimento (NERY JR., 2009, p. 286).

Com efeito, Ada Pellegrini Grinover relacionava a motivação das decisões jurisdicionais ao controle, em concreto, da legalidade e justiça das decisões e para a possibilidade de impugnação da sentença para efeitos de reforma (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2005, p. 70).

Tal visão desconsiderava a garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais. A decisão judicial não pode ser apoiada apenas no *sentimento*,[11] na própria consideração do juiz acerca do direito. A sentença é resultado das atividades das partes que, dialeticamente, contribuem para a formação do provimento final. Conforme disserta Ronaldo Brêtas:

> [...] se a jurisdição somente atua mediante o devido processo constitucional e se o processo é procedimento que se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, fundamentar a decisão jurisdicional é justificar o órgão estatal julgador, no processo, as razões pelas quais a decisão foi proferida. A justificação assim desenvolvida pelo órgão julgador, porém, não pode ser abstrata, desordenada, desvairada, ilógica, irracional, discricionária ou arbitrária, formulada ao influxo das ideologias, do particular sentimento de justiça, do livre espírito de equidade, do prudente arbítrio ou das convicções pessoais do agente público julgador, marginalizando as questões e os argumentos posicionados pelas partes no processo, porque o julgador não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui o monopólio do saber (DIAS, 2010, p. 128).

Apenas a título de lembrança, na Alemanha Nazista era dever do juiz julgar os casos submetidos à sua apreciação a partir dos sentimentos de *justiça da nação*, personificada pela pessoa do *Führer*. Assim, a aplicação do direito dependia do espírito do povo alemão

11 Lenio Streck (2010) critica veementemente a referência que parte dos juízes/doutrina fazem da sentença com "sentire" e a doutrina do "livre convencimento" como uma carta em branco para o magistrado decidir segundo seu "sentimento".

e do seu dirigente máximo, tudo isso a despeito da normatividade da Constituição de Weimar de 1919, que não permitia tais julgamentos (NUNES, 2009, pp. 88-94).

Por isso, a decisão que deixa de analisar questões relevantes suscitadas pelas partes não cumpre a exigência de motivação, bem como as decisões que fazem afirmações genéricas sem demonstração da racionalidade da conclusão chegada pelo juiz, as decisões que utilizem conceitos jurídicos indeterminados sem explicitação da correlação ao caso, bem como aquelas que afirmam "presentes os requisitos legais, defiro o pedido" ou que "ausentes os pressupostos, indefiro a medida pleiteada", conforme lembra Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 257).

A garantia de motivação das decisões deve servir como uma *accountability* hermenêutica dos atos do poder jurisdicional, no sentido de permitir o controle das partes acerca efetiva construção coparticipativa da decisão. Ou seja, é a motivação das decisões jurisdicionais que permite às partes que se vejam como destinatárias e coautoras do provimento judicial.

Assim, Lenio Streck correlaciona o dever de fundamentação com o princípio do contraditório:

> o dever de fundamentar as decisões (e não somente a decisão final, mas todas as do *iter*) está assentado em um novo patamar de participação das partes no processo decisório. A fundamentação está ligada ao controle das decisões, e o controle depende dessa alteração paradigmática no papel das partes da relação jurídico-processual. Por isso, o protagonismo judicial-processual [...] deve soçobrar diante de uma adequada garantia ao contraditório (STRECK, 2009, p. 17).

O novo Código de Processo Civil, nessa medida, impõe exigências para que se considere a sentença, acórdão ou decisão interlocutória devidamente fundamentada, fazendo, na verdade, uma grande revolução na correlação entre contraditório substantivo e fundamentação das decisões (BAHIA; VECCHIATTI, 2012). O artigo 489, § 1.º não conceitua ou indica expressamente o que seja uma decisão fundamentada, ao revés, indica as hipóteses em que não se atende o dever de fundamentação. Nessa esteira, explicita o artigo em comento que não se considera fundamentada a sentença, decisão interlocutória ou acórdão que:

> I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
>
> V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
>
> VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Veja-se que as exigências, tais como as previstas nos incisos III e IV permitem a compreensão da garantia da motivação como dever de o juiz respeitar as alegações das partes, como possibilidade que a parte se projete na decisão judicial, enquanto processo dialógico entre os sujeitos processuais. A partir de agora o juiz/Tribunal, ao entender que determinada tese "A" é a correta, deverá, expressamente, demonstrar em que medida a tese "anti-A", posta nos autos, está incorreta — incorreta por ser contrária ao direito ou porque, naquele caso, se mostra como uma pretensão abusiva.[12]

De outro lado, a mera reprodução/paráfrase, seja de lei, súmula ou precedente não atinge o objetivo de fundamentar a decisão caso não se demonstre em que medida aqueles se adequam às particularidades do caso que se está decidindo. Da mesma forma, o não seguimento de uma súmula/precedente também demanda a explicação que apenas pode ser dada face às particularidades do caso.[13]

CONCLUSÃO

Como se viu, é condição intransponível, *sine qua non*, que a interpretação das normas processuais passe pelo filtro democrático da Constituição Federal de 1988 e seu leque de normas e princípios cogentes da atividade jurisdicional. A passagem pela clivagem hermenêutico-constitucional das normas processuais no plano infraconstitucional permitirá o desenvolvimento de um processo mais democrático, a saber, garantidor da observância dos direitos constitucionais tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e a fundamentação das decisões.

O novo Código de Processo Civil aprofunda o conteúdo de proteção das garantias constitucionais processuais em relação à legislação processual anterior. Por óbvio, o novel Código Processual não será a panaceia de todos os males do processo. De alguma forma, suas disposições textuais incorporam e ampliam certas garantias. No processo de aplicação e desenvolvimento das suas disposições normativas é preciso que não comunguemos de uma interpretação contrária ao espírito democrático conquistado e em vias de consolidação pela Constituição Federal de 1988. A legislação traz, na verdade, grandes desafios face a uma cultura que amesquinha o contraditório ao dizer/contradizer, provar/contraprovar, além de entender a fundamentação das decisões como uma questão de simples "livre convencimento do magistrado" e "da mihi factum, dabo tibi jus", perspectivas incompatíveis com a atual ordem constitucional.

Para a consolidação de tais garantias é essencial que juízes e tribunais realizem uma insubordinação hermenêutico-constitucional acerca de pensamentos retrógrados e antidemocráticos que ainda rondam o pensamento jurídico nacional e as decisões judiciais. Lado outro, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, etc., têm a missão de lutar pela concretização das mudanças exigidas pelo Novo CPC.

12 Cf.: BAHIA, 2016, p. 302 passim..

13 Uma exposição mais aprofundada acerca dessa questão, central para a nova sistemática processual, pode ser vista em: THEODORO JR.; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modelo constituzionale del proceso civile italiano.** Torino: G. Giappicheii, 1990.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ.** 2 ed. rev. e atual. de acordo com o Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2016.

____.; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O respeito ao direito fundamental ao contraditório material/substantivo como condição necessária para que se leve a sério o instituto do amicus curiae. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 24, pp. 913-941, 2012. Disponível em: <http://migre.me/v2n6K>.

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

____. Teoria geral do processo constitucional, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, INFORMAR CIDADE, v. 90, 2004, pp. 69-169.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

____. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução: Aroldo Plinio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

____. **Processo, ideologias e sociedade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. v. 1.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo. 2** ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 151.

____. **Direito Processual Constitucional.** ____, 2001.

CURI, Ivan Guerios; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo Constitucional Contemporâneo. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 85, pp. 343-374, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 1.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Hector. **Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional:** 1940-1965. México: Unam, 1968.

___. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. **Boletím Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de Mexico, ano 10, v. 30, pp. 315-348, 1977.

FREITAS, José Lebre. **Introdução ao processo civil:** conceito e princípios gerais. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez:** sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. 6. ed. Madri: Trotta, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

____. **A teoria neoinstitucionalista do processo:** uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros de. Jurisdição Constitucional e Federalismo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). **Constituição e processo:** a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

____. **Teoria geral dos recursos.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

____; TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. **Revista de Processo**, n. 217, pp. 75-120, 2013.

___; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípio do contraditório: tendências da mudança da sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, INFORMAR CIDADE, n. 28; pp. 177-206, jan.-jun. 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre et. al. **Novas tendências do processo civil:** estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 3.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução da justiça.** 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de como discricionariedade não combina com democracia: In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). **Constituição e processo:** a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

____. **O que é isto? Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). **Constituição e processo:** a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e Sistematização. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RECEBIDO EM: 21/09/2016
APROVADO EM: 06/10/2016

PANORAMA DA LIBERDADE SINDICAL E A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

AN OVERVIEW OF THE FREEDOM OF ASSOCIATION AND THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION

Gabriel Ocampos Ricartes*

RESUMO: O presente trabalho trata inicialmente do princípio da liberdade de associação e do princípio da liberdade sindical, analisando pontualmente as cláusulas de sindicalização forçada, as práticas antissindicais, bem como as garantias de atuação sindical. Posteriormente, trata-se do princípio da autonomia sindical e da importância de encarar esses princípios como direitos fundamentais. Por fim, expõe-se como a OIT vem lidando com essa questão em âmbito internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Principio da Liberdade Sindical; OIT; Direito do Trabalho.

ABSTRACT: The present article aims to explain the freedom of association, with a general look on the anti-union clauses and practices, just as well as the warranties of free union performance. After that, the article analyses the relevance of considering the freedom of association a fundamental right. Finally, this paper explains how the ILO faces this issue on at the international level.

KEY WORDS: Freedom of Association; ILO; Labour Law.

INTRODUÇÃO

O juslaboralismo é, por excelência, um direito protetivo, que busca suprir a desigualdade de forças no embate entre trabalhadores e empregadores. Essa falta de equipotência levou os trabalhadores a perceber que o meio mais efetivo de lutarem por melhores condições de trabalho, em um nível mais próximo ao da igualdade com os empregadores, era a união. Dessa forma, ainda que se possa nomear um sem número de outros motivos para tanto, em busca de fortalecerem-se e de juntarem vozes para o brado uníssono em prol da dignidade humana do trabalhador, surgiu a figura do sindicato — e, com ele, o direito coletivo do trabalho.

Quando se pensa em relações coletivas laborais, não há que se imaginar a típica relação empregador onipotente *versus* trabalhador hipossuficiente. Começa a falar-se, então, de uma relação entre duas figuras coletivas, o empregador e o sindicato; ou ainda, a associação de empregadores e o sindicato da categoria. Desse modo, é possível garantir que os pleitos dos trabalhadores por melhores condições de trabalho tenham mais chances de serem atendidos.

* Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra & Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Endereço eletrônico: goricartes@gmail.com

Todavia, começaram a surgir formas de ingerências nos sindicatos, que acabavam por obstar que eles cumprissem seus objetivos. Assim, a interferência do Estado, do empregador ou até de outros sindicatos passou a ser o entrave para o bom andamento das negociações laborais. Com efeito, cláusulas de sindicalização forçada e práticas sindicais começaram a infestar as relações laborais, corroendo as estruturas de um sistema pensado para ser mais justo.

Não é de se espantar que o tema chamou a atenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Preocupada com os rumos que os Estados-membros estavam — e ainda estão — dando às questões sindicais, a OIT passou a tratar avidamente do tema, elaborando convenções, criando comitês e reiterando que a liberdade sindical é um direito fundamental e assim deve ser tratada. Com efeito, as principais convenções que tratam do tema são a n.º 87 e a n.º 98.

Este artigo visa, assim, a traçar algumas questões propedêuticas acerca dos princípios que garantem a existência sindical, tais como o princípio da autonomia sindical e os princípios da liberdade associativa e da liberdade sindical. Nesse sentido, vale a pena dissertar brevemente sobre as cláusulas de sindicalização forçada, sobre as práticas antissindicais e sobre as garantias sindicais. Posteriormente, há de se abordar mais detidamente a liberdade sindical na sua condição de direito fundamental.

Ademais, entrando na seara internacional, esboça-se os contornos da OIT, como sua criação, seus objetivos, seu poder normativo e suas finalidades. A seguir, entrando no tema da liberdade sindical no âmbito da OIT, analisam-se as novidades trazidas pelas Convenções n.º 87 e n.º 98 e o fato de a convenção n.º 87 não ter sido ratificada pelo Brasil. Por fim, trata-se da liberdade sindical e das aplicações das normas internacionais no plano interno.

1. DOS PRINCÍPIOS GARANTIDORES DA EXISTÊNCIA SINDICAL

Há vários caminhos para definir o Direito Coletivo do Trabalho. Pela definição subjetivista, Cesarino Júnior afirma que ele é "o conjunto de leis sociais que consideram os empregados e empregadores coletivamente reunidos" (NASCIMENTO, 2000, 18). Paralelamente, o viés objetivista de Amauri Mascaro Nascimento o descreve como "ramo do direito do trabalho que tem por objeto o estudo das normas das relações jurídicas que dão forma ao modelo sindical" (NASCIMENTO, 2000, 19). Vale dizer, todavia, que a definição mista tende a ser a mais completa, como elucida Maurício Godinho Delgado, ao definir o Direito Coletivo do Trabalho:

> [...] o complexo de institutos, princípios e regras jurídicas que regulam as relações laborais de empregados e empregadores e outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas entidades sindicais. (DELGADO, 2013, p. 1322).

Ainda que haja um incessante debate acerca da autonomia desse ramo do Direito, é inegável reconhecer a existência de um conjunto de princípios específicos do Direito Coletivo do Trabalho. Enquanto o Direito Individual do Trabalho é marcado pela discrepância de poderes entre as partes — trabalhador e empregador —, o ramo coletivo é construído com base em uma relação entre seres teoricamente equipotentes — empregadores ou associações de empregadores e organizações sindicais.

Esse ramo especializado do juslaboralismo consubstancia um plexo de princípios, categorias e regras que possui como centro idealizador a noção de *relação jurídica coletiva*, fundamentalmente o *ser coletivo*. Nesse sentido, os princípios regentes do Direito Coletivo do Trabalho permeiam as noções de seres coletivos e as prerrogativas e os deveres que tais sujeitos possuem nos diversos acontecimentos envolvendo trabalhadores coletivamente organizados. Com um zelo didático, Maurício Godinho Delgado divide os princípios próprios desse ramo em três classes, quais sejam, (i) *os princípios assecuratórios da existência do ser coletivo obreiro,* (ii) *os princípios regentes das relações entre os seres coletivos trabalhistas* e (iii) *os princípios regentes das relações entre normas coletivas negociadas e normas estatais* (NASCIMENTO, 2000, 1341). Pela natureza do presente estudo, atentar-se-á somente ao primeiro grupo.

A primeira classificação contém os princípios que buscam garantir a existência de condições objetivas e subjetivas para o nascimento e para o fortalecimento das associações sindicais. É importante salientar que não se faz necessário o mesmo cuidado com os seres coletivos patronais. A mera figura da empresa já é considerada um ser coletivo, haja vista seu caráter de organização e ainda que a vontade singular do empregador, por si só, produz uma repercussão coletiva. Os obreiros, por sua vez, só se tornam um ser coletivo caso se estruturem. Assim, para garantir a existência e afirmação das associações sindicais, enquadram-se nesse grupo os princípios da liberdade associativa e sindical e da autonomia sindical.

1.1 PRINCÍPIO DA LIBERDADE ASSOCIATIVA E SINDICAL

Em primeiro lugar, pode desdobrar-se esse princípio em dois: liberdade de associação e liberdade sindical. A liberdade de associação é mais abrangente, já que busca garantir consequência jurídico-institucional a toda agremiação estável e pacífica entre pessoas. Não há, então, limitação no que se refere ao segmento social ou ao motivo de associação, não se restringindo à temática econômico-profissional como no caso da liberdade sindical.

Para melhor compreender esse princípio, é preciso entender a sutil diferença entre reunião e associação. Reunião é o ajuntamento episódico de pessoas perante problemas e objetivos comuns; associação, por sua vez, é o ajuntamento permanente (ou de longo prazo) de pessoas perante problemas e objetivos comuns. Observa-se, assim, que os conceitos estão intimamente interligados, de modo que se considera a liberdade de reunião um pressuposto fundamental para conseguir alcançar a liberdade de associação. Nota-se, aqui, o que José Afonso da Silva entende como "liberdade-condição, porque, sendo um direito em si, constitui também condição para o exercício de outras liberdades." (SILVA, 2000, p. 288).

A liberdade de associação possui dois vieses: o positivo, pelo qual há a prerrogativa de livre criação e/ou vinculação a uma associação, e o negativo, de modo que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

Ao afunilar-se para a seara laboral coletiva, vem à tona o princípio da liberdade sindical. Pode afirmar-se que esse princípio congloba os mesmos vieses positivo e negativo da liberdade associativa, com suas óbvias particularidades juslaboralistas. Há, destarte, na dimensão positiva, a possibilidade de criar e de auto-extinguir associações sindicais, com a segurança de só haver uma extinção provocada externamente em caso

de sentença judicial. Por outro lado, na dimensão negativa, garante a livre vinculação a um sindicato, bem como a livre desvinculação.

1.1.1 Cláusulas de sindicalização forçada

Também conhecidas como cláusulas de segurança sindical, é altamente controversa a sua compatibilidade com o princípio da liberdade sindical. Esses mecanismos colocam em choque a liberdade individual do trabalhador de filiação e/ou desfiliação e o reforço dos seres coletivos obreiros. Nos ordenamentos jurídicos anglo-americanos, há uma maior aceitação da prevalência do fortalecimento sindical em detrimento da liberdade dos trabalhadores; todavia, em sistemas jurídicos latinos, como em França, Portugal e Brasil, há uma tendência consolidada de negar validade a tais dispositivos.

A *closed shop* (empresa fechada) obriga o empregador a contratar somente trabalhadores filiados a determinado sindicato. A *union shop* (empresa sindicalizada), por sua vez, compromete o empregador a manter contratados somente aqueles trabalhadores que, após um prazo razoável contado a partir da sua admissão, filie-se ao sindicato. A diferença é que, nesta, não se obstrui o ingresso do trabalhador na empresa somente pelo fato de ele não ser filiado ao sindicato, mas a sua continuabilidade nos quadros da empresa fica prejudicada caso ele não se filie no prazo estabelecido. Semelhante a essas, a *preferencial shop* (empresa preferencial) faz com que, em um processo de contratação, em caso de disputas, o empregador dê preferência àquele trabalhador filiado a certo sindicato. Ademais, há a cláusula *maintenence of membership* (manutenção de filiação), pela qual o trabalhador filiado a certo sindicato não pode se desfiliar durante a vigência da convenção coletiva respectiva, sob pena de despedimento (SILVA, 2000, 288).

1.1.2 Práticas antissindicais

Essas condutas caminham em sentido contrário ao da cláusula de sindicalização forçada, de modo que desestimulam e desgastam a atuação dos sindicatos, o que afronta claramente o princípio da liberdade sindical. Um exemplo claro são os chamados *yellow dog contracts* (contratos de cães amarelos), pelo qual o trabalhador pactua com o empregador, como condição de admissão e/ou manutenção de emprego, que não irá se filiar ao sindicato. Maurício Godinho Delgado elucida que a expressão inglesa sugere uma crítica à conduta obreira, mas a história mostra que a culpa deve recair totalmente sobre o empregador, que em muitos casos exerce uma pressão, ainda que velada, para que o trabalhador — parte hipossuficiente, geralmente dependente do emprego — não se filie ao sindicato (DELGADO, 2013, 1345).

Além disso, outro exemplo são *company unions* (sindicatos de empresa ou "sindicatos amarelos"), em que o próprio empregador controla, ainda que de forma indireta, a organização e as ações do sindicato. Assim, ainda que os trabalhadores estejam devidamente filiados ao sindicato, não há que se falar em respeito à liberdade sindical.

Um último exemplo de prática antissindical é o *mise à l'index* (colocar no *index* ou "lista suja"). Aqui, as empresas veiculam entre si uma lista com os nomes dos trabalhadores que atuam mais incisivamente nos sindicatos, para que haja um boicote, excluindo-os do mercado de trabalho.

1.1.3 Garantias à atuação sindical

Como todo princípio, a liberdade sindical exerce sua influência no âmbito legislativo, instigando o ordenamento jurídico a promover seu conteúdo. No caso em tela, guiando o Poder Legislativo a editar normas que garantam condições mínimas de estruturação e de atuação dos sindicatos, para que representem digna e verdadeiramente a vontade coletiva dos trabalhadores da categoria.

Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, *v.g.*, há a vedação à dispensa sem justa causa do dirigente sindical, desde a data de sua inscrição eleitoral até um ano após o fim do mandato, de acordo com o artigo 8.º, VIII, da Constituição Federal de 1988). Se essa norma for descumprida, havendo afastamento, suspensão ou até despedimento por parte do empregador, as vias judiciais garantirão a reintegração, liminarmente, do trabalhador. Dando seguimento, o artigo 543 da Consolidação das Leis Trabalhistas prevê a instransferibilidade do dirigente sindical para fora da base territorial de seu sindicato.

1.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA SINDICAL

A autonomia sindical é o âmago do segundo princípio especial do Direito Coletivo do Trabalho que visa a garantir a existência do ser coletivo obreiro.

Nas palavras de Godinho Delgado:

> Tal princípio sustenta a garantia de autogestão às organizações associativas e sindicais dos trabalhadores, sem interferências empresariais ou do Estado. Trata ele, portanto, da livre estruturação interna do sindicato, sua livre atuação externa, sua sustentação econômico-financeira e sua desvinculação de controles administrativos estatais ou em face do empregador. (DELGADO, 2013, p. 1348).

A importância da autonomia sindical destaca-se quando se percebe que, além do problema da liberdade sindical em sentido estrito — ou seja, da liberdade de criação, filiação e desfiliação sindical –, a história do sindicalismo ocidental evidencia que há de ter-se extremo cuidado com a autonomia dos sindicatos perante o Estado e, vale dizer, perante o empregador. É a clássica disputa entre autonomia *versus* controle político-administrativo.

2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE SINDICAL

O direito à liberdade sindical só ganhou o *status* de direito fundamental após percorrer um longo e árduo caminho às custas do esforço das entidades coletivas obreiras e dos próprios trabalhadores. Esse reconhecimento começa a ganhar vida a partir da inclusão da liberdade sindical em declarações internacionais de direitos humanos, na intenção de deixar evidente a fragilidade do trabalhador enquanto ser individualmente considerado.[1]

[1] Nesse sentido, vale observar a Declaração da OIT sobre os princípios e os direitos fundamentais do trabalho, que assim prevê: "2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; [...]".

Inerente à liberdade sindical está a ideia de independência representada pela garantia de autonomia dos órgãos sindicais em face do Estado e de qualquer intervenção que tenda a limitar o poder dos sindicatos. Na mesma toada, o direito à liberdade sindical garante um caminho adequado para a expressão das vontades dos trabalhadores, para a defesa de seus interesses e para o fortalecimento da negociação coletiva. Há, nesse sentido, uma união de forças em prol do equilíbrio entre os obreiros e entidades patronais, aproximando-se, assim, da equipotência entre as partes negociadoras.

No que se refere à titularidade desse direito, pode ser individual — nas suas vertentes positiva e negativa — ou coletiva; em relação ao conteúdo, a liberdade sindical associativa abrange o direito de filiação, de desfiliação, de constituição de associação, entre outros. A liberdade sindical de atividade engloba o direito de militância, de negociação coletiva e de greve. Quanto ao sujeito passivo, a liberdade sindical pode ser oposta ao Estado, às entidades patronais e a outras entidades sindicais (FRANCO FILHO, 1998, 204).

Segundo Paulo Sérgio João, a liberdade sindical deve ser compreendida como a garantia constitucional assegurada aos que desejam manifestar-se coletivamente por meio de associação profissional ou sindical, relacionada ao exercício democrático de direitos civis e políticos (JOÃO, 2008, E2).

Com efeito, é possível afirmar que a liberdade sindical se compõe das faculdades de criar, aderir, não aderir ou demitir-se de um sindicato. Soma-se a isso o poder-dever de representação das entidades sindicais, que possuem um rol de demais deveres, como o de organização institucional, formação de entidades de grau superior, regulação das atividades internas. Ademais, há que se citar a imunidade, nos limites da Constituição, em relação à vontade estatal ou à de qualquer outro ente. Com isso, Rodriguez conceitua liberdade sindical como "direito fundamental concretizado na faculdade de criação de sindicatos imunes à vontade de qualquer ente e dotados de poderes-deveres que devem ser exercitados em favor dos interesses da categoria" (RODRIGUEZ, 2003, p. 475).

3. DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: AS CONVENÇÕES N.º 87 E N.º 98

3.1 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Criada pelo Tratado de Versalhes, em 1919, a OIT aparece como uma pessoa jurídica de direito internacional de caráter permanente. Ela é formada por vários Estados-membros que assumem o dever de aceitar e acatar o conteúdo de sua Constituição, com ressalvas ao princípio da soberania. De acordo com o artigo 39 da Constituição da OIT, ela "gozará de completa personalidade jurídica e, especialmente, de capacidade para: a) contratar; b) adquirir móveis e imóveis e dispor deles; c) comparecer em juízo". Para a consecução de seus fins, o artigo 40 desse diploma assevera que a OIT gozará, no território de cada um de seus membros, dos privilégios e imunidades necessários.

O advento da OIT é, em verdade, reflexo das pressões dos movimentos sindicais que, desde os tempos da revolução industrial, batalhavam pelo estabelecimento de normas internacionais de proteção dos trabalhadores. É preciso salientar que as normas internacionais do trabalho nasceram com o condão de criar *standards* de humanização das condições de trabalho. Como preleciona Comparato (1999, p. 26), os direitos humanos de proteção ao trabalhador começaram a se exteriorizar somente quando os donos do

capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores, momento em que houve a internacionalização dos direitos do trabalhador com a criação da OIT.

Além disso, importa frisar que um dos objetivos da criação da OIT foi a conscientização dos Estados-membros para a necessidade de adotar políticas hábeis para enfrentar os problemas laborais, mormente no que se refere à injustiça, à pobreza e à privação material e moral. Pode afirmar-se, assim, que o principal objetivo da OIT é promover a justiça social mediante um diálogo entre os atores sociais que efetivamente participam das relações laborais, *i.e.,* os obreiros, as entidades patronais e o governo.

No preâmbulo da Constituição e na Declaração da Filadélfia, é possível encontrar as finalidades da OIT. Como objetivos estratégicos, ela possui: promover os princípios fundamentais por meio de um sistema de supervisão e de aplicação de suas normas; promover oportunidades de emprego e renda para mulheres e homens em condições de livre escolha, de não discriminação e de dignidade; aumentar a abrangência e a eficácia da proteção social e fortalecer o tripartismo e o diálogo social.

Paralelamente, a OIT busca o apoio inter-setorial para promover a conscientização dos Estados-membros para a adoção de um regime voltado à realização do trabalho decente, ampliação de conhecimento e melhoria de condições de trabalho em conjunto com outras organizações internacionais. Tem, por fim, o objetivo geral de proporcionar a melhoria das condições de trabalho com respeito à dignidade humana do trabalhador, objetivando a promoção da igualdade de oportunidades, a proteção dos trabalhadores nas suas relações laborativas e a cooperação entre os povos para promover o bem comum e a primazia da justiça social para o pleno desenvolvimento econômico.

No que se refere à sua atividade normativa, a OIT elabora e aprova normas internacionais do trabalho, valendo-se, basicamente, de três instrumentos normativos: as convenções, as recomendações e as resoluções. Pode afirmar-se que esse conjunto de normas, que nasce nas Conferências Internacionais do Trabalho, constitui um código internacional do trabalho, que passará a integrar os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros.

As convenções são normas jurídicas gerais, obrigatórias e flexíveis, em busca de obter a aceitação e a ratificação do maior número possível de Estados-membros. Ainda que não se diferenciem materialmente das convenções, as recomendações não podem regulamentar o conteúdo próprio de uma convenção, já que se prestam a estabelecer orientações e sugestões aos Estados-membros para que legislem sobre determinada matéria em um certo sentido. Dessa maneira, é possível dizer que as resoluções apenas informam ou convidam o Estado a adotar certas medidas.

Ademais, a partir de 1950, em razão do reconhecimento da liberdade sindical como direito fundamental, a OIT criou instrumentos distintos para o controle desse direito. Nesse sentido, o Comitê da Liberdade Sindical tem feito um trabalho louvável na apreciação de queixas e na elaboração de relatórios e de recomendações que se referem ao tema. Essas recomendações, todavia, não possuem poder coercitivo.[2]

[2] Nesse sentido, por exemplo, o "caso 2739", que trata de uma queixa apresentada por centrais sindicais brasileiras em face de atos praticados supostamente atentatórios à liberdade sindical. No caso, o Comitê destacou seu entendimento a respeito das cláusulas de segurança sindical e deu ênfase à necessidade de se efetivar o principio da liberdade sindical a partir da ratificação pelo Brasil da Convenção n.º 87 da OIT.

Vale dizer, ainda, que a Constituição da OIT não prevê, em atenção ao princípio da soberania, a possibilidade de a OIT exigir de um Estado-membro o cumprimento imediato das normas internacionais do trabalho. O que ela faz, todavia, em razão da alta importância jurídica e social dessas normas, é buscar que os Estados-membros as coloquem em prática o quanto antes, por meio de discussões conciliatórias.

Em 1998, na Octagésima Sexta Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, ressaltou-se que os Estados-membros são obrigados a respeitar os princípios contidos na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, mormente no que toca à observância das normas intimamente ligadas à proteção da dignidade do trabalhador, independentemente de terem ou não sido ratificadas pelos Estados-membros. Em suma, todos os membros que ratificaram essa declaração ficam obrigados a agir e legislar de acordo com seus princípios, independentemente de ratificação de uma certa convenção.

No que se refere à vigência no plano internacional, é preciso lembrar os ensinamentos de Süssekind, que afirma que vigência e eficácia não se confundem, uma vez que a concretização da vigência internacional se dá por meio da ratificação de uma convenção por pelo menos dois Estados-membros e a eficácia está relacionada aos efeitos que a convenção produz nos respectivos territórios desses Estados, contudo esta decorre daquela (SÜSSEKIND et al., 1991, p. 1267). Em regra, a convenção entra em vigor doze meses após o seu registro no órgão responsável. Ademais, entrando em vigor, sua vigência é indeterminada, a não ser que haja a denúncia ou a revisão.

Por fim, vale dizer que as convenções podem ser classificadas como (i) autoaplicáveis, se não dependerem de regulamentação; como (ii) princípios, quando estabelecem normas gerais, de modo que cabe ao Estado a tarefa de regular a matéria; e (iii) promocionais, quando fixam objetivos e estabelecem programas a serem posteriormente disciplinados, estando sujeitas à ratificação pelos Estados-membros.

3.2 LIBERDADE SINDICAL E A APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO PLANO INTERNO

Ainda que, no plano internacional, ao direito fundamental à liberdade sindical se dê uma amplitude consideravelmente grande, no plano interno brasileiro a situação é outra. No artigo 8º da Constituição Federal brasileira, até há uma menção à liberdade sindical; no entanto, ainda restaram os institutos do registro sindical, da unicidade e da contribuição sindical compulsória.

Não há como afirmar, assim, de uma breve análise do artigo constitucional supracitado, que a liberdade sindical possui aplicação plena no ordenamento jurídico brasileiro. Há quem afirme, mais incisivamente, que não se pode falar em liberdade sindical no Brasil, em razão justamente de uma série de normas do ordenamento jurídico interno que impossibilitam a ratificação da Convenção n.º 87 (NASCIMENTO, 2000,126 e 127).

No que se refere à aplicação dos tratados no âmbito interno, há duas correntes doutrinárias: a monista e a pluralista. De acordo com a monista, há uma interdependência entre a ordem jurídica internacional e a interna, o que implica a incorporação automática dos tratados ratificados ao ordenamento jurídico. A teoria pluralista, por sua vez, aduz que, para que as normas internacionais produzam efeito, é imprescindível que haja um diploma normativo interno dispondo sobre o tema. No Brasil, tem aceite a teoria monista, de modo que o tratado, uma vez ratificado, complementa, revoga ou

altera o direito interno, contanto que seja uma norma *self-executing* e que já esteja em vigor na órbita internacional (SÜSSEKIND, 1987, 72).

3.3 AS CONVENÇÕES N.° 87 E N.° 98

Nas preleções de Arnaldo Süssekind, as Convenções da OIT possuem natureza jurídica de tratados multilaterais abertos, de caráter normativo. Por possuírem um número irrestrito de partes, são multilaterais; haja vista poderem ser ratificados, sem limitação de prazo, por quaisquer dos Estados-membros da OIT, são abertos; e possuem caráter normativo, já que o objetivo de seu conteúdo é alterar ou incluir normas no ordenamento jurídico dos Estados que a elas aderem (SÜSSEKIND, 1994, 29).

Em 1998, a Organização Internacional do Trabalho selecionou oito de suas convenções para integrar a Declaração de Princípios Fundamentais e Direitos do Trabalho. Dentre elas, estão as Convenções n.º 87 e n.º 98, que tratam da liberdade sindical:

> (i) Convenção n.º 87 relativa à Liberdade Sindical e Proteção do Direito de Sindicalização de 1948: trata da liberdade associativa para fins sindicais e do direito de os trabalhadores e os empregadores constituírem organizações representativas de seus interesses e a elas se afiliarem, sem prévia autorização; além disso, estabelece outras garantias para o livre funcionamento dessas organizações; e
>
> (ii) Convenção n.º 98 relativa ao Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva de 1949: estatui proteção contra atos ou condutas de discriminação que visem a limitar ou a cercear a liberdade sindical — práticas antissindicais_—; veda atos de ingerência entre associações sindicais e associações patronais e afirma medidas de promoção de negociação coletiva entre as partes, com vistas ao desenvolvimento da interação tripartite entre trabalhadores, empregadores e autoridades governamentais.

Com a Constituição da OIT, a liberdade sindical foi considerada um princípio essencial para a melhoria das condições laborais, assim como para corroborar com a incessante busca pela dignidade dos trabalhadores. Nesse sentido, a Constituição da Filadélfia, de 1944, documento adotado pelos membros da OIT para determinar os fins e objetivos da Organização, reitera a importância basilar desse princípio, como se observa do item I, § 1.º, alínea b: "A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes: [...] b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto.".

Ao analisar-se a Convenção n.º 87, percebe-se novamente a importância dada ao princípio da liberdade sindical e ao direito de sindicalização, tido, mormente, como o direito de os trabalhadores reconstituírem ou criarem organizações que busquem a defesa dos interesses de seus representados. Assim, veja-se o artigo 2.º da Convenção: "Os trabalhadores e as entidades patronais, sem nenhuma distinção de qualquer espécie, têm o direito, sem autorização prévia, de constituírem as organizações de sua escolha, assim como o de se filiarem nessas organizações, com a única condição de se conformarem com os estatutos destas últimas.".

Em relação ao seu âmbito de aplicação, a Convenção n.º 87 aplica-se a todos os trabalhadores - individual e coletivamente considerados — que estejam submetidos às jurisdições ou ordenamentos dos membros da OIT que a tenham ratificado. Assim, o artigo 2.º prevê que o direito de constituir ou formar organizações será exercido por organizações e trabalhadores, sem distinção de qualquer espécie. Vale frisar, todavia,

que o artigo 9.1 ressalvou a categoria das forças armadas e as entidades de polícia, cabendo à lei interna dos Estados estabelecer e disciplinar suas formas de sindicalização e de organização.

Em uma análise pormenorizada do artigo 2.º, depreendem-se os efeitos que irradiam nos campos de formação, de existência e de validade das organizações representativas. Assim, é razoável afirmar que a desnecessidade de autorização prévia para a criação dessas entidades não se restringe às formalidades administrativas, abrangendo também a seara judicial e os atos legislativos.

Nesse sentido, o princípio da liberdade sindical possui uma vertente funcional, pela qual é garantido aos trabalhadores o direito de escolher se ingressam ou não na estrutura associativa existente, ou seja, seu direito de *afiliação, participação* ou *credenciamento*.

O artigo 3.1, por sua vez, prevê direitos de autonomia e de autogestão das associações representativas, como se pode perceber: "Art. 3.1. As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar a gestão e a atividade dos mesmos e de formular seu programa de ação.".

Pelos ensinamentos de Maristela Basso e de Fabrício Polido, o direito de *gestão associativa* ou *gestão sindical* pode ser desdobrado em quatro categorias complementares: (i) direito à livre elaboração de estatutos e regulamentos administrativos; (ii) direito à livre eleição dos representantes da organização/entidade; (iii) direito ao livre gerenciamento da organização/entidade; e (iv) direito à livre formulação ou concepção dos programas de ação (BASSO, POLIDO, 2012, pp. 156-157)

Dando seguimento, encontra-se outro direito fundamental decorrente dessa convenção, qual seja, o direito à constituição de federações e confederações sindicais. Esse direito tem como sujeito as organizações existentes e operacionais em Estados-membros da OIT. Vale dizer que, por uma interpretação extensiva, daqui se depreende o direito de federações e confederações se filiarem a entidades internacionais correspondentes.

No desiderato de salvaguardar os direitos fundamentais previstos, a Convenção n.º 87 previu deveres de abstenção, como, *v.g.*, a proibição de autoridades públicas ou governamentais intervirem, sob qualquer modalidade, na existência ou no funcionamento das organizações. Assim, são proibidos quaisquer atos governamentais, administrativos, legislativos ou judiciais que colimem limitar os direitos relativos à livre elaboração de estatutos, à eleição de presidentes; à gestão das entidades e à livre formulação dos programas de ação.

Nesse mesmo sentido, não se admitem atos administrativos – como decretos, portarias, regulamentos - que dissolvam ou suspendam as atividades das organizações, sob pena de afrontar a higidez, a segurança e a atuação das organizações, prejudicando todo o sistema de direitos fundamentais pretendido.

Há um cuidado convencional, como se observa do artigo 7.º, para não permitir intervenção excessiva e injustificada no momento de aquisição de personalidade jurídica pelas associações representativas. Nesse diapasão, afirmam Basso e Polido:

> A Convenção, vale destacar, não proíbe os Membros da OIT de estabelecerem requisitos para que uma determinada organização tenha seus atos constitutivos ou estatutos arquivados em registros ou órgãos administrativos próprios, como seria exigido, por

> exemplo, para outras formas societárias ou associativas revestidas de personalidade jurídica de direito privado (sociedades empresárias, fundações, associações, instituições etc.) e existentes em seus direitos internos. O artigo 7.º, no entanto, ressalva que o exercício dos direitos fundados na liberdade sindical não seja prejudicado por quaisquer condições ou requisitos estabelecidos para aquisição de personalidade jurídica de mencionadas organizações e entidades sindicais. (BASSO; POLIDO, 2012, p. 158).

Esses direitos referentes à abstenção de intervenção estatal desmedida são objetos de revisão permanente da OIT, principalmente em se tratando das apresentações periódicas de relatórios de implementação ou aplicação da Convenção ao Conselho de Administração da Repartição Internacional. Esses mecanismos de verificação da aplicação das Convenções é um dos institutos mais importantes do Direito Internacional na atualidade. As organizações internacionais, desse modo, saem do mundo abstrato da produção normativa para a análise de situações jurídicas concretas, analisando, assim, as particularidades de cada Estado e, se necessário, abrindo espaço para a formulação de políticas, recomendações e até mesmo, em determinadas situações, sancionando violações às Convenções.

De acordo com Teixeira (1991, p. 13), pode resumir-se o cerne da Convenção n.º 87 nos seguintes tópicos:

> (i) garantia para trabalhadores e empregadores, do direito de constituir sindicatos à sua escolha e de aos mesmos aderir sem discriminação de qualquer sorte e sem necessidade de autorização;
>
> (ii) imperatividade de autonomia sindical, com o direito de elaborar os próprios estatutos, eleger representantes, organizar a gestão, atividades e programas de ação com toda a liberdade;
>
> (iii) segurança às organizações profissionais de serem protegidas pela Justiça ordinária, não sujeitas portanto, jamais, a qualquer tipo de suspensão ou dissolução administrativas;
>
> (iv) garantia aos sindicatos do direito de constituírem federações e confederação, bem como de filiação a organizações internacionais.

A Convenção n.º 87 simbolizou um importante passo para o reforço e a positivação das normas convencionadas multilateralmente, no que se refere à liberdade de associação sindical. Nesse diapasão, aparece a Convenção n.º 98, também constante do rol das chamadas "convenções fundamentais" da OIT.

É patente afirmar que a Convenção n.º 98 da OIT representa uma evolução sistêmica do conjunto de normas internacionais referentes a direito de sindicalização e a negociações coletivas. Com efeito, esse diploma previu um conjunto de normas que buscam a proteção dos trabalhadores – individual e coletivamente considerados — frente a quaisquer atos de intervenção patronal que atentem contra a liberdade sindical.

Nesse feixe protetivo, encontra-se, ainda, a tutela dos sindicatos contra atos punitivos ou repressivos do Estado (em sentido amplo) que limitem atividades das organizações e a participação obreira nas atividades sindicais e aquelas que constituam condutas discriminatórias antissindicais. O artigo 2.1 da Convenção n.º 98 assim prevê:

Art. 2.1. Tal proteção deve nomeadamente aplicar-se no que respeita a atos que tenham por fim:

> (a) Subordinar o emprego do trabalhador à condição de ele não estar filiado num sindicato ou que deixe de fazer parte de um sindicato;
>
> (b) Despedir o trabalhador ou causar-lhe prejuízo por quaisquer outros meios, por motivo de filiação sindical ou de participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do patrão, durante as horas de trabalho.

Essa proteção reforça o escopo da Convenção, haja vista que práticas discriminatórias de caráter antissindical vão de encontro ao direito de sindicalização, mormente porque não são compatíveis com os direitos fundamentais tutelados pelas Convenções da OIT. Com efeito, faz-se mister dizer que a mera existência no ordenamento jurídico nacional de normas que proíbem práticas antissindicais não é o suficiente para que se atinja o pleno respeito às normas da OIT. Nas palavras de Basso e de Polido:

> Elas devem ser combinadas com procedimentos trabalhistas (em sedes administrativa e judicial) que sejam efetivos, não onerosos e imparciais, combinados com medidas dissuasivas (sanções, multas, suspensões) aplicadas às partes infratoras ou, ainda a autoridade coletiva (BASSO, POLIDO, 2012, p. 163).

A Convenção n.º 98 exige, ademais, que os membros da OIT adotem medidas suficientes para estimular ambientes de negociação coletiva entre associações sindicais e empregadores ou associações patronais, para que as condições de trabalho sejam regulamentadas. Sugere-se, para tanto, a criação de órgãos e procedimentos que promovam a contratação coletiva exponencialmente para o aperfeiçoamento do diálogo social. Nesse sentido, dispõe o artigo 3.º: "Para garantir o respeito pelo direito de organização definido nos artigos precedentes, deverão, se necessário, criar-se organismos apropriados às condições nacionais".

O artigo supracitado combina-se com o artigo 2.º da Convenção n.º 87 (BASSO, POLIDO, 2012, 163). Para harmonizar os dois dispositivos, todavia, é necessária uma interpretação sistemática, para que se mantenha a justa medida entre a discricionariedade da atividade normativa estatal (*v.g.*, quanto aos métodos escolhidos para implementar os deveres multilaterais do direito internacional do trabalho em ordenamento jurídico interno) e a liberdade sindical e os direitos de sindicalização.

Importa frisar que a ingerência estatal não pode ser favorecida caso haja conflitos, de modo que os indivíduos e os grupos, enquanto partes hipossuficientes e vulneráveis, devem ter seus interesses protegidos de forma mais incisiva pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No que se refere à liberdade sindical, podem citar-se, ademais, as seguintes Convenções da OIT: n.º 11, referente aos direitos de associação e de união dos trabalhadores agrícolas, adotada na Terceira Conferência de Genebra, em 12 de novembro de 1921, e modificada pela Convenção de Revisão dos artigos finais, de 1946, promulgada pelo Decreto n.º 41.721/57; n.º 110, que trata das condições de emprego dos trabalhadores de fazendas; n.º 135, que versa sobre a proteção de representantes de trabalhadores; n.º 141, concernente às organizações de trabalhadores rurais e sua função no desenvolvimento econômico e social; n.º 151, relativa à proteção do direito de organização e aos processos de fixação das condições de trabalho na função pública; n.º 154, que trata do trabalho na função pública; n.º 158, que versa sobre o fim da relação de trabalho por inciativa do empregador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do tema proposto neste artigo faz-se necessária em razão da gravidade que representa a afronta ao princípio da liberdade sindical. Em primeiro lugar, levou-se em conta o juslaboralismo *per se* e como ele encara o tema da liberdade sindical. Assim, destacou-se a necessidade de um tratamento jurídico diferenciado para a questão, abrangendo os princípios garantidores da existência sindical, quais sejam, o princípio da autonomia sindical e os princípios da liberdade associativa e da liberdade sindical.

Após, tratou-se das questões referentes ao princípio da liberdade sindical. Expuseram-se, assim, algumas explanações acerca das cláusulas de sindicalização forçada, como *closed shop, union shop* e *preferrencial shop;* sobre as práticas antissindicais, como *yellow dog contract* e a lista negra; e sobre as garantias sindicais, como, no caso brasileiro, a vedação à dispensa sem justa causa do dirigente sindical.

Ao longo deste artigo, é importante notar o *status* fundamental dado ao direito à liberdade sindical. Longe de ser um direito qualquer, a elevação ao patamar de direito fundamental dá à liberdade sindical a devida relevância que o tema merece. Já exaltada pelas declarações internacionais de direitos humanos, ainda se deve dar maior abrangência a esse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que há diversos institutos jurídicos retrógrados que obstam a plena efetividade do princípio, como a unicidade sindical e a contribuição sindical obrigatória. Nesse sentido, o passo seguinte do artigo foi dispender algumas linhas para demonstrar o caráter fundamental da liberdade sindical.

Como o escopo do estudo foi abarcar o âmbito internacional do princípio, deteve-se, a seguir, à OIT e como ela trata o tema. Em primeiro lugar, é importante ressaltar a tamanha importância do momento histórico da criação da OIT, com seus fundamentos, objetivos, capacidade normativa e seus princípios indissociáveis. Após, fez-se necessário dissertar acerca das convenções de maior importância que versam sobre o tema, quais sejam, a n.º 87 e a n.º 98, com o acréscimo relevante que a n.º 87 não foi ratificada pelo Brasil ainda.

Percebe-se, assim, que o discurso da liberdade sindical, no papel, é deveras admirável. Nota-se, ademais, que o tratamento dado no plano internacional busca dar ao princípio da liberdade sindical a maior abrangência possível. São os resquícios de corporativismo incrustrados no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, que obstam que esses reflexos de ideologia dignificadora atinjam a realidade dos trabalhadores brasileiros. O ordenamento jurídico brasileiro, assim como de muitos outros países que ainda não estão em consonância com as diretrizes de liberdade sindical dadas pela OIT, está estacionado em um passado patriarcal e contraproducente. Deve-se, assim, reformular os institutos que atravancam a liberdade sindical e dar uma luz de esperança para que os trabalhadores ainda consigam um suspiro de dignidade.

REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. A Convenção 87 da OIT sobre Liberdade Sindical de 1948: recomendações para a adequação do direito interno brasileiro aos princípios e regras internacionais do trabalho **Revista do TST**, Brasília, v. 78, n. 3, jul.-set. 2012.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação História dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, 12. ed., São Paulo: LTr, 2013.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Contribuições sindicais e liberdade sindical. Belém: **Revista do TRT, da oitava região**, v. 31, n. 60, 1998.

GIUGNI, Gino. **Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 1991.

JOÃO, Paulo Sérgio. O fim da unicidade sindical no Brasil. **Jornal Valor Econômico**, INFORMAR CIDADE, 3 jan. p. E2, 2008. Caderno de Legislação & Tributos.

LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. **Liberdade sindical, autonomia e democracia na assembleia constituinte de 19871988:** uma reconstrução do dilema entre a unicidade e a pluralidade. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

MAGANO; Octavio Bueno; MALLET, Estevão. **O direito do trabalho na constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

____. **Política do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1992.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Estudos de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1971.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2000.

____. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Dogmática da liberdade sindical:** direito, política e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT.** São Paulo: LTr, 1994.

____. **Direito Internacional do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1987.

URIARTE, Oscar Ermida. Liberdade Sindical: normas internacionais, regulação estatal e autonomia In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). **Relações Coletivas de Trabalho:** estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo: Ltr.

RECEBIDO EM: 29/12/2015
APROVADO EM: 15/06/2016

A DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM POR RAZÕES ECONÔMICAS NO DIREITO PORTUGUÊS

LA DESCONSIDERACIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACUERDO DE ARBITRAJE POR RAZONES ECONÓMICAS EN EL DERECHO PORTUGUÉS

Cristiano Starling Erse*

RESUMO: A Nova Lei de Arbitragem Portuguesa (lei n.º 63/11, de 14 de dezembro de 2011) reflete a tendência moderna de reforçar a estabilidade e a segurança jurídica das demandas submetidas à esse modo alternativo de resolução de conflitos. Apesar dessa realidade, a doutrina portuguesa tem discutido situações específicas que motivam o afastamento da convenção arbitral. Entre os debates mais aquecidos, aparece o relativo à desconsideração da convenção arbitral por razões econômicas. Esse estudo se dedica ao referido tema, buscando compreender as hipóteses em que isso é possível, seus requisitos e limites. Metodologicamente, realizou-se uma análise teórica e abstrata (enfoque); bibliográfica e documental (coleta de dados); de natureza investigativa (produto final).

PALAVRAS-CHAVE: Convenção arbitral. Abuso de direito. Nova Lei de Arbitragem Portuguesa.

RESUMEN: La Nueva Ley de Arbitraje Portuguesa (ley n.º 63/11, de 14 de diciembre de 2011) refleja la tendencia moderna de reforzar la estabilidad y la seguridad jurídica de las demandas presentadas a este modo alternativo de resolución de conflictos. Pese esta realidad, la doctrina portuguesa ha discutido situaciones específicas que motivan la supresión del acuerdo de arbitraje. Entre los debates más acalorados, aparece el relativo a la deconsideración del acuerdo de arbitraje por razones económicas. Este estudio se dedica a ese tema, tratando de comprender las circunstancias en que esto sea posible, sus requisitos y límites. Metodológicamente, se realizó un análisis teórico y abstracto (enfoque); bibliográfico y documental (recopilación de datos); carácter de investigación (producto final).

PALABRAS CLAVE: Convención de arbitraje. Abuso de derecho. Nueva Ley de Arbitraje Portuguesa.

* Advogado em Minas Gerais; Mestre e doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal; Especialista em gestão universitária (MBA) pela Carta Consulta; Pesquisador visitante nas Faculdades de Direito das Universidades de Bolonha e Florença; Professor universitário nas Faculdades Arnaldo Janssen. Endereço eletrônico: cristianoerse@gmail.com

INTRODUÇÃO

A arbitragem tem, progressivamente, ocupado um papel de destaque na resolução de conflitos. O afastamento da competência dos tribunais estaduais por uma cláusula compromissória ou por um compromisso arbitral e a sua entrega à árbitros ou entidades arbitrais externas ao Estado é o centro gravitacional de todo o sistema e tem conquistado, a cada dia, mais relevância. A perspectiva de uma decisão mais célere e especializada fez com que essa seja a opção mais comum no comércio internacional contemporâneo, além de alavancar o seu uso também nas lides internas.

Frente a essa realidade, muitos países têm promovido alterações legislativas para proporcionar maior estabilidade e segurança aos casos submetidos à arbitragem. A lei portuguesa n.º 63/11 de 14 de dezembro de 2011 é, nesse sentido, um bom exemplo. O novo texto lusitano reflete as principais tendências doutrinárias acerca do tema e traz em seu bojo um número significativo de avanços em relação à norma anterior.

A evolução da matéria em Portugal não está, todavia, livre de polêmicas. A viabilidade da desconsideração dos efeitos da convenção de arbitragem por razões econômicas, seus requisitos e limites aparece como uma dessas questões que tem merecido atenção por parte da academia jurídica. Ocorre que, em diversas situações da vida prática, uma barreira econômica pode (efetiva e/ou potencialmente) inviabilizar a instauração fática da arbitragem, acarretando, em última análise, a não discussão do litígio em nenhuma das esferas. Referida gama temática é, sem dúvida, uma das mais instigantes e atuais no Direito arbitral português, razão pela qual apresenta-se esse estudo.

Dentro desse contexto, a desconsideração dos efeitos da convenção arbitral por razões econômicas foi delimitada e analisada, para fins desse trabalho, levando-se em consideração as seguintes hipóteses: i) insolvência de uma das partes; ii) insuficiência econômica (superveniente e anterior) das partes; iii) cláusulas gerais contratuais contendo convenções arbitrais; iv) desproporção acentuada dos custos da arbitragem em relação ao direito discutido.

1. A NOVA LEI DE ARBITRAGEM PORTUGUESA E A ESTABILIDADE DO MEIO[1]

Segundo Manuel Pereira Barrocas, a "[...] arbitragem constitui um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção entre as partes. (BARROCAS, 2013, p. 33)."[2]

Trata-se, portanto, de uma estrutura diferente daquela ofertada pelo Estado para a resolução de controvérsias. O processo arbitral permite um ambiente mais

1 O texto segue o padrão de formatação da ABNT e foi escrito em português do Brasil. Ressalte-se, entretanto, que existem algumas referências diretas retiradas de autores portugueses, o que pode eventualmente trazer uma grafia diferente da brasileira.

2 Esclarece o autor que o conceito apresentado se coaduna com a noção de arbitragem voluntária.

flexível, técnico, veloz, sigiloso e desburocratizado que o meio tradicional[3] (MARTINS; CARMONA, 1999, p. 1), atraindo a atenção do comércio internacional e tornando-se, nesse campo, o principal meio de solução de conflitos.[4] (CORREIA, 1989, p. 173). Também a elevada taxa de execução voluntária das decisões arbitrais — fruto, provável, das represálias sociais gravosas que podem surgir da inexecução para as partes em certos círculos comerciais (PINHEIRO, 2005b, p. 24) — e a facilidade no reconhecimento internacional das decisões arbitrais — decorrência, principalmente, do grande número de países signatários da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958) —, impulsionaram, entre outros fatores, o seu notável desenvolvimento na história recente da humanidade.

A popularidade atingida no comercio internacional influenciou, naturalmente, os ambientes domésticos, que passaram a utilizar a arbitragem em grande escala. Muitas das razões determinantes para a sua disseminação internacional podem ser constatadas no plano interno, gerando, em consequência disso, sua propagação para solução de conflitos de interesses nas esferas nacionais. A arbitragem é, sem dúvida, um verdadeiro fenômeno socioeconómico, que se firma e se impõe como um instrumento importantíssimo para a efetividade do direito moderno, repercutindo ferozmente nas legislações e no comportamento das sociedades contemporâneas. (BARROCAS, 2013, p. 48).

A arbitragem, nacional e internacional, ocupa, assim e progressivamente, lugar de destaque na solução de controvérsias. Por isso, muito importante a estabilidade proporcionada pelo afastamento da competência dos tribunais estaduais pela cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Para que os sistemas[5] arbitrais alcancem seus objetivos, é necessário que os ordenamentos jurídicos internos garantam estabilidade ao meio. Caso contrário, ao invés de soluções mais rápidas e adequadas, correríamos o risco de ampliarmos indefinidamente o universo de discussões, caminhando na contramão.

Essa realidade levou à criação de padrões internacionais para a área. Neste sentido, Jónatas E. M. Machado (2013, pp. 688-XXX??) informa que:

> [...] A comissão da ONU sobre o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), elaborou um documento designado por *Modelo de Regras de Arbitragem* para os contratos internacionais, representando o padrão básico de *procedural due process* neste domínio. A sua importância extravasa o direito comercial, já que as

3 Carlos Alberto Carmona defende a tese de que o que leva, essencialmente, à escolha pela arbitragem é o fato dela ser "um método diferente de julgar, mais arejado, mais técnico, menos burocrático." O autor reconhece que as dificuldades do Poder Judiciário corroboram para a propagação do sistema arbitral, mas entende que este não é o elemento fundamental. Segundo o ilustre jurista, "querem os contendentes outro método, outras proposições, outros princípios. Querem um outro sistema." (CARMONA, 2010, p. 8).

4 Estima-se que, atualmente, cerca de 90% dos contratos do comércio internacional contêm cláusulas arbitrais. (PINHEIRO, 2005a, p. 344). CLAY apud PINHEIRO (2005a, p. 344, nota 804) aduz que a arbitragem é cada vez menos uma justiça "alternativa" e cada vez mais uma justiça apropriada "para certo tipo de litígios".

5 Carlos Alberto Carmona reconhece na arbitragem um verdadeiro sistema com características próprias que a distingui de outros meios heterocompositivos de solução de controvérsias, como o processo ordinário estatal ou como os juizados especiais. O autor parte de uma concepção simplificada de sistema, considerando-o como "uma reunião ou combinação orgânica de preposições, princípios e métodos coordenados de molde a formarem um todo científico ou um corpo de doutrina, tudo voltado à produção de um certo resultado. (CARMONA, 2010, p. 7).

> mesmas são mobilizadas a título supletivo, como sucede na arbitragem comercial obrigatória sobre atividades na Área. Também no referido *Iranian-United States Claims Tribunal*, as regras da UNCITRAL foram seguidas praticamente à letra. Igualmente dignas de menção neste âmbito, são as regras de conciliação e arbitragem da câmara de comércio internacional, de Paris, conhecendo também uma ampla utilização, bem como a Convenção Inter-Americana de Arbitragem Comercial, celebrada em janeiro de 1975, no âmbito da OEA. O relevo dos Estados Unidos no comércio mundial justifica a utilização frequente, no plano internacional, das regras de arbitragem da *American Arbitration Association*. Nos contratos internacionais é comum a inclusão de uma cláusula compromissória, identificando o **fórum** arbitral de composição de conflitos e o direito aplicável.

Procurando otimizar a utilização da arbitragem, proporcionar maior segurança e, principalmente, alinhar-se com as estratégias globais, muitos países, entre eles Portugal, aprovaram novos textos legais.[6]

José Robin de Andrade (2012, p. 6), ao comentar a lei n.º 63/2011,[7] de 14 de dezembro, conhecida como Nova Lei de Arbitragem Voluntária (NLAV), confirma esse escopo ao relatar:

> [...] Sendo as soluções consagradas na nova Lei, tributárias, em larga medida, das soluções da Lei-Modelo da UNCITRAL (Lei-Modelo), que vêm sendo objeto de uma interpretação uniforme por parte da jurisprudência e da doutrina dos Países onde a mesma foi adoptada, espera a Direcção da APA que todo esse "acquis" doutrinal ajude a formar uma prática consistente e uma jurisprudência estável, que crie confiança nos cidadãos e nas empresas, nacionais e estrangeiras, garantindo que a arbitragem realizada em Portugal constitua um meio adequado, justo e eficaz de solução de litígios.

As questões relativas à convenção de arbitragem e seus efeitos merecem especial atenção. Convenção de arbitragem pode ser compreendida como um acordo de vontades, em que as partes submetem a resolução de um ou mais litígios (determinados ou determináveis) à arbitragem[8], podendo revestir duas formas: i) compromisso arbitral (litígio atual, ainda que afeto a um tribunal do Estado); ii) cláusula compromissória (litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual). É, portanto, um ato de autonomia da vontade que permite aos demandantes, desde que respeitada a legislação, encarregar a terceiros a decisão de suas controvérsias, estabelecendo, ainda, limites e procedimentos.

São válidas, para a NLAV, os pactos que estiverem, simultaneamente, em consonância com os artigos 1.º e 2.º da norma, isto é, quando um compromisso arbitral ou cláusula compromissória tenha como conteúdo uma questão arbitrável,[9] revestida dos requisitos estabelecidos pelo legislador.[10]

---

6 Mesmo países com longa tradição em arbitragem como a França têm reformado seus sistemas para atender aos requisitos da sociedade contemporânea. Na França, o Livro IV do *Code de precedure civile* foi revisto pelo *Décret* 2011-48, de 13 de janeiro. Cf.: GAILLARD, 2011. Sobre a proximidade das leis de arbitragem portuguesa e espanhola cf.: (PROL, 2013).

7 Sobre as origens da Nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa cf.: MENDES, 2012, pp. 7-11.

8 Este conceito é próximo ao apresentado na Convenção de Nova Iorque (artigo 2.º./1) e ao da Lei-modelo da UNCITRAL (artigo 7.º).

9 Cf.: Artigo 1..º da NLAV.

10 Cf.: Artigo 2..º da NLAV.

Apresentando essas características, as partes adquirem, concomitante e reciprocamente, um direito potestativo e uma sujeição quanto ao meio de resolução daqueles conflitos. Essa situação se traduz em efeitos positivos e negativos. A convenção permite que as partes possam (positivamente) invocar seu cumprimento judicial, sujeitando a outra às regras pré-estabelecidas, desde que de acordo com a NLAV (artigos 1.º e 2.º) - atribuindo ao tribunal arbitral a competência para julgar. (BARROCAS, 2013, pp. 163-167). Por outro lado, exclui (negativa), quando arguida, a jurisdição dos tribunais estaduais para julgar os litígios abrangidos por força da celebração válida da convenção.[11] (BARROCAS, 2013, p. 166). Essa concepção pode ser constatada no artigo 5, 1, da NLAV:

> Artigo 5..º Efeito negativo da convenção de arbitragem
>
> 1 – O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexequível. [...].

Em virtude da referida regra, o tribunal estadual português exerce um controle *prima facie* da convenção arbitral em situações excepcionais, nas quais esteja clara a nulidade, ineficácia ou inexequibilidade da convenção. (VICENTE, 2013, p. 21). As demais ficam a cargo do tribunal arbitral, regra conhecida como *Kompetenz-Kompetenz* (artigo 18 da NLAV).[12] (VIEIRA, 2012, p. 42). A centralização dessas questões no tribunal arbitral reflete o "*favor arbitrandum*" que inspira a lei portuguesa, evitando medidas dilatórias das partes envolvidas e corroborando para um ambiente de maior confiança em relação à utilização desse meio alternativo de resolução de controvérsias.

Tais premissas são reforçadas pelo instituto da "exceção de preterição de tribunal arbitral", presente no Novo Código de Processo Civil Português (NCPC).[13] O artigo 96 b, do NCPC estabelece a incompetência absoluta do tribunal estadual, em virtude da convenção de arbitragem, assinalando, porém, que essa não deva ser conhecida oficiosamente pelo tribunal regional (artigo 97.º, 1; 577, a; 578. do NCPC). O regime de conhecimento da exceção é, portanto, harmônico e coerente com a livre revogabilidade da convenção de arbitragem (artigo 4.º da NLAV).

---

11 Dário Moura Vicente apresenta uma visão ligeiramente diferente sobre os efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem. O autor afirma que o efeito positivo consiste na atribuição de competência ao tribunal arbitral para julgar o litígio ou litígios visados pela convenção de arbitragem, enquanto o efeito negativo se traduz na incompetência dos tribunais estaduais para conhecerem a demanda. (VICENTE, 2012, p. 21).

12 O efeito negativo da convenção de arbitragem portuguesa reflete as disposições fixadas no artigo II, n. 3.º, da Convenção de Nova Iorque e no artigo 8 da Lei-Modelo, nas quais o tribunal estadual deve remeter as partes à arbitragem nas questões compreendidas no escopo da convenção, exceto nos casos em que seja latente que a convenção é ineficaz ou a inexequível.

13 O antigo Código de Processo Civil também tratava da exceção de preterição de tribunal arbitral para obstar a apreciação do mérito da causa. Inteligência dos artigo 494..º, j; 288..º, 1, e; 493..º,2. (PORTUGAL, 1961).

2. DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM POR RAZÕES ECONÔMICAS

2.1 INSOLVÊNCIA DE UMA DAS PARTES

A primeira das questões que precisam ser abordadas dentro da temática escolhida é a da suspensão da convenção arbitral por insolvência de uma das partes, prevista no artigo 87.º do atual Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. (PORTUGAL, 2004). Vejamos:

> Artigo 87..º (Convenção de arbitragem)
> 1- Fica suspensa a eficácia das convenções arbitrais em que o insolvente seja parte, respeitantes a litígios cujo resultado possa influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis.
> 2 - Os processos pendentes à data da declaração de insolvência prosseguirão porém os seus termos, sem prejuízo, se for o caso, do disposto no n.º 3 do artigo 85. e no n.º 3 do artigo 128.

Trata-se de inovação trazida pela legislação de 2004, inspirada na *Ley Concursal* espanhola, notadamente no seu artigo 52.[14] (LEITÃO, 2012b, p. 174). Assim, em casos de insolvência, o efeito negativo da convenção de arbitragem é afastado e permite-se que a controvérsia seja decidida pelo juízo do Estado desde que: i) o encaminhamento ao juízo arbitral possa interferir economicamente no valor da massa (o que normalmente acontece); ii) a demanda não esteja submetida a um regime previsto em tratado internacional aplicável ao caso; iii) o processo arbitral ainda não tenha sido devidamente instaurado à data da declaração de insolvência, hipótese em que seu feito prosseguirá até o fim. (FERNANDES, 2009, p. 360).

A solução legislativa vai de encontro ao posicionamento, doutrinário e jurisprudencial, que já vinha sendo adotado anteriormente, mesmo com o silêncio dos, agora, revogados Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência e do Código de Processo Civil. Nessa seara, duas grandes linhas de argumentação eram suscitadas: i) a defesa da prevalência do princípio da universalidade de procedimento sobre a competência convencional (o compromisso arbitral e a cláusula compromissória); ii) não vinculação do insolvente à convenção arbitral com fundamento na alteração anormal das circunstâncias (de acordo com o artigo 437, n.º 1, do Código Civil). (EPIFÂNIO, 2012, p. 187)

Contudo, mesmo com a positivação do direito e seu consequente clareamento interpretativo, alguns problemas permanecem. A não suspenção dos efeitos da convenção de arbitragem já instituída (artigo 87, n.º 2) gera dificuldades práticas caso a massa não tenha recursos para despesas decorrentes dos encargos da arbitragem (intercorrentes ou finais), ensejando, pelo menos potencialmente, prejuízos à defesa dos direitos da massa (indiretamente dos credores e do insolvente) e ao transcurso regular da arbitragem. A princípio, a solução legal é a de habilitação dos eventuais créditos no

[14] Artículo 52. Procedimientos Arbitrales 1. Los convénios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. 2. Los procedimientos arbitrales em tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmezadel laudo, siendo de aplicación las normas contendias en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.

processo de insolvência, o que pode envolver, inclusive, o pagamento dos árbitros, da instituição arbitral, entre outros.

3. POR INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DAS PARTES

3.1 SUPERVENIENTE

A insuficiência econômica de uma das partes pode ocorrer sem a declaração de insolvência, provocando discussão sobre a viabilidade de não se considerar os efeitos da convenção de arbitragem. A NLAV não contém um dispositivo que regule explicitamente tal circunstância, suscitando incertezas.

Algumas decisões dos tribunais estaduais,[15] inclusive o constitucional,[16] anteriores à NLAV, sedimentaram o entendimento de que não é exigível o cumprimento da convenção de arbitragem quando, por dificuldades financeiras supervenientes à celebração de um compromisso arbitral ou de uma cláusula compromissória, uma das partes não tiver condições econômicas para suportar os encargos da arbitragem. Nesse sentido, Barrocas (2013, p. 245) expõe que

> [...] pode considerar-se que na ordem jurídica portuguesa é pacífico o princípio de que não pode ser imposta a realização de arbitragem à parte que, após a celebração da convenção, deixou de ter meios para suportar seus encargos.
> São dois os pressupostos da ineficácia da convenção de arbitragem por insuficiência econômica de uma das partes:
> 1. Que exista uma comprovada situação objetiva de insuficiência econômica de uma das partes para suportar os encargos com a arbitragem, invocada por essa parte;
> 2. Que essa impossibilidade tenha surgido após a celebração da convenção de arbitragem.

Os fundamentos jurídicos, embora variantes, consistem, basicamente, na: i) garantia constitucional de apoio e acesso à justiça (artigo 20, n.º 1, CRP); ii) afirmação do preenchimento dos pressupostos da impossibilidade objetiva (artigo 790 CC); iii) modificação contratual por alteração das circunstâncias (artigo 437. do CC).

Vejamos, inicialmente, o dispositivo constitucional:

> Artigo 20. Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva.
> 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. [...]

A funcionalidade do referido princípio constitucional é regulamentada pela lei 34/2004, norma que estabelece o regime de acesso ao direito e aos tribunais em Portugal e que tem como finalidade "[...] assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos".

---

15 Cf.: Acórdão de 18 de janeiro de 2000 (BMJ493/327; CJ Acs. STJ, Tomo I/2000); Acórdão de 09 de outubro de 2003 (processo 03B1604); Acórdão de 17 de janeiro de 2006 (publicado na Colectânea de Jurisprudência, ano 31, tomo I, pp.78-79); Acórdão de 2 de novembro de 2010 (processo n.º 99 1015). Síntese das referidas decisões são encontradas em: GOUVEIA, 2012, pp. 310-312.

16 Cf.: Acórdão de 30 de maio de 2008 (Ac. n.º 311/08, Proc. n.º 753/07).

Partindo-se da premissa de que o Estado português não presta apoio judiciário em ações arbitrais, a invocação de uma convenção de arbitragem para afastar a competência do tribunal estatal nas hipóteses de fragilidade econômica superveniente levaria, em última análise, à negação ao acesso a justiça, acarretando inconstitucionalidade. De um lado, a parte não poderia buscar seus direitos perante o Estado em razão do efeito negativo da convenção; de outro, não poderia pleitear junto ao tribunal arbitral em decorrência de uma barreira econômica intransponível. Nessa perspectiva, o cumprimento da convenção implica a denegação de justiça ao vulnerável financeiro. Assim, em determinadas circunstâncias, sendo incompatível a harmonização entre a liberdade negocial e a tutela jurisdicional efetiva, deve prevalecer o acesso à justiça. Essa foi a tônica do Acórdão n.º 311/08 proferido pelo Tribunal Constitucional, transcrito, parcialmente, a seguir:

> Não estando prevista a atribuição de apoio judiciário nos tribunais arbitrais, o cumprimento estrito desse acordo coloca o recorrido numa situação de *indefesa*. A situação conflitante nasce, precisamente, da impossibilidade de satisfação simultânea dos direitos pertinentemente invocados, ambos com tutela constitucional: o de liberdade negocial, como expressão da autodeterminação, a qual impõe a observância dos efeitos vinculativos do seu exercício sem vícios; o de tutela jurisdicional efectiva, que, nas circunstâncias concretas, aponta no sentido da inexigibilidade da sujeição a esses efeitos.
>
> E o modo como o problema se apresenta não permite uma solução que passe pela conciliação ou harmonização dos dois direitos em conflito, em termos de uma cedência recíproca deixar assegurada uma satisfação bastante de ambos. A concreta configuração dilemática deste conflito de direitos só admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um, com sacrifício total do outro: ou se cumpre a convenção de arbitragem, o que importará a denegação de justiça de uma das partes, por entraves de capacidade económica; ou, como único meio de garantir a este contraente o acesso à tutela jurisdicional efectiva, se dá como competente o tribunal judicial, o que significa negar eficácia ao livremente acordado na convenção de arbitragem. Em configurações deste tipo, o atendimento mínimo do interesse sacrificado só pode alcançar-se através da definição rigorosa dos pressupostos casuísticos que conferem "razões de prevalência" ao interesse tutelado.

Parte da doutrina tem, todavia, apontado dúvidas de natureza hermenêutica. Tanto a autonomia da vontade, quanto a garantia ao acesso à justiça, são direitos constitucionais. O artigo 335 do CC, n.º 1, aduz que "havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes". Destarte, frente às características do episódio real, dever-se-ia tentar, na medida do possível, ponderar e conciliar os direitos em choque, preservando o que for possível. Nesse sentido, Rita Gouveia (2012, p. 325) afirma que:

> [...] Verificando-se, assim, uma colisão de direitos, haverá que apurar, em concreto, se estão em causa aspectos nucleares de ambos os direitos, a natureza do caso e a condição e comportamento das partes, nada justificando o esmagamento total e muito **a priori** do direito emergente da convenção de arbitragem.
>
> Com efeito, a harmonização dos direitos conflituantes pode consistir na modificação da convenção de arbitragem no sentido de, por exemplo: sujeitar a arbitragem a um regulamento de custas e honorários menos dispendioso do que o contratualmente previsto pelas partes, constituir um tribunal arbitral singular em vez de um tribunal colegial, submeter o litígio a arbitragens institucionalizadas que prevejam a isenção de encargos em caso de insuficiência económica, etc.

Apesar de ser uma proposição lógica e concatenada, fundado em bons valores, no entender desse estudo, os exemplos dados não são plausíveis, pois o tribunal estadual não teria poderes para impor modificações dessa monta na convenção de arbitragem sem a concordância das partes.

José Miguel Júdice (2009, p. 184) também aborda alternativas capazes de harmonizar os direitos em conflito aparente, apresentando dois modelos de superação. O primeiro, típico de instituições de arbitragem, seria o de transferir à parte que deseja ver desencadeada a arbitragem os custos de preparo da parte faltosa, "se desejar que o processo prossiga sem que esta pague a sua parte". Essa solução não resolve, porém, a situação de forma plena, porque, como admite o próprio autor, "os custos com o mandatário da parte faltosa, seus peritos e deslocações de testemunhas não estão incluídos". Além disso, pode ser justamente a parte que pretenda procurar seus direitos que esteja em situação de dificuldade econômica. O segundo, baseado na prática alemã, é o de impor à parte não afetada pelo problema que suporte integralmente o ônus arbitral, incluindo honorários razoáveis de advogado, sendo, ao final, ressarcida de acordo com os temos do julgamento.

As sugestões têm, de fato, grande valia se forem parte integrante da convenção de arbitragem ou se estiverem inseridas nos regulamentos do tribunal arbitral indicado ou, até mesmo, se for uma faculdade concedida pelo tribunal à parte saudável economicamente. Porém, inexistindo uma dessas situações, acredita-se que não será possível ao tribunal estadual aplicá-las coercitivamente. Novamente, incorreríamos em modificação exagerada do pacto arbitral, sacrificando demasiadamente uma das partes.

Por conseguinte, embora reconheçamos a importância de se procurar harmonizar direitos em confronto, não vislumbramos, por enquanto, hipóteses passíveis de conciliação. Entendemos correta, desse modo, a interpretação do Tribunal Constitucional de que a configuração deste conflito aceita somente uma solução optativa, favorável ao livre acesso à justiça.

Referido argumento, nos parece, forte e satisfatório para fundamentar, por si só, a desconsideração dos efeitos da convenção arbitral em boa parte dos casos de insuficiência superveniente, mas a sua aplicação sofre restrições. Objetivamente, as pessoas jurídicas com fins lucrativos e aos estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada não gozam dos benefícios do apoio judiciário, conforme exposto no artigo 7 da lei n.º 34/2004 (modificado pela lei 47/2007), fato este que bloqueia a utilização do preceito inconstitucional por parte dessas instituições. Joaquim Sherman de Macedo (2009, p. 229), esclarece que:

> Uma vez que as pessoas colectivas com fins lucrativos não são elegíveis para efeitos de apoio judiciário nos termos definidos pela lei ordinária, a não concessão de apoio judiciário nos tribunais arbitrais já não pode considerar-se como colocando estas numa situação de falta de defesa que justifique o sacrifício da convenção de arbitragem. Ou seja, quer nos Tribunais Judiciais, quer nos Arbitrais, as pessoas colectivas com fins lucrativos terão que suportar os respectivos custos. Quando impossibilitadas de o fazer, poderão obviamente recorrer aos meios previstos no Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Diante desse quadro, torna-se de significativo interesse apreciar os fundamentos jurídico-civis que têm sustentado o não cumprimento da convenção de arbitragem nessas hipóteses, isto é, a aplicação do artigo 790, n.º 1 ou do 437 do CC, n.º 1.

Informa o artigo 790, n.º 1, do CC que a "obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor". Refere-se o dispositivo, para maior parte da doutrina portuguesa, à impossibilidade superveniente, objetiva, absoluta, definitiva. (GOUVEIA, 2012, p. 314).

Nessa esteira, José Carlos Brandão Proença (2011, p. 168-169) nos ensina que:

> Podemos afirmar sem erro que o legislador adoptou como **padrão** da impossibilidade com efeito exoneratório a **impossibilidade objectiva, absoluta, definitiva e total**. A impossibilidade diz-se **objectiva** sempre que o devedor esteja impedido de cumprir por razoes que não dizem respeito à sua pessoa (por ex., o empreiteiro não pode entregar a obra dado que esta ruiu por razões de força maior). Este impedimento é, em si mesmo, uma barreira (objectiva) **inultrapassável pelo devedor ou por qualquer outra pessoa que o possa substituir** (por ex., o bem precioso a entregar pereceu ou a adega onde se encontrava o vinho de uma colheita especial a engarrafar ficou completamente destruída). A impossibilidade objectiva é, assim e em regra, uma impossibilidade **absoluta** na medida em que o impedimento é um obstáculo inultrapassável ("cui resisti non potest") mesmo com esforços suplementares. Por outras palavras, mesmo que o devedor estivesse disposto a sacrifícios enormes não poderia cumprir. Nem ele, nem qualquer outra pessoa. A impossibilidade é **total** quando recai sobre toda a prestação ou sobre o conjunto de prestações cumulativas ou alternativas. A impossibilidade diz-se definitiva quando não for possível o seu cumprimento, por razões físicas ou pela circunstância de não interessar ao credor a sua recepção tardia.

A impossibilidade subjetiva somente ganha contorno e o tratamento do artigo 790, n.º 1, quando tiver natureza infungível. (PROENÇA, 2011, p. 171). É o que se deduz da leitura do artigo 791: "A impossibilidade relativa à pessoa do devedor importa igualmente a extinção da obrigação, se o devedor, no cumprimento desta, não puder fazer-se substituir por terceiro".

Os requisitos presentes no artigo 790, n.º 1, do CC não são, a nosso ver, atendidos no caso geral aqui estudado. A impossibilidade é relativa à parte, tendo caráter subjetivo e não objetivo. A alteração da situação econômica da parte é, a princípio, um fato temporário. E principalmente, a falta de recursos financeiros não configura uma impossibilidade absoluta da prestação, mesmo sem culpa do devedor.[17] Nesse sentido, convém citar a lição de Antunes Varela (1997, p. 68):

> Para que a obrigação se extingua, é necessário, segundo a letra e o espírito da lei, que a prestação se tenha tornado verdadeiramente **impossível**, seja por determinação da lei, seja por força da natureza (caso fortuito ou de força maior) ou por acção do homem. Não basta que a prestação se tenha tornado **extraordinariamente onerosa** ou **excessivamente difícil** para o devedor, como pode suceder com frequência nos períodos de mais acentuada inflação monetária ou de súbita valorização de certos produtos.
>
> Causa a extinção da obrigação é a **impossibilidade** (física ou legal) da prestação (a que pleonasticamente se poderia chamar **impossibilidade absoluta**), não a simples **difficultas praestandi**, a impossibilidade relativa.

Ao consagrar referido regime, o legislador português optou manifestamente por impedir as incertezas e riscos de arbítrio que podem resultar de uma orientação

[17] Cf.: GOUVEIA, 2012, pp.314-xxx?; (MACEDO, 2009, passim).

oposta. No entanto, também expressamente, trouxe algumas atenuações como, por exemplo, o artigo 437 que trata da resolução e alteração de contratos. (COSTA, 2011, p. 1075). Frente a essas constatações, consideramos que o artigo 790, n.º 1, não sustenta a desconsideração dos efeitos de uma convenção de arbitragem.

Melhor, sem dúvida, a fundamentação com sede no artigo 437, n.º 1, do CC:

> 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. [...]

A resolução ou modificação do contrato é propositalmente genérica, permitindo, com isso, que, diante do caso concreto e observando o princípio da boa-fé e a base contratual, o tribunal possa ou não conceder a resolução ou modificação do acordo de vontades (LIMA; VARELA, 1987, p. 413), desde que estejam presentes alguns requisitos: i) a alteração relevante diga respeito à circunstância em que se alicerçou a decisão de contratar; ii) as circunstâncias tenham sofrido uma alteração anormal; iii) que a estabilidade do contrato envolva lesão para uma das partes; iv) a manutenção do contrato ou de seus termos afete gravemente os princípios da boa fé; v) a situação não se encontre abrangida pelos riscos próprios do negócio. (COSTA, 2011, pp. 336-340).

A possibilidade efetiva de tutelar direitos através da arbitragem é um "entendimento-pressuposto" dos respectivos outorgantes, sendo, portanto, a disponibilidade de meios um elemento que integra a base objetiva causal do negócio jurídico autónomo (convenção de arbitragem). Existindo alteração anormal (incapacidade econômica), a parte vulnerável sofre lesão ao seu direito fundamental de acesso à justiça, ilustrado no conflito de direitos tratado anteriormente. O desequilíbrio contratual causado pela dificuldade financeira e a prevalência do direito fundamental provocam, a luz do princípio da boa-fé, a inexigibilidade da obrigação. A falta de dinheiro para promover a arbitragem não pode também ser considerada um risco próprio da convenção de arbitragem, ligados, como bem afirma Sherman de Macedo, "às vicitudes da constituição, funcionamento, actividade do tribunal, ao risco de inarbitrabilidade do litígio, à eventual violação de normas e princípios que determinem uma futura anulação da decisão proferida pelos árbitros, às complexidades da realização de arbitragens multi-partes" (MACEDO, 2009, p. 240), entre muitos outros.[18] Preenchidos, portanto, todos os requisitos do artigo 437.

Evidentemente, a utilização do mencionado dispositivo deve ser realizada com o máximo de cuidado e diligencia, visto que a caracterização de cada um dos pressupostos legais carece de apreciação casuística, consonante às peculiaridades dos fatos em discussão.

Por fim, há de se observar que, nos moldes do n.º 2 do artigo 437.º do CC, a parte que esteja em situação de poder resolver ou modificar a convenção de arbitragem por

[18] Cf.: (MACEDO, 2009, p. 240). Em sentido divergente, defendendo a não-aplicação do artigo 437 nas hipóteses de insuficiência econômica superveniente cf.: (GOUVEIA, 2012, *passim*)

mudança na conjuntura e opte pela resolução deve, igualmente, sujeitar-se ao direito da contraparte de optar pela modificação dos termos da convenção. Parece-nos boa e justa a solução de conferir, à parte contra quem é invocada a resolução da convenção de arbitragem, o direito de optar pela manutenção da convenção e da consequente jurisdição arbitral, oferecendo-se para adiantar ou efetivamente suportar os respectivos custos, proporcionalmente às dificuldades econômicas. (MACEDO, 2009, p. 242).

3.2 ANTERIOR

E se a insuficiência econômica de uma das partes for anterior ou simultânea à convenção de arbitragem? Poderá ela se furtar da obrigação convencional? Há como suscitar o direito constitucional de acesso ao judiciário?

A princípio, não. A resposta passa, a nosso ver, pela aplicabilidade da técnica do "abuso de direito",[19] na modalidade *venire contra factum proprium* (vedação do comportamento contraditório).

Deixando-se de lado, por uma questão de objetividade, os debates teóricos que tentaram conceituar, justificar e estabelecer critérios sobre o abuso de direito, adotaremos, para fins de estudo, a proposição de Coutinho de Abreu (1983, p. 43), por sua clareza e síntese. Segundo o ilustre professor: "Há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem".

O abuso de direito está positivado no código civil português de 1966, mais precisamente no artigo 334, que arrazoa ser "ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito". Assim, a mensuração do que pode ou não ser considerado exercício legítimo de determinado direito será dado pela boa fé, pelos bons costumes e pela função social e/ou econômica desses direitos.

A proibição de comportamento contraditório é uma modalidade clássica de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança – consequência da função integrativa de boa-fé objetiva. Com referido princípio, obsta-se que alguém possa contradizer seu comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. Sobre o instituto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 708) explicam:

> Há, destarte, uma sequência de dois comportamentos incoerentes entre si: um primeiro comportamento (o **factum proprium**), que desperta uma determinada confiança, e um outro sequencial (o **venire**), que assaca contra a confiança despertada anteriormente (incoerência valorativa).
>
> Sanciona-se como inadmissível toda pretensão que, isoladamente analisada, estaria no campo da licitude, mas descamba para a ilucitude em face da sua compreensão a luz de um comportamento anterior praticado pelo mesmo sujeito. Seguramente, o seu **fundamento** está na confiança despertada no outro que está de boa-fé, em razão de uma primeira conduta realizada.

[19] Para aprofundamento sobre a teoria do abuso de direito cf.: FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 695; ABREU, 1983, p. 15; JOSSERAND, 1927; SÁ, 1973, p. 456; NEVES, 1967.

A invocação da tutela constitucional de acesso à justiça por quem, desde a assinatura da convenção de arbitragem, já se encontrava em situação de insuficiência econômica, para se eximir do cumprimento da mesma, enquadra-se, perfeitamente, dentro dos elementos essenciais (caracterizadores) para a proibição de comportamento contraditório. Vejamos: i) conduta inicial (convenção de arbitragem); ii) legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial (produção dos efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem – incompetência absoluta do juízo estadual); iii) comportamento contraditório em relação à conduta inicial (não cumprimento da convenção arbitral, mesmo que nenhuma circunstância superveniente relevante tenha ocorrido); iv) prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição (descumprimento obrigacional e utilização de um método de resolução de conflitos diferente).

Não há, igualmente, respaldo no campo do direito civil. O artigo 401. do CC versa sobre a nulidade do negócio jurídico por impossibilidade originária, mas deixa explícito, no n.º 3, tratar-se de entrave de natureza objetiva[20].

Admitimos, porém, exceções. Se comprovado, por exemplo, que a outra parte tenha agido com má-fé na estipulação da convenção de arbitragem, aproveitando-se de conhecida fragilidade econômica do contratante vulnerável, não se aplica a regra, porquanto a expectativa seria também ilegítima.

4. CLÁUSULAS GERAIS CONTRATUAIS

Os contratos, na sua visão tradicional, derivam de uma discussão precedente entre negociadores livres que contribuem e interferem na sua efetiva elaboração. Todavia, com o passar do tempo e a evolução do capitalismo moderno, muitas cláusulas passaram a ser redigidas de antemão e unilateralmente por um dos contratantes, principalmente nas relações de consumo. São as chamadas cláusulas gerais contratuais ou contratos de adesão. (COSTA, 2011, pp. 243-244). Antunes Varela (2000, p. 253), sobre o assunto, anota que

> [...] determinadas empresas, explorando certos ramos de atividade comercial ou industrial ou a prestação de determinados serviços, em lugar de discutirem caso por caso o conteúdo dos contratos que celebram com os seus clientes, adoptam determinados **padrões** ou **modelos** que utilizam na generalidade dos seus contratos. Depois, seja porque a empresa tem o monopólio da atividade que explora, seja porque igual atitude é tomada por todas as empresas concorrentes (pondo em jogo a força resultante da sua fácil união com a **fraqueza** relativa da outra parte, proveniente da sua debilidade económica ou da dispersão dos seus membros), os particulares, necessitados de celebrar o contrato, são forçados pelas circunstâncias a aceitar o modelo que de certo modo lhes é imposto. Eles são livres apenas para **aderir ao modelo**, **padrão** ou **cláusula** que lhes é oferecida, ou de a **rejeitar**, não de **discutirem** ou **alterarem** o **conteúdo** da proposta. Não há aqui, por conseguinte, a livre discussão entre as duas partes,

[20] Exemplificando o que seria uma impossibilidade originária objetiva, Antunes Varela explica que "é impossível a obrigação de entregar um objecto que foi anteriormente consumido por um incêndio; mas não é impossível a obrigação assumida por um cego de **vigiar** uma casa, nem a obrigação assumida por uma fábrica quanto a um fornecimento que exceda a sua capacidade de laboração. Nesses últimos casos não há impossibilidade em relação ao objecto (impossibilidade **objectiva**), mas em relação a pessoa que se obriga (impossibilidade **subjectiva**). (LIMA, 1997, p. 351).

> que salutarmente costumava preceder a fixação do conteúdo do contrato e da qual nascia a seiva ético-jurídico do negócio bilateral.

A medida que esse tipo de cláusula foi se alastrando mundo afora, sentiu-se a necessidade de regulá-las para evitar abusos. Em Portugal, a norma que aborda o tema é o DL n.º 446/85. O seu âmbito de aplicação encontra-se inserido no artigo 1.º, abrangendo as "cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar" (n.º 1) e também aquelas " inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar" (n.º 2), cabendo o "ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo" (n.º 3).[21]

O DL 446/85 dispõe sobre cláusulas gerais consideradas absoluta e relativamente proibidas. Nas relações envolvendo apenas empresários e entidades equiparadas aplicam-se as regras dos artigos 18.º (proibição absoluta) e 19.º (proibição relativa). Naquelas em que figuram um consumidor final, além das hipóteses dos dispositivos acima mencionados (artigo 20.º), são empregadas também as que estão presentes nos artigos 21 e 22.º

Face o referido contexto, doutrina e jurisprudência portuguesas passaram a discutir se uma convenção de arbitragem resultante de um contrato de adesão poderia atribuir competência exclusiva a um tribunal arbitral ou se, ao contrário, apesar da validade da convenção, a parte aderente poderia optar pela arbitragem ou pela justiça estadual. Isso porque o artigo 21 do DL 446/85, alínea h, aduz serem absolutamente proibidas cláusulas gerais que "excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei".

A decisão proferida pelo STJ retrata a tese favorável à possibilidade de exclusividade do juízo arbitral, expondo que:

> Há de se interpretar devidamente o conteúdo do citado artigo 21, alínea h) do declei 446/85.
>
> Analisando o texto da referida cláusula, facilmente se constata que ela é composta por duas orações, ligadas pela conjunção " ou ".
>
> A expressão "ou" é uma conjunção disjuntiva, que indica uma alternativa.
>
> Assim, o texto do mencionado artigo 21, alínea h) contempla três situações distintas:
>
> - cláusulas que excluam de antemão a possibilidade de requerer a tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes;
>
> - cláusulas que limitem de antemão a possibilidade de requerer a tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes:
>
> - cláusulas que prevejam as modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei.
>
> Por isso, o que tal alínea pretende evitar é que uma das partes em litígio impeça

[21] Estão excluídas do âmbito de aplicação da lei, de acordo com o Artigo 3..º: a) A cláusulas típicas aprovadas pelo legislador; b) A cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal; c) A contratos submetidos a normas de direito público; d) Actos do direito da família ou do direito das sucessões; e) A cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

> a outra de recorrer às instâncias judiciais, sempre que elas, à partida, não tenham validamente estabelecido o recurso exclusivo ao tribunal arbitral.

Discordamos, porém, desse entendimento. A existência de uma cláusula arbitral que confira ao tribunal arbitral competência exclusiva e que culmine na incompetência absoluta do tribunal estadual é, por si só, um limitador da tutela judicial. Ainda que perfilhemos o entendimento de que o tribunal arbitral seja, também, um instrumento de tutela judicial, não se pode negar que a exclusividade do meio restringe as ações da parte. O estabelecimento do recurso exclusivo ao tribunal arbitral sem negociação real entre as partes, fruto de imposição fática, fere o espírito da norma, devendo ser considerado nulo. A melhor interpretação do artigo 21, h, do DL 445/85 é na direção de reconhecer que a arbitragem assumiria, no máximo, o papel de alternativa para o aderente, e não de único caminho.

O direito brasileiro traz, nesse sentido, alguns bons parâmetros. O artigo 4.º, § 2.º, da Lei n.º 9.307/96 (Lei de Arbitragem) informa que nos contratos de adesão "[...] a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula."

Por sua vez, o artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa dos Consumidores brasileiro, considera nulas de pleno as cláusulas contratuais gerais que "determinem a utilização compulsória de arbitragem". Em conhecido acórdão, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, Nancy Andrighi, expõe as razões de ser desse posicionamento na legislação tupiniquim:

> O legislador, inspirado na proteção do hipossuficiente, reputou prejudicial a prévia imposição de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no ato da contratação, o consumidor carece de informações suficientes para que possa optar, de maneira livre e consciente, pela adoção dessa forma de resolução de conflitos.
> Via de regra, o consumidor não detém conhecimento técnico para, no ato de conclusão do negócio, avaliar as vantagens e desvantagens inerentes à futura e ocasional sujeição ao procedimento arbitral. Ainda que o contrato chame a atenção para o fato de que se está optando pela arbitragem, o consumidor, naquele momento, não possui os elementos necessários à realização de uma escolha informada. (REsp 1.169.841-RJ)

A despeito das diferenças legislativas, o espírito e a lógica a serem seguidos em ambos os ordenamentos, brasileiro e português, nos parecem similares. Uma interpretação[22] teleológica do DL 446/85 incita-nos a considerar, em regra, abusiva, face as circunstâncias das cláusulas gerais contratuais, as convenções de arbitragem que excluam completamente a justiça estadual.

Mas, independente da discussão acima exposta, aceitando ou não a exclusividade do juízo arbitral, a desconsideração da convenção de arbitragem por questões econômicas

[22] É certo que toda legislação está sujeita à interpretação, não somente as obscuras e ambíguas, até porque, como bem retrata Degni, a clareza da norma é relativa. Uma lei pode parecer simples a quem a examinar superficialmente, mas complexa para quem verifica outros elementos como seus fins, precedentes históricos, conexões sociais, etc. Para aprofundar-se no tema cf.: DEGNI, 1909 apud DINIZ, 2011, p. 78; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 109, passim; DINIZ, 2011, p. 80 passim; GONÇALVES, 2012, p. 80; PEREIRA, 2001, p. 199.

ainda assim será plausível, seja ela motivada por fatos supervenientes ou prévios. Por causas posteriores à realização do contrato, pelos motivos tratados nos itens anteriores e pela limitação que a dificuldade financeira acarreta para acesso ao tribunal. Por causas anteriores, pelo fato de não se poder alegar a *venire contra factum proprium*, já que não há de fato uma negociação e, portanto, um comportamento contraditório.

5. DESPROPORÇÃO ACENTUADA DOS CUSTOS DA ARBITRAGEM EM RELAÇÃO AO DIREITO DISCUTIDO

Questão das mais tortuosas é a que se refere à desproporção notória e relevante (exagerada) dos custos da arbitragem[23] em relação ao direito discutido, ou seja, quando, apesar da condição econômica favorável das partes e da validade jurídica da convenção de arbitragem, o elevado valor da prestação de serviço se transforma em um obstáculo fático quase que instransponível diante da análise custo-benefício.

Em regra, tais circunstâncias não desencadeiam a desconsideração dos efeitos da convenção arbitral. A autonomia das partes, a livre iniciativa, a liberdade negocial, o respeito aos contratos, etc., fundamentam, facilmente, essa posição, até porque a desproporção custo-benefício é igualmente percebida na justiça estadual.

No entanto, existem, a nosso ver, situações extremas em que a "exceção de preterição de tribunal arbitral" conduz, única e exclusivamente, a não discussão de demandas e à consolidação de práticas de enriquecimento indevido. Para ilustrar nossa afirmativa, partiremos de um exemplo hipotético verossímil.[24] Imaginemos:

- A, B, C e D sejam sócios de uma sociedade por quotas denominada SE com sede e atuação na cidade de Coimbra/Portugal;
- a distribuição das quotas seja a seguinte: A (55%); B (15%); C(15%) e D (15%);
- o contrato social de SE, datado e registrado em 01 de janeiro de 2012, atribua a A a função de sócios-gerentes;
- B, C, e D sejam sócios investidores que ingressaram na sociedade, em razão das boas perspectivas de lucros demonstradas no plano de negócios apresentado por A, em tratativas anteriores à constituição social;
- a sociedade venha, de fato, obtendo lucros consideráveis desde o início de suas atividades, mas que estes lucros estejam sendo retidos em reservas várias e, em parte, investidos nas atividades empresariais;
- o sócio-gerente (A) receba remuneração anualmente atualizada, bem como gratificação anual, deliberadas em assembleia;
- os sócios B, C e D nada receberam da sociedade SE e votaram contra as propostas de aplicação de resultados;
- haja no contrato social, originalmente assinado por todos os sócios, uma convenção de arbitragem (cláusula compromissória) determinando que todas as questões relativas à impugnações das deliberações sociais serão decididas por uma Câmara de Arbitragem localizada na França;

23 Sobre custos da arbitragem cf.: MARQUES, 2013, pp. 97-137; JÚDICE, 2013, pp.139-166.

24 Caso parecido, porém sem convenção de arbitragem, é abordado por ABREU, 2009, pp. 33-47. Para ampliar os estudos envolvendo direito societário e arbitragem cf.: SANTOS 2012; DIAS, 2012; pp. 291-304; CARAMELO, 2011, pp. 8-64.

- os sócios A, B, C e D tenham condições econômicas suficientes para arcar com os custos de instalação da arbitragem;
- os custos para a instalação da arbitragem seja de 300.000,00 euros, o que corresponde a três vezes o valor das reservas sociais de SE;
- os sócios B, C e D tenham tomado conhecimento dos altíssimos valores que envolvem a arbitragem institucional na França somente após o mal estar causado pela retenção dos lucros.

No exemplo apresentado, nenhuma das partes pode alegar insuficiência de fundos para iniciar a arbitragem. A convecção faz parte de um acordo de vontades (contrato social) escrito, assinado e registrado. Não há vício formal, nem aparente. O contrato não é de adesão, pois as partes puderam discutir e influenciar o seu conteúdo material, não se aplicando, portanto, a legislação sobre cláusulas contratuais gerais.

Por outro lado, a atribuição a um órgão arbitral localizado na França e com custos elevadíssimos é, sem dúvida, um obstáculo real e relevante ao exercício da impugnação das deliberações sociais abusivas. O custo-benefício de encaminhamento à arbitragem mostra-se, nos termos propostos, inviável (para o padrão do homem médio), visto que os sócios B, C e D teriam que arcar, para simples instalação, com o corresponde a três vezes o valor das reservas que pretendiam ver distribuídas. O efeito negativo da convenção de arbitragem somado à quase irrealizável condição financeira da prestação de serviços poderiam gerar expropriação dos créditos relativos às participações sociais e a um enriquecimento desmerecido do sócio A.

Esse quadro conduz-nos à formulação de novas perguntas: Teriam os sócios B, C e D que suportar tais ônus? Seria esse um preço a se pagar pela negligência de não terem verificado os custos da arbitragem? Deverá prevalecer a manifestação de vontade, realizada de forma livre e autônoma, mesmo que ela conduza à consolidação de práticas em desconformidade com o direito[25] e, principalmente, com os ideais de justiça?

A resposta para tais questões passa novamente pela aplicabilidade ou não da técnica do "abuso de direito", presente no artigo 334 do Código Civil Português. Parece-nos que o objetivo funcional dos efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem é o de garantir que determinadas questões de natureza patrimoniais possam, quando as partes assim o desejarem, ser decididas por um método diferente daquele ofertado pelo Estado, permitindo, desse modo, uma apreciação mais adequada, rápida e técnica (razões determinantes para o sucesso arbitral).

Entretanto, na hipótese apresentada, percebe-se a existência de uma discrepância entre esse objetivo e o que realmente ocorre na prática. Uma possível "excepção de preterição", baseada na convenção de arbitragem válida (que cumpre os requisitos à letra da norma), não teria o condão de direcionar a controvérsia para o tribunal de

25 A desconformidade do direito no exemplo dado pode ser facilmente deduzida por uma simples leitura do Artigo 217 do CSC: "(Direito aos lucros do exercício) 1 - Salvo diferente cláusula contratual ou deliberação tomada por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social em assembleia geral para o efeito convocada, não pode deixar de ser distribuído aos sócios metade do lucro do exercício que, nos termos desta lei, seja distribuível. 2 - O crédito do sócio à sua parte dos lucros vence-se decorridos trinta dias sobre a deliberação de atribuição de lucros, salvo diferimento consentido pelo sócio; os sócios podem, contudo, deliberar, com fundamento em situação excepcional da sociedade, a extensão daquele prazo até mais sessenta dias. 3 - Se, pelo contrato de sociedade, os gerentes ou fiscais tiverem direito a uma participação nos lucros, esta só pode ser paga depois de postos a pagamento os lucros dos sócios." (PORTUGAL, 1986).

arbitragem, e sim de negar o exercício de qualquer jurisdição. **A** detendo a maioria da participação societária, além de ser o administrador da sociedade, jamais sofrerá com deliberações abusivas e, desse modo, não precisará se socorrer à arbitragem institucional de alto custo. Configurada estaria uma verdadeira armadilha aos interesses dos sócios B, C e D.

Associando os fatos à definição de abuso de direito adotada, podemos concluir pela caracterização do abuso:

> Há abuso de direito quando um comportamento (invocação da excepção de preterição), aparentando ser exercício de um direito (cumprimento da convenção de arbitragem), se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento (encaminhamento do litígio ao tribunal arbitral institucional) e na negação de interesses sensíveis de outrem (negativa da discussão sobre as deliberações sociais).

Em relação ao artigo 334, a hipótese seria o de abuso de direito por exceder, manifesta e simultaneamente, os limites impostos pela boa fé, fim social e econômico.

E o que precisaria ser comprovado? A intenção ou a simples contradição entre o fim da norma e a execução?

Basta, a nosso sentir, a demonstração objetiva da deformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo. Caso contrário, o funcionamento do mecanismo ficaria seriamente prejudicado pelas inúmeras dificuldades de verificação do elemento subjetivo. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 697) defendem

> [...] não ser aconselhável investigar a intenção e a vontade do agente para qualificar o ato abusivo, sob pena de retorno à noção psicológica de dolo e culpa que caracterizava a remota teoria dos atos emulativos. Em sentido contrário, o método objetivo é mais adequado, pois faz decorrer a intensão do próprio ato danoso, isto é, de elementos materiais suscetíveis de demonstração imediata.

Mas bons e fortes argumentos opostos merecem ser assinalados. Afinal, a própria arguição do abuso de direito para fugir dos efeitos da convenção de arbitragem pode ser vista como abusiva. Estaríamos diante do clássico princípio do *venire contra factum proprium* (vedação do comportamento contraditório)?

Pelo menos no episódio em estudo, não corroboramos com essa ideia. O *venire contra factum proprium,* para caracterizar hipótese de abuso de direito, tem como fundamento a ruptura da confiança despertada no outro que está de boa fé, em razão de uma primeira conduta. Com os fatos expostos, é fácil vislumbrar que B, C e D não agiriam da forma que fizeram se tivessem consciência do elevado custo. De outro lado, infere-se que A não tinha uma expectativa legítima, pois, mais do que a escolha de um método alternativo, é a inviabilidade de se discutir que lhes interessava. Note-se que, no caso, sequer ruptura de confiança de A haveria, a menos que se considere a fidúcia em não levar questões desse cariz à decisão de um terceiro imparcial.

Apesar de admitirmos a adoção do abuso de direito para fins de desconsideração da convenção de arbitragem nesse exemplo e em outras situações similares (análogas ou não) a esta, importa ser cauteloso em tal procedimento, sob pena de abrirmos uma perigosa porta para condutas oportunistas, que tendem a enfraquecer a arbitragem.

Isso, sem dúvida, seria pernicioso, não só para esse meio alternativo de justiça, mas também para as próprias relações privadas contemporâneas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desconsideração dos efeitos positivos e negativos de uma convenção de arbitragem, seja por razões econômicas ou por outras, é um tema complexo e pungente. Nem a vulgarização das hipóteses de ruptura da exclusividade arbitral, nem, por outro lado, a absolutização das cláusulas convencionais, são saudáveis para os ordenamentos jurídicos diversos. É preciso buscar um equilíbrio, guiando-se, sempre, pelos ideais de justiça.

O presente estudo abordou o tema no direito português e concluiu que existem situações em que o afastamento da convenção arbitral por razões econômicas se justifica. São eles: i) insolvência de uma das partes; ii) Insuficiência econômica superveniente; iii) convenção de arbitragem sedimentada em contrato de adesão; iv) desproporção acentuada dos custos da arbitragem em relação ao direito discutido.

Em casos de insolvência de uma das partes, de acordo com o artigo 87 da NLAV, o efeito negativo da convenção de arbitragem pode ser afastado e a controvérsia pode ser decidida pelo juízo do Estado. Contudo, para que isso ocorra, alguns requisitos precisam estar presentes: i) que o encaminhamento ao juízo arbitral possa interferir economicamente no valor da massa (o que normalmente acontece); ii) que a demanda não esteja submetida a um regime previsto em tratado internacional aplicável ao caso; iii) que o processo arbitral ainda não tenha sido devidamente instaurado à data da declaração de insolvência, hipótese em que seu feito prosseguirá até o fim.

A insuficiência econômica de uma das partes posterior à realização da convenção é de igual modo uma causa para a desconsideração dos efeitos da convenção arbitral. Embora a NLVA não contenha um dispositivo específico que regule explicitamente essa situação, entendemos que a garantia constitucional de apoio e acesso à justiça (artigo 20, n.º 1, CRP) e previsão de modificação contratual por alteração das circunstâncias (artigo 437.º do CC) fundamentam solidamente essa hipótese.

A exclusividade do juízo arbitral também pode ser afastada quando tiver origem em um contrato de adesão. Citada hipótese encontra acostamento no artigo 21 do DL 446/85, alínea h, que aduz serem absolutamente proibidas cláusulas gerais que "excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei".

Por fim, desproporção acentuada dos custos da arbitragem em relação ao direito discutido pode ocorrer baseado no instituto jurídico do abuso de direito, sendo necessário, a nosso ver, apenas a demonstração objetiva da deformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de Direito:** ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais. (2ª reimpressão 2006). Coimbra: Almedina, 1983.

____. Diálogos com a Jurisprudência: deliberações dos sócios abusivas e contrárias aos bons costumes. **Direito das sociedades em revista**, Coimbra, ano 1, v. 1, 2009.

ANDRADE, José Robin de. Prefácio. In: MENDES, Armindo Ribeiro et al. **Lei de arbitragem voluntária anotada.** Coimbra: Almedina, 2012.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem:** LAV de 2011. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Lei n.º 8.078. (Código de Defesa do Consumidor) Brasília, 1990.

____. Lei n. 9.307. (Lei de Arbitragem). Brasília, 1996.

CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do Árbitro. **Revista internacional de arbitragem e conciliação**, Coimbra, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. Decisões arbitrais internacionais e sua revisão. In: CONGRESSO DO CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA PORTUGUESA, 4. Coimbra. **Anais**... Coimbra: Almedina, 2011.

CORREIA, António Ferrer. Da arbitragem internacional. In: **Temas de direito comercial, arbitragem comercial internacional, reconhecimento de sentenças estrangeiras, conflitos de leis.** Coimbra: Almedina, 1989.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações.** 12. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G Garth. **Dealing in Virtue:** international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: University of Chicago, 1996.

DIAS, Rui Pereira. Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa). In: CONGRESSO [DE] DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA, 2. **Anais**... Coimbra: Almedina, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário. Os Efeitos Processuais da Declaração de Insolvência. In: JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: olhares transmontanos. 1. Valpaços: Câmara Municipal de Valpaços, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2013. v. 1.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado.** Lisboa: Quid Juris, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral, .14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

GARTH, Bryant G. Garth. **Dealing in Virtue:** international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: University of Chicago, 1996.

GIMENEZ-CORTE, Cristián. Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: transnational law and how nation states lost the monopoly of legitimate enforcement (January 1, 2013). **Transnational Legal Theory**, v. 3, n. 4, 2012.

GOLDMAN, Berthold. Frontièris du droit et lex mercatória. **Archives de la philosophie du droit**, n.9 , 1964.

GONÇALVES, Carlo Roberto. **Curso de Direito Civil:** parte geral.10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. (E-book)

GOUVEIA, Rita. Convenção de arbitragem em caso de insuficiência económica. In: CONGRESSO [DE] DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA, 2. **Anais...** Coimbra: Almedina, 2012.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité:** théorie dite de l'abus des droits, Paris: 1927.

JÚDICE, José Miguel. Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional. **Revista Internacional de Arbitragem e Mediação**: Associação Portuguesa de Arbitragem, ano 2, Coimbra, 2009.

____. Fixação dos honorários dos árbitros. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação** Coimbra, v. 6, 2013.

JUENGER, Friedrich. The lex mercatória and private internacional law. 1997. In: **Uniform Law R.**, 5, 2000.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. **Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2005.

LEITÃO, Luís Miguel Teles de Menezes. **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2012a.

____. **Direito da Insolvência**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012b.

LIMA, Pires; VARELA, Antunes. **Código Civil Anotado** Coimbra: Coimbra, 1987. v. 1.

MACEDO, Joaquim Sherman. Sobre a qualificação civil da incapacidade de suportar os custos do processo arbitral por uma das partes. **Revista Themis**, ano 9, n.º 16, PÁGINAS CONSULTADAS Coimbra: Almedina, 2009.

MACHADO, Jónatas E. M. **Direito internacional:** do paradigma clássico ao pós-onze de setembro. 4. ed. , 2013.

MANIRUZZAMAN, A. F. M. The Lex Mercatoria and International Contracts: a challenge for international commercial arbitration? **American University International Law Review**, INFORMAR CIDADE, v. 14, n. 3, 1999.

MARQUES, João Paulo Remédio. Algumas notas sobre a determinação e fixação dos custos da arbitragem, incluindo os honorários dos juízes-árbitros. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra, 2013.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENDES, Armindo Ribeiro. A nova lei de arbitragem voluntária – evolução ou continuidade? **Revista internacional de arbitragem e conciliação.** n. 5 Coimbra, 2012.

NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-facto:** questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade. Coimbra: 1967. v. 1.

NOTTAGE, Luke R. The Procedural Lex Mercatoria: the past, present and future of international commercial arbitration. **Sydney Law School Research Paper,** n. 06/51; **CDAMS Discussion Paper** n. 03/1E. Sydney, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=838028>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil:** alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito Comercial Internacional.** Coimbra: Almedina, 2005a.

____. **Arbitragem transnacional:** a determinação do estatuto de arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005b.

PORTUGAL. Decreto-lei n.º 44.129, (Antigo Código de Processo Civil). Lisboa: 1961

____. Decreto-Lei 47344 (Código Cívil). Lisboa:1966.

____. Decreto-Lei n.º 446 (Regime jurídico das cláusulas gerais contratuais). Lisboa: 1985.

____. Decreto-Lei n.º 262 (Código das Sociedades Comerciais) Lisboa: 1986.

____. Lei n.º 34 (Lei de acesso ao direito e aos tribunais) Lisboa: INFORMAR EDITORA OU ÓRGÃO EDITOR, 2004.

____. Decreto-lei n.º 53 (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) Lisboa: 2004.

____. **Tribunal Constitucional.** Acórdão n.º 311. Lisboa: 2008.

____. Lei n.º 63 (Lei de arbitragem voluntária) Lisboa: 2011.

____. Lei n.º 41 (Novo Código de Processo Civil) Lisboa: 2013.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **Lições de cumprimento e não-cumprimento das obrigações.** Coimbra: Coimbra, 2011.

PROL, Frascisco G. As leis de arbitragem ibéricas: recentes alterações. In: Caldas da Rainha. **Anais...** Caldas da Rainha: APA, 2013.

SÁ, F. A. Cunha de. **Abuso do Direito**. (reimpressão 2005) .Coimbra: Almedina, 1973

SANTOS. Tânia Vanessa de Oliveira dos. **A arbitrabilidade das questões societárias:** a impugnação das deliberações sociais. 2012. 86 f. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses) - Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2012.

SCHMITTHOFF, Clive. Das neue Recht des Welthandels. In: **Rabels**, 28, 1964.

SOTO, Ricardo Alonso. Globalización y derecho comercial. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra:** internacionalização do direito no novo século. Coimbra: Coimbra, 2009.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado:** teoria e prática. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSSETI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança Corporativa:** fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral** . 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2

VICENTE, Dário Moura. Artigo 5.º da NLAV. In: ____ et al. **Lei de arbitragem voluntária anotada.** Coimbra: Almedina, 2012.

VIEIRA, Pedro Siza. Artigo 18 da NLAV. In: ____ et al. **Lei de arbitragem voluntária anotada.** Coimbra: Almedina, 2012.

RECEBIDO EM: 16/01/2016
APROVADO EM: 14/02/2016

O DESEJO MASCULINO COMO CONSTRUÇÃO DA SEXUALIDADE FEMININA NA REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO

MALE DESIRE AS A CONSTRUCTION OF FEMININE SEXUALITY IN THE REGULATION OF PROSTITUTION

Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso*

RESUMO: Em tempos atuais, os Estados considerados centrais têm-se dedicado ao debate da prostituição. Porém referido debate está fundamentado em fóruns internacionais que possuem a preocupação de encontrar soluções outras para a problemática da saúde pública ou, ainda, das fronteiras internacionais, ou seja, o tema da prostituição passa, dessa forma, a uma condição de segundo plano, já que é resultante dos discursos referentes ao controle do HIV ou, ainda, do tráfico de seres humanos para sua posterior exploração sexual comercial e/ou imigração ilegal. Neste talante, os Estados centrais prestam-se, tão somente, a definir conceitos sobre exercício e exploração da sexualidade, assim como estabelecer teorias de disciplina e/ou regularização e quiçá proibição da prostituição. Olvida, no entanto, que a prostituição é consequência de uma escolha fundamentada em elementos anteriores à sua prática, seja ela forçada, seja ela livre e, por isso, tais discursões elencadas pelos Estados centrais em nada contribuem para a garantia de um futuro diferente para essas mulheres que 'livremente' optaram pela prostituição, bem como não desestimulam a prática da exploração sexual futura de crianças e adolescentes, ou seja, a preocupação dos Estados com relação ao fenômeno da prostituição consiste, em tempos atuais no menoscabo do individuo prostituído, pois que promove uma verdadeira coisificação e porque não falar em invisibilidade do cidadão em prostituição. Tem-se, então, a falácia do Estado Democrático de Direito, posto que este, pelo menos no que se refere ao assunto da prostituição, tem-se demonstrado como patrocinador de violência, já que não assegura e ofende às garantias civis e políticas a que todos os cidadãos são possuidores por direito. A importância desse trabalho reside no fato de observar o discurso em torno da construção da sexualidade feminina quando da regulamentação da prostituição. Estaria o referido discurso fundamentado na proteção e reconhecimento dos agentes envolvidos na referida prática ou, somente, mantém os ditames machistas que fundamentam a construção social do patriarcado? Daí, pode-se, então, identificar a real existência da autonomia dessas cidadãs/mulheres ora prostituídas quando da eleição para o exercício da prostituição, posto que, somente a partir de então, podem os Estados, sejam eles centrais ou periféricos, estabelecer políticas e debates no sentido de prevenir a exploração dessas mulheres e o controle da prostituição infantil nos diferentes Estados.

* Doutora em Direito Penal pela Universidad Complutense de Madrid (España) onde investigou o crime de Tráfico de Seres Humanos e a interferência do marco do Código Penal Espanhol de 1995 para a prevenção de referido delito no âmbito da União Europeia. Atualmente, é professora da graduação e pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Católica de Pernambuco e líder do grupo de pesquisa Direitos Fundamentais: Instrumentos de concretização? (Plataforma Lattes).

PALAVRAS CHAVES: mulheres, políticas, prostituição, regularização.

ABSTRACT: In current times, the central states have been dedicated to the debate of prostitution. However, this debate is based on international forums that have the concern of finding other solutions to the problem of public health or, also, international borders, that is, the subject of prostitution thus becomes a condition of secondary, already Which is the result of discourses concerning HIV control or trafficking in human beings for subsequent commercial sexual exploitation and / or illegal immigration. In this sense, central states have only been able to define concepts about the exercise and exploitation of sexuality, as well as to establish theories of discipline and / or regularization and perhaps prohibition of prostitution. It nevertheless forgets that prostitution is the result of a choice based on elements prior to its practice, whether it is forced or free, and therefore such discourses set forth by the central States do nothing to ensure a different future for These women who 'freely' have opted for prostitution, and do not discourage the practice of future sexual exploitation of children and adolescents, that is, the concern of States with regard to the phenomenon of prostitution is, in modern times, Which promotes a true condemnation and why not talk about the invisibility of the citizen in prostitution. There is a fallacy of the Democratic State of Law, since it, at least as far as prostitution is concerned, has been shown to be a sponsor of violence, since it does not insure and offend civil and political That all citizens are owners by right. The importance of this work lies in the fact of observing the discourse around the construction of female sexuality when regulating prostitution. Is this discourse based on the protection and recognition of the agents involved in the said practice or does it only maintain the macho dictates that underlie the social construction of patriarchy? Hence, it is possible to identify the real existence of the autonomy of these female prostitutes when they are elected to prostitution, since it is only then and thereafter that States, whether central or peripheral, can establish policies and debates to prevent the exploitation of these women and the control of child prostitution in the different States.

KEYWORDS: Women, politics, prostitution, regularization.

INTRODUÇÃO

É inegável que o tema da prostituição trás uma série de questionamentos de cunho sociojurídico e por isso a necessidade de alguns esclarecimentos antes de adentrar ao tema. Neste sentido, cumpre destacar que o primeiro dos esclarecimentos consiste na necessidade de um recorte do tema proposto, pois o referido tema ademais de demasiado amplo, apresenta nuances diferentes para cada um dos sujeitos e elementos envolvidos. Sendo assim, a autora se dedica, neste momento, a análise das correntes que disciplinam a prostituição de mulheres maiores de dezoito anos, embora reconheça a existência e problemática da prostituição masculina e infantil.

O segundo esclarecimento é terminológico. É dizer, a exemplo de alguns textos feministas atuais, a autora utiliza o termo mulheres prostituídas ao invés de prostitutas, posto que esta expressão sugere uma classificação definitiva destas mulheres, enquanto aquela faz referência a uma situação que pode ser conjuntural, momentânea da qual a mulher pode sair sem uma marca de identificação.

Feitas essas considerações, é possível dizer que, além de amplo, o tema da prostituição vai além do discurso científico, pois envolve toda uma carga emocional direcionada ao conceito pré-estabelecido deste instituto.

Senão, note-se que embora a sociedade tenha evoluído no discurso em torno dos direitos e garantias fundamentais, ainda, está longe de estabelecer conceitos que visem a dignidade sexual do cidadão, principalmente quando esse cidadão é mulher, pois que a estas está reservado aquilo que consideramos chamar de destino biológico, enquanto que ao homem está permitido relacionar-se fora do casamento desde que não ultrapasse a esfera matrimonial de outro homem.

Tal fato termina por afastar as pessoas que optam por tal prática do discurso social, pois que exerceriam — as pessoas prostituídas — atividade que se põe à margem dos princípios considerados morais para a sociedade, passando, assim, a uma condição de marginalizados. É dentro desse alicerce de conceitos pré-concebidos que se fundamentam o proibicionismo velado da prática da prostituição.

Posicionamentos como esse, foram determinantes, no decorrer histórico, para que os diferentes governos do mundo considerassem a problemática da prostituição como uma preocupação de segundo plano.

Senão é assim, note-se que, ainda hoje, sempre que os Estados apresentam alguma preocupação com o referido tema, ela é decorrente de outros problemas que não a prostituição propriamente dita. Tal afirmativa está fundamentada na observação do fato de que, apesar da temática da prostituição se encontrar, neste momento, em evidência, em muitos dos fóruns internacionais mundiais, ora promovidos pelos países considerados centrais, ela é sempre fruto de argumentos outros que, por sua vez, guardam relação com o panorama que permeia os movimentos migratórios em direção àqueles países. Já nos países ditos periféricos, o debate da prostituição está vinculado ao tema do tráfico de seres humanos e aos ditames daquela sociedade dos considerados decentes.

É, em outras palavras, afirmar que o discurso em torno da prostituição jamais esteve nas mãos das pessoas ora prostituídas, mas sim, nas mãos da sociedade considerada decente, à qual, aquelas pessoas estão, infelizmente, subordinadas.

Referida circunstância é por demais preconceituosa e termina por segregar grupos que, por sua vez, menospreza pessoas. Por outro lado, tão pouco acrescenta para o desenvolvimento de políticas públicas que se não resolvem a problemática em exame, pelo menos venham a suavizar os tantos problemas resultantes dela. Nesse sentido, passa-se à análise das principais correntes que disciplinam a prostituição no mundo acadêmico.

1. PROIBICIONISMO, REGULACIONISMO E ABOLICIONISMO: AS PRINCIPAIS CORRENTES QUE DISCIPLINAM O FENÓMENO DA PROSTITUIÇÃO

A primeira corrente se fundamenta no discurso trazido pelas feministas e socialistas do final da década de oitenta, posto que tem uma visão proibicionista da prostituição, isto é, defende a necessidade de abolir referido instituto. Para essa corrente, a prostituição consiste em uma forma de degradação do ser humano, uma insígnia da discriminação da mulher diante do homem, ou seja, a representação de uma força

masculina justificada pelo machismo e por isso a necessidade de observar o referido fenômeno como um fruto de uma patologia social. (PADOVANI, 2002, p. 50).

Essa visão defende que toda a prostituição deve ser pensada "como uma violação dos direitos da mulher e como uma forma de violência contra ela" (RAYMOND, 2006, p. 29.), pois viola os direitos humanos e fomenta, de maneira indireta, o tráfico de mulheres para o exercício da prostituição.

Para esse grupo — representado pelos países do Leste, como Lituânia, Ucrânia, Malta, Romênia e Albânia, e com escassa presença em Europa ocidental, já que somente Irlanda defende o que se pode chamar de semi-proibicionismo, pois persegue a prostituição pública (PADOVANI, 2002, pp. 50-51) — a normatização da prostituição, como um simples trabalho, consiste na legalização da escravidão sexual e da desigualdade de gênero.

Nesse modelo — em que se leva a cabo a necessidade de responsabilizar, bem como punir, não somente a pessoa que agencia as mulheres e/ou crianças, mas também os proxenetas e aqueles que compram referidos serviços. (RAYMOND, 2006, p. 29.) — a mulher prostituída é considerada uma delinquente, de maneira que é exposta a sanções penais que vão desde uma multa até a pena de prisão. Referida pena tem como pressuposto a intenção de induzir a mulher prostituída a mudar sua opção, sua atividade, desistindo, assim, do exercício da prostituição. (MARTÍNEZ et al., 2004, p. 17.).

Referido modelo proibicionista encontra alguma relação com as fundamentações teórica elencadas por Lombroso que, em sua época, considerava a mulher que exercia a prostituição como um delito para os homens, pois, para ele, as prostitutas possuem as mesmas características físicas e morais do delinquente:

> O importante, com referência à mulher delinquente, é a teoria da prostituição como equivalência do crime. Acredita que, enquanto o homem para satisfazer seus impulsos que não podem ser realizados legalmente tem de recorrer à criminalidade, as mulheres têm uma segunda saída que é a prostituição, que implica menos riscos e pode dar lucros muito maiores do que aqueles obtidos em atitudes tipicamente criminosas. Lombroso encontra na prostituta uma quantidade notavelmente maior de atavismos, deformações e de aspectos mórbidos que na ladra. [...].[1] (LOMBROSO, 2006, p. 09. Tradução livre).

No entanto, não se pode negar que o marco teórico desta corrente está fundamentado na observação dos Estados que admitem a corrente regulacionista, pois esses Estados apresentam dados de uma quantidade considerável de mulheres prostituídas estrangeiras, reforçando, por sua vez, a ideia do Budapeste Group, qual seja, que nesses Estados, considerado regulacionistas, não se conseguiu manter o controle do tráfico de seres humanos, visto que, de acordo com as pesquisas aplicadas na Holanda, por exemplo, oitenta por cento das mulheres prostituídas chegaram àquele país em razão do comércio de mulheres para a posterior exploração sexual comercial. (BUDAPEST GROUP, 1999.).

[1] "lo importante, con referencia a la mujer delincuente, es la teoria de la prostitucón como equivalencia del crimen. Se piensa que, mientras el hombre para satisfacer sus impulsos que no puede realizar legitimamente tiene que recurrir al delito, la mujer tiene una segunda salida que es la prostitución, la cual implica menos riesgos y puede dar ganancias mucho mayores que las obtenidas en actitudes francamente delictivas. Lombroso encuentra en la prostituta una cantidad notablemente mayor de atavismos, de deformaciones y de aspectos morbosos que en la ladrona.

Ademais, a referida corrente adverte que a legalização do exercício dessas atividades sexuais mediante pagamento não ajuda a criar um futuro diferente para as pessoas prostituídas e, por outro lado, somente incentiva a prática de tal atividade por outras pessoas ainda não prostituídas.

Desta maneira, e a título de curiosidade, vale destacar o trabalho da organização argentina Associação das Mulheres Meretrizes da Argentina (AMMAR), que representa as mulheres em prostituição nesse Estado — que está pressionando para o não reconhecimento da prostituição como um trabalho, pois para essa Associação, o reconhecimento oficial da prostituição serve, unicamente, para empurrar mais e mais mulheres para o comércio sexual seja através do exercício, seja através da exploração, bem como desobrigar o Estado de proporcionar estudo e trabalho para todos. (BUDAPEST GROUP, op. cit.). Dessa feita, defende a corrente proibicionista que é necessário tomar uma atitude de oposição a tal fato.

Constatado esse primeiro modelo, passa-se à análise de uma teoria regulacionista do exercício da prostituição, a qual é representada, na Europa, pela Áustria, Alemanha, Grécia, Holanda e Suíça (NGALIKPIMA, 2006, p. 52). Referida hipótese toma como pressuposto o cunho global e empreendedor da prostituição que termina por impulsionar a libertação sexual da mulher, ora representada pela libertação econômica, pois — segundo Raymond — o referido fenômeno mantém seu posicionamento no sentido de que "a prostituição é uma forma de igualdade de gênero e promove o direito da mulher a ser independente [...]". Acrescenta, ainda, que "a prostituição é outra forma de trabalho e que a melhor maneira de proteger as mulheres em este entorno é melhorar suas condições de trabalho". (RAYMOND, 2006, p. 29).

Essas ideias regulacionistas terminam por fundamentar outros tantos argumentos a seu favor, mas o discurso que, fortemente, é utilizado em defesa desta corrente é aquele direcionado ao pressuposto de que as mulheres, uma vez legalizadas, poderão ser cidadãs, pois pagarão seus impostos, terão salários e poderão comprar uma casa, abrir uma conta bancária, inclusive poderão, também, sindicalizar-se. (BINDEL, 2006, p. 179).

Cumpre destacar que as legislações que adotaram a corrente regulacionista somente preveem tais condições às suas nacionais, isto é, no que tange à mulher imigrante, não existe a possibilidade da regularização de sua força de trabalho para exercer a prostituição, restando, a essas mulheres, a ilegalidade e, portanto, a total privação de proteção, fatos que, por sua vez, resultam em uma maior vulnerabilidade dessas mulheres a pressões e explorações de toda e qualquer ordem. (CEPEDA, 2004, pp. 33-34).

Sendo assim, é possível afirmar que o discurso em torno da regularização da prostituição como atividade profissional — pelo menos no que tange aos países europeus — promove, na atualidade, uma grande ambiguidade, pois, na prática, defende um mercado legal que promove o mercado considerado ilegal.

Existe, ainda, uma corrente denominada de abolicionista, a qual foi idealizada, no âmbito internacional, pelos opositores da corrente regulacionista, com a determinação de conter a realização de um sistema de regulamentação pan-europeu. (GIBSON, 1986, p. 51).

Os defensores dessa corrente acreditam na possibilidade bem como imprescindibilidade, da abolição de toda e qualquer regulamentação das prestações sexuais por dinheiro, o que implica dizer que existe uma preocupação em punir o que se considera

exploração da prostituição, posto que pregam a necessidade de sancionar a exploração e o favorecimento da atividade sexual de outrem, ao mesmo tempo em que preservam a manutenção dos direitos, bem como das garantias que sustentam a capacidade do livre e pacífico exercício da atividade de prostituição. (DANNA, 2002, p. 84).

Acrescentam, também, que não só a exploração, mas também o exercício da prostituição — quando realizados de maneira a explorar o corpo da mulher — consiste em um ato de violência exercida contra essa mulher e por isso não só os facilitadores e agenciadores de tal prática devem ser perseguidos penalmente, mas, também, os usuários da prostituição seja ela em qualquer modalidade que se apresente, é dizer, através da exploração ou, ainda, do exercício. Esta é uma postura fundamentada no princípio de que corpo humano alheio não está à venda demonstrando, por sua vez, que suas vantagens são muito mais normativas que repressivas. (NGALIKPIMA, 2006, p. 53).

Da compreensão das teorias supracitadas se tem claro que distinguir o mercado ilegal da prostituição daquele considerado legal resulta, em tempos atuais, em uma operação difícil ou quiçá impossível, pois o conceito do que deve ser considerado ilegal, bem como exploração — pelo menos no que se refere ao tema da prostituição —, ainda é demasiadamente duvidoso e impreciso.

2. DO EXERCÍCIO À EXPLORAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO

Pelo que foi visto até agora, cumpre estabelecer a diferença entre o que a doutrina considera prostituição livre ou propriamente dita e prostituição forçada. Determinada diferença consiste no fato de que aquela, a prostituição propriamente dita, se realiza a partir do exercício da prostituição voluntária, quer dizer, está fundamentada na livre escolha da mulher. Já no que tange à prostituição forçada, como o próprio nome sugere, indica a exploração sexual e supõe a "violência física, psíquica e sexual, chantagens e enganos de todo tipo, [...]". (CEPEDA, 2004, p. 35).

Por outro lado, cumpre perceber que, em tempos atuais, a prostituição considerada voluntária assume um caráter estrutural muito bem organizado e com estabelecimento, inclusive, de funções para o desempenho de atribuições diversas que vão desde o aliciamento, ao exercício da atividade, passando pela negociação entre os entes envolvidos. Circunstância que, por sua vez, torna muito difícil ou quiçá impossível falar em livre exercício da prostituição ou, melhor dizendo, em prostituição com caráter independente, já que tal propriedade de organização — embora traga alguns prejuízos —, faz-se essencial ao desenvolvimento da referida atividade em dias atuais, pois que promove a segurança das mulheres que exercem tal ocupação frente ao mercado de clientes.

De tal maneira, pode-se afirmar, então, que a organização de referida atividade, ainda que para a realização da prostituição fruto da livre vontade e manifestação do agente, — neste caso, mulher prostituída — termina por fundamentar o estímulo econômico e estrutural de sua posterior exploração sexual comercial.

Dessa maneira, autores como Villalba suscitam a possibilidade de a prostituição voluntária ter influenciado a prostituição forçada e fundamentam sua afirmativa no fato de que o comércio de mulheres — para o tráfico de seres humano — e a prostituição organizada seja ela livre ou forçada, compartem características básicas, como são exemplos, as histórias de abusos físicos e sexuais que sofrem as mulheres envolvidas

em determinados fenômenos. Ademais, note-se, também, a semelhança nas características dos clientes que buscam por esses serviços e o emprego de uma dinâmica de submissão fundamentada sempre no exercício da violência, ameaças, escravidão por dividas, torturas, etc. (2003, p. 41).

Curioso é perceber que até mesmo os Estados quando se prestam ao debate e à regulação dessas condutas de exercício e/ou exploração da prostituição, costumam tratá-las de maneira conjunta. Fato que resulta em grandes dificuldades para a determinação do que se pretende prevenir e/ou punir.

Referida confusão entre os conceitos de exploração e exercício da sexualidade, no que tange à prática da prostituição, possivelmente está fundamentada na circunstância de que todo e, qualquer, debate em torno da utilização do corpo das mulheres prostituídas foi desenvolvido por uma sociedade considerada decente que, por sua vez, estabelece um paralelo entre os conceitos de sagrado e profano, entre o que é legal e ilegal, entre a exploração e o exercício da sexualidade conforme seus ditames e conceitos pré-determinados.

Ora, não se pode negar que tal particularidade que acompanha determinado fato termina por ocasionar um discurso unificado. Se não, veja-se que todos os debates promovidos em torno da regulação ou não da prostituição enquanto profissão, estão em comum acordo de que é necessário reprimir, inclusive, afirmam a necessidade de se estabelecer políticas de repressão cada vez mais severas à exploração da sexualidade, ao passo que proclamam a garantia do exercício sexual.

O referido discurso parece obvio, ademais de atender ao que se considera justo e apropriado aos princípios norteadores da aplicação dos direitos humanos. Sem embargo, pergunta-se: porque referidos conceitos, é dizer, o exercício e a exploração quando observados sob o ponto de vista daquele que vive da prostituição, passa a assumir uma forma única e não paralela?

É fato que o exercício da prostituição pressupõe a exploração daquele que a realiza por outrem. Circunstância que, por sua vez, termina por estabelecer uma certa confusão entre a existência ou não de antagonismos entre o exercício e a exploração, exigindo, assim, o abandono do discurso da sociedade considerada decente para a analise de um discurso fundamentado na teoria daqueles ora subordinados à condição de prostituição.

3. O EXERCÍCIO E A EXPLORAÇÃO COMO SINÔNIMOS DA COISIFICAÇÃO

É inegável que o denominador comum entre o exercício e a exploração da sexualidade quando da realização da atividade da prostituição, está na coisificação da pessoa prostituída. Sem embargo, referido discurso não deve estar apoiado em uma coisificação que se fundamenta na ideia de utilização do corpo de alguém como objeto de satisfação de outrem (NUSSBAUM, 2002, p. 28.) ou, melhor dizendo, na ideia de que a prostituição consiste na livre disposição do corpo das pessoas ora prostituídas, por parte dos clientes prostituidores que, por sua vez, pagam um preço em troca do serviço previamente acordado.

Referido discurso em nada atende à dinâmica do fenômeno da prostituição e, somente, reforça a teoria da distinção entre o exercício e a exploração, posto que se fundamenta na representação de um conjunto pré-ordenado de conceitos fundamentados

na ideia de que a prostituição não estabelece benefício as pessoas prostituídas, mas, tão somente, aos clientes prostituidores e à indústria ilegal do sexo.

A coisificação da pessoa prostituída deve, então, estar fundamentada em uma circunstância anterior ao desfrute de seu corpo como objeto, qual seja, no debate que antecede a opção dessa pessoa em exercício de sua sexualidade pela realização da prostituição, ou seja, na existência ou inexistência de autonomia para a eleição do exercício da prostituição e, aqui, entenda-se autonomia como capacidade de tomar decisões próprias, o que requer capacidade para conhecer e assimilar uma informação e uma ausência de coações internas e/ou externas. (CUENCA, 2007, p. 64).

Dessa maneira, pode-se sustentar que a coisificação deve estar fundamentada na teoria que "nos sugere a ideia de um ser em si e, como consequência, uma mulher isenta de liberdade e de possibilidade de que esta prática seja produto da decisão de um ser para si". (PRECIOSO, 2007, p. 89).

O fato é que, se passamos a observar, sob esse ponto de vista, podemos intuir que, em pouquíssimos casos (si é que existe algum), a prostituição é, verdadeiramente, uma opção livremente escolhida por pessoas realmente autônomas, já que, na grande maioria das vezes, ou, quiçá, na totalidade, a liberdade para eleição da prostituição parte sempre de uma situação que é produto da contingência, de modo que não existe liberdade sem situação, nem existe situação sem liberdade.

Cumpre esclarecer que a situação a que nos referimos neste momento não consiste, simplesmente, em um conjunto de circunstâncias sociais e culturais, mas principalmente em razões econômicas ditadas por um sistema de capital que mercantiliza as relações de compra e venda de maneira a valorar a pessoa prostituída.

Se não é assim, note-se o que aduz José Paulo Netto e Marcelo Braz

> [...] Nas sociedade onde impera o modo de produção capitalista, quanto mais esse se desenvolve, mas a logica mercantil invade, penetra e satura o conjunto das relações sociais: as operações de compra e venda não se restringem a objetos e coisas — tudo é objeto de compra e venda, de artefatos materiais e cuidados humanos. (NETTO; BRAZ, 2011, p. 95),

Deve-se, então, a coisificação ser valorada a partir de uma determinada forma de apreender o mundo, que termina por permitir a definição do que se pode comerciar, explorar e exercer. (GIMENO, 2001, 246).[2]

Por outro lado, faz-se necessário refletir sobre a real possibilidade de uma pessoa completamente autônoma e livre de toda e qualquer situação e/ou contingência, vir a

[2] Um diálogo apropriado para esse momento é aquele realizado entre a viúva ateniense Crobil e sua filha, a virgem Corina, narrado pelo escritor clássico Luciano de Samósata (125-181 d.C.) onde diz: CROBIL: Tudo o que você tem de fazer é sair com os rapazes, beber com eles e dormir com eles por dinheiro. CORINA: Do jeito que faz Lira, filha de Dafne! CROBIL: Exatamente! CORINA: Mas ela é uma prostituta! CROBIL: Bem, e isso é uma coisa assim tão terrível? Significa que você será rica como ela é, e terá muitos amantes. Por que você está chorando, Corina? Não vê quantos homens vão atrás das prostitutas, e mesmo assim há tantas delas? E como elas ficam ricas! Olhe, eu posso me lembrar de quando Dafne estava na penúria. Agora, olhe a sua classe! Ela tem montes de ouro, roupas maravilhosas e quatro criados. (PEREIRA, 2011). Note-se que mesmo sabendo de toda a riqueza que pode disfrutar e dos conselhos da sua mãe para o exercício livre da prostituição, a virgem Corina se desespera em choro e até questiona a sua mãe sobre a condição de prostituta. Não se trata, portanto, de uma questão moral, econômica, cultural, mas principiológica do que se compreende por intimidade.

ter o anseio, o desejo de dedicar-se à prostituição como uma forma de vida. Ora, estaria, então, justificado regulamentar tal atividade? O discurso proibicionista vem defendendo que não, pois não estaria justificado regulamentar uma atividade que legitima uma prática que somente tem representado o menoscabo do que se refere aos avanços dos direitos humanos.

Por outro lado, cumpre perguntar se relegar a essas pessoas consideradas prostituídas a condição de cidadãs de segundo plano – já que, uma vez, não regulamentadas estariam submetidas a toda e qualquer sorte, pois não podem ser alvo das políticas de saúde e previdência social – não é caminhar na contra mão da defesa dos direitos humanos?

No que se refere ao Brasil a resposta seria negativa, pois a mulher prostituída uma vez contribuindo para a previdência social na condição de autônoma tem seus direitos previdenciários garantidos como todo e qualquer trabalhador, bem como é alvo das políticas públicas de saúde e educação nesse mesmo país. O que se pode questionar é a qualidade de tais serviços. Porém, tal questionamento não está, exclusivamente, para a sua prestação à pessoa prostituída, mas para todo e qualquer cidadão, seja ele autônomo, professor ou funcionário público, etc.

Assim, é possível afirmar que o consentimento da pessoa prostituída, a ausência de elementos e/ou situações que impulsionem a pessoa para tal prática e, ainda, o discurso moralizador da sociedade dos bons não são argumentos suficiente para uma política de regulamentação de referido exercício como atividade profissional.

Neste mesmo sentido, cumpre destacar que a venda propriamente dita de serviços sexuais em nossa sociedade é uma realidade em extremo sórdida e degradante para as mulheres prostituídas, pois, ademais de relegá-las a uma condição marginalizada da sociedade, ou seja, àquela parte da sociedade formada pelos indecentes, a prostituição se fundamenta em relações imperantes de gênero.

Se não, note-se que a imensa maioria das pessoas prostituídas são mulheres e crianças e, até mesmo quando se fala na prostituição masculina, o indivíduo prostituidor, ou seja, o aliciador, bem como o cliente é, na grande maioria das vezes, também, um homem. (CUENCA, 2007, pp. 65-66).

> A naturalização da prostituição reforça um modelo em que a sexualidade feminina se constrói em função do desejo masculino. Conservadora é uma visão que se baseia na satisfação dos desejos dos homens e que oculta/inibe/oprime o desejo das mulheres. Conservadora porque conserva e reforça privilégios acumulados historicamente pelos homens na sociedade patriarcal (Nota de apoio a regulamentação da prostituição, 2013).

Ora, diante do exposto, pode-se observar duas problemáticas essenciais, quais sejam: a primeira fundamentada na ideia de que a prostituição não pode ser considerada uma profissão, pois nela não se valora a força do trabalho das pessoas prostituídas, mas a disponibilidade do seu próprio corpo para que outra pessoa obtenha prazer, anulando, assim, a sua própria sexualidade em uma relação clara de sexismo.

Se não, note-se que a pessoa prostituída é, por vezes, mantida à mercê dos caprichos sexuais daquele que detém o valor do pagamento pelo serviço prestado, colocando-se, portanto, o referido agente, em uma situação de dominação sobre a prostituída, que,

muitas vezes, se vê obrigada a aceitar intromissões não desejadas em sua integridade e intimidade corporal. (CUENCA, 2006, p. 68).

Já a segunda problemática faz menção ao fato de que é, no mínimo, antagônico, pregar diariamente a necessidade do reconhecimento da abertura das relações sexuais entre homens e mulheres, ao mesmo tempo em que se reclama do Estado a necessidade de reconhecer a prostituição, posto que essa, como antes dito, se fundamenta em relações de gênero dominante e imperante.

CONCLUSÃO

Ademais de tudo o que foi dito no deslindar deste trabalho, a autora considera necessário acrescentar a ideia de que, ao seu modo de ver, a atividade sexual, deve ser compreendida como uma fonte de prazer para os dois lados envolvidos na relação.

Importante, também, ter em mente que tal pratica, é dizer, a relação sexual, consiste na forma como o indivíduo se comporta na sociedade, bem como perante essa mesma sociedade da qual o cidadão é parte, posto que a sexualidade humana é fruto da intimidade e da personalidade de cada um e, portanto, deve ser considerada um bem extracomércio.

Por outro lado, não se pode ignorar ou desmerecer a realidade da prostituição. Continuar atribuindo à condição de marginal — entenda-se marginal no que se refere a estar à margem do sistema político social — as pessoas que exercem tal atividade é, no mínimo, uma política de afundamento do processo de desenvolvimento social desejado pelos diferentes Estados. É mais que urgente e necessário conceder a essas mulheres prostituídas o direito de conviver na condição de sociedade decente e não, à margem dela.

Sem embargo, não é estabelecendo teorias especificas ou genéricas de disciplina da prostituição ou, ainda, proclamando a regularização de referida atividade como profissão, que se conseguirá conferir a essas pessoas, sejam elas mulheres ou homens ora prostituídas a condição de cidadãos de primeira classe (se é que já não o são), posto que a regulamentação do exercício dessas atividade sexuais mediante pagamento não ajudam a criar um futuro diferente para os cidadãos prostituídos, isto é, não apresenta alternativas para estes homens e mulheres.

Determinada circunstancia, somente levantam problemáticas outras, cuja discussão é de interesse dos Estados considerados centrais, posto que — como se pôde observar no primeiro apartado desse trabalho, que trata do deslindar das correntes que disciplinam o fenômeno da prostituição — essas referidas teorias sempre terminam por discutir as problemáticas decorrentes do tráfico de seres humanos para a posterior exploração sexual comercial.

É em outras palavras dizer, que o debate em torno da regularização da prostituição termina gerando uma discursão que vai além da preservação dos direitos considerados humanos a que todos os homens e mulheres são detentor por direito, pois que fundamenta o debate em torno da proteção das fronteiras dos Estados centrais e quando não é assim, refere-se a questões outras, como é exemplo aquelas voltadas a higienização social, ou seja, questões que guardam relação com a prostituição, mas não referem-se

a prostituição propriamente dita. Fato que leva o fenômeno da prostituição a uma condição de marginalidade.

O debate sobre a prostituição, então, deve estar fundamentado na persecução dos elementos que fundamentam a autonomia da prática da atividade de prostituta, posto que referida circunstância é consequência prévia ao exercício dessa atividade, no intuito de que ela não venha a ser alvo ou objeto de exploração posterior.

Tal matéria, ao que parece, não tem sido de essencial interesse para os Estados centrais e quiçá periféricos. Fato que nos leva a reflexão de que se não mudamos nosso modo de compreender a sexualidade humana, seguiremos, infelizmente, atentando contra o direito dessas mulheres e homens ora prostituídos.

REFERÊNCIAS

BINDEL, Julie. Modelo holandés. In: MARCOS, Liliana (Org.). **Explotación Sexual y Trata de mujeres.** Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2006.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal. In: CASABONA, Carlos María Romeo. (Org.). **Estudios de Derecho Penal.** Granada: Comares, 2004.

DANNA, Daniela. Le politiche prostituzionali in Europa. In: INFORMAR ORGS. **Prostituzione e tratta:** manuale di intervento sociale. Milano: Associazione on the Road. 2002.

CUENCA, Encarna Camona. ¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales? In: CRISTÓBAL, Rosario Serra. (Coord). **Prostitución y trata:** marco jurídico y régimen de derechos. Valencia: Tirant monografias, 2007.

GIBSON, Mary. **Stato e Prostituzione in Italia.** Milano: Il Saggitore, 1986.

GIMENO, Marta Azpeitia. Viejas y nuevas metáforas: feminismo y filosofía a vueltas con el cuerpo. In: INFORMAR ORG. **Piel que habla:** viaje a través de los cuerpos femeninos. Barcelona: Icaria, 2001.

MARTÍNEZ, Fernando Rey; MATÍN, Ricardo Mata & ARGÜELLO, Noemí Serrano. **Prostitución y Derecho.** Navarra: Thomson Aranzadi, 2004. p. 17.

NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. Economia Política: Uma introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

NGALIKPIMA, Matiada. La trata y la explotación sexual de las mujeres y de los niños en Europa: aspectos represivos. In: MARCOS, Liliana (Org.) **Explotación Sexual y Trata de mujeres.**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2006.

PADOVANI, Tulio. Il testo único sull'immigrazione e le strategie di contrasto allo sfruttamento sessuale: l'innovazione legislativa del programma di protezione sociale e l'impatto prodotto nel contesto sociale. In: STOP TRATTA: ATTI DEL CONVEGNO INTERNAZIONALE. Bologna, 23-24 mag. 2002.

PRECIOSO, Magdalena López. Debate Feminista: teorías, practices y realidades. In: CRISTÓBAL, Rosario Serra. (Coord). **Prostitución y trata:** marco jurídico y régimen de derechos. Valencia: Tirant monografias, 2007.

RAYMOND, Janice. La trata de mujeres y la igualdad de género. In: MARCOS, Liliana (Org.). **Explotación sexual y trata de mujeres.** Madri: Universidad Complutense de Madrid, 2006.

VILLALBA, Francisco Javier de León. **Tráfico de personas e inmigración ilegal.** Valencia: Tirant lo blach. 2003.

OUTRAS FONTES

Informe do Budapest Group (junio 1999). The Relationship Between Organized Crime and Trafficking in Aliens. Austria: Centro Internacional para el Desarrollo de Políticas migratorias.

Nota de apoio ao posicionamento das mulheres da CUT sobre a regulamentação da prostituição em 06/12/2013. Disponível em: ‹https://marchamulheres.wordpress.com/2013/12/06nota-de-apoio-ao-posicionamento-das-mulheres-da-cut-obre-regulamentacao-da-prostituicao/›. Acesso: 20 jun. 2016, às 09 h 54 min.

PEREIRA, Patrícia. De deusas à escória da humanidade. **Revista Leituras da História**. Portal Ciência & Vida Disponível em: ‹http://filosofiacienciaevida.uol.com.br/ ESLH/Edicoes/15/imprime119600.asp›. Acesso em: 15 jun. 2014, às 10 h 58 min).

RECEBIDO EM: 21/11/2016
APROVADO EM: 21/11/2016

DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE INFORMAR QUE VIOLAM A PERSONALIDADE, E A PROBLEMÁTICA DA INTERNET

THE CONSTITUTIONAL LIMITS OF INFORMATON THAT VIOLATES THE PERSONALITY´S RIGHT, AND THE INTERNET ISSUE

Luis Gustavo Liberato Tizzo*

Manuel Vinícius Toledo Melo de Gouveia**

RESUMO: O presente artigo faz um breve estudo os limites do direito fundamental de informar e de ser informado, por meio da análise de material doutrinário e jurisprudencial a fim de formar no leitor um senso crítico sobre o assunto, no sentido de entendê-lo sob o viés dos valores que fundamentam todo o direito. Para o desenvolvimento do assunto, o trabalho é dividido em sete partes; a primeira versa sobre os direitos fundamentais como um parâmetro inicial para se estabelecer os limites. A segunda parte trata dos direitos da personalidade, na busca do fortalecimento dos limites. Em seguida aborda-se sobre o princípio da liberdade, para, em um quarto momento, trabalhar com a dignidade da pessoa humana como valor a ser observado. Após esses momentos introdutórios, o artigo ingressa especificamente no tema em análise, usando-se dos elementos antes trazidos para estudar os direitos à informação, à imagem e à privacidade, bem como as consequências jurídicas pela violação dos dois últimos. Tendo em vista que se deseja trabalhar com o exercício dos direitos na internet, por ser pertinente com o assunto abordado, dedica-se o sexto tópico para analisar a responsabilidade dos sites hospedeiros pela veiculação de informação ofensiva, comentando também sobre a Lei 12.737/2012. Finalmente, o sétimo tópico agregará a visão prática trazida nos tópicos anteriores e a teoria advinda desde o início à visão doutrinária de solução dos conflitos por meio dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à informação. Direito à imagem e à privacidade. Limites constitucionais.

* Mestre em Direito pela Unicesumar. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional Contemporâneo - IDCC. Graduado em Direito pela PUCPR. Membro do Grupo de Pesquisas (CNPq) "Internacionalização do direito: dilemas constitucionais e internacionais contemporâneos". Professor no curso de Direito da Universidade Norte do Paraná - Unopar. Advogado. Endereço eletrônico: tizzo.adv@gmail.com

** Mestrando em Direito pela Unicesumar. Especialista em Direito Internacional Econômico pela Universidade Estadual de Londrina - PR e em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, Unidade Curitiba. Graduado pela Faculdade de Direito Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP. Professor no curso de Direito da Universidade Norte do Paraná - Unopar. Advogado. Endereço eletrônico: manuelvinicius@hotmail.com

ABSTRACT: This Article makes a brief study the limits of the fundamental right to inform and be informed, by means of analysis of doctrinal and jurisprudential material in order to form on the reader a critical sense about the matter, in order to understand it under the bias of the values that underpin the entire right. For the development of the subject, the work is divided into seven parts; the first deals with the fundamental rights as an initial parameter to set the limits. The second part deals with the rights of personality, in search of the strengthening of the limits. Then it approaches on the principle of freedom, for, in a fourth time, working with the dignity of the human person as a value to be observed. After these moments, the introductory Article joins specifically on this, using the components before brought to study the rights to information, image and privacy, as well as the legal consequences for violation of the last two. Bearing in mind that if you want to work with the exercise of rights on the internet, be pertinent to the subject matter covered, devotes himself to the sixth topic to examine the responsibility of sites hosts by displaying information offensive, commenting also on the Law 12,737 /2012. Finally, the seventh topic appends the vision practice brought in previous topics and theory originated from the beginning, the vision of doctrinaire solution of conflicts by means of the criteria of reasonableness and proportionality.

KEYWORDS: Information's right. The Right of image and privacy. Constitutional limits.

INTRODUÇÃO

Na atual conjuntura global seria impossível imaginar uma sociedade sem acesso a informação, sem a divulgação ampla desta e a possibilidade de se expressar de maneira livre. Após a queda da ditadura militar, pensar em controlar a manifestação de opinião e até mesmo a informação é motivo de arrepio a muitas pessoas, as quais entendem ser um retrocesso ao desenvolvimento democrático, pois, afinal, democracia possui a liberdade como um pressuposto.

Realmente as conquistas pautadas na ideia de liberdade são preciosas e, de maneira correlata, a livre manifestação de pensamento e a informação são direitos que devem ser protegidos por parte do Estado. Todavia, esta é uma visão da regra geral, da perspectiva ampla, que precisa de ponderação e de critério excepcionais. Seria possível considerar o direito à liberdade de informar e ser informado de forma absoluta? A informação é fundamental à sociedade, mas existiriam limites a serem impostos pelo Estado para o exercício de tal direito?

Tal reflexão se mostra pertinente pois as violações a direitos fundamentais e personalíssimos, como a privacidade, a honra e a imagem acontecem cada vez com mais frequência. A própria abrangência da internet e a extensão de sua acessibilidade facilitam a divulgação do que pensa, a despeito das consequências geradas na vida dos envolvidos.

Ora, o direito à liberdade de expressão e o direito de informação são direitos fundamentas, mas – semelhantemente – os direitos à imagem e à privacidade também os são. Nesse sentido, qual observar, e de que forma um deve preponderar sobre o outro?

Fatos envolvendo tal discussão ocorrem e precisam de solução. A proposta deste trabalho científico é gerar reflexão para que se entenda acerca da coexistência possível entre o direito de informar, e o direito à privacidade e à imagem, trazendo, além de menções doutrinárias, o entendimento dos Tribunais pátrios a esse respeito.

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PARÂMETRO INICIAL PARA SE ESTABELECER LIMITES

Os direitos fundamentais são aqueles direitos ou disposições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentados na Constituição (FACHIN, 2012, p. 232). Alguns critérios podem ser estabelecidos para sua caracterização, o primeiro aduz que podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. E o segundo identifica-os como sendo os direitos que receberam da Constituição grau mais elevado de garantia e de segurança (imutabilidade via emenda à Constituição). (BONAVIDES, 2012, p. 579)

Antonio Enrique Pérez Luño (LUÑO, 1995, p. 48) afirma que direitos fundamentais são:

> un conjunto de facultades y instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional y internacional.

Na ótica de José Afonso da Silva (SILVA, 2012, p. 58), a melhor forma de se designar direitos fundamentais é a expressão "direitos fundamentais do homem", veja-se o extenso, porém, completo conceito:

> 'Direitos fundamentais do homem' constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de se referir a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo 'fundamentais' acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais 'do homem' no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. 'Do homem' não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. 'Direitos fundamentais do homem' significa 'direitos fundamentais da pessoa humana' ou 'direitos humanos fundamentais'. É com esse sentindo que a expressão 'direitos fundamentais' encabeça o Título II da Constituição, que se completa como 'direitos fundamentais da pessoa humana', expressamente referidos, no art. 17.

A despeito do que defende José Afonso da Silva, Robert Alexy trabalha sob um viés um pouco distinto, separando o conceito de direitos fundamentais e direitos do homem. Para o referido autor os direitos fundamentais representam a parte nuclear da ideia de constitucionalismo (especificamente no que tange a sua teoria de constitucionalismo discursivo), sendo que existe uma estreita relação entre direitos do homem e direitos fundamentais. Os direitos do homem são definidos por cinco características: são universais, fundamentais, preferenciais, abstratos e morais; já os direitos fundamentais são aqueles escolhidos em uma Constituição com o intuito ou com a intenção de positivar os direitos do homem. (ALEXY, 2011, p. 10)

Os direitos fundamentais possuem um caráter duplo, não apenas determinando e assegurando a posição jurídica do particular, mas também funcionando como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Deste modo tem-se que os direitos fundamentais, além de significar o marco de proteção de situações jurídicas subjetivas, se apresentam na Constituição como um conjunto de valores objetivos

básicos, de modo a ter também a função de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento jurídico democrático a que a maioria dos cidadãos presta seu consentimento. (MARTINS NETO, 2003, p. 96)

Deste modo, pode-se observar que, na perspectiva majoritária, tem-se que o termo direitos fundamentais devem ser utilizados para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. (SARLET, 2010, p. 29)

Vários foram os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal, sendo que a gênese da discussão ora trazida reside no desenvolvimento e no exercício dos direitos fundamentais das pessoas de maneira indistinta, o que será tratado oportunamente.

2. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A CONTINUIDADE DA CONSTRUÇÃO DOS LIMITES

A tutela jurídica dos direitos humanos, no plano internacional, de construção – primordialmente – ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, vem sendo realizada através de convenções e tratados internacionais, sendo implementada por sua recepção como direitos fundamentais no ordenamento interno dos Estados. Nessa tutela se insere a voltada aos direitos da personalidade, como construção sócio-jurídica circunscrita à proteção da esfera privada dos indivíduos, em especial para protegê-los de eventuais lesões, sejam estas oriundas das relações interpessoais ou da esfera pública. (SILVA, 2012, p. 337)

Com o intento de satisfazer suas necessidades em decorrência das relações sociais, o homem, adquire direitos e assume obrigações, sendo – portanto – sujeito ativo e passivo de relações jurídico-econômicas; o conjunto dessas situações jurídicas individuais denomina-se patrimônio, o qual representa a projeção econômica da personalidade, sendo que esta consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. (DINIZ, 2005, pp. 119-121)

A construção teórica dos direitos da personalidade parte da concepção antropocêntrica do Direito, eis que nem sempre o ser humano foi visualizado como núcleo deste, tanto que a discriminação à pessoa adotou várias formas, até se chegar a aceitação do valor da dignidade do qual todas as pessoas são dotadas (SILVA, 2012, p. 339). Segundo Adriano de Cupis (CUPIS, 2008, p. 23) "todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se 'direitos da personalidade'".

Pode-se entender a personalidade como um atributo, como um conjunto dos direitos atuais ou meramente possíveis, e das faculdades jurídicas atribuídas a um ser (BORGES, 2009, p. 8). Cleber Sanfelici Otero e Nilson Tadeu Reis Campos Silva (OTERO; SILVA, 2012, p. 94) apontam interessante distinção entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade:

> Normalmente, prefere-se utilizar a expressão "direitos humanos" para os direitos reconhecidos em documentos de direito internacional, ao passo que os direitos fundamentais são positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. Na maioria das vezes, por sinal, os mesmos direitos são identificados tanto no plano internacional como no plano normativo interno de vários países, a ponto de os juristas não se preocuparem com a realização de uma distinção.
>
> Uma outra distinção, ora no plano interno, é feita entre os direitos fundamentais individuais e os direitos da personalidade: aqueles são visualizados como direitos

> constitucionais reconhecidos para a proteção das pessoas em face da ordem estatal; estes, mais especificamente, os direito inerentes à pessoa humana para a sua proteção nos relacionamentos particulares e sociais, por vezes até reconhecidos como direitos fundamentais.

A diferenciação trazida possui seu valor prático, todavia encontram-se juristas que unificam o conceito; porém, parece ser mais coerente a identificação semântica de cada uma das espécies de direitos apontadas, eis que não se pode ignorar seus elementos diferenciadores, bem como o entendimento de que os Direitos Fundamentais não são garantias somente contra o Estado, mas também em face do particular, como decorrência lógica do princípio da universalidade. (SARLET, 2010, pp. 209-210)

Parte da doutrina considera que os direitos da personalidade são inatos e impostos através da natureza das coisas, por outro lado – a exemplo de Adriano de Cupis (CUPIS, 2008, pp. 24-25) – há críticas à gênese jusnaturalista dada aos direitos da personalidade, dispondo que estes se justificam historicamente, o que não se sustenta atualmente, pois a concepção dos direitos da personalidade, por serem inatos e invulneráveis ao arbítrio do Estado não abona a imposição de direitos à sociedade, independente da formação política, cultural ou social. (CANTALI, 2009, pp. 73-74)

Os direitos da personalidade são reconhecidos como direitos subjetivos, e representam os valores essenciais da personalidade humana, tendo como objetivo a tutela da dignidade (FERMENTÃO, 2006, p. 241). A personalidade não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constituindo uma precondição destes, seu fundamento e pressuposto; nas palavras de Adriano de Cupis (CUPIS, 2008, p. 21) "a personalidade seria uma condição física destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir essa mesma configuração".

É por meio dos direitos da personalidade que o ser humano tem tutelado a garantia e o respeito aos elementos e expressões da personalidade humana. Tal prerrogativa abrange toda a esfera individual, acrescentando-lhe valores como o sentimento, a inteligência, vontade, igualdade, segurança e o desenvolvimento de sua personalidade. (FERMENTÃO, 2006, p. 245)

A realização dos direitos de personalidade ou a materialização do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana está diretamente ligada a expressões de liberdade jurídica, que têm uma das suas maiores expressões na autonomia privada e em seu instrumento, o negócio jurídico. Essa realização não se dá apenas, como vê a doutrina, na proteção desses direitos contra a lesão de terceiros; cada vez mais a realização desses interesses se dá pelo exercício ativo de tais direitos, pelo exercício positivo dos direitos de personalidade. (BORGES, 2009, p. 107)

Relevante ponderar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema misto de proteção no que tange à tutela da pessoa humana, um sistema geral de proteção da personalidade extraído do princípio da dignidade humana e outro que protege direitos especiais de personalidade tipificados na Constituição Federal enquanto direito fundamentais. (SZANIAWSKI, 2005, p. 137)

Mais uma vez estabelece-se aqui a identificação de um limite, algo a ser observado o qual se encontra desenvolvido de forma íntima e correlata com os direitos fundamentais.

3. ASPECTOS DA CONSTRUÇÃO DO AXIOMA LIBERDADE

Entre os teóricos da política é comum o reconhecimento de que o Estado é uma figura teorética. Os grupos arcaicos constituíam sistemas simples, identificados, em geral, por fatores totêmicos, como é o exemplo das tribos. A expressão Estado só adquiriu estatuto teórico na Era Moderna, sendo utilizada para designar formações bastante peculiares que, não obstante, parecem reproduzir caracteres comuns aos grupos políticos em geral. As organizações políticas da Antiguidade não chegam a se caracterizar como Estado, na medida em que as suas administrações eram dominadas pela indistinção da organização constitucional e pela ausência de nomeação própria, tornando recorrente a presença do trabalho escravo (escravizados ou libertos) e dos servos nos serviços considerados hoje públicos. (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 413)

Entre os gregos, aquilo que modernamente entende-se por liberdade articulava-se, primordialmente, com a necessidade e com o acaso. A interpretação da sorte como a decisão (justa) de um poder (jurídico) divino e do seu oposto como a falha pecaminosa – o injusto – pode ser um indício de que a ação humana se supusesse livre. Por sua vez, em oposição à necessidade, a temática da liberdade teria alguma vinculação ao que poderia ser denominado como acaso. Deste modo, por trazer o sentido da contingência e não estar na esfera da necessidade, a ação humana teria algo de liberdade (liberdade como oposição ao determinado ou necessário). (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 96)

O Estado é, definitivamente, um fenômeno da modernidade, contudo a ideia de se configurar o Estado como um ente próprio, juridicamente, começou a aparecer na experiência tardia dos romanos e na Idade Média. A organização política do Estado, para ser legitimada, deveria explicar como o homem, ao aderir desta, abdicou de certas prerrogativas naturais. Assim a relação universal governante-governado tem por base a concepção contratualista da sociedade e pressupõe uma equação teórica em que ser cidadão é igual a ser obediente, pois a ideia de ser livre era correlacionada com o agir politicamente (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 414-417). Ora, nada mais é do que liberdade restrita à configuração do reconhecimento e estrutura do Estado, uma liberdade desenvolvida a partir do "aspas".

A formação do Estado, da maneira como se entende, exige uma clara compreensão da evolução sofrida pela vida política, no Ocidente, desde a Antiguidade, inicialmente em razão na distinção entre a esfera privada (onde se operavam as desigualdades naturais, no âmbito familiar, por uma questão de hierarquia entre o chefe de família e os demais) e a esfera pública (na qual imperava a igualdade perante as normas, a isonomia). A concepção grega se propunha a sustentar, e com veemência, que a estrutura da vida privada não deveria ser transportada para a vida pública, pois por meio disso se construía a tirania. O princípio da vida pública, sendo liberdade, exigia igualdade. (FERRAZ JÚNIOR, 2007, pp. 418-419)

Com o Iluminismo o Estado, antes visto como uma aproximação terrena de uma ordem eterna, como modelagem de Deus, passou a ser considerado com o viés da proteção dos direitos naturais e aos elementos essenciais de cada indivíduo. O direito à liberdade estava em processo de formação, a fim de nascer em decorrência deste movimento e da Revolução Francesa (considerada a mais importante revolução histórica para a liberdade humana), por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual

foi fruto da luta pela renovação do direito, em prol da justiça, da igualdade e, principalmente, da liberdade. Foi um marco divisor entre o antigo regime opressor ao direito à liberdade, tornando-se um novo paradigma diante da crise existente. (FERMENTÃO, 2009, pp. 70-75)

É possível identificar que a diferença entre o valor liberdade construído na antiguidade e o valor moderno exerceu bastante influência no pensamento liberal. Os antigos exerciam a liberdade participando ativamente da vida social e das decisões políticas. Por outro lado, a liberdade dos modernos prescinde da participação direta das pessoas nas coisas do Estado, eis que cada pessoa decide e vive, individualmente, seu espaço. (FACHIN, 2012, p. 259-260)

Bobbio aponta distinção entre a liberdade negativa (ausência de algo) e a liberdade positiva (existência de algo). A liberdade negativa, compreendida em sentido político, representa uma situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado; ou seja, é a teorização da ausência de impedimento ou a possibilidade de fazer, bem como da ausência de constrangimento ou a possibilidade de não fazer. Já a liberdade positiva, para o autor, deve entendida como a situação na qual um sujeito tem a possibilidade orientar seu próprio querer, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer do outro, o que é também conhecido como autodeterminação ou autonomia. (BOBBIO, 2002, p. 48-51)

Alessandro Zenni (ZENNI, 2006, p. 106) assevera que:

> [...] Na intersubjetividade as mesmas demarcações à liberdade se apresenta no ser dos homens que se implicam, embora assistamos às eleições de volições contrárias ao bem como fim natural no processo de atração axiotrópica. Eis o paradoxo máximo humano de racionalmente descobrir o fim bom e praticar o mal real, negando-se ao aperfeiçoar pela escolha do nihilificar.
>
> Intuitivo que se repute o dever como uma condição natural de ser do homem, pois busca necessariamente o bem no seu aperfeiçoar ontológico, sempre referido ao outro, em relação de conformidade com a justiça; aquele ser encubado no interior do homem, que deve fazer-se no convívio justo, surge como revelação pela razão, e o nada no ser torna-se ser que deve ser em conformidade com seus fins imanentes.
>
> Chegamos ao ponto em que almejávamos: o homem deve, por natureza, sair de sua condição infra-humana, nihilista, e pela sequência de ações livres vertidas ao bem, na associação, preencher-se com seu enriquecimento ontológico. O dever é o fim do homem, há uma responsabilidade por fazer-se no ofício da liberdade e colaborar nessas empreitadas em face do outro, na associação.

O princípio da liberdade é, de fato, um dos sustentáculos do Estado e de todo o ordenamento jurídico vigente. Entretanto, com ele surgem os problemas de entendimento, interpretação e de exercício dos direitos fundamentais. Até então tratou-se da construção de limites ao exercício de direitos fundamentais e personalíssimos, tendo em vista que a vida em sociedade não pressupõe existência individual, na qual os seres humanos precisam entender sua relação conjunta com os demais.

É comum que, sob a bandeira da liberdade, sejam desconsideradas prerrogativas individuais, e a partir disso divulga-se o que se tem em mente, muitas vezes até mesmo desprovido de qualquer cuidado acerca da veracidade do que fora veiculado. Eis então o problema do direito à informação em face ao direito à imagem e à privacidade.

4. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR A SER OBSERVADO

Quando se refere ao princípio da dignidade, e especificamente no tocante ao seu conceito, provavelmente sua melhor definição derive da construção perpetrada por Tomás de Aquino, ao considerar o termo dignidade como algo absoluto e pertencente à essência, situando esta identificação como um requisito inerente à condição humana. Neste norte, a dignidade humana é atributo da pessoa e não pode ser medida por um único fator, pois nela intervém a combinação de aspectos morais, econômicos, sociais e políticos. (CARVALHO, 2012, pp. 250-251)

O respeito à dignidade humana constitui princípio fundamental porque enraizado na consciência coletiva das sociedades modernas. Exatamente em razão dessa fundamentalidade, este princípio independe, para a produção de efeitos jurídicos, de inclusão expressa em um texto normativo. (ANDRADE, 2005, p. 15)

Cleide Fermentão (FERMENTÃO, 2009, p. 170) afirma que:

> Pessoa humana e dignidade humana podem ser analisadas como sinônimas diante da importância de cada uma para o direito. É particularmente importante nos dias atuais refletir sobre a noção de pessoa e procurar entender o valor da pessoa humana, na dignidade ontológica e ética.

A dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que acaba por não contribuir para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade. Deve-se sempre ter em mente que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano. (SARLET, 2009, p. 18)

Clayton Reis assevera que o Estado Democrático brasileiro, ao eleger a dignidade da pessoa humana como norma fundamental, fez com que a ordem Constitucional destacasse um dos valores mais importantes que integram a personalidade dos indivíduos, eis que o homem não pode viver sem dignidade no meio social, na família e no trabalho. (REIS, 2007, p. 25)

Alessandro Zenni (ZENNI, 2006, pp. 106-107) constrói argumentos pautados na premissa de uma dignidade decorrente da liberdade, note-se:

> [...] No âmago da natureza humana radica a liberdade para se agir com discernimento em vista ao fim de sua elevação. Só por ser racional o homem tem liberdade, centelha de Causa Eficiente, Razão Suprema que a pões a agir ao fim ético. (...)
>
> O dever ser jurídico coincide com o próprio dever ser humano. Elementar a concepção de dinamismo no ser, como anotado supra, uma pulsão natural do homem, esse ser que é causa e fim de si mesmo. O homem, escoimado de sua liberdade, é ser material, causalidade pura, sem poder conjecturar a ideia de fim, enquanto que pensando em Bem, como fim, o homem atraído pelo valor põe sua liberdade diante da convocação de seus fins, podendo aceitá-los ou negá-los no que convergirá para sua deificação ou nihilificação.
>
> Vê-se a notada importância da liberdade, como condição *sine qua non* para realização dos valores, portanto, guindada à garantia jurídica, indispensável na realização do homem ou impugnação de sua própria natureza de ser humano.

A dignidade, na condição de valor intrínseco da pessoa humana, não poderá ser sacrificada, já que, em si mesma insubstituível. Em que pese a máxima anteriormente

descrita, poderão ser justificadas violações da dignidade de tal sorte a sacrificá-las. Neste sentido já não se poderá falar de um princípio absoluto, impedindo reconhecer que mesmo prevalecendo em face de todos os demais princípios e regras do ordenamento não há como afastar a necessária relativização (ou se preferir, a conivência harmônica) do princípio da dignidade da pessoa em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos. (SARLET, 2009, pp. 82-83)

A dignidade do ser humano é, dessa forma, valor conformador e está presente em todo o direito, seja nas relações econômicas entre particulares, como um contrato, seja nas relações existenciais, como no direito de família e nos direitos de personalidade, seja nas relações entre o indivíduo e o Estado, como no direito tributário e no direito penal. (BORGES, 2009, p. 83)

Percebeu-se então que as pessoas não deveriam ser protegidas apenas em suas relações com o Estado, mas também nas suas relações particulares. Também nessa esfera de atuação dos indivíduos deve haver cuidado para que a liberdade e a igualdade meramente formal não se transformem em exploração acobertada pelo individualismo jurídico, versão do liberalismo econômico. É nessa circunstância que se resgata o valor do ser humano também nas relações privadas. A dignidade da pessoa humana passa a ser valor fundamental também para esse tipo de situações reguladas pelo direito privado. O indivíduo deve ser protegido contra o Poder Publico e também contra os abusos cometidos pelos mais fortes nas relações privadas. Essa proteção do indivíduo é necessária mesmo nas relações privadas de âmbito mais íntimo, como as relações familiares: também aí o indivíduo merece proteção contra abusos que possam vir a ser cometidos pelos membros de sua própria família. (BORGES, 2009, p. 84)

E são, primordialmente, essas relações particulares que exigem maior atenção no desenvolvimento deste tema, haja vista que a atuação das pessoas no exercício de sua liberdade deve respeitar o pressuposto da dignidade das demais.

4.DIREITO À INFORMAÇÃO, À IMAGEM E À PRIVACIDADE E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA VIOLAÇÃO DESTES ÚLTIMOS

4.1 DO DIREITO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito a informação merece lugar de destaque no rol de Direitos Fundamentais, conforme assevera o autor português Paulo Ferreira da Cunha. As liberdades de expressão e comunicação são sustentáculos da liberdade em si, dos direitos civis e políticos, da cidadania. Assegurada a vida e a saúde do indivíduo, o momento primeiro de livre desenvolvimento da personalidade em que se analisa a dignidade humana em ação, será o livre interagir com o seu semelhante; isso porque a sociedade é, em si mesma, comunicação. (CUNHA, 2007, pp. 159-162)

Segundo José Afonso da Silva (SILVA, 1997, p. 240):

> A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um 'direito fundamental' de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um

> dever. Reconhece-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e idéias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.

Para Frank Michelman (MICHELMAN, 2007, p. 54), a liberdade de expressão é, ao contrário da própria democracia, um fim em si mesma. A democracia, segundo o autor, serve ao homem para otimizar a concretização dos Direitos Fundamentais pelo Estado. As liberdades de expressão e informação encontram-se previstas na Constituição Federal quando assegura o acesso à informação (art. 5º, XIV) e estabelece a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV); entretanto o exercício de tal direito não pode ser entendido de forma cega e absoluta, haja vista, em inúmeros casos, atingir a esfera privada do indivíduo, o que deve ser repudiado.

Muito próximo ao direito de informação está a liberdade de expressão, também tida como direito fundamental. Com relação ao limite entre o direito à informação e liberdade de expressão frente à vida privada e a intimidade das pessoas a Suprema Corte Norte Americana firmou interessante posicionamento baseado em situações concretas, o qual poderia ser estudado para – ao menos – ser tido como ponto de partida no Brasil.

A liberdade de expressão, no direito norte americano, não protege o discurso obsceno; assim, leis federais ou estaduais que criminalizam a obscenidade são constantemente julgadas constitucionais. Há um teste utilizado para se identificar se o discurso é ou não obsceno, o qual é composto por três questões. A primeira é saber se o conteúdo é lascivo segundo os padrões da comunidade local; a segunda indaga se o ato se trata de algo ofensivo para os padrões da comunidade local; e por último, deve-se verificar se a obra padece de falta de valores artísticos, literários, políticos ou científicos sérios, segundo o padrão nacional. (ROHRMANN, 2005, pp. 141-144)

Ainda nos Estados Unidos, há restrição no tocante ao local da manifestação. O direito de liberdade de expressão é um direito oponível ao Estado, e não ao particular. Deste modo, uma dona de casa tem o poder de restringir o discurso com bem entender. Quanto aos locais públicos, existem três classificações: Fóruns públicos, Fóruns públicos designados, e Fóruns não públicos. Os Fóruns públicos são os lugares onde a liberdade de expressão merece a maior proteção possível; são as praças públicas e a maioria das calçadas (uma exceção é a calçada em frente aos Correios). Os Fóruns públicos designados são locais em que a liberdade de expressão pode ser restringida, como nas universidades públicas, nas escolas e nos ônibus públicos. E os Fóruns não públicos são locais onde o Estado pode proibir o discurso, desde que a proibição seja neutra e razoável com relação ao ponto de vista a ser proibido. Como exemplos citam-se as penitenciárias, bases militares, aeroportos e demais dependências dos Correios. (ROHRMANN, 2005, pp. 141-144)

Como direito fundamental constitucionalmente previsto, a liberdade de expressão, como uma vertente decorrente do direito à informação, não pode ser eliminada por norma legal; entretanto, obviamente essa liberdade conhece, ou menos deve conhecer limites legais, os quais podem se referir ao alcance do próprio direito ou ao seu exercício (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 223). Este é ponto da discussão, a verificação da existência de um elemento limitador decorrente, e encontradiço no próprio direito e através do usufruir dele.

4.2 DO DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE, E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA INOBSERVÂNCIA

Cada dia que passa a sociedade, de uma forma ou de outra, evolui, e, com isso, os direitos da personalidade podem sofrer restrição. Luiz Alberto David Araújo (ARAÚJO, 2003, p. 119) sustenta que "à medida em que temos cada vez mais um aparato tecnológico desenvolvido de forma assustadoramente rápida, temos os direitos da personalidade ameaçados".

No tocante ao direito à privacidade, esclarecedor é o ensinamento do professor Paulo Bonavides (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009, p. 109):

> [...] Pode-se afirmar que o direito à privacidade sempre esteve presente, como decorrência do direito à vida, nos textos constitucionais anteriores. Como garantia do direito à vida, componente do direito à personalidade, o direito à personalidade sempre foi respeitado. O Constituinte de 1988, no entanto, tratou de dar destaque ao tema, especialmente pela ameaça tecnológica que já se fazia presente. Se já havia preocupação com o desenvolvimento tecnológico, invasor da privacidade nos idos de 1988, tais preocupações se fizeram mais do que justificadas passados vinte anos. A internet, por exemplo, é capaz de recolher uma foto de forma indevida, violando à privacidade, e coloca-la na rede mundial, provocando danos irreparáveis. Quanto seria o valor de uma indenização de uma foto decorrente de uma relação íntima publicada pelo mundo todo? Seria reparável? Qual parâmetro utilizado para afixação da indenização? Diariamente encontramos notícias de violação da privacidade. Estamos todo o tempo cotejando entre o direito à privacidade e a segurança pública, por exemplo. Por tais razões, o cuidado do Constituinte de 1988. O cuidado foi de tal forma que preferiu deixar consignado que os bens protegidos, de forma genérica, no artigo 5º, inciso X, são: vida privada, intimidade, honra e imagem.

A discussão dos direitos da personalidade, especialmente o direito à privacidade, intimidade, e afins, como disposto no art. 5º, X, da constituição Federal, passa por um ataque permanente da mídia e do desenvolvimento tecnológico. Como consequência do próprio desenvolvimento tecnológico encontra-se bens personalíssimos sofrendo veementes intimidações. (ARAÚJO, 2008, p. 149)

De forma complementar ao tema, mas especificamente tratando do direito à imagem, note-se a interessante observação feita pela doutrinadora Maria Cecília Affornalli (AFFORNALLI, 2008, pp. 23-24):

> [...] A imagem interessa ao Direito como sendo toda e qualquer forma de representação da figura humana, não sendo possível limitar e nem enumerar os meios técnicos pelos quais ela se apresenta, vez que, com o avanço da tecnologia, a cada momento surgem novas maneiras e mecanismos capazes de exibir a imagem das pessoas. Assim, desde pelos primitivos desenhos na pedra e nas cavernas, feitos na Pré-História, até por meios contemporâneos, como a pintura, a caricatura, a filmagem, a fotografia, o cinema, os computadores, a internet, a televisão, os impressos etc. pode o semblante humano ser representado, exibindo-se sua imagem. (...). De sua origem latina, através da palavra imago, quer-se significar não apenas reprodução mas também aspecto. Atualmente admite-se que é forma de exteriorizar a personalidade, de torná-la perceptível. Ou seja, é aparência visível do ente humano e de outros entes animados ou inanimados.

Importante destacar que o direito à imagem é autônomo, não precisando estar em conjunto com a intimidade, a identidade, a honra, entre outros, embora possam estar,

em certos casos, tais bens a ele conexos, mas isso não faz com que sejam partes integrantes um do outro. (DINIZ, 2005, p. 44)

Ponto importe acerca da consequência jurídica diante do desrespeito a esfera íntima das pessoas está na fala de Clayton Reis (REIS, 2007, p. 39), ao afirma que "é indiscutível que toda e qualquer ofensa perpetrada à pessoa que atinja sua intimidade, gerando perturbações ou outros incômodos considerados como insuportáveis (...) constituem ofensas aos direitos da personalidade, gerando indenização (...)".

Os Tribunais pátrios têm se manifestado em circunstâncias em que se observou o embate entre tais direitos, sendo interessantes a perspectiva pela qual as decisões foram fundamentadas. Note este interessante Acórdão do Supremo Tribunal Federal (Ação Ordinária 1390/Paraíba):

> EMENTA Ação originária. Fatos incontroversos. Dispensável a instrução probatória. Liberdade de expressão limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral. Pessoas públicas. Sujeição a críticas no desempenho das funções. Limites. Fixação do dano moral. Grau de reprovabilidade da conduta. Fixação dos honorários. Art. 20, § 3º, do CPC. 1. É dispensável a audiência de instrução quando os fatos são incontroversos, uma vez que esses independem de prova (art. 334, III, do CPC). 2. Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem. 3. As pessoas públicas estão sujeitas a críticas no desempenho de suas funções. Todavia, essas não podem ser infundadas e devem observar determinados limites. Se as acusações destinadas são graves e não são apresentadas provas de sua veracidade, configurado está o dano moral. 4. A fixação do quantum indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. 5. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. 6. A extensão do dano é média, pois apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade. 7. O quantum fixado pela sentença (R$ 6.000,00) é razoável e adequado. 8. O valor dos honorários, de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, está em conformidade com os critérios estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC. 9. O valor dos honorários fixados na reconvenção também é adequado, representando a totalidade do valor dado à causa. 10. Agravo retido e apelações não providos.

Importante notar que existe reconhecimento de indenização inclusive quando a violação à direito à imagem não resulta em algum dano aparente. Note-se o seguinte Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 85905):

> CIVIL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. O uso não autorizado de uma foto que atinge a própria pessoa, quanto ao decoro, honra, privacidade, etc., e, dependendo das circunstâncias, mesmo sem esses efeitos negativos, pode caracterizar o direito à indenização pelo dano moral, independentemente da prova de prejuízo.

Entretanto, da mesma forma que não se trabalha com a ideia de um direito de informação absoluto, a perspectiva do direito à imagem e da privacidade também não possuem tal conotação, eis que uma pessoa não poderia buscar ressarcimento diante de uma exposição da qual é responsável. O seguinte Acórdão (Recurso Especial 595600) trabalha com esta questão.

> DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido.

Com as evoluções tecnológicas, os meios de informação passam a operar efeitos e resultados, casa vez mais, em meio ao que se denomina rede mundial de computadores. Nesse sentido, tratar do tema do conflito entre o direito à informação e a liberdade de expressão frente aos direitos da intimidade, privacidade e imagem, faz com que seja necessária a análise no viés dessa prática no mundo virtual, o que se passa a trabalhar no tópico seguinte.

5. DA RESPONSABILIDADE DOS SITES HOSPEDEIROS DE INFORMAÇÕES OFENSIVAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

De maneira simples e objetiva a internet pode ser conceituada como sendo "uma rede internacional de computadores conectados entre si" (LEONARDI, 2005, p. 1). De fato, a internet é:

> [...] um sistema global de rede de computadores que possibilitam a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento. (CORRÊA, 2000, p. 8)

A internet representa tamanha evolução social que, no dia 16 de maio de 2011, a ONU (Organização das Nações Unidas) publicou um relatório sobre promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão. (Assembleia Geral das Nações Unidas, s.d., s.p.)

Segundo o mencionado Relatório, impedir o acesso à informação pela web infringe, segundo a ONU, o Artigo 19, parágrafo 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966. De acordo com o Artigo, todo cidadão possui direito à liberdade de expressão e de acesso à informação por qualquer tipo de veículo.

Sem dúvida a internet é hoje um meio de comunicação que possibilita o intercâmbio de informações de toda natureza, em escala global, com um nível de interatividade jamais visto anteriormente (LEONARDI, 2005, p. 1), motivo pelo qual o direito deve se ater para providenciar uma tutela coerente e limitadora, a fim de abranger as responsabilizações pelo uso indevido.

Existem diversos pontos de conexão entre os Direitos Fundamentais, Direitos da Personalidade e a Internet. Em 1968, Bobbio previra que a revolução tecnológica no campo das telecomunicações implicaria em mudanças tais na organização dos indivíduos e nas relações sociais que surgiriam então situações favoráveis para "o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes" (BOBBIO, 2004, p. 53).

No dia 23 de novembro de 2001, trinta países aderiram ao primeiro Tratado de prevenção e combate aos crimes praticados na Internet ou com o uso do computador.

As assinaturas foram colhidas na sessão inaugural da Convenção sobre Cibercrimes (ETS 185), em Budapeste, Hungria. A Convenção visa, basicamente, obter a cooperação, em sentido amplo, de todos os signatários para que adotem medidas legislativas locais, bem como outras ações preventivas e repressivas no combate aos delitos e ofensas praticadas na Internet, e por meio desta como ferramenta. (Convention on Cybercrime, s.d., s.p.)

O Brasil não é signatário do referido Tratado, possui uma única legislação em vigor que trate da responsabilidade dos provedores e dos sites por informação ali veiculadas, sendo que a denominada Lei Carolina Dieckmann não trata sobre responsabilidade dos provedores ou sites hospedeiros de informação, mas de responsabilidade em razão de invasão dos arquivos pessoais e sua divulgação.

No final no do ano de 2012, com a promulgação das Leis 12.735/2012 e a Lei 12.737/2012, esta última conhecida como Lei Carolina Dieckmann, houve - como mencionado - a inicial regulamentação nacional específica. A primeira Lei é uma grande falácia, uma norma quase integralmente vetada que estabelece uma estruturação programática dos órgãos da polícia judiciária para o combate a crimes praticados na rede de computadores. A segunda Lei, mais conhecida e de fundamentação muito mais política do que jurídica, traz a criminalização da invasão de dispositivo informático, conectado ou não à internet, desde que por meio de violação indevida de dispositivo de segurança, sem haver a necessidade de divulgação dos arquivos obtidos (se houver divulgação a pena é aumentada).

Certamente que a Lei indicada possui seu efeito e sua validade, mas condicionar a existência de um crime à violação de um dispositivo de segurança é uma inversão de valores, eis que o ato a ser combatido é a violação da privacidade e não a questão se o proprietário do computador possui ou não senha em sua máquina.

O art. 18 da Lei 12.965/2014 destaca que o provedor de conexão à Internet não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Todavia, é relevante a ressalva a esta disposição por meio da previsão do artigo 19, o qual prevê que o provedor será responsabilizado em caso de descumprimento de ordem judicial para retirada do conteúdo veiculado.

Certamente que a Lei em questão representa um avanço diante da anterior inexistência de qualquer norma específica sobre o assunto, todavia não se pode ignorar que a responsabilidade do provedor somente ocorrerá em caso de descumprimento de ordem judicial, ou seja, retira-se do ofendido a possibilidade de entrar em contato com o provedor e requerer – administrativamente – o cancelamento da veiculação do material ofensivo.

A Lei é clara ao escolher a necessidade da via processual, o que poderia ser diferente, permanecendo da forma como os Tribunais pátrios até então vinham julgando, reconhecendo válido o pedido administrativo do ofendido, bem como a responsabilidade decorrente da não identificação do que postou a informação danosa.

Os Tribunais afirmavam a obrigação do Google (como proprietário do site Orkut), e demais provedores, em promover um melhor controle dos que utilizam sua página, buscando ordem para um terreno tido como de ninguém. Notem-se os seguintes acórdãos:

> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. APELAÇÃO CÍVEL 2009.001.47765. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SITE DE RELACIONAMENTOS. ORKUT. RESPONSABILIDADE. DEVER DE INDENIZAR. REDUÇÃO DO QUANTUM. Criação de "comunidade" de conteúdo ofensivo à honra e a imagem da autora. Reclamação feita pela vítima. Inércia do provedor em proceder à exclusão da "comunidade". Dano moral configurado. Inaplicabilidade do CDC. Responsabilidade que decorre do desinteresse em averiguar a denúncia feita pela autora, tendo em vista reconhecer-se a impossibilidade de controle prévio de todos os dados lançados no site de relacionamentos. Hipótese de aplicação da responsabilidade subjetiva prevista nos artigos 186 e 927, caput do Código Civil. Provimento parcial do segundo recurso, somente para afastar a aplicação da norma consumerista e para reduzir a indenização fixada em primeiro grau. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO. PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO RECURSO.
>
> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. APELAÇÃO CÍVEL 2009.001.41528 - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL - SITE DE RELACIONAMENTO - PERFIL FALSO CRIADO NO ORKUT - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, COM CONDENAÇÃO EM R$ 30.000,00, A TÍTULO DE DANOS MORAIS - APELAÇÃO INTERPOSTA SOB O ARGUMENTO DE EQUÍVOCO NA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUSTENTA NÃO SER OBRIGADA A MANTER INFORMAÇÕES DOS USUÁRIOS - ADUZ INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ALEGA TRATAR-SE DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E AUSENTE A CULPA DA APELANTE, POR TER O FATO SE ORIGINADO DE TERCEIRO POR FIM, ALEGA SE EXCESSIVO O VALOR DA CONDENAÇÃO. Não se sustenta que a responsabilidade seria da Google Inc. ao invés da Google BR, pois ambas as empresas pertencem ao mesmo grupo econômico. Quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, entende-se pela sua possibilidade. Embora a relação estabelecida entre as partes não possua remuneração direta, é notório que a remuneração se opera de forma indireta, na medida em que terceiros utilizam seus serviços para promover anúncios, tendo em vista o elevadíssimo número de acessos em seu site. A partir do momento em que a apelante não cria meios de identificação precisa do usuário, mas permite a criação de páginas pessoais em seu site, beneficiando-se, ainda que indiretamente como dito acima, entende-se que ela assume o ônus pela má utilização dos serviços que disponibiliza, independentemente da existência de culpa. Sentença que se mantém. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO CAPUT DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

E, por fim:

> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. APELAÇÃO CÍVEL 2008.001.18270. INTERNET. PROVEDOR DE HOSPEDAGEM DE SITE PUBLICACAO OFENSIVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OFENSAS À AUTORA INSERIDAS POR ANÔNIMO NO ORKUT. 1. Ação movida contra a Google em razão de referências ofensivas em relação à autora inseridas no Orkut. 2. Se o réu é proprietário do domínio Orkut e permite a postagem de mensagens anônimas e ofensivas, responde pelo dever de indenizar a parte que sofreu dano à sua honra e dignidade. 3. Não havendo identificação da origem daqueles que hospedaram mensagens não há como eximir o réu, apelante 2, da responsabilidade direta se o anônimo efetuou algum ataque a honra de pessoas. 4. Aplicação do art. 927, parágrafo único, do CP que adota a teoria da responsabilidade civil objetiva, estabelecendo que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem. 5. O art. 5º, inciso IV, da CF/88 veda o anonimato nas livres manifestações de pensamento. 6. Caracterizado o dever de indenizar do réu. 7. No arbitramento do dano moral deve-se

> levar em consideração a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano, pelo que, verifica-se que o valor de R$ 10.000,00 foi arbitrado de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 8. Sentença de procedência, que se mantém. 9. Recursos não providos.

Tais julgados demonstram a posição que o Judiciário adotou, em detrimento da existência ou não de norma específica, pautando-se em analogia e nos Princípios Gerais do Direito, revelando uma acertada e prudente responsabilidade atribuída ao Google.

A partir da promulgação da Lei 12.965/2014 houve então a compreensão da necessidade de decisão judicial específica para se construir responsabilidade ao provedor. Note-se:

> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL - AGI: 20140020166695 DF 0016792-72.2014.8.07.0000. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTEÚDO PUBLICADO EM BLOG. DETERMINAÇÃO DE RETIRADA. INDICAÇÃO CLARA E PRECISA DAS PÁGINAS. MARCO CIVIL DA INTERNET. DECISÃO JUDICIAL GENÉRICA. IMPOSSIBILIDADE. RESTRIÇÃO AO CONTEÚDO INDICADO NOS AUTOS. CONTEÚDO PUBLICADO EM SITES DE TERCEIROS. EXONERAÇÃO. MULTA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO. 1. A Lei nº 12.965/2014, que se convencionou chamar de marco civil da internet, exige que a decisão judicial que determina a retirada de conteúdo da internet deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material (art. 19, § 1º); 2. Reforma-se a decisão no ponto em que não especifica adequadamente o conteúdo supostamente ofensivo, bem assim quanto às páginas na internet mantidas por terceiros estranhos aos autos; 3. Mantém-se o valor fixado a título de multa, quando adequado ao porte econômico-financeiro daquele a quem imposta a obrigação e à natureza do direito discutido nos autos que, no caso, revela-se de extrema grandeza, considerando a proteção constitucional da intimidade; e 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Independente de haver críticas à Lei, deve-se ter em mente que a Lei 12.737/2012 se trata do único regramento específico sobre o tema prevê responsabilidade penal, o que evidencia a importância do chamado Marco Civil da Internet, a fim de promover a responsabilização na esfera civil, e o prolongamento das discussões sobre a violação dos direitos à privacidade, intimidade e imagem, frente a justificativa da liberdade de informar e da liberdade de expressão, a qual ainda não se verificou a contento, podendo evoluir ao se aproximar das perspectivas interpretativas aplicáveis anteriormente à existência da norma.

6. DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE APLICADOS EM RAZÃO DA COLISÃO ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO O DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE

No desenvolvimento do texto destacaram-se três direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico; tratam-se do direito à informação, do direito à privacidade e do direito à imagem. Tendo em vista que todos são previstos e vigente na legislação pátria, é certo que devem coexistir coerentemente. No curso do trabalho já foi possível identificar as diretrizes pelas quais se orientam a interpretação.

Conforme visto, existirão situações em que eles entrarão em conflito de aplicabilidade, discutindo-se sua prevalência sobre o outro diante do caso concreto. A

tarefa de elucidação do problema deve ser feita por meio da utilização dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sempre tendo em vista o viés da dignidade da pessoa humana.

A razoabilidade estrutura e direciona a aplicação de outras normas, princípios e regras; dentre várias acepções possíveis acerca do assunto três se destacam. Primeiramente a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as peculiaridades do caso concreto. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência. E por fim, a razoabilidade é utilizada como diretriz que demanda a relação de equivalência entre duas grandezas. (ÁVILA, 2009, pp. 151-152)

De forma mais esmiuçada a primeira acepção pode ser denominada razoabilidade como equidade, no qual há necessidade de harmonização da norma geral com o caso individual. Assim, a razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas, exigindo determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios envolvidos no caso estudado; ou seja, a razoabilidade opera na exegese das regras gerais como decorrência do Princípio da Justiça (Preâmbulo Constitucional e art. 3º da Constituição Federal). Também há a razoabilidade como congruência, onde o postulado do razoável implica na harmonização das normas com suas condições externas de aplicação (recorrência a um suporte empírico existente); e, no tocante à terceira acepção tem-se razoabilidade como equivalência, no qual estabelece que tal regra, em sua aplicabilidade, forma – ou deveria formar – uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. (ÁVILA, 2009, pp. 152-160)

O postulado da proporcionalidade implica que o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais, subdividindo-se em três subpostulado, ou subprincípios. (ÁVILA, 2009, p. 159)

Evidencia-se que tal princípio cresce em importância no Direito pátrio, servindo, cada vez mais, como instrumento de controle dos atos do Poder Público. Com base neste enfoque passa-se a análise de sua subdivisão.

A adequação se concretiza na congruência entre meio-fim, ou seja, se a decisão normativa restritiva (meio) do direito fundamental possibilita a obtenção da finalidade desejada. Deve-se perquirir se a medida é apta, idônea, apropriada para atingir o resultado perseguido. "O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental" (STEINMETZ, 2001, p. 149).

Outro subprincípio que serve de sustentáculo ao princípio da proporcionalidade é o da necessidade. "A idéia subjacente ao princípio é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menos possível" (STUMM, 1995, p. 78). Seu pressuposto é que a medida restritiva seja realmente essencial para a manutenção do direito fundamental, e que não possa ser substituída por outra de igual significância, ou menos gravosa. "Pelo qual a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou seja, uma medida para ser admissível deve ser necessária; e esse subprincípio se confunde com o da escolha do meio mais suave" (ALMEIDA, 1996, p. 40).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, reporta-se a colisão de direitos que surge quando uma garantia de um direito acaba por afetar outro direito também protegido constitucionalmente, ocasionando a declaração da inconstitucionalidade da

lei, com fundamento no princípio em análise. Sobre este aspecto, "é a ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação" (STEINMETZ, 2001, pp. 152-153).

No caso em tela não se trata de declaração de inconstitucionalidade entre um direito sobre o outro, mas sim em possibilidade de gozo de um em detrimento do outro. Conforme já comentado no decorrer do texto, tem-se que a dignidade é o fim maior da promoção dos direitos fundamentais e da personalidade, portanto, analisa-se razoável e proporcionalmente qual o direito que mais preservará a dignidade do indivíduo, chegando-se ao resultado de gozo e exercício, bem como de exigência de respeito perante terceiro.

Não é difícil concluir que na colisão entre liberdade de informação, imagem e privacidade, mais comum será a prevalência do direito à imagem e à privacidade do indivíduo, mesmo se isso significar restrição à liberdade de informação de outrem.

A partir disso, havendo abuso sobre o direito à imagem e à privacidade, deverá incidir responsabilização sobre o agente, independentemente se a esfera de atuação foi no ambiente comum ou no virtual, sendo este um limite constitucional ao direito de informar e de se expressar.

CONCLUSÃO

Diante de todo o que fora trazido no decorrer dessas páginas tem-se que não se pode mais considerar os direitos fundamentais de maneira absoluta, eis que o próprio significado da palavra exclui os demais direitos que também gozariam de tal característica, formando um bloco de garantias sem eficácia prática.

O direito de informar e de ser informado é profundamente relevante na seara social, todavia, os direitos à privacidade e à imagem também o são, o que gera um conflito na aplicação normativa, o qual deve ser resolvido por critério de elucidação de antinomias, como por exemplo, através dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, eis que se tratam de normas de igualdade hierárquica e garantidas no mesmo período.

A dignidade da pessoa humana, como valor fonte e vetor de todo o ordenamento jurídico, também opera sua influência, sendo que o entendimento de prevalência do direito à imagem e à privacidade decorrem de uma perspectiva do digno. Ora, não existe indignidade à pessoa que deixa de informar fato que não lhe diz respeito, ou que deixa de saber circunstância que não lhe agrega coisa alguma. Por outro lado, há indignidade àquele que tem sua imagem aviltada e sua privacidade exposta, devendo haver interferência Estatal para prevenir e reprimir atos como esses.

A internet tem sido muito utilizada nesse tipo de violação a direitos personalíssimos, eis que permite que as pessoas postem o que pensam sem a necessidade de identificação, o que dificulta no processo de responsabilidade. Diante disso é necessário que o Estado se atente para a promulgação de leis realmente eficazes e efetivas, sem fundamentação política (como o caso da Lei nº 12.737/2012), mas voltada à preocupação com as pessoas. A Lei 12.965/2014 possui profundidade e abrangência muito superiores à apresentada pela Lei editada no auge do problema que acometeu a atriz Carolina Dieckmann, mas mesmo assim precisa de aperfeiçoamento.

Portanto, não é mais possível a sustentação de um discurso pautado em uma liberdade indistinta, ilimitada e irresponsável. Existe limite no exercício dos direitos fundamentais, e – consequentemente – no exercício do direito de informar, e este limite reside no outro, na dignidade do outro, na sua imagem e na sua privacidade.

REFERÊNCIAS

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito a própria imagem**. 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Direitos da personalidade na Constituição Federal de 1988**: um exercício de aplicação quotidiana. Zulmar Fachin (Coordenador). 20 anos da Constituição cidadã. São Paulo: Método, 2008.

____. **O conteúdo do direito à própria imagem**: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2003, n.º 73.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Human Rights Council** – Seventeenth session. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. ampl. e. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

____. **Igualdade e liberdade.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

____; MIRANDA, Jorge; AGRA, Válber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 2.126 de 2011. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>. Acesso em: 17 jun. 2013.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 595600. Quarta Turma. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Julgado em 18 mar. 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 19 jun. 2013.

____. ____. Recurso Especial n.º 85905. Terceira Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Julgado em 19/11/1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 19 jun. 2013.

____. Supremo Tribunal Federal. Ação Ordinária 1390/ Paraíba. Relator: Ministro Dias Tóffoli. Julgado em 12/05/2011, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28viola%E7%E3o+a+privacidade+e+a+intimidade%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pway48w>. Acesso em: 19 jun. 2013.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Quarta Turma Cível. AGI n.º 20140020166695 DF 0016792-72.2014.8.07.0000. Relator: Desembargador Gislene Pinheiro. Julgado em: 24/09/2014. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/143759331/agravo-de-instrumento-agi-20140020166695-df-0016792-7220148070000>. Acesso em: 10 nov. 2015.

____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Nona Câmara Cível. Apelação Cível n.º 2009.001.47765. Apelante 1: Carla Cristina Pasche. Apelante 2: Google Brasil Internet Ltda. Apelado: os mesmos. Relator: Desembargador Marco Aurélio dos Santos Fróes. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI94636,11049-TJRJ+Google+e+condenado+por+comunidade+difamatoria+no+Orkut>. Acesso em: 19 jun. 2013.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARVALHO, José Raimundo de; SILVA, Bruno Miola da. O princípio da dignidade humana e o direito à inclusão social. SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Orgs). **Direitos humanos:** um olhar sob o viés da inclusão social. Birigui: Boreal, 2012.

CONVENTION ON CYBERCRIME. ETS 185. Budapeste, 23 nov. 2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 17 jun. 2013.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet.** São Paulo: Saraiva, 2000.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Direito à informação ou deveres de protecção informativa do Estado? In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação:** algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Traduzido: Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 44.

____. **Curso de direito civil brasileiro.** 22. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade:** por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade. Curitiba: Juruá, 2009.

____. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, INFORMAR CIDADE, v. 6, n. 1, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional:** liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007.

____. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion.** 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

MARTINS NETO, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, 2003.

MICHELMAN, Frank. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação:** algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado.In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira Siqueira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. (Orgs). **Direitos humanos:** um olhar sob o viés da inclusão social. Birigui: Boreal, 2012.

REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade,GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Orgs.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana:** diálogo entre a ciência e o direito. Curitiba: Juruá, 2007.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível n.º 2009.001.41528. Relator: Desembargador Ernani Klausner, 24 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI94636,11049-TJRJ+Google+e+condenado+por+comunidade+difamatoria+no+Orkut>. Acesso em: 19 jun. 2013.

____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível n.º 2008.001.18270. Relator: Desembargador Benedicto Abicair, 16 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI94636,11049-TJRJ+Google+e+condenado+por+comunidade+difamatoria+no+Orkut>. Acesso em: 19 jun. 2013.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

____. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

____. **Comentário Contextual à Constituição.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Os direitos da personalidade e o ciberespaço: o ponto de conexão das esferas público e privada na contemporaneidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de. (Orgs.). **Acesso à justiça:** uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. Birigui: Boreal, 2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. 2. ed., rev., atual. e ampl.: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2005.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér Zenni. **A crise do direito liberal na pós-modernidade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

RECEBIDO EM: 02/03/2016
APROVADO EM: 13/04/2016

A RETOMADA DA "HEGEMONIA NORTE-AMERICANA" E SEUS IMPACTOS SOB A AMÉRICA LATINA

THE RETURN OF "NORTH AMERICAN HEGEMONY" AND IMPACTS ON LATIN AMERICA

Tatiana A F R Cardoso Squeff*

Jessika Tessaro Rucks**

Renata Motter de Souza***

RESUMO: O presente texto tem como objetivo analisar as relações entre hegemonia e crise, a partir do exemplo norte-americano no período subsequente à Segunda Guerra Mundial. A justificativa para a realização do estudo está na tentativa de compreender a importância norte-americana no sistema internacional, bem como a sua tentativa de manter-se no "topo" das relações internacionais contemporâneas. Afinal, a ascensão estadunidense ao cargo de Potência Mundial no período do pós-guerra foi vista como um estabilizador econômico. Entretanto, com a profunda crise econômico-política ocorrida na década de 1970 nos Estados Unidos, não foi apenas o seu papel contestado internacionalmente, como também se atestou a própria falha do sistema financeiro internacional arquitetado em Bretton Woods. Com isso, o presente texto pretende não só demonstrar tal situação, assim como almeja elucidar as novas políticas adotadas pelos americanos frente a tal situação, na tentativa de retomar o seu posto enquanto potência hegemônica. Além disso, ao cabo, o estudo ressalta os efeitos gerados por essa nova prática sobre as economias latino-americanas, particularmente sobre Argentina, Brasil e México, haja vista elas terem impactado negativamente na "saúde econômica" destes países. Por isso, o presente texto é dividido em quatro partes, traçando-se um resgate teórico-qualitativo acerca do tema, revisando-se bibliografia existente sobre o tema, porém, sem o condão de querer esgotá-la.

PALAVRAS-CHAVE: Política Externa Americana – Hegemonia – Crise Financeira – Sistema Financeiro Mundial – América-Latina.

ABSTRACT: This text intends to analyze the relationship between hegemony and crisis taking the United States in the post-World War II as an example. The rationale behind this

* Doutoranda em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito Público pela Unisinos, com fomento CAPES (2012). Pós-graduada em Relações Internacionais pela UFRGS (2015), em Direito Internacional pela UFRGS (2009) e em Língua Inglesa pela Unilasalle (2008). Professora de Direito Internacional e Relações Internacionais da graduação em Direito do UniRitter e da Unifin. Professora Substituta da Faculdade de Direito da UFRGS.

** Doutoranda em Estudos Estratégicos Internacionais pela UFRGS. Mestre em Estudos Estratégicos Internacionais pela UFRGS, com fomento CAPES (2016). Pós-graduada em Relações Internacionais pela UFRGS (2014). Graduada em Relações Internacionais pela Faculdade América Latina/RS (2012). Pesquisadora do Instituto Sul-Americano de Políticas e Estratégias.

*** Pós-graduada em Relações Internacionais pela UFRGS (2014). Graduada em Administração pela Universidade do Contestado (SC) (2012)

study is to understand the importance of the U.S. in the international system as well as its attempt to maintain itself at the "top" of contemporary international relations. After all, the U.S. ascension to "World Power" in the post-war period was seen as an economic stabilizer. Nevertheless, with the economic and political crisis occurred in the 1970s in the United States, its role as super power was not only contested, but also attested the very failure of the international financial system conceived at Bretton Woods. Thus, this paper aims at demonstrating such situation as well as presenting the new policies adopted by the Americans to fight off that situation, in order to recover its position as a hegemon. In addition, at the end, the study emphasizes the effects generated by this new practice on Latin American economies, particularly on Argentina, Brazil and Mexico, considering they have impacted negatively the economy of these countries. Hence, this text is divided into four parts so as to draw a theoretical and qualitative approach on the subject, reviewing the existing literature on the matter, not intending, yet, to exhaust all the existing sources.

KEYWORDS: U.S. Foreign Policy – Hegemony – Financial Crisis – Global Financial System – Latin-America.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a retomada da hegemonia dos Estados Unidos e seus impactos sob a América Latina. Afinal, entende-se que o presente tema é importante para compreender a importância norte-americana no sistema (financeiro) internacional, a sua tentativa de manter-se no "topo" das relações internacionais contemporâneas e como isso impactou sobre as economias latino-americanas na década de 1980.

Para tanto, o estudo é dividido em quatro partes, traçando-se um resgate teórico-qualitativo acerca do tema, com intuito de revisar a bibliografia existente, porém, sem o condão de querer esgotá-la. Assim, incialmente, parte-se do nascimento/construção da hegemonia norte-americana, perpassando os momentos da Conferência de Bretton Woods em 1944 até o colapso deste sistema, o qual não atendia mais os anseios do sistema mundial.

Na sequência, o trabalho apresenta as causas para o declínio da hegemonia dos Estados Unidos, tendo como base as alterações político-militares (estratégicas), energéticas e principalmente econômicas vivenciadas pelo citado país no final da década de 1960 e meados da década de 1970.

Posteriormente, escrito igualmente apresenta as causas para o renascimento da hegemonia norte-americana nos anos 80, sobretudo aquelas baseadas no trabalho pioneiro de Tavares e, finalmente, como as medidas e políticas adotadas pelo governo norte-americano, como a política de fortalecimento do dólar, que possibilitaram a retomada da sua hegemonia impactaram sobre as economias latino-americanas, mas particularmente sobre a Argentina, Brasil e México.

1. O NASCIMENTO DA "HEGEMONIA NORTE-AMERICANA"

A hegemonia norte-americana surgiu ao final da Segunda Guerra Mundial, quando da formulação do sistema financeiro internacional, elucubrado no encontro de Bretton Woods, e seguiu incontestada até a década de 70. A hegemonia deste país foi a

segunda existente na História, pois, além da Grã-Bretanha na década de 1870, a economia Estadunidense foi a única capaz de "se expandir para fora de si mesmo e impor sua liderança ou hegemonia sobre os demais Estados do sistema mundial" (FIORI, 2005, p. 69). Fiori (2005, pp. 69-70) continua:

> [...] na história do sistema mundial só houve hegemonia de fato quando ocorreu coincidência ou convergência dos interesses e valores da potência ascendente com os das demais grandes potências transitoriamente derrotadas ou superadas pela escalada imperial dos dois únicos grandes vitoriosos dessa história: a Inglaterra e os Estados Unidos. [...] Assim, só se pode falar de uma verdadeira hegemonia mundial em dois momentos da história do sistema moderno: entre 1870 e 1900 e entre 1945 e 1973.

Com a ascensão norte-americana ao cargo de "Potência Mundial" no período do pós-guerra, surge um estabilizador econômico — um elemento considerado necessário para a ausência de crises financeiras. Isso porque, como já tecia Braudel (apud FIORI & TAVARES, 1997, p. 93), "o mundo não pode viver sem um centro de gravidade", tal como ocorrera na Crise de 1929.

A hegemonia começou a ser costurada no ano de 1944, quando quarenta e quatro Estados independentes participaram da Conferência Internacional Econômica e Monetária das Nações Unidas, a qual ocorrera na localidade de Bretton Woods, em New Hampshire, Estados Unidos, com objetivo de "instituir órgãos reguladores da economia internacional" (BARRAL, 2000, p. 23). Contudo, para além do consenso entre as diversas nações presentes no encontro acerca da necessidade da criação de um fundo monetário e de um banco para a reconstrução europeia e promoção do desenvolvimento,[1] o sistema conjecturado ainda apresentava duas características principais: a taxa de cambio fixa e o padrão de conversão dólar-ouro.

Acerca da taxa de câmbio, Gordon (2000, p. 122) explica que as mesmas "eram mantidas fixas, com apenas algumas mudanças ocasionais como a desvalorização britânica de 1967", a fim de que manter a estabilidade do valor da moeda nacional frente ao padrão de conversão adotado por longos períodos de tempo, utilizando-se das reservas de câmbio para intervir na economia, comprando/vendendo a moeda de troca em excesso. Prossegue o referido autor, tecendo que "no sistema de taxa de câmbio fixa", a grande redução das reservas cambiais de um Estado, ocasionada pela constante venda para manter a taxa de conversão fixa poderia provocar uma crise financeira, sendo esses os casos em que há uma variação cambial pontual.[2]

---

1 Além dessas duas instituições — FMI e BIRD — também houve consenso acerca da necessidade de instituir uma organização internacional que regulamentasse os fluxos comerciais interestatais. Contudo, a "Organização Internacional do Comércio" nunca saíra do papel, forte na negativa do congresso norte-americano (BARRAL, 2000, p. 23).

2 Complementa o referido autor que, nesses casos, portanto, o "país seria forçado a reduzir, ou desvalorizar, sua taxa de câmbio", como a Grã-Bretanha efetuara no período mencionado, com o objetivo de "tornar as exportações britânicas menos caras e mais atraentes para os compradores estrangeiros, aumentando, assim, a demanda de libra esterlina". Ademais, o autor igualmente apresenta um exemplo no sentido oposto, em que o Estado se vê obrigado a revalorizar a sua moeda visto que "as suas reservas cambiais externas" estavam excessivas, como ocorrera com a Alemanha em 1969, quando reajustou o Marco frente ao Dólar em 5% (GORDON, 2000, p. 122).

Já no que tange ao padrão dólar-ouro, Gordon (2000, p. 122), esclarece que "podia-se usar não só o ouro, mas também dólares como reservas, o que dava uma vantagem especial aos Estados Unidos em relação a outros países, como a Grã-Bretanha". Segundo Kilstajin (1989, p. 88) este foi o reflexo mais evidente da hegemonia dos Estados Unidos no pós-guerra, visto que o dólar foi incluído "no papel de reserva internacional", fazendo com que as moedas do mundo todo a ele se alinhassem e se tornassem conversíveis de forma relativamente fixa, substituindo aquela "mercadoria que historicamente representava o dinheiro universal — o ouro". Além disso, explana que "de 1944 até o início dos anos cinquentas, a escassez de dólares manifestava-se em superávits nas contas norte-americanas e na demanda internacional de dólares para constituição de reservas" de outros Estados, o que representa evidentemente uma vantagem Estadunidense.

Entretanto, não se pode afirmar que a superioridade Estadunidense é oriunda apenas do padrão dólar-ouro como referencial monetário internacional, havendo outros dois componentes importantes sobre o qual:

> a hegemonia norte-americana sobre o mundo capitalista se apoiou" com o fim da Segunda Guerra, como bem elabora Santos (2007, p. 36). O primeiro deles é a própria "supremacia econômica norte-americana, que, ao se impor ao mundo, permitiu expansão das suas corporações, difundindo seus padrões de organização, produção, consumo e financiamento.

Hilferding (apud FIORI, 1999, p. 62), expressa essa mesma impressão ao afirmar:

> o capital financeiro, para manter e ampliar sua superioridade precisa de um Estado politicamente poderoso [...], um Estado forte que faça valer seus interesses no exterior [...] e que possa intervir em toda parte do mundo para converter o mundo interno em área de investimento", sendo os Estados Unidos, no pós-guerra, o grande exemplo. Afinal, para além de uma balança comercial favorável, a liquidez internacional garantida em dólares fez com que capitais privados situados nos Estados Unidos concentrassem e centralizassem as riquezas mundanas (FIORI, 1999, p. 24), especialmente pela característica cosmopolita do *New Deal* (BELLUZZO, 2004, p. 18; FIORI, 1999, p. 105), o que denota o nascimento da "hegemonia norte-americana.".

Até mesmo porque, se não há uma equalização de riquezas entre as nações, não há que se falar em equalização do poder (FIORI, 1999, p. 53), mas tão-somente um controle unipolar. E é nesse sentido que se entende igualmente o pilar faltante, que é o "sistema de segurança sob a tutela do aparato militar norte-americano no contexto da Guerra Fria, que se legitimava através de algumas alianças militares como a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), com a alegação de combater o expansionismo soviético" (SANTOS, 2007, p. 36).[3] Sob esse aspecto, a competição interestatal também é realçada no cenário do pós-guerra, principalmente pela competição tecnológica,

[3] Sob essa perspectiva, Fiori e Tavares (1997, p. 105) também tecem que "a nova ordem mundial norte-americana foi sendo desenhada, na prática, pelo impasse nas conversações com a URSS sobre a reunificação da Alemanha e sobre o destino dos territórios ocupados da Europa Central. Foram momentos decisivos, no redesenho da estratégia americana para a Europa, a decisão de intervir, em 1947, na Grécia e na Turquia contra as forças comunistas internas, assim como o golpe comunista de 1948 na Checoslováquia seguido de imediato pela criação da OTAN e do Pacto de Varsóvia. Sem isto não se entenderia o anuncio americano, em 1947, do Plano Marshall de reconstrução Europeia e a criação em 1949 da República Federal Alemã que consagrou a ocupação e divisão interna do país que se transformara em problema desde 1871".

militar e ideológica entre americanos e soviéticos. Isso porque, o "projeto imperial benevolente" norte-americano fez com que ele se tornasse a liderança — hegemônica — do mundo capitalista (FIORI & TAVARES, 1997, pp. 104-105).

Assim, os Estados Unidos destoavam dos demais países, sendo alocados no centro do sistema por sua "capacidade material" de gerir o ordenamento internacional, "apoiado pelo seu controle sobre matérias primas estratégicas, capitais de investimento, tecnologias de ponta, armas, informação e acesso aos mercados internacionais" – como bem coloca Fiori e Tavares (1997, p. 94) ao exprimirem a definição de hegemonia a partir dos pensamentos neorrealistas.

Outrossim, a hegemonia americana não perdurou. Parafraseando Fiori e Tavares (1997, p. 108), o *hegemon*, como é chamada a potência a frente do ordenamento internacional, quando opta por seus interesses domésticos (ou seja, nacionais), o mundo passa a se deparar com uma profunda crise econômico-política, a qual atesta a própria falha do sistema, como ocorreu na década de 1970.

2. OS FATORES PARA A CRISE DA DÉCADA DE 1970

A "crise hegemônica norte-americana" ocorreu entre 1968 e 1973, quando o sistema financeiro internacional, elucubrado no encontro de Bretton Woods, mostrou-se falho, sobretudo, por força das políticas internas e externas Estadunidenses, as quais levaram não apenas a uma crise monetária, como também a consequente alteração do próprio sistema financeiro mundial.

De acordo com Cardia (2005, p. 60), "a crise monetária começou em 1967 com a desvalorização da libra esterlina. Mas a situação se tornou mais grave com as medidas de ordem monetária levadas a cabo por Nixon, em agosto de 1971", quando este decretou a perda da paridade entre dólar e ouro, dada a sua crescente desvalorização a partir de 1958, com base na conversibilidade das moedas nacionais mundo afora, limitando "o papel exclusivo do dólar como moeda de reserva nacional" apesar da grande oferta do mesmo no mercado, bem como da atração de capitais para fora dos Estados Unidos (justamente pela conversibilidade ter tornado "mais atrativas as economias dos demais países industrializados"), como bem coloca Kilstajin (1989, p. 90).[4]

Com isso, a dívida pública Estadunidense crescia cada vez mais (baseado na emissão de moeda de forma abundante) e este país começara "a perder ouro para seus principais parceiros comerciais", indicando uma "diminuição da confiança internacional na moeda americana e na capacidade do governo de Washington de converter todos os dólares em circulação por ouro" (SANCHEZ, 2001, p. 120).[5]

Há, portanto, um rompimento do Acordo de Bretton Woods, fazendo com que emergisse outro sistema monetário no plano internacional — o da taxa de câmbio flexível — o qual mantinha o dólar como moeda de troca do mercado, porém, não mais fixa a uma

[4] Conforme Santos (2007, p. 37), "os capitalistas norte-americanos passaram a enfrentar uma dura concorrência dos capitalistas japoneses e alemães".

[5] Nos dizeres de Kilstajin (1989, p. 91), "as reservas de outo dos Estados Unidos caíram de 653 milhões de onças, em fins de 1957, para 409 milhões, em 1960".

base imutável de US$ 35,00 por onça-troy (GORDON, 2000, pp. 122-123).[6] No mesmo sentido, aduz Eichengreen (2000, p. 183):

> [...] o fim de Bretton Woods transformou as questões monetárias internacionais. A partir do momento em que os bancos centrais e governos se deram conta da existência do instrumento de veto a ser denominado política monetária, a estabilidade da taxa de câmbio passou a ser o objetivo mais importante desse instrumento. A política monetária foi usada para ancorar a taxa de câmbio, exceto durante períodos excepcionais e limitados de guerra, reconstrução e depressão. Em 1973, a política monetária desprende-se das amarras e permitiu-se que as taxas de câmbio flutuassem.

E com esse acontecimento no plano econômico desencadeou-se o princípio da crise da hegemonia norte-americana, como assevera Fiori e Tavares (1997, p. 107-108). E se no plano interno a política monetária era o grande problema, no plano externo a crise energética e a Guerra do Vietnã foram outros grandes fatores que demonstram a quebra da hegemonia dos Estados Unidos em diversos níveis.

Conforme Santos (2007, p. 37), no plano militar "a derrota no Vietnã; as vitórias dos egípcios e sírios, armados pela URSS, na guerra do Yom Kippur; a revolução xiita do Irã; e a invasão soviética do Afeganistão, colocaram em questão o poderio militar norte-americano.".

Acerca do primeiro fato, o qual foi evidentemente devastador nessa fase, destacam Fiori e Tavares (1997, p. 109) que foi na própria administração Estadunidense "que ocorreu a rebeldia mais bem-sucedida e de consequências mais duradouras", sobretudo, pela política do Presidente Johnson. Este, imprimindo mais dólares para financiar os gastos com a guerra (SANCHEZ, 2001, p. 37) e aumentando o contingente enviado ao conflito na Indochina, "a despeito das resistências internas" (FIORI & TAVARES, 1997, p. 111), fizeram com que os Estados Unidos permanecessem "isolados internacionalmente e cada vez mais questionados internamente", o que não é bom para um poder que quer manter-se no apogeu.

Isso porque, além da insustentável "primeira grande derrota militar", como bem mencionam Fiori e Tavares (1997, p. 112), esse fato desencadeou outras derrotas militares-estratégicas pontuais que ocorreram na sequência dos anos, como a perda do controle nos conflitos entre Índia e Paquistão e a própria invasão soviética no Afeganistão em 1979, sem contar a perda de um grande aliado no Oriente Médio que era o Irã, forte na revolução fundamentalista ocorrida naquele país (FIORI & TAVARES, 1997, pp. 113-114).

Paralelamente, ainda, uma crise energética corroborou para a perda da "hegemonia norte-americana" entre 1968 e 1973. Decorrente do aumento exacerbado no preço do petróleo pela OPEP, organização recém-criada, o choque energético também foi crucial para a diminuição da hegemonia norte-americana, visto que revelaram "a complementariedade e interdependência das economias nacionais, quaisquer que sejam os níveis de desenvolvimento" (CARDIA, 2005, p. 60). Isto é, o "monopólio" dos preços pela

[6] O referido autor (GORDON, 2000, p. 122) esclarece que "a oferta de dólares excedeu muito a demanda e, consequentemente, somente compras maciças de dólares por outros países, principalmente pela Alemanha e Japão, conseguiam manter a taxa de cambio do dólar fixa". Além disso, tece que Alemanha e Japão compraram muitos dólares dos especuladores, que apostavam na impossibilidade "de manter a taxa de cambio do dólar fixa", "contribuindo com a oferta excessiva de dólares" no mercado. Por fim, "os governos das nações mais importantes abandonaram a tentativa de sustentar o valor do dólar, e em 19 de março de 1973 adotaram o sistema atual de taxa de câmbio flexível.".

OPEP, colocando termo ao modelo energético que sustentara o crescimento barato da economia entre os anos cinquentas e sessentas (FIORI & TAVARES, 1997, p. 108; SANTOS, 2007, p. 37), representa a própria dependência americana frente a outros Estados, o que é inconcebível a uma potência hegemônica.

Acerca disso, interessante o pensamento de Fiori (2004, p.90-91) ao tecer:

> [a] hegemonia mundial [...] é uma posição transitória que deve ser conquistada e mantida pela luta constante por mais poder, e neste sentido ela é autodestrutiva, porque o próprio *hegemon* quer se desfazer de suas limitações para alcançar a conquista completa do poder global. Por isso, o *hegemon* se transforma num desestabilizador da sua própria hegemonia.

Logo, para a retomada da própria hegemonia demandaria mudanças pontuais no próprio pensamento norte-americano, o que se resolve com a entrada do governo Regan no gabinete presencial Estadunidense.

3. A "RETOMADA HEGEMÔNICA" ESTADUNIDENSE

Muito embora o ordenamento internacional parecesse arquitetar um trilho para uma nova ordem internacional, apresentando outra conjuntura, distinta daquela iniciada por Bretton Woods, dada a queda norte-americana em meados da década de setenta, com a eleição de Ronald Regan em 1981 os caminhos foram tomando um sentido inverso – em direção à "retomada hegemônica norte-americana.".

Na fase conhecida como a "Segunda Guerra Fria", os Estados Unidos pareciam estar "decididos a recuperar a liderança mundial" (FIORI & TAVARES, 1997, p. 114). Santos (2007, p. 37-38), resume as transformações que fizeram com que os Estados Unidos retomassem o seu papel central:

> Com Regan (1981-1989), os EUA retomaram o mito do excepcionalismo norte-americano e a ideia da realização do destino manifesto, promovendo uma política extremamente conservadora no plano interno e externo, cujos objetivos podem ser focalizados de modo breve. Primeiro, vencer a URSS, chamada de "Império do Mal", colocando fim a Guerra Fria mediante a intensificação da corrida armamentista, como o projeto científico, tecnológico e militar da *Strategic Defense Initiative*, que ficou conhecido como programa "Guerra nas Estrelas". Segundo, enquadrar os competidores econômicos rivais, principalmente a Alemanha e o Japão, mediante a manutenção da Política do Dólar Forte, iniciada no governo Carter.

Com efeito, é possível dizer que os norte-americanos iniciaram uma série de medidas conservadoras que viriam a desenhar um novo funcionamento das relações internacionais na década de 1980, as quais podem ser divididas em duas grandes classes: uma, "no plano geoeconômico (através da diplomacia do dólar forte), e outra no plano geopolítico (através da diplomacia das armas)", como bem coloca Fiori (2000, p. 211), ao explicar a tese de Tavares.

No que diz respeito à primeira diplomacia, a intenção era "buscar uma acomodação através de uma adesão mais rigorosa aos princípios e à pratica da moeda forte", afastando a frouxidão das políticas monetárias que até então caracterizavam as políticas monetárias Estadunidenses desde o início da Guerra Fria (FIORI & TAVARES, 1997, p. 115). Para tanto, "ao manter uma política monetária dura e forçar uma sobrevalorização

do dólar", o Banco Central Americano ("FED") retomou o controle do sistema, fazendo com que o crédito interbancário fosse orientado pelas políticas monetárias norte-americanas, prática esta tipicamente hegemônica (FIORI, 2000, p. 212).

Tavares (2004), explica essa "nova" homogeneidade pautada numa política mais conservadora/intervencionista:

> [...] a política norte-americana faz unilateralmente as intervenções preventivas ou corretivas, segundo a conjuntura. Sem regras gerais autoaplicáveis e sem consideração pelas regras dos organismos internacionais que eles mesmos ajudaram a criar, o intervencionismo preventivo norte-americano expandiu como nunca o seu poder global.

Além disso, o respaldo encontrado nas políticas dos governos eleitos de Thatcher na Grã-Bretanha e Kohl na Alemanha foram essenciais para o suporte das políticas de desregulação dos mercados, do equilíbrio fiscal, a privatização de serviços públicos e deflação lançadas pelos americanos, fazendo surgir um efeito dominó no globo seguindo essas novas linhas, mesmo em países de matriz socialista (FIORI & TAVARES, 1997, p. 115-116).

No setor geopolítico, ao seu turno, a "hegemonia norte-americana" é retomada com a ofensiva mais abrupta contra os soviéticos, agora com a intenção de ganhar a Guerra Fria. Nas palavras de Fiori e Tavares (1997, p. 118), "voltava-se de forma ainda mais radical aos tempos da Doutrina Truman: já não se tratava apenas de conter o comunismo, tratava-se de derrotá-lo".

Para tanto, os americanos tomaram quatro decisões estratégicas que eventualmente levaram ao fim da União Soviética. A primeira, conforme Fiori e Tavares (1997, p. 118), "foi a de apoiar as forças anticomunistas em todos os planos e lugares do mundo", onde destaca-se o suporte às Guerrilhas da Nicarágua contra o próprio Estado, ensejando inclusive uma ação na Corte Internacional de Justiça (1986), onde restou mais do que comprovado esse suporte.

A segunda foi a instalação do sistema de mísseis de médio alcance no território europeu, sob o controle da OTAN (FIORI & TAVARES, 1997, p. 118). A terceira é de desenvolver o programa espacial (FIORI & TAVARES, op. cit., p. 119). E, por fim, o reconhecimento diplomático da China por parte dos Estados Unidos e a consequente abertura dos mercados americanos aos chineses — uma política desenhada ainda por Nixon e Kissinger, como alertam Fiori e Tavares (1997, p. 119).

Por conseguinte, essas aproximações e medidas estratégicas fizeram com que os norte-americanos recuperassem a sua hegemonia, sempre trabalhando para os interesses nacionais, porém, não olvidando das relações coordenadas com os demais países, no sentido de manter-se à frente de seus potenciais competidores e detentores de riqueza.

De fato, essa situação pode ser visualizada enquanto a própria retomada da hegemonia daquele país, mas com uma nova roupagem, as quais inclusive impactaram negativamente nas economias de outros países, tais como a dos países latino-americanos. Situação esta que merece um aprofundamento maior, justamente pelos seus efeitos, particularmente em Brasil, Argentina e México — países que reconhecidamente sofreram com as medidas dos Estados Unidos.

4. OS IMPACTOS DA RECONQUISTA NAS ECONOMIAS DA AMÉRICA-LATINA

Quando Ronald Reagan assumiu a presidência dos Estados Unidos em 1981 iniciou-se uma nova fase nas relações entre a América Latina e aquele Estado. Isso porque, as diretrizes adotadas pelo governo republicano visavam à retomada da hegemonia mundial por parte dos Estados Unidos. Por isso, o governo norte-americano aderiu uma estratégia de fortalecimento do dólar e da contenção da influência soviética que acabaram refletindo fortemente (e negativamente) sob as economias dos países latinos.

Nos anos 1970, o endividamento era considerado uma estratégia de desenvolvimento econômico da maioria dos países da América Latina que tinham contraído empréstimos, aproveitando à liquidez financeira do mercado internacional. Acerca disso, Cano (2000, p. 19) exprime:

> Na década de 1970 a expansão do sistema financeiro internacional é acelerada, tanto pela inflação do período inicial quanto, principalmente, pela reciclagem dos petroleiros que decorrem dos substanciais aumentos dos preços do petróleo entre 1973 e 1979.

Ocorre que com os choques externos provocados pelas crises do petróleo aliado a contratação de empréstimos como prazos curtos e com taxas de juros flutuantes, os países não conseguiram promover excedentes necessários para efetuar regularmente o pagamento da dívida.

Ao mesmo tempo, outro fator que corroborou para esse descompasso nos pagamentos da dívida externa foi a Política Volcker, estabelecida em outubro de 1979 pelo governo estadunidense para conter o enfraquecimento do dólar no cenário mundial. Essa medida previa o aumento da taxa de desconto e a modificação da política monetária, a qual não se concentraria mais nos níveis da taxa de juros, mas sim nas metas de oferta monetária — atingindo diretamente os valores devidos pelos países no cenário internacional.

Note-se que o apoio de Washington à América Latina durante os anos 1980 detinha mais um componente preocupante: o forte envolvimento dos bancos norte-americanos, como credores, e a eminencia de quebra do sistema financeiro internacional, caso os devedores não pagassem os juros ou o principal de suas dívidas (DE BEM, 2003, p. 128). Fato este que denota o "papel hegemônico norte-americano", como também o seu entrelaçamento para com os países latinos, apesar de isso não ter sido suficiente para evitar graves problemas aos Estados que utilizavam do crédito dos Estados Unidos.

Dessa forma, uma vez que as taxas de juros norte-americanas aumentaram e o dólar passou a se valorizar, os Estados rapidamente sentiram os efeitos das políticas adotadas pelo governo dos Estados Unidos. E quando os juros subiram vertiginosamente entre 1979 e 1982, a quebra do sistema financeiro dos países foi inevitável: Argentina, Brasil e o México foram os casos mais expressivos (CANO, 2000, p. 31).

4.1 BRASIL

O Brasil experimentou o chamado "milagre econômico" entre os anos de 1968 e 1973 — um período de elevado crescimento econômico, promovido em partes pela política de favorecimento do setor público no qual o Estado buscava orientar e estimular investimentos na economia nacional. No entanto, durante os anos de 1970, os Estados

Unidos buscaram consolidar sua posição de liderança no sistema internacional, adotando medidas que viabilizassem a retomada da sua hegemonia.

Como mencionado anteriormente, a Política Volcker objetivava conter o enfraquecimento do dólar. Essa medida acarretou duas punições para grande parte dos países da América Latina, provocando um aumento dos custos do serviço da dívida, tornando-a ainda mais onerosa e, adicionalmente, o esvaziamento da oferta de capitais, em razão da atração exercida pelo mercado norte-americano.

Assim, com o fim do milagre econômico e o forte impacto dos choques externos de 1973 e 1979, as medidas adotadas pelos Estados Unidos reverberaram profundamente na economia brasileira na década seguinte. No início dos anos 1980, o Brasil iniciou um período de transição do modelo econômico de substituição de importações, adotado ainda na primeira metade do século XX, para aderir ao processo de globalização já dominante naquela época. Com isso, o Brasil procurou implementar um processo de ajustamento da economia, o que implicou em profundas transformações no sistema de intervenção do Estado brasileiro entre final da década de 1980 e ao longo dos anos 1990.

A década de 1980, entretanto, ficou conhecida como a década perdida, em razão dos impactos de crise da dívida externa na economia do país. Entre as principais consequências da crise da dívida que marcaram esse período, pode-se destacar a impossibilidade de acessar o mercado internacional de crédito, o aumento brusco das remessas de juros internacionais, a crise institucional e financeira do Estado e a aguda aceleração da inflação.

Por conseguinte, a política macroeconômica brasileira ficou engessada a necessidade de viabilizar os pagamentos da dívida externa, impedir que o aprofundamento do endividamento do Estado e da taxa de crescimento dos preços empurrasse a economia brasileira para uma situação de hiperinflação. Tendo em vista que a inflação de 100% entre 1980-83 saltou para 193% em 1984 (CANO, 2000, p. 212), o combate à inflação passou a ser uma das principais preocupações dos governos.

Desse modo, os governos do período adotaram distintas medidas de caráter ortodoxo e heterodoxo no combate à inflação, implementando planos estruturais que objetivavam a promoção de um ajuste econômico e institucional, particularmente no que tange o mercado de trabalho, estimulando uma maior transferência de renda e bem-estar.

O governo brasileiro a partir de 1983 passou a submeter-se ao monitoramento e à fiscalização do Fundo Monetário Internacional (FMI) e, no ano seguinte, buscou acordos também com o Banco Mundial (BM), a fim de buscar soluções para a crise (DE BEM, 2003, p. 81). Registra-se que, a partir dos anos noventa, as visões neoliberais passam a integrar as soluções adotadas pelo Estado para os problemas do período anterior.

A abundância de liquidez do período e a globalização financeira provocaram uma mudança na forma de financiamento da dívida externa. O Estado aderiu a uma nova postura, aderindo à abertura dos mercados, buscando atrair fluxos de capitais estrangeiros, procurando deslocar a restrição externa, controlar a inflação e integrar o mercado financeiro interno ao externo. Todavia, ressalta-se que foi somente com a implementação do Plano Real, em 1994, que o Brasil conseguiu colocar fim ao processo inflacionário e ao modelo econômico da década anterior, gerado mormente pelas mudanças oriundas dos Estados Unidos.

4.2 ARGENTINA

Os choques do petróleo de 1973 e 1979 abateram de maneira drástica os países industrializados (isto é, desenvolvidos), porém o mesmo não ocorre com os países subdesenvolvidos, como é o caso da Argentina. Zyberztajn (1987) descreve pontualmente essa situação:

> Na Argentina, a dependência em relação ao carvão perdurou até o final dos anos quarenta sendo substituída pela dependência ao petróleo, dependência esta que irá durar até o final dos anos cinquenta. Durante os anos sessenta, a prioridade dada às pesquisas acarretou a autossuficiência petrolífera e teve início uma política de diversificação energética, principalmente gás e hidroeletricidade.

Tomando por separado os períodos em que aconteceram as crises petrolíferas, pode-se destacar, em um primeiro momento (especialmente a partir de 1973), o aumento da sua dívida externa. O histórico argentino iniciou-se com a morte de Juan Domingo Perón em julho de 1974 e a assunção do cargo por *Isabelita* (María Estela Martinez Peron), pois, a partir desse momento, o Estado manifesta toda a sua fragilidade. No ano de 1975, o PIB argentino caíra para pouco mais de 2%, porém, o setor mais afetado foi a indústria, a qual sofreu com queda de -3,6%.

Mas o caso que mais chama a atenção no caso argentino foi a inflação que passou de 40% no ano de 1974 para 300% no ano seguinte. Os déficits, tanto fiscal quanto do balanço de pagamentos correntes, restaram cada vez piores, sendo que o primeiro atingira 73% e o segundo foi dez vezes maior que o montante do ano anterior (CANITROT,1982).

No governo da Junta Militar que assumira o poder em 1976, esse cenário se agravou ainda mais, pois multiplicou-se "por cinco o endividamento externo argentino (passando de US$ 8 bilhões a US$ 43 bilhões), sendo que boa parte desses recursos emprestados foi depositada pelos membros do regime e pelas elites em bancos dos EUA" (SANTOS, 2007, p. 90). O endividamento feito serviu para financiar seus futuros investimentos, que na segunda crise agravou-se ainda mais, pois havia a necessidade de saldar das dívidas que haviam contraído no início dos anos setenta. Assim, a Argentina, nesse segundo período, continuou-se a endividar, apesar de seu relativo equilíbrio energético.

Analisando esse contexto histórico, percebe-se que a questão energética tem um papel irrelevante dentro das evoluções econômicas da Argentina. O que realmente afetou o Estado foi à instabilidade institucional, a inexistência de um consenso social e o estabelecimento de políticos econômicos partindo de sistemas populistas e autoritários, esses fatores levaram à chamada 'desindustrialização' do país. Afinal, ao invés de adotar uma política de industrialização substitutiva de importações, a Argentina mergulhou "em planos econômicos monetaristas pactuados com o FMI, que favoreceram o capital estrangeiro à custa da própria indústria nacional" (CASTRO, 2007, p. 91). Inclusive, por isso diz-se que a desindustrialização argentina foi decorrente da abertura bruta da economia por parte dos militares após anos de protecionismo, provocando a falência do setor industrial do país.

Ao fim e ao cabo, conclui-se que o período que abrangeu as crises do petróleo fez da Argentina o país mais perturbado, política e socialmente, entre os grandes Estados da América Latina, atrás apenas de Brasil e, sobretudo, México (CARLINO & STUART, 2005, p. 101).

4.3 MÉXICO

O primeiro Estado a sofrer com as medidas americanas foi o México, o qual decretou *default* (mais conhecida como moratória) em 1982, dando início ao que ficou conhecido como "década perdida", no qual diversos países da América Latina, em diferentes períodos, enfrentaram crises agudas, com inflação galopante e a própria estagnação econômica (recessão). Assim, faz-se necessário apontar especificamente o que sucedera com este país. Afinal, não apenas foi o primeiro a sofrer do endividamento externo, como também, a partir da sua experiência, iniciou o processo de gerenciamento da crise originada pela retomada americana (e suas políticas) por parte de organizações como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BM), além, por certo, do próprio governo norte-americano.

Em 12 de agosto de 1982, o México anunciou às autoridades internacionais que não teria condições de cumprir com os pagamentos da dívida externa, pois o seu Banco Central havia esgotado suas divisas, solicitando a moratória dos pagamentos do valor principal da dívida e renegociando as parcelas a vencer nos meses seguintes. Adicionalmente, o governo mexicano pediu empréstimos aos governos estrangeiro e ao FMI, sendo que, para este, ainda solicitou um programa de estabilização macroeconômica.

Entretanto, registra-se que a principal causa dessa medida foi justamente o aumento das taxas de juros originárias das medidas deflacionárias do governo americano e dos preços do petróleo. Quanto aos juros, como anteriormente referido, as medidas norte-americanas emplacadas como forme de contornar a sua crise doméstica levaram "as taxas de juros reais sobre empréstimos bancários a pular, de repente, de uma média de 0,8% no período 1971-1980, para 11,0% em 1982" (SANCHEZ, 2001, p. 199), influenciando nos valores devidos pelos diversos países, inclusive o México, por deterem financiamentos no estrangeiro.

Já no que diz respeito aos preços do petróleo, esses influenciaram a crise mexicana por fazerem com que houvesse um grau de endividamento (financiamento) muito maior junto às instituições financeiras externas. Explica-se: pelo México ser um país exportador de petróleo (sobretudo com a descoberta de novas reservas[7]), o excesso de liquidez fez com que houvesse uma pressão muito grande para que este país aumentasse os seus empréstimos no exterior (FRENCH-DAVIS *et al.*, 2005, p. 156).

Conforme Gama (2012),

> [...] o processo de endividamento tornou necessária a adoção de políticas flexíveis na gerência do mercado de capitais, aumentando para o país devedor sua tolerância e apetite por capital especulador em curto prazo, o chamado *smart money*. Para esse tipo de capital, ofereciam-se taxas especialmente altas de remuneração [pautadas no aumento – especulativo – dos preços]. Essa política funcionaria muito bem não fosse o caráter especulador de tais capitais em curto prazo. Bastaria uma brusca retirada de um montante significativo desses fundos para que as contas externas se tornassem impossíveis de administrar.

E essa impossibilidade de se administrar a dívida foi exatamente o que aconteceu. Isso porque, o endividamento vinha acompanhado de taxas de juros flutuantes, o que,

[7] Conforme French-Davis et al. (2005, p.156), "a participação do México na produção petrolífera da América Latina subiu de nove por cento, em 1973, para 44 por cento em 1982".

inicialmente não era um grande problema para os países latino-americanos exportadores de petróleo, eis que havia liquidez no mercado.

No entanto, a crise petrolífera e a consequente diminuição da produção (reduzindo-se, assim, a quantidade de recurso – petrodólares – disponível no mercado) fez com que as especulações geradas pela alta liquidez do mercado caíssem por terra, gerando uma diminuição do poder de compra do Estado no exterior, mas mantendo-se as dívidas externas assumidas quando havia uma liquidez (mesmo que especulativa) maior, as quais cresciam igualmente pela elevação dos juros pela política econômica implementada pelos Estados Unidos.

Em razão disso que Sanchez (2001, p. 199) vai afirmar que "a raiz [da moratória] foi o grande montante de empréstimos dos bancos ocidentais para os países em desenvolvimento, principalmente na América Latina". Afinal, o México não tinha meios de pagar as suas dívidas, posto que os valores devidos aumentavam exponencialmente em virtude do aumento dos juros praticados pelos Estados Unidos, de modo que o país não possuía mais crédito no mercado internacional para obter financiamentos, o que impactou na própria economia do país. Até mesmo porque, o financiamento da produção dependia em larga escala do montante oriundo do exterior (dos "petrodólares" que já não eram mais abundantes).

Registra-se, por exemplo, que em 1984 as suas exportações restavam em casa negativas (por volta de -4,6%) enquanto as suas importações majoravam significativamente (em torno de 19,1%), levando a uma inversão na balança comercial do Estado, a qual não era mais positiva (PINTO, 1992, p. 19). O produto interno bruto (PIB) acumulado no período de 1981-1985 do país restou na casa -4,0%, com períodos bem mais desastrosos, como em 1983, quando chegou a -7,5% (PINTO, 1992, p. 19) – cenário este que incrementou a impossibilidade de o México arcar com seus compromissos no plano internacional.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo central analisar as razões que levaram os Estados Unidos a serem considerados a "potência hegemônica mundial" após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, bem como os motivos que levaram ao seu declínio já na década de 1970 e a própria retomada ocorrida na década seguinte. Percebe-se, desta feita, que a hegemonia e a(s) crise(s) são fatores intrinsicamente ligados.

Aproveitando dos ensinamentos de Saussure (2002, p. 102-103), *a falta de hegemonia* bem seria o significante, algo que se dá primeiro, nas esferas de conhecimento, sendo a *crise* a sua consequência, portanto, o seu significado. Ou, ainda, que a hegemonia exercida de modo "literal" também pode ocasionar crises sistêmicas, sendo esta o resultado da má estruturação da própria hegemonia.

De todo modo, o que se quer dizer é que a hegemonia quando levada a cabo por um Estado, também deve ser constantemente atualizada, sob pena de gerar crises financeiras (e igualmente geopolíticas), as quais podem pôr em risco todo o sistema internacional. Por isso, concorda-se com Fiori quando este tece que foi apenas "nesses momentos de convergência e harmonia de interesses", criados pelas situações hegemônicas" que eventualmente existiram "regimes internacionais" e instituições multilaterais

eficazes (2005, p. 70). Afinal, há com eles uma estrutura, um sistema regrado que pode fazer as ponderações necessárias para o desenvolvimento das relações econômicas internacionais de forma satisfatória.

Entretanto, não se pode negar que nessa busca pela retomada de sua hegemonia, os Estados Unidos por meio de suas políticas econômicas para contornar a crise interna, como a Política Volcker, acabaram impactando negativamente outros países, sobretudo aqueles situados na América Latina, dando ensejo a 'década perdida'. Como visto, os países que mais sofreram com essas medidas foram Brasil, Argentina e México, cada qual com as suas peculiaridades. Isso porque, com os choques externos provocados pelas duas crises do petróleo durante a década de setenta gerando uma menor liquidez ao mercado, aliado aos empréstimos de curto prazo obtidos pelos países latinos "sob pressão" e próprias taxas de juros flutuantes, fizeram com que esses Estados não conseguiram promover excedentes necessários para efetuar regularmente o pagamento da sua dívida externa, gerando problemas graves para a saúde de suas economias.

Outrossim, quando se trata de uma potência hegemônica, isso significa que esse sempre ditará as regras, condutas, posicionamentos, etc. para os demais, o que não poderia ser diferente com os Estados Unidos em sua retomada de poder. Quer isto dizer que o próprio impacto que suas políticas tiveram nos países latinos demonstra justamente a reconquista deste país ao posto de potência hegemônica.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. **O Brasil e a OMC**: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

BELLUZZO, Luís Gonzaga de M. **Ensaios sobre o Capitalismo no Século XX.** São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CANITROT, Adolfo. Ordre social et monétarisme en Argentine: notes et études documentaires. **Problèmes d'Amérique Latine.** Paris, n. 66, 4e trim., 1982, pp. 73-101.

CANO, Wilson. **Soberania e Política Econômica na América Latina**. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

CARDIA, Fernando Antônio A. Uma Breve Introdução à Questão do Desenvolvimento. *In:* AMARAL JUNIOR, Alberto. **Direito Internacional e Desenvolvimento.** Barueri: Manole, 2005.

CARLINO, Alicia Monica; STUART, Ana Maria. Um enfoque multidimensional dos vinte anos de democracia Argentina. *In*: DUPAS, Gilberto. **América Latina no início do século XXI:** perspectivas econômicas, sociais e políticas. São Paulo: Ed. UNESP, 2005.

CORTE INTERNACIONAL DE JUTIÇA. **Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua** (**Nicarágua v. Estados Unidos).** 1986. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=70>. Acesso em 30/07/2013.

DE BEM, Judite Sanson. **Estado & Economia na América Latina**: a construção do pensamento neo-estruturalista cepaliano. Passo Fundo: Clio Livros, 2003.

EICHEGREEN, Barry. **A Globalização do Capital**: uma História do Sistema Monetário Internacional. Trad. Sergio Blum. São Paulo: Ed. 34, 2000.

FIORI, José Luís; TAVARES, Maria da Conceição. **Poder e Dinheiro**: uma economia política da globalização. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FIORI, José Luís. **Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações**. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. Maria da Conceição Tavares e a hegemonia Americana. **Lua Nova**: Revista de Cultura Política. São Paulo, n. 50, pp. 207-236, 2000.

_____. **O Poder Americano.** Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. Sobre o Poder Global. **Revista Novos Estudos**. n. 73, Nov. 2005. pp. 61-72. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/nec/n73/a05n73.pdf>. Acesso em 29/07/2013.

FRENCH-DAVIS, Ricardo; MUÑOZ, Oscar; PALMA, José Gabriel. As Economias Latino-Americanas: 1950-1990. *In*: BETHEL, Leslie. **História da América Latina:** a América Latina após 1930 – Economia e Sociedade. São Paulo: Ed. USP, 2005.

GAMA, Claudio Márcio Araújo de. **Crise**: a primeira década perdida. 2012. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/crise-a-primeira-decada-perdida/61010/>. Acesso em: 30 de jul. 2014.

GORDON, Robert J. **Macroeconomia**. Trad. Eliane Kanner. 7. ed. Porto Alegre: Bookman, 2000.

KILSZTAJN, Samuel. O Acordo Bretton Woods e a Evidência Histórica: o Sistema Financeiro Internacional no Pós-Guerra. **Revista de Economia Política**. Uberlândia, vol. 9, n. 4, pp. 88-100, out./dez., 1989.

PINTO, Aníbal. A América Latina entre duas crises. **Revista de Economia Política**. Uberlândia, v. 12, n.3, pp. 16-29, jul.-set., 1992.

SANCHEZ, Inaiê. **Para entender a internacionalização da economia**. 2 ed. São Paulo: Editora SENAC, 2001.

SANTOS, Marcelo. **O poder norte-americano e a América Latina no pós-guerra fria.** São Paulo: FAPESP, 2007.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Escritos de Linguística Geral.** Org. Simon Bouquet e Rudolf Engler. São Paulo: Cultrix, 2002.

TAVARES, Maria da Conceição. O Poder Americano depois de 1970. **Folha de São Paulo.** Notícia veiculada em 20 de Junho de 2004. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2006200408.htm>. Acesso em 30/07/2013.

ZYLBERSZTAJN, David. Argentina, Brasil e México: os impactos de política energética face às crises da década de 1970. **Revista Brasileira de Energia**. Campinas/Itajaúba, v. 1, n. 1, pp.1-12, 1989. Disponível em: <www.sbpe.org.br/socios/download.php?id=5>. Acesso em: 29 de mai. 2014.

RECEBIDO EM: 12/02/2016
APROVADO EM: 20/05/2016

NECESARIO PERFECCIONAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

WARRANTED IMPROVEMENT IN THE CUBAN'S SAFETY AND HEALTH AT WORK LEGAL ORDINANCE

Jorge Cumbrera*

RESUMEN: Ante la existencia en Cuba de insuficiencias en los SGSST en las empresas que puede ser la consecuencia de la ocurrencia de incidentes y accidentes del trabajo con incidencias en la. En este sentido la presente investigación tiene como objeto, el estudio de los SGSST cuestión esta de gran importancia para el sector empresarial, pues en los momentos actuales dentro del ámbito empresarial a nivel internacional constituye un parámetro para determinar si una empresa tiene proyección social, por lo que nuestro país no está ajeno de estas exigencias en el contexto empresarial.

PALABRAS CLAVES: Incidentes y accidentes del trabajo, Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

ABSTRACTS: The evident structural lacking in our Security and Health in Labor Supporting Systems in enterprises remains being the direct consequence of accidents and incidents of or in occasion of labor with the corresponding influence in the social responsibility of these institutions. Therefore, this research aims to the objective of setting a real study of these systems so it could be definitely identified if they effectively contribute to qualify as socially responsible enterprises.

KEYWORDS: Accidents and incidents of or in occasion of labor, Security and Health in Labor Supporting Systems

INTRODUCCIÓN

La Seguridad y Salud en el Trabajo ha sido un tema de interés en las diferentes etapas del desarrollo histórico de la sociedad, por lo que la formalización de sus métodos, fines, así como su cuerpo teórico es el resultado de la producción investigativa de profesionales de diferentes especialidades. Sin embargo, todavía existen limitaciones que deben ser superadas con la misma rapidez con que se ha desarrollado en el siglo XX y XXI, caracterizado por las nuevas necesidades derivadas del empleo de las TIC, así como los nuevos contextos laborales donde predominan las exigencias mentales sobre las físicas.

* Profesor maestro de la Universidad de Granma. Imparte las asignaturas de Derecho Laboral y Seguridad Social y Derecho Marítimo. Secretario del Capítulo de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Provincia Granma, Cuba. Correo electrónico: jmartinezc@udg.co.cu

En ocasiones los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo implementados en nuestras empresas no cumplen su objetivo fundamental, el de disminuir o evitar la ocurrencia de incidentes, accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, lo cual responde básicamente a las inminentes insuficiencias que muestran la implementación de este sistema en las empresas y por consiguiente la inadecuada aplicación de la Responsabilidad Social Empresarial. Estas deficiencias y otras que persisten en nuestra economía, constituyeron los fundamentos para la elaboración de los lineamientos de la política económica y social, aprobados en el VI congreso del PCC en el 2011, existiendo una estrecha correspondencia del tema objeto de investigación y los lineamientos, específicamente el 134[1] y 137,[2] encaminados a lograr el desarrollo del país y con esto el bienestar de la sociedad cubana.

La Seguridad y Salud en el Trabajo ha sido abordada en nuestro país desde diferentes aristas, siendo los aspectos más trascendentales lo concerniente a: exposición a riesgos laborales, el estudio de los accidentes de trabajo, el ambiente laboral y la morbilidad laboral temporal, cuestión esta corroborada a través del estudio de las tesis defendidas en la Maestría en Salud Ocupacional, en el período comprendido entre 1984-2006, lo que nos permitió comprender que estas investigaciones precedentes realizaron importantes aportes a la Seguridad y Salud Ocupacional, Laboral o del Trabajo pero no se propusieron como objetivo directo el análisis de los SGSST, sino que abordaron esta temática desde otras aristas o por las propias particularidades de cada una de estas investigaciones no excluyeron la posibilidad de seguir estudiando el tema en el orden académico, unido a esto se encuentra los trabajos de diplomas realizados por Cruz Romera (ROMERA, ESTHER, 2009) y Labrada Marro (MARRO, 2008-2009) en los que se hace una análisis a los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo en la entidades referidas, pero se quedan en el plano de identificar las deficiencias sin llegar a dar propuestas para su perfeccionamiento.

Por su parte Miranda Hernández (HERNÁNDEZ, 2012) y Santana Pascual (PASCUAL, 2012) en sus tesis de maestrías, hacen una propuesta de diseño e implementación de un sistema integrado de la calidad, dentro de la cual tocan de manera sucinta lo referente a la Seguridad y Salud en el Trabajo como parte de ese sistema integrado que proponen. En otro orden Rojas Casas (CASAS, 2001) plantea una metodología para el cálculo de los accidentes de trabajo que facilitará un mayor control estadísticos sobre los mismos en la industria azucarera de Holguín y por último se encuentra la tesis doctoral de Velázquez Zaldívar (ZALDÍVAR, 2002) en la que alude a un modelo de mejora continua para la gestión de la seguridad e higiene ocupacional, con base fundamentalmente en la industria alimenticia.

Por tanto del estudio realizado en la doctrina cubana a partir de las investigaciones referidas, se puede comprobar que ninguna hace alusión a la RSE y mucho menos a la relación que existe entre los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo;

---

1 **Lineamiento 134**: Las entidades económicas en todas las formas de gestión contarán con el marco regulatorio que propicie la introducción sistemática y acelerada de los resultados de la ciencia, la innovación y la tecnología en los procesos productivos y de servicios, teniendo en cuenta las normas de responsabilidad social y medioambiental establecidas.

2 **Lineamiento 137**: Continuar fomentando el desarrollo de investigaciones sociales y humanísticas sobre los asuntos prioritarios de la vida de la sociedad, así como perfeccionando los métodos de introducción de sus resultados en la toma de decisiones a los diferentes niveles.

por lo que este el aporte de esta investigación va encaminado a demostrar la vinculación existente entre la RSE y el Derecho Laboral, específicamente con los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo y la incidencia que tienen estos en las empresas, con vistas a que sean socialmente responsable.

En este sentido, a partir del diagnóstico realizado a los SGSST en las empresas seleccionadas del Municipio Bayamo, nos permitió dilucidar la existencia de insuficiencias que persisten en el momento de dimensionar y estructurar sus elementos, los riesgos laborales a lo que están expuestos los trabajadores así como la función que desempeñan los sujetos en cada una de las fases de su elaboración, implementación y control, cuestiones estas que incide de manera negativa en la correcta aplicación de la RSE y en la concepción de esta categoría dentro de los SGSST en estas empresas.

La investigación se desglosó en dos capítulos con la finalidad de sistematizar los fundamentos teóricos, históricos y de proyección comparada conformadores de la Seguridad y Salud en el Trabajo que permitan fijar pautas doctrinales en torno a su relación con la dimensión laboral de la Responsabilidad Social Empresarial y la de establecer los presupuestos jurídicos de los Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo para una adecuada aplicación de la Responsabilidad Social Empresarial, a partir del diagnóstico de las insuficiencias que presentan en las empresas perfeccionada del municipio Bayamo, en correspondencia con la doctrina y el ordenamiento jurídico cubano.

Las disposiciones jurídicas normativas extranjeras analizadas en la investigación, en materia de Derecho Laboral, se seleccionaron teniendo en cuenta el Sistema de Derecho, las raíces comunes, el idioma y los aportes realizados a los institutos y categorías del Derecho Laboral examinadas, específicamente en la forma de normar la dimensión laboral de la Responsabilidad Social Empresarial. De igual manera, los criterios de los diferentes autores referidos en la investigación, nos permitieron esgrimir las divergencias o las convergencias existentes con el nuestro; planteamos y demostramos la relación de la Responsabilidad Social Empresarial con el Derecho Laboral o del Trabajo, particularmente con respecto a la Seguridad y Salud en el Trabajo; quizás sea una ponderación de nuestra parte, pero la polémica que se genere por tal afirmación resultará beneficiosa para la Ciencia Jurídica en general, y en especial para la rama del Derecho Empresarial y dentro de ella, para el Derecho Laboral o del Trabajo.

1. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sentado previamente el papel de la seguridad ocupacional, laboral o del trabajo, cabe enfatizar que el empleador debe mostrar un liderazgo y compromiso firme respecto a las actividades de seguridad y salud laboral en la organización, así como adoptar las disposiciones necesarias para crear un SGSST, que incluya los siguientes elementos: definición de la política de seguridad de la empresa, organización de la seguridad, identificación y evaluación de riesgos y determinación de las causas de accidentes, programas de prevención y el control y ajuste de la seguridad, cada una de ellos cuenta con salidas importantes.

En este orden la Norma Cubana 18001 de 2005[3] establece los elementos que deben conformar los SGSST implementados en nuestras empresas, en tal sentido refiere: política de la seguridad y salud en el trabajo, planificación, implementación y operación, verificación y acción correctiva y por último la revisión por la dirección, los que guardan una estrecha relación entre sí y por tal motivo una mala elaboración en uno de ellos afectaría de forma directa a los restantes y en consecuencia un mal diseño y aplicación del SGSST en la empresa, sus características principales se detallarán a continuación.

Con respecto a la definición de la política de seguridad de la empresa, constituye una necesidad de que los directivos conozcan los componentes de la seguridad de los cuales son responsables. Muchos de los dirigentes aún cuando su formación es universitaria no poseen una cultura jurídica en cuanto a los temas relacionados con la SST, por lo que es uno de los principales problemas a resolver en este tópico y de los principales retos de aquellos que en la empresa tienen la función de asesorar en estos temas, pues en la medida en que el principal dirigente asuma esta responsabilidad y establezca una política adecuada a las necesidades y características de la organización, entonces será efectiva y tendrá éxito la labor de la SST.

La política de seguridad deberá trazarse y controlarse por el máximo órgano de la entidad, en este sentido nos referimos al Consejo de Dirección, por lo que debe estar en concordancia con los objetivos y proyecciones estratégicas de la organización; y su éxito será alcanzado siempre que se materialice en los siguientes aspectos: la elaboración de un compromiso u objetivos en materia de seguridad, la implicación y motivación de toda línea jerárquica, de modo que dichos objetivos se asuman por cada área y trabajador, el desarrollo de una cultura empresarial más amplia alrededor de estos temas, el tratamiento sistemático de los temas de la seguridad en los consejos de dirección, en el contexto de todos aquellos puntos que lo requieran, el recorrido periódico por los lugares de trabajo y la utilización sistemática por la empresa de los indicadores de seguridad como herramienta de dirección (Álvarez; Álvarez, 2003).

La alta dirección debe definir una política de seguridad y salud en el trabajo de la organización, que establezca claramente los objetivos generales de esta materia y el compromiso de mejorar su desempeño. Dicha política debe: ser apropiada a la naturaleza y magnitud de los riesgos de SST de la organización; incluir el compromiso de la mejora continua; incluir el compromiso de cumplir con la legislación vigente aplicable sobre SST y con otros requisitos suscritos por la organización; estar documentada, implementada y ser mantenida; ser comunicada a todos los trabajadores con el propósito de que ellos conozcan cada una de sus obligaciones y responsabilidades individuales respecto al SST; estar a disposición de las partes interesadas; y ser revisada periódicamente para asegurar que siga siendo pertinente y apropiada para la organización.

Por su parte la planificación de la seguridad en la empresa ha sido uno de los temas de más debate y de diversas tendencias. Desde este punto, el juicio más generalizado versa en el sentido, de que aquellas deben de planificar la seguridad de modo que les permita materializar con efectividad su política y objetivos en este campo, a partir de la definición de su estructura y la organización funcional más conveniente; y a tales

[3] NORMA CUBANA NC 18001: 2005.Seguridad y Salud en el Trabajo – Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo – Requisitos. Oficina Nacional de Normalización, edición enero 2005.

efectos se deben de precisar los siguientes aspectos: el directivo de la empresa que coordinará y controlará esta actividad, la existencia o no de un área especializada o de especialistas propios que desarrollen en la actividad la asesoría técnica en esta disciplina, su autoridad funcional y el nivel, así como el área de dirección a que quedarán adscriptos, la conveniencia o no de utilizar especialistas que atiendan más de una unidad de una misma entidad o incluso, de asesorar esta labor empleando personal de instituciones especializadas y por último, las funciones correspondientes a la seguridad, que deberán integrarse al contenido y responsabilidades de cada área y trabajador, según su actividad y esfera de competencia, incluyendo la autoridad de los mandos respecto de la seguridad, integrando a sus funciones las tareas que correspondan.

Según los profesores López Gandía y Blasco Lahoz (Gandía; Lahoz, 2003) la seguridad laboral posee determinados perfiles o caracteres que han de tenerse en cuenta a la hora de diseñar el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, en tal sentido se esbozan: es un deber de contenido amplio y genérico, pues abarca todos los aspectos relacionados con el trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores y obliga a dictar cuantas medidas sean necesarias, es un deber de contenido dinámico y variable teniendo en cuenta los cambios de la técnica, de las condiciones de trabajo y de las circunstancias en que se ejecuta el trabajo y se traduce en una obligación de medianos resultados. Es una obligación de hacer por la que el empresario debe realizar una actividad preventiva de modo permanente para evitar que se produzcan daños, lo que se persigue no es meramente que se cumplan efectiva y realmente las medidas de seguridad previstas para evitar los peligros que la actividad laboral en cada caso pueda comportar , sino que se trata, en definitiva, de proteger la salud y vida de los trabajadores a través del cumplimiento de unas medidas concretas de seguridad y por ello no basta acreditar que existen o que han propuesto tales medidas de seguridad sino que realmente se han cumplido.

La estructura organizativa que se adopte ha de permitir dar respuestas a los objetivos trazados, con la mayor agilidad posible, teniendo en cuenta los siguientes factores: niveles de riesgo presente (existencia de procesos de alto riesgo, puestos riesgosos), número de trabajadores, en particular los expuestos a riesgo, características organizativas(carácter abierto o cerrado de la entidad y turnos de trabajo), dispersión de las unidades organizativas en cuanto a su cantidad y distribución y la integración de la seguridad en los contenidos y responsabilidades. Por lo que es evidente que la incorporación de la SST a cada una de las áreas de gestión de la empresa tienen directa relación con las funciones ejercidas por el jefe directo; por lo que su papel es fundamental en la instrucción y adiestramiento del personal, el control o autoinspección de la seguridad, establecimiento de determinadas medidas y acciones preventivas y por supuesto en la utilización de formas participativas de dirección que resultan importantes en la GSST de los trabajadores.

La implementación y operación, como otro de los elementos del SGSST, acota que se debe definir, documentar y comunicar las funciones, responsabilidades y autoridad del personal que dirige, ejecuta y verifica actividades que tengan efecto sobre los riesgos para la Seguridad y Salud en el Trabajo, de las actividades, instalaciones y procesos de la organización, para facilitar una gestión de SST eficaz. La responsabilidad final por la SST radica en la alta dirección, por lo que la organización debe designar a un representante dentro de ella (por ejemplo, en una organización, un miembro del Consejo de

Dirección) con la responsabilidad y autoridad particular de asegurar que el sistema de gestión de la SST esté implementado adecuadamente y que se desempeña de acuerdo con los requisitos en todos los lugares y esferas de operación dentro de la organización. La dirección debe proporcionar los recursos esenciales para implementar, controlar y mejorar el sistema de gestión de SST.

En este orden la organización debe identificar y determinar aquellas operaciones y actividades asociadas a los riesgos evaluados, donde sea necesario aplicar medidas de control. La organización debe planificar estas actividades, incluyendo su seguimiento, para asegurar que se efectúen bajo condiciones especificadas, mediante: el establecimiento y seguimiento de procedimientos documentados para cubrir situaciones en las que su ausencia podría llevar a desviarse de la política y objetivos de SST; establecimiento de los criterios operacionales en los procedimientos; establecimiento y seguimiento de procedimientos relacionados con los riesgos identificados con respecto a bienes, equipos y servicios adquiridos o usados por la organización y la comunicación de los procedimientos y requisitos pertinentes a los proveedores y contratistas; establecimiento y seguimiento de procedimientos para el diseño del lugar de trabajo, procesos, instalaciones, maquinaria, procedimientos operativos y organización del trabajo, incluyendo su adaptación a las capacidades humanas, para eliminar o disminuir los riesgos en su fuente.

Por su parte la identificación y evaluación de los riesgos o conocida como la verificación y acción correctiva, constituye el punto de partida para definir posteriores acciones en materia de seguridad, que abarcan soluciones técnicas y organizativas, incluidos, entre otros, el establecimiento de medidas de gestión más adecuadas en lo que conciernen a la instrucción y otras acciones formativas, la utilización de equipos de protección personal, lo requisitos para la selección de los trabajadores en aquellos puestos de carácter riesgoso así como la estimulación moral y material de los trabajadores, etc. De aquí se deriva la necesidad de identificar todos los factores causales o los riesgos que hayan provocado accidentes, incidentes o representen solamente la posibilidad de ocurrencia de tales hechos.

La organización debe establecer y mantener procedimientos para definir la responsabilidad y autoridad para el tratamiento e investigación de accidentes e incidentes ocurridos durante o con motivo del trabajo; la aplicación de acciones para mitigar cualquier consecuencia derivada de estos accidentes e incidentes; la iniciación y finalización de las acciones preventivas y correctivas; así como la confirmación de la eficacia de las acciones preventivas y correctivas tomadas. Estos procedimientos requieren que, previo a su implantación, todas las acciones preventivas y correctivas propuestas deban ser revisadas mediante el proceso de evaluación de riesgo. Cualquiera de estas acciones llevadas a cabo para eliminar las causas de estos accidentes e incidentes, deben ser apropiadas a la magnitud de los problemas y acorde con los riesgos para la SST encontrados en la empresa.

En cambio los programas de prevención son la expresión de las acciones que se deben de realizar, los que deben de incluir, los elementos que a continuación se relacionan: medidas para la mejora continua de las condiciones de trabajo, como inversiones, remodelaciones, mantenimiento, etc., programa de capacitación de los dirigentes y trabajadores, recursos financieros y organizativos necesarios a estos fines, servicios y vigilancia de la salud de los obreros, equipos de protección personal y protección

contra incendios y el trabajo con las comisiones de la seguridad y salud en el trabajo y el movimiento de áreas protegidas.

Con respecto a esto López Gandía y Blasco Lahoz (Gandía; Lahoz, 2003.p.17) en su obra, hacen alusión algunas de las motivaciones para la prevención de riesgos laborales y tutela de la salud laboral; y en este orden refieren que esquemáticamente pueden señalarse los factores que se relacionan a continuación: las reivindicaciones históricas de los trabajadores a favor de la mejora de las condiciones de vida y trabajo y de alcanzar un nivel general de bienestar, la configuración de un deber empresarial de seguridad (deuda de seguridad) derivado de la existencia de un contrato de trabajo con sus notas de ajenidad y dependencia del que derivan ciertas consecuencias jurídicas y la inversión en seguridad y salud laboral como medio indispensable para avanzar en otros objetivos y programas de mejora de la empresa. De igual manera refieren que los servicios de prevención se componen por el conjunto de medidas materiales y humanos, contando con varias etapas.

En este mismo sentido los profesores antes mencionados, abordan sobre las funciones del servicio de prevención y sobre este particular exponen en su libro, que las tres funciones principales que deben cumplir son: asesoramiento y apoyo, estar en función de los tipos de riesgo y la vigilancia de la salud de los trabajadores, detallando en cada una de estas funciones cuales son las acciones que se deben de desarrollar para el logro de los objetivos de dicho servicio de prevención, tal y como se muestra en el siguiente esquema.

Como último de los elementos del SGSST se encuentra la revisión por la dirección, en ella se expresa que la máxima dirección de la empresa debe de acuerdo a los períodos que determine, revisar el sistema de gestión de SST, para asegurar su continua aptitud, adecuación y eficacia. En este proceso de revisión debe de reunir toda la información necesaria para que la dirección pueda efectuar esta evaluación, por lo que debe ser documentada. La revisión por la dirección debe considerar la eventual necesidad de cambios en la política, los objetivos y otros elementos del sistema de gestión de SST en función de los resultados de auditorías, de cambios en las circunstancias y del compromiso de mejora continua.

La eficacia de las acciones de seguridad requiere un adecuado control de esa actividad en la empresa, mediante indicadores apropiados y la comprobación de los resultados obtenidos con los objetivos, las normas y otros parámetros de referencia, tantos internos como externos, con vistas a establecer las medidas correctivas que resulten oportunas. El sistema de control que se establezca en la empresa debe garantizar la actuación preventiva y el control de las acciones referidas a hechos ocurridos, tiene su concreción con la inspección sistemática, muestreos ambientales, evaluación del comportamiento de los trabajadores, el análisis de actitudes, la evaluación de la salud, el estudio de la documentación y los registros de accidentes, incidentes, enfermedades y recomendaciones derivadas de inspecciones realizadas; cuestión esta que permite evaluar la efectividad, eficiencia y eficacia del mismo.

Un punto muy polémico y complejo dentro de las empresas es lo concerniente a la asignación de los recursos financieros para la ejecución de las acciones, en este sentido, aquellas deben trazar la estrategia adecuada para garantizar la asignación más efectiva y velar por su cumplimiento. Siguiendo el fundamento de esta línea

argumental, las profesoras Torrens Álvarez y Rodríguez GONZÁLEZ (Álvarez y González. op. cit. p. 17) plantean que los programas de prevención pueden abarcar además de los particulares antes enunciados, los siguientes aspectos: cumplimiento de medidas dictadas por inspecciones (en este orden comprende tanto las inspecciones estatales como la inspección sindical), formas de estimulación y reconocimientos por el cumplimiento en SST, acciones de comunicación y divulgación (en este acápite juega un papel importante el logro de una cultura jurídica empresarial, tanto para los trabajadores como para los directivos en sentido general, a partir de darles a conocer las diferentes normas que en materia de SST rigen en nuestro ordenamiento jurídico, siendo los principales exponentes en este actuar, el asesor jurídico como el técnico en seguridad y salud de la empresa), las evaluaciones de riesgo así como otros elementos que se consideren necesarios incluir en el programa de prevención teniendo en cuenta las particularidades de las empresas.

En este sentido los trabajadores desempeñan un papel importante en el control de las acciones en materia de SST, por lo que los sindicatos contribuyen de manera eficaz al desarrollo de esta labor, a través de las autoinspecciones sindicales (particular este casi nulo en nuestras empresas), la selección y el adiestramiento de los inspectores sociales y el movimiento de áreas protegidas, entre otras, que en consecuencia han de recibir el apoyo más decidido por parte de la administración; por tanto especial atención debe de concederse a la inclusión en el Convenio Colectivo de Trabajo de todas las acciones que garanticen la seguridad y el mejoramiento de las condiciones de trabajo. La participación real y efectiva de los trabajadores no es en la forma que en muchos de los casos ocurre en las empresas y se limita a una fase en particular, ya sea inicial o última de información para la implementación de determinadas acciones, sino que se trata, de la utilización de la calificación alcanzada por los trabajadores en la evaluación de los problemas y en alternativas de solución. Este es un desafío que debe enfrentar la dirección de las organizaciones aún más cuando nuestro país está llevando en estos momentos una actualización de nuestro proyecto social y económico.

Con respecto a los elementos que conforman los SGSST es importante señalar, que en nuestro OJLC no aparecen regulados de una manera organizada y coherente en un artículo específico, por el contrario, se encuentran dispersos por todo el articulado que componen el capítulo XI del Código de Trabajo en relación con el capítulo XI de su reglamento referentes ambos a la Seguridad y Salud en el Trabajo, particular este, con el que no estoy de acuerdo, pues considero que estos elementos deben ser regulados en un artículo específico de nuestro código laboral, máxime cuando constituyen los pilares fundamentales en los que se sustentan el SGSST de cualquier empresa para lograr su eficaz resultado- la seguridad y salud del trabajador-, esgrimiendo además, que el Código de Trabajo es la norma general que regula todo lo concerniente a las relaciones que se fomentan en ese ámbito siendo aplicable a todos los empleadores radicados en el territorio nacional así como a las personas nacionales o extranjeras con residencia permanente en el país.

Por otra parte, si se realiza un estudio pormenorizado de las cláusulas fundamentales de los contratos de trabajo formalizados en estos momentos en nuestras entidades, podemos percatarnos que con respecto a los elementos de los SGSST no hay reconocimiento alguno, dichas cláusulas solo se limitan a establecer que tanto el trabajador

como la administración están obligados a cumplir con las normas de seguridad y salud en el trabajo, tal redacción permite realizar la siguiente interrogantes ¿cuáles normas de seguridad y salud en el trabajo están obligados a cumplir ? Evidentemente las normas a obedecer son las que están en estrecha relación con la actividad laboral o el cargo que desempeñan los sujetos de la relación jurídica laboral anteriormente mencionados, siendo válido aclarar que no todos los trabajadores están sujetos a las mismas condiciones de SST aún y cuando ejecutan su labor en la misma entidad, razón por la cual considero que cada contrato de trabajo debe de contener las condiciones específicas en cuanto a la materia abordada y no ser de carácter general como a se ha venido realizando de forma tradicional en nuestras entidades.

Otro aspecto importante a señalar en torno a la SST, que por lo general sucede en gran parte de nuestras empresas, es relacionado, que en ocasiones aquellos que más lejos están de los riesgos, son los realizadores de las actividades correspondientes a los niveles de política y evaluación, esto trae como consecuencia, la presentación a los trabajadores de procedimientos y medidas que pueden o no tener relación directa con su trabajo y deben cumplir bajo reglamentación en la mayoría de los casos, siendo tratados a veces como un objeto más de dirección dentro de las actividades de seguridad y no como los sujetos protagonistas de los cambios en las empresas.

En efecto, la integración de la SST en la empresa, supone que la toma de cualquier decisión o el desarrollo de cualquier acción debe analizarse no sólo desde sus consecuencias productivas, sino también desde las preventivas, de esta manera, un proceso de integración de la SST en la actividad empresarial implica que los requisitos preventivos aplicados no sólo sean los estrictamente productivos, sino todos los exigibles en el puesto de trabajo en relación con el objeto social de la empresa. Desde este punto de vista, no existe varios procesos de gestión por separados, dígase una gestión de la parte productiva y otra de la parte preventiva, sino que cualquier actividad dentro de la empresa, es objeto de una única gestión, por lo que la empresa, a partir de los conocimientos adquiridos en materia preventiva, debe valorar y posteriormente ejecutar la acción en torno a la SST, no obstante la praxis jurídica nos ha demostrado que esto no se ha llevado a cabo con la intensidad que sería deseable y ello, básicamente, por la ausencia de una cultura preventiva tanto en la empresa, como en los trabajadores y en la sociedad en sentido general.

Por tanto, una empresa de vanguardia en la SST, es la que logra la total integración, cuestión esta que debe realizarse de forma variable atendiendo a las responsabilidades de cada uno de los directivos que tienen responsabilidad en cada una de las aéreas de la empresa. Será una integración con diferentes variables en la que su intensidad decrecerá a medida que se asciende en la escala jerárquica, de esta manera el trabajador se corresponsabiliza en la gestión de la SST, en relación a la implementación y control del SGSST, aunque es válido aclarar, que no todas las actividades productivas de la empresa requieren del mismo nivel de integración; y es precisamente ahí, a nuestro juicio, donde radica su responsabilidad social, en la asunción de medidas de SST en beneficio de su fuerza de trabajo.

A criterio de estos investigadores, la SST es efectiva en la medida en que cumpla con los objetivos que se propone; es eficiente cuando los recursos que emplee se reviertan en la eliminación de riesgos y el mejoramiento de las condiciones de trabajo y es eficaz cuando logra satisfacer las expectativas de los trabajadores y de la organización

incluyendo los elementos referidos a la productividad y la calidad ; por tal motivo, un adecuado modelo de GSST, es aquel, que garantice una armónica relación entre los ejes fundamentales del proceso: dirigentes -trabajadores, administración-sindicato; capaz de facilitar la ejecución del trabajo de manera segura, a través de la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incidentes en el Medio Ambiente de Trabajo y con esto contribuir a la eliminación de las insuficiencias que puedan presentar los SGSST en nuestras empresas, cuestión esta, que constituye una deuda en estos momentos en el sector empresarial.

Principales insuficiencias de los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo

Las insuficiencias en la concepción de los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo no sólo se encuentran en el orden normativo, sino también en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que regulan tal institución. En todo este tránsito se originaron situaciones que ocasionaron problemas en la praxis, para delimitarlo este autor se han planteado realizar un diagnóstico que, a partir del estudio teórico doctrinal realizado permita precisar las principales insuficiencias de los SGSST en las empresas seleccionadas y su incidencia en la aplicación de la Responsabilidad Social Empresarial.

La selección de la muestra se realizó basado en los siguientes criterios: un muestreo a los Manuales de la Seguridad y Salud del Trabajo, Planes de Prevención de Riesgos y los Convenios Colectivos de Trabajo de algunas empresas pertenecientes a la Ciudad de Bayamo en la provincia Granma, en tal sentido la mismas son: Pasteurizadora El Alba, UEB El Cárnico, Combinado Lácteo, La Hacienda y la UEB productora de medicamentos líquidos del Laboratorio Oriente, todas pertenecientes al municipio Bayamo. Estas empresas fueron escogidas por la importancia económica que tienen en el municipio, por ser empresas en perfeccionamiento empresarial y por la exposición de los trabajadores a determinados riesgos laborales debido a la propia actividad laboral que en estos lugares se realizan. A tales efectos se utilizó la técnica de revisión de documentos, específicamente los mencionados al inicio; así como un muestreo a los actores involucrados en el proceso productivo como en el de dirección, mediante la utilización de la técnica de encuesta.

Se analizaron las anteriores unidades de muestra y los criterios de análisis abordados pudieron demostrar el carácter integrador que tiene la investigación cualitativa, enfocado desde un aspecto esencial: las insuficiencias en los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo incidente en la adecuada aplicación de la Responsabilidad Social Empresarial. En este aspecto se tuvo en cuenta la revisión de los SGSST para poder establecer los nexos con los otros elementos, cítese: previsión de los riesgos, participación de los trabajadores en las actividades relacionadas con la SST, la cultura empresarial, lo que permitió identificar lo complejo que resulta su elaboración y aplicación.

En sentido la revisión de los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo arrojaron las siguientes dificultades:

- Se pudo contactar que es insuficiente el control sistemático de los jefes de las entidades a las actividades previstas en los SGSST. El hecho de contar con una normativa específica en materia laboral que elimina la dispersión jurídica con respecto a este

particular, no es suficiente para argumentar que esté en consonancia con las actuales condiciones de Seguridad y Salud presentes en las empresas mencionadas; pues el principal problema radica, en que los máximos jefes de estas entidades todavía delegan la función de controlar los SGSST en los especialistas de la Seguridad y Salud en el Trabajo presentes en las empresas, no concibiendo que dicho control es una responsabilidad inherente tanto al empresario como a los directores de las empresas. Tal cuestión se evidencia, a partir de una interpretación extensiva de lo regulado en nuestro Código de Trabajo en los preceptos legales del 134 al 137 en relación con lo estipulado en su reglamento en los artículos 151al 153.

- La no previsión de todos los riesgos incidentes en el ámbito laboral constituye todavía en las empresas muestreadas una falta de pericia, los jefes de las entidades olvidan la importancia que reviste la identificación de todos los riesgos que pueden afectar la seguridad y la salud de los trabajadores en la realización de su actividad laboral, cuestión refrendada en nuestro Código de Trabajo en los arts. 134, 135 y 137en relación al art. 151 de su reglamento. La correcta previsión de todos los riesgos servirá para modificar y organizar adecuadamente las actividades preventivas que corresponden, así como para elaborar el programa de prevención. Para una mejor eficacia de este proceso podrán adoptarse las acciones siguientes: observación del lugar de trabajo, evaluando sus vías de acceso, la seguridad de sus maquinarias, etc.; controlar las tareas realizadas, así como las operaciones y procedimientos llevados a cabo para lograr la eficacia del mismo; estudio del régimen de trabajo y la carga del mismo, organizando la realización del proceso productivo por turnos de trabajo (siempre que la actividad laboral y la condiciones de la empresa lo permitan) que posibiliten un horario de trabajo en proporción al descanso y por último, prever los posibles accidentes, incidentes o averías así como las acciones de respuestas que deben adoptar los trabajadores para reducir las consecuencias y el riesgo ocasionado.
- La falta de cultura empresarial es otra de las cuestiones que afectan la eficacia de los SGSST, en este sentido se evidencia que el plan de capacitación y superación tanto de los trabajadores como de los dirigentes en torno a esta temática, no responden en la mayoría de los casos a las necesidades particulares de estos destinatarios o mejor de los casos, no están en correspondencia con las circunstancias existentes en las entidades como en la de los propios puestos de trabajo.
- Deficiente papel protagónico de la organización sindical en los SGSST, en este orden el sindicato debe estar presente de forma prioritaria en cada uno de los eslabones de la seguridad y salud en los centros; tanto en el levantamiento de riesgos como en la determinación de los medios de protección necesarios. Tal cuestión queda reafirmada en nuestro Código de Trabajo a partir de lo preceptuado en el art. 15 incisos a y d concerniente a las facultades de la organización sindical.
- No existe una sistematicidad de los principios de la Seguridad y Salud en el Trabajo en nuestro OJLC, pues no son reconocidos como tal, sino que se encuentran recogidos dentro de las obligaciones y derechos de las partes, artículos 134, 135, 137 y 138 del CT en relación con los artículos 151 y 153 del reglamento del CT.

El examen de la muestra nos permite reafirmar, que a pesar de la existencia de nuestro Código de Trabajo, en el cual se dan por sentadas las bases generales de la Seguridad

y Salud en el Trabajo, todavía persisten insuficiencias en los SGSST, que transitan desde la elaboración, control, revisión hasta el proceso de evaluación de los mismos, lo que evidencia la necesidad de enaltecer el papel preponderante que tiene tal institución laboral, máxime cuando los trabajadores constituyen el elemento esencial dentro de una empresa, sin los cuáles sería imposible lograr el cumplimiento de su objeto social.

A estas valoraciones se une también la deuda que tenemos los juristas con respecto al estudio de esta problemática, pues consideramos que la misma no constituye tema fundamental para llevar a cabo la realización de investigaciones desde esta parcela del conocimiento, cuestión esta errónea, pues hoy la praxis jurídica nos ha demostrado que no solo basta con el estudio de las normas jurídicas laborales con la finalidad de plantear si son eficaces o no, a ello se le añade la necesidad de enfocar que como parte de ese centro y destinatario de estas normas laborales se encuentra el trabajador, como ese ser biopsicosocial, por ende, siempre expuesto a riesgos y por tanto necesita que en el medio donde se desenvuelve estén creadas las condiciones seguras para el pleno desarrollo de sus capacidades intelectuales como físicas.

Para la realización del muestreo a los actores involucrados en el proceso se aplicó la encuesta en cada una de las entidades seleccionadas, a tales efectos fueron encuestados 500 trabajadores, de ellos 200 operarios (representa el 40%), 150 técnicos (representa el 30%), 50 administrativos (representa el 10%), 50 de servicios (representa el 10%) y 50 cuadros ejecutivos (representa el 10%). A partir de la cual nos permitió obtener los juicios de valor de cada uno de estos trabajadores, con vista a la propuesta de los presupuestos teóricos que permitan una mejor elaboración de los SGSST en nuestras empresas.

La encuesta arrojó los siguientes resultados:

- La política de Seguridad y Salud establecida en la entidad estaba en correspondencia con las necesidades y características de la organización, de ellos 200 trabajadores (representan un 40%) respondieron que si, 85(representan un 17%) respondieron que no y 65 (representan un 13%) respondieron que en algunos aspectos era que guardaban relación, específicamente lo relacionado con los riesgos laborales.
- Con respecto a si se utilizaba de manera sistemática por la empresa los indicadores de Seguridad y Salud en el Trabajo como una herramienta de dirección, 120 trabajadores (representan un 24%) plantearon que si, 180 (representan un 36%) respondieron que no y 50 (10%) abordaron que en algunas ocasiones se utilizaban.
- En cuanto al conocimiento de las normas jurídicas que regulan la SGSST en la empresa, 200 trabajadores (representa un 40%) plantearon que tienen poco conocimiento de estas normas, 100 (representa un 20%) refirieron a que tenían un conocimiento amplio de las normas y 50 (representa un 10%) plantearon que no tenían ningún conocimiento
- Lo referente a la participación de los trabajadores en las actividades previstas en el SGSST, 30 trabajadores (representan un 6%) plantearon que es buena la participación, 70 (representan un 14%) refirieron a que es regular la participación, 100 (representan un 20%) aludieron de que es mala la participación y 150 (representan un 30%) esbozaron de que no participan.

- La opinión de los encuestados con respecto a que si los SGSST de sus empresas estaban en correspondencia con las normas vigentes en esta materia se comportó de la forma siguiente: 200 (representan un 40%) plantearon que, si se corresponde, 85 (representan un 17%) esgrimieron de que no se corresponden y 65(representan un 13%) plantearon que no sabían si existía correspondencia o no.

  Con respecto a la participación del sindicato en cada una de las actividades planificadas en el SGSST de la empresa, 150 trabajadores (representan un 30%) plantearon que si y sus respuestas versaron fundamentalmente en lo concerniente a la elaboración sin tener una participación activa en las demás etapas de los SGSST y 200 (representan un 40%) manifestaron que el sindicato no participa en las actividades planificadas en el SGSST de la empresa.
- Referente a la cultura empresarial en torno a este tema, 55 trabajadores (representan un 11%) manifestaron que en la empresa existe una amplia cultura sobre el tema, 200 (representan un 40%) plantearon que hay poca cultura y 95 (representan un 19%) que no existe cultura sobre este tema en la empresa.
- En relación a que si el SGSST implementado, recoge todos los riesgos existentes en la empresa y que puede afectar a su seguridad y salud, 100 trabajadores (representan un 20%) respondieron que si, 200 (representan un 40%) refirieron que no y 50 (representan un 10%) aludieron a que no sabían lo que son los riesgos en el ámbito laboral.
- Con respecto a que la política de Seguridad y Salud en el Trabajo no está en correspondencia con las necesidades y características de la organización, en este sentido 95 trabajadores (representan un 19%) coinciden con tal planteamiento.

Por otro lado, en relación a las sugerencias que recomendarían los trabajadores para el perfeccionamiento de los SGSST, giraron en torno a las siguientes cuestiones: mayor participación de los trabajadores en las fases de los SGSST, dígase desde la elaboración hasta la verificación del mismo; mayor pertinencia de los SGSST con las condiciones actuales de las empresas; la necesidad de que los SGSST recojan todos los riesgos existentes en las empresas así como mayor participación de las organizaciones sindicales en cada una de las actividades planificadas en los SGSST.

Las insuficiencias en los SGSST que expuestas se sustentaron a partir de las encuestas aplicadas a los trabajadores en cada una de las entidades tomadas como muestra, lo que permitió evaluar el estado de la ciencia en el tema, la relación entre sus elementos, así como la correspondencia entre la historia del mismo y la realidad existente en el contexto de las empresas. A partir de tal argumento, nos permitió avanzar en la configuración de los presupuestos teóricos que permitan su perfeccionamiento en el ordenamiento jurídico cubano, contribuyendo a una mayor protección de la fuerza de trabajo.

1.2 PRESUPUESTOS TEÓRICOS PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

A partir del diagnóstico realizado hay claridad de que persisten insuficiencias en la concepción de los SGSST en las empresas, que transitan desde su elaboración hasta su implementación, cuestión esta avalada a partir de la encuesta aplicada en cada una

de las empresas seleccionadas como muestra, siendo encuestados un total de 500 trabajadores, así como el análisis de las factores endógenos como exógenos que inciden en la implementación de dichos sistemas, a esto se une la carencia de presupuestos teóricos en nuestro ordenamiento jurídico que permitan la coherente concepción de estos sistemas. Estos presupuestos teóricos constituyen reglas de naturaleza doctrinal, que orientan las normas de un país para el logro de los fines que persiguen los SGSST en una empresa, es decir, la protección y seguridad de los que brindan su fuerza de trabajo, en función de los intereses económicos, políticos y sociales del Estado.

Por tanto, son propuestos por este investigador, un conjunto de presupuestos teóricos que podrán ser tenidos en cuenta para perfeccionar estos sistemas en las empresas del municipio. En tal caso, es de entenderse como presupuestos que permitan la sistematización en relación a esta institución estudiada, su conceptualización y su regulación en las normas jurídicas que conforman el OJLC. Siendo los siguientes presupuestos a tenerse en cuenta:

1.3 PERFECCIONAMIENTO DE LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN EL OJLC

Los principios en cualquier rama del Derecho, constituyen los fundamentos en los que se sustentan, así como permiten en el desarrollo de cada una de las instituciones objeto de estudio en cada una de estas ramas. En este sentido ARTURO de Diego (DIEGO, 2002) plantea, que se le denominan principios a las reglas o pautas inmutables que rigen la materia y que permite preservar la unidad sistemática y orientar al intérprete como al legislador dentro de la rama específica.

Por su parte Arce y Flores-Valdez (Podetti, 1997, p. 139) plantean, que los principios sirven de centro o referencia a la regulación de una parte del derecho o de una determinada institución jurídica, participan, en cuanto desarrollo de los principios generales del derecho y respecto del sector o institución en que se enmarcan, de una virtualidad mediata fundamentadora, orientativa, informadora y crítica.

En consonancia con esto, la profesora Viamonte Guilbeaux (GUILBEAUX, op. cit. pp.53-57) refiere que el concepto actual de principios del Derecho Laboral cubano, tal y como lo establece el Código de Trabajo, es la traslación de los derechos constitucionales a la dimensión del Derecho Laboral, de manera que no constituyen vías rectoras o lineamientos para proyectar esta rama del Derecho, sino una relación de derechos que deben ser garantizados; argumentando además, que nuestro DLC debe transitar hacia un estadio de perfeccionar y lograr sus propios principios jurídicos sin confundirlos con otra institución jurídica bien definida como son los derechos constitucionales.

Sin embargo, a pesar de los antes expuesto todavía en el OJLC sigue siendo una asignatura pendiente la regulación de los principios generales del Derecho Laboral y en particular los de la Seguridad y Salud en el Trabajo, por ende, la necesidad de un desarrollo dogmático más amplio y del perfeccionamiento de su regulación, permitirá su reconocimiento y respeto, como contribución a su correcta interpretación y aplicación en el ámbito laboral. De igual manera se reitera la necesidad de la regulación de estos principios en el texto constitucional, como los fundamentos

básicos para ulteriores normativas, por tanto, a tales efectos, debe de existir un mayor vínculo entre los estudios constitucionales y laborales, específicamente en cuanto al perfeccionamiento de las garantías materiales del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo, pues no basta con tener normas jurídicas sino tenemos desarrollado toda una doctrina en cuanto a esta temática.

Se evidencia en el OJLC la presencia de algunos de los principios de la SST, no con una correcta técnica jurídica, incidente en no contextualizarlos como principios, lo que conlleva a una incorrecta interpretación y aplicación de los mismos; por lo que se hace necesaria la utilización de una correcta técnica de redacción jurídica a la hora de la elaboración de nuestras normas, unido a los criterios doctrinales consolidados y atemperados a los sujetos de la realidad social destinarios de los mismos, lo que permitirá la contextualización socio-económica y el enfoque interdisciplinario de estos principios en el OJLC.

2.DESARROLLO DE LA CULTURA JURÍDICA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.

La cultura en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, constituye dentro de las representaciones sociales uno de los campos pocos explorados por las ciencias sociales y específicamente por las ciencias jurídicas. A pesar de ello existen dentro las ciencias jurídicas pronunciamientos, sobre la necesidad de tener en cuenta como elemento fundamental dentro del proceso productivo la SST, con el objetivo de lograr la concientización sobre esta temática tanto a los empleadores como a los empleados o trabajadores.

No basta con tener normas de buena calidad, con elaborar e implementar los SGSST, con detectar los riesgos laborales a los que están expuestos los trabajadores en las empresas, con desarrollar la producción científica en esta materia; si a ello no se une la divulgación de todas estas acciones en la comunidad jurídica y en la sociedad en general; y en particular la participación activa, efectiva y real de los sujetos protagonista y destinario de este proceso, los trabajadores, sin los cuales sería imposible llevar a cabo esta ardua faena.

En este aspecto Torrens Álvarez[4] refiere, la importancia que tiene la capacitación tanto de los trabajadores como de los jefes directos en aras de disminuir los accidentes de trabajo, así como la necesidad de que el especialista en esta materia dentro de la empresa deberá estar preparado para enfrentarla y para exigir desde su conocimiento, la utilización de los medios de protección, unido al papel protagónico de los jefes de las empresas como máximos responsables de exigir la disciplina. Por tanto, la preparación de los actores involucrados en los procesos que se generan en las empresas, ha de ser una de las actividades más importantes en la prevención de accidentes de trabajo, que comienza por la instrucción inicial impartida a todo el personal de nuevo ingreso, en dependencia de la forma de iniciar su relación jurídica laboral y persigue con la certificación y la ejecución de talleres y otras actividades.

[4] *Cfr.* Entrevista realizada a Odalys Torrens Álvarez, jefa del Departamento de Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Segurid ad Social, en el Periódico Trabajadores de 9 de junio de 2014.

El factor humano debe ser lo primordial adentro de una empresa, por eso la identificación de los riesgos en todos los puestos de trabajo constituye la base para la realización de un efectivo plan de prevención de riesgos en las empresas, en relación con el compromiso de todos los directivos y trabajadores de laborar con seguridad y evitar afectaciones a las personas, las instalaciones y al medio ambiente.

En consonancia con lo expresado, el profesor Capella (CAPELLA, 1999, p. 223) plantea, que los Estados tienen a su cargo la tutela administrativa de estas cuestiones, realizada a través de funcionarios inspectores y que son infinitos los aspectos de la actividad productiva que están estrictamente reglamentados desde el punto de vista de la higiene y la seguridad en cada una de las ramas de producción. Esta tutela administrativa, desde mi opinión, no ha generado cultura jurídica acerca de los derechos en materia de seguridad y salud de trabajo entre los trabajadores, pues prefieren ignorar las condiciones actuales de los puestos de trabajo a cambio de asegurar otros aspectos de la relación jurídica laboral. Esta debilidad de la cultura acera de las condiciones de trabajo incide directamente contra los trabajadores y por consiguiente se convierte en un freno a la formación de una conciencia ecológica en el ámbito productivo.

En estos momentos los medios de difusión masiva han comenzado a ejercer función divulgativa en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, pero le corresponde a la comunidad y sobre todo a la científica jurídica, contribuir no solo a la información sino al conocimiento total en relación a esta temática, máxime cuando nuestro país lleva a cabo la actualización del modelo económico cubano y con esto la perfección de nuestro sistema empresarial, lo que traerá consigo el desarrollo de una cultura empresarial y por ende la utilización de trabajadores con un vasto nivel cultural.

3. CORRESPONDENCIA DE LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO CON EL CONTEXTO ECONÓMICO.

El contexto económico es el que determina el surgimiento, desarrollo y actualización de determinada rama del Derecho, pues este no es una ciencia estática o inmovible, sino que requiere estar en constante cambio con el fin de poder darle respuesta a las disímiles situaciones que se producen en la sociedad; ejemplo de ello lo constituye el Derecho Laboral y dentro de este la Seguridad y Salud en el Trabajo y aislarlo de su realidad social traería consigo entrar al plano de la subjetividad y por ende eliminar la esencia social que tiene esta rama del Derecho.

En este sentido el modelo económico cubano, a partir de la aprobación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, persigue como objetivo, construir una sociedad socialista próspera y sostenible, donde se reconoce y se promueve además de la empresa estatal socialista como forma principal en la economía cubana otras formas de gestión no estatal y que tiene como fundamento esencial, elevar la eficiencia del trabajo, sobre la base de la creación de la condiciones óptimas para que los trabajadores puedan desarrollar su actividad laboral sin riesgo para su salud o se ponga en peligro su vida. De aquí se deriva la necesidad de que los SGSST implementados en las empresas estén atemperados con el contexto económico del país y sobre todo con la realidad económica y social de la empresa, lo que traerá consigo una mayor protección a lo que ofrecen su fuerza de trabajo.

Unido a esto se añade la necesidad de que los SGSST estén en consonancia con las políticas trazadas en la empresa, políticas que guardan relación con el objeto social de la empresa, pues en muchos de los casos, la política de Seguridad y Salud en el Trabajo en las empresas está alejada de las condiciones reales de la misma, en el sentido de que no recogen todos los riesgos laborales a los que están expuestos los trabajadores en cada una de las áreas de trabajo, poco compromiso de la dirección de la empresa como de las áreas en relación a la Seguridad y Salud en el Trabajo y la existencia de una inadecuada planificación de la asignación de los recursos para la protección y seguridad en el trabajo.

Tal cuestión entra en contradicción con el ideal de lograr una empresa socialmente responsable, en el sentido, de que si una empresa solamente se centra en el aspecto objetivo (cumplimiento de su objeto social y con esto el ingreso de ganancias a la economía nacional) y se olvida del aspecto subjetivo (sus trabajadores y con esto el conjunto de acciones en pos de su bienestar), esto trae consigo de que no funciona como un sistema integrado de gestión de la calidad, lo que la convertiría en economista sin tener en cuenta, lo que en la actualidad tiene un impacto en el contexto económico, el llamado valor agregado de las empresas.

Por ello no basta con tener disposiciones legales o con tener implementado un SGSST en una empresa, sino que se hace necesario que los mismos esté a tono con el contexto económico del sistema empresarial en sentido general y en particular al de cada empresa, lo que coadyuvará al logro de la eficiencia económica; por tanto el SGSST será eficiente si está en consonancia con las condiciones reales de la empresa, conducente a lograr una mayor protección de los trabajadores y por ende el OJLC será operante si está atemperado a la realidad social sobre la base del principio de la objetividad normativa.

4. ENFOQUE INTRA E INTERDISCIPLINARIO EN LA CREACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.

Es apreciable una carencia epistemológica intra e interdisciplinaria en el tratamiento jurídico a los SGSST, dada en las incongruencias existentes entre su proceso de creación e implementación con la realidad social de las empresas. En tal sentido desde las ciencias jurídicas y especialmente la laboral, deben realizarse estudios interdisciplinarios que precedan y evalúen la formulación normativa en relación a esta materia, así como incorporarse en los métodos de interpretación e integración del Derecho.

A tono con esto, la profesora Guevara Ramírez[5] refiere que, en relación a este tema, las ciencias jurídicas consideran que no tiene contenido jurídico como para el desarrollo de investigaciones, dígase maestría o doctorado, cuando lo que pasa es que no le han prestado suficiente atención al medio ambiente laboral y los riesgos existentes, tanto físicos, químicos, radiológicos, como ocupacionales y psicosociales. De igual manera manifiesta, que cuando hablamos de Derecho lo vemos como un aparte muy

[5] Conversación sostenida con la profesora Lydia Guevara Ramírez, mediante correo electrónico del día 3 de octubre de 2014.

puro y sin la connotación sociológica que tiene, al ver al ser humano como lo que es, un ser biopsicosocial que merece muchísima atención, porque de la seguridad y salud en el trabajo, de la atención que se le preste, de las restricciones legales que se establezcan, lograremos que sea más duradero como ciudadano, por lo que un enfoque sociológico de esta problemática debe tomar en cuenta los criterios anteriores, debe proyectarse a evaluar la conducta y el grado de participación de los trabajadores en los procesos de la empresa así como el papel responsable de esta última en la satisfacción de las necesidades sociales basadas en los tres aspectos fundamentales (económico, social y medio ambiente).

Lograr un trabajo protegido se convierte en una máxima en aras de disminuir los efectos de un fenómeno, que en nuestro caso se hace más complejo por las evidentes carencias económicas unidas a las insuficiencias derivadas de la actuación humana, tanto de los directivos encargados de hacer cumplir las normativas como de los trabajadores y de otras que no requieren de inversiones sino de una mayor voluntad e iniciativas para su eliminación, unido al conocimiento de otras ciencias como la economía y la ingeniería industrial (ergonomía del trabajo) lo que coadyuvaría a la implementación de un correcto SGSST y con esto una mayor protección de la fuerza de trabajo y por ende una empresa socialmente responsable.

Todo esto nos permitió plantear los presupuestos anteriores que tributarán al perfeccionamiento de dichos sistemas, lo que va a permitir la transformación del entorno donde está enclavada la empresa y mayor protección a los trabajadores siendo.

CONCLUSIONES

1. La Seguridad y Salud en el Trabajo ha sido un tema de interés en las diferentes etapas del desarrollo histórico de la sociedad, por lo que la formalización de sus métodos, fines, así como su cuerpo teórico es el resultado de la producción investigativa de profesionales de diferentes especialidades. Sin embargo, todavía existen limitaciones que deben ser superadas con la misma rapidez con que se ha desarrollado en el siglo XX y XXI, caracterizado por las nuevas necesidades derivadas del empleo de las TIC, así como los nuevos contextos laborales donde predominan las exigencias mentales sobre las físicas.

2. En el ordenamiento jurídico laboral cubano se evidencia el reconocimiento de la Seguridad y Salud en el Trabajo, tutelando la protección a los trabajadores frente a determinados riesgos laborales. Pero en la norma jurídica que conforma este ordenamiento, a pesar de permitir la autonomía de que cada organismo actualice sus procedimientos en esta materia y que cada empresa o institución adecue las regulaciones a sus necesidades; se aprecia una asistematicidad de los principios de la SST reconocidos por la OIT, lo que atenta sin dudas contra la seguridad jurídica de esta institución y la protección de los trabajadores.

3. Las empresas seleccionadas del municipio Bayamo acogidas al perfeccionamiento empresarial, cuentan con la implementación de manera positiva de manuales y planes de prevención de riesgos referentes al Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo con el objetivo de lograr un medio ambiente laboral adecuado para la realización de las actividades labores previstas. No obstante, es insuficiente por no

existir, una sistematicidad de los principios de la Seguridad y Salud en el Trabajo en nuestro OJLC; el control sistemático de los jefes de las entidades a las actividades previstas en los SGSST; la previsión de los riesgos incidentes en el ámbito laboral; la cultura empresarial en torno a la Seguridad y Salud en el Trabajo, a esto se une, la deficiente participación, ejecución y control por parte de la organización sindical en los SGSST.

RECOMENDACIONES

A la Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular:

- Que en futuras modificaciones al **Capítulo I "Disposiciones Generales", Sección Primera "Fundamentos y principios del Derecho del Trabajo"** del Código de Trabajo, se reconozca en el artículo 2, los principios generales del Derecho Laboral, y en particular, los de la Seguridad y Salud en el Trabajo, en aras de eliminar los rasgos de asistematicidad que presenta nuestro ordenamiento jurídico laboral.
- Que se incluya en el **Capítulo XI** "**Seguridad y Salud en el Trabajo**", **Sección Primera "Disposiciones generales"** del Código de Trabajo, la metodología y aspectos esenciales a tener en cuenta a la hora de concebir los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, en aras de su adecuada implementación y control en el sistema empresarial cubano.

Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

- Que sea incluida dentro de sus líneas de trabajo, la revisión de las insuficiencias derivadas del análisis efectuado al ordenamiento jurídico laboral, a los efectos de perfeccionar el marco legal general aplicable en materia de SST, en especial: establecer las normas y procedimientos para su instrumentación.

A las Facultades de Derecho del país

- Que, atendiendo a los resultados de la investigación y las insuficiencias examinadas en su contenido, se inserte a la actividad de postgrado en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, haciendo especial énfasis en los postulados garantes de esta actividad en el sistema empresarial cubano.
- Que, en investigaciones posteriores vinculadas a la materia laboral, y en especial sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo, se profundice en las vertientes dogmáticas del tema tratado por su importancia y repercusión en el cumplimiento de las normativas tanto a nivel nacional como internacional, para una mayor protección de la fuerza de trabajo.

REFERENCIAS

Textos

AA.VV (por extenso): **Comparación Internacional de sistemas de Salud y Seguridad Laboral.** Santiago de Chile: OIT, 2011.

____. **Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo.** Barcelona: Chantal Dufresme, 1998.

____. Estudios sobre Responsabilidad Social en el sector financiero de Perú y Brasil: análisis comparativo. Lima; Programa Laboral de Desarrollo (PLADES), marzo 2008. (Serie de Estudios: Grupo Financiero n. 3).

ROJAS, Adriana María Alfaro: Análisis doctrinario y jurisprudencial de las enfermedades incapacitantes como riesgo de trabajo y los posibles efectos en la suspensión del contrato de trabajo. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2011.

A(NOME DESSA INICIAL??), Juan Luis Alfonso. **Modelo de Gestión de la Responsabilidad Social Corporativa directa. Estudio de caso:** cooperativa de producción agropecuaria "Camilo Cienfuegos". Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias, Pinar del Río, 2008.

ÁVILA, Arcienaga. Federico Guillermo: derechos fundamentales y el derecho del trabajo en el siglo XXI. CONGRESO MUNDIAL DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL, Montevideo. **Anais...** Montevideo, Uruguay, septiembre 2003.

DIEGO, Julián Arturo de. **Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.** 5. ed. actual. Buenos Aires: LexisNexis; Abeledo-Perrot, 2002.

SANTIAGO, Collado Luis. Prevención de riesgos laborales. Principios y marco normativo. **Revista de Dirección y Administración de Empresas**, n. 15, 2008.

BEATRIZ, Márquez Cordero. Auditoría de un sistema de gestión de la Responsabilidad Social Corporativa. RS10 sistema de gestión de la responsabilidad social. **Boletín del Centro de Investigación de Economía y Sociedad**, n. 84, Barcelona, oct. 2010.

PÉREZ, Yudemir Cruz **Metodología para la elaboración de estrategias de *marketing* forestal sostenible en Cuba.** Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Forestales, Facultad de Forestal Y Agronomía, Universidad de Pinar del Río, Cuba, 2010.

ROMERA, Dunia Esther Cruz. **Diagnóstico al Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud Ocupacional en la empresa comercializadora y distribuidora de medicamentos. Droguería Holguín**. Trabajo de Diploma, Facultad de Ingeniería Industrial y Turismo, Universidad de Holguín Oscar Lucero Moya, 2009.

TRUJILLO , Acela Cruz. **Senarega Coca, Caridad:** ambiente laboral, seguridad, higiene y Salud. , La Habana: Científico-Técnica, 2012.

FERNÁNDEZ , María Luisa de la Flor. **Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales.** Universidad de Cádiz, mayo 2006.

HERNÁNDEZ, , Mirtha A. del Río. La investigación jurídica en opción a grados científicos. **Revista Cubana de Derecho**, **IV Época**, n. 39, ene.-jun. 2012.

FUNDORA, Silvia Gil; VALLADARES, René Rojas; FRANCISCO, Martín. **Seguridad, Salud y Medio Ambiente de Trabajo y su vínculo con otros sistemas de la gestión empresarial.** Cienfuegos, 2004.

ARANDA, Rodolfo Gómez. **Derecho Laboral I.** Estado de México: Red Tercer Milenio, 2012.

GONZÁLEZ, Nury Amparo. **Diseño del Sistema de Gestión en Seguridad y Salud Ocupacional, bajo los requisitos de la norma NTC-OHSAS 188001 en el proceso de fabricación de cosméticos para la empresa WILCOS. S.A.** INFORMAR ANO, NÚMERO DE FOLHAS. Trabajo de Grado presentado para optar por el Título de Ingeniería Industrial, Facultad de Ingeniería, Carrera de Ingeniería Industrial, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2009.

RAMÍREZ , Lidia Guevara. **Una mirada al mundo del trabajo.** Recopilación monográfica de reflexiones sobre violencia laboral, condiciones y medio ambiente en el trabajo. Facultad de Derecho, Universidad Autónoma del Estado de México, .

____ Reflexiones al vuelo sobre la plaga del siglo XXI en las relaciones laborales. In: ENCUENTRO INTERAMERICANO DE DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL, 5., La Habana. **Anais**... La Habana, pp. 21-24 oct 2005.

KEYNES, Jhon Maynard. **La teoría general sobre el empleo, el interés y el dinero.** La Habana: Instituto del Libro, 1968.

MARRO, Dagoberto Labrada. **Diagnóstico al Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud Ocupacional en la empresa productora y distribuidora de alimento Calixto García.** Trabajo de Diploma, Facultad de Ingeniería Industrial y Turismo, Universidad de Holguín Oscar Lucero Moya, 2009.

LACASA, José María. La Responsabilidad Social Empresarial, bien entendida, no es regulación. Disponible en: ‹http://www.cioe.esecha noticia/htm/3id=71228›. Consultado el: 23 abr. 2014.

DÍAZ, Gabino Manguela; FERRÁN, Ramón Barreras. La seguridad de un trabajo seguro. **Periódico Trabajadores**, INFORMAR CIDADE, ANO, VOLUME, NÚMERO, PÁGINAS CONSULTADAS, 9 jun. 2014.

Legislación

CUBA. Constitución (1940). INFORMAR IMPRENTA

____. Constitución de la República (1976). **Gaceta Oficial**, INFORMAR CIDADE, ANO, VOLUME, n. 2, PÁGINAS EM QUE SE ENCONTRAM O TÍTULO, 24 febr. 1977. (Edición Especial)

Ley de Accidentes de Trabajo de 1916, **Gaceta Oficial**, INFORMAR CIDADE, ANO, VOLUME, de junio 16 de 1916.

Ley Fundamental de 1959 de 7 de febrero.

Ley 13 de 1977 "Protección e Higiene en el Trabajo", aprobada por la ANPP **Gaceta Ordinaria,** n. 48 de 29 de diciembre de 1977.

Ley 81 de 1997 "Ley de Medio Ambiente", aprobada por la ANPP y **Gaceta Oficial Extraordinaria**, n. 7 de 11 de julio de 1997.

Ley 116 de 2014 "Código de Trabajo", aprobada por la ANPP , **Gaceta Oficial Extraordinaria**, n. 29 de 17 de junio de 2014.

Decreto-Ley n. 252 de 2007 "Sobre la continuidad y fortalecimiento del sistema de dirección y gestión empresarial", aprobado por el Consejo de Estado **Gaceta Oficial Extraordinaria**, n. 41 del 17 de agosto de 2007.

Decreto-Ley n. 320 de 2014"Modificativo del DL n. 252", aprobado por el Consejo de Estado **Gaceta Oficial Extraordinaria**, n. 21 de 28 de abril de 2014.

Decreto No. 798 de 1938"Reglamento del Contrato de Trabajo", **Gaceta Oficial**, INFORMAR CIDADE, ANO, VOLUME, 27 mayo 1938.

Decreto No.101 de 1978"Reglamento general de la Ley de Protección e Higiene en el trabajo, aprobado por el Consejo de Ministros **Gaceta Oficial Extraordinaria**, INFORMAR CIDADE, ANO, VOLUME, n.13 3 abr.1982.

Decreto No. 281 de 2007"Reglamento para la implantación y consolidación del sistema de dirección y gestión empresarial estatal", aprobado por el Consejo de Ministros **Gaceta Oficial Extraordinaria**, n. 41 de 17 ago. 2007.

Decreto no.323 de 2014"Modificativo del DL n. 281", aprobado por el Consejo de Ministros **Gaceta Oficial Extraordinaria**, n. 21 28 abr. 2014.

Decreto n. 326 de 2014"Reglamento del Código de Trabajo", aprobado por el Consejo de Ministros **Gaceta Oficial Extraordinaria**, n. 29 de 17 de junio de 2014.

Resolución No. 31 de 2002"Identificación, evaluación y control de los factores de riesgos que afectan la seguridad y salud de los trabajadores" del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Resolución No. 19 de 2003, "que dispone la obligatoriedad y el procedimiento del registro, investigación e información de los accidentes de trabajo "del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Resolución n. 39 de 2007, "Bases generales de la Protección, Seguridad e Higiene del Trabajo" del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, **Gaceta Oficial Ordinaria**, n. 54 de 20 jul. 2007.

Resolución n.51 del 2008 "Metodología para la elaboración de Manual de Seguridad en el Trabajo" del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, **Gaceta Oficial de la República de Cuba**, edición extraordinaria especial nº. 11 y 12 de 2008.

Resolución nº.299 de 2014 "Reglamento sobre requisitos de seguridad en el trabajo de la maquinaria agrícola" del Ministerio de la Agricultura y **Gaceta Oficial Extraordinaria**, n. 30 26 jun. 2014.

Resolución No.300 de 2014 "Reglamento sobre requisitos de seguridad para la importación, fabricación, montaje, explotación, mantenimiento y reparación de las máquinas herramientas para elaborar madera" del Ministerio de la Agricultura y **Gaceta Oficial Extraordinaria**, n. 30 26 jun. 2014.

Resolución n. 204 de 2014 "Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo para la

construcción civil y montaje" del Ministerio de la Construcción y **Gaceta Oficial Extraordinaria**, n. 30 26 jun. 2014.

Resolución n.º 158 de 2014 "Reglamento de Seguridad Minera" del Ministerio de la Industria, Energías y Minas" y **Gaceta Oficial Extraordinaria**, n. 30 26 jun. 2014.

Norma Cubana 18000 de 2005 "Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo-Vocabulario" de la Oficina Cubana de Normalización.

Norma Cubana 18001 de 2005 "Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo-Requisitos" de la Oficina Cubana de Normalización.

Norma Cubana 18002 de 2005 del 2005 "Directrices para la implementación de la norma NC 18001" de la Oficina Cubana de Normalización.

Sitios Web consultados

http://www.gemspain.com/Mis%20archivos/Informes%20Especiales/Responsabilidad%20social%20y%20emprendimiento%20en%20Espana_final_1.pdf>.

http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/RESPONSABILIDADSOCIAL/CRUZ%20ROJA%20ESPANOLA%20-%20PLAN%20RESPONSABILIAD%20SOCIAL.PDF

http://www20.gencat.cat/docs/rscat/03%20%20Ambit%20Persones/Documents/Arxius/Informe%20RSE%202010.pdf

http://www.ciesi.org/docs/cirseds-ciesi-folleto.pdf

http://www.csr-in-smes.eu/downloads/brochure_spanish.pdf

http://www.opel.es/content/dam/Opel/Europe/spain/hq/es/03_Owners/08_Recycling/Memoria_Responsabilidad_Corporativa_GM_Espana.

http://www.revistasice.info/cachepdf/BICE_2755_0719__843B2AFA16833BD45F65BF48332D2587.pdf

http://www.forestales.net/archivos/forestal/pdfs%2054/CT4-La-conciencia-de-la-empresa-forestal.pdf

https://www.google.es/#q=RESPONSABILIDAD+SOCIAL+CORPORATIVA+Y+

http://www.proyectocrearse.com/guia/guia_crearse_1_RSE_web.pdf

http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3442/documento/dgoUM.pdf?id=3997

https://buleria.unileon.es/xmlui/bitstream/handle/10612/1857/09797464Q_GADE_julio2012.pdf?sequence=1

http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/6503_Archel_y_Husillos.pdf

http://www.mcdonalds.es/sites/default/files/article/informe_mcd_2011.pdf

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0366es01.pdf

RECEBIDO EM: 12/03/2016
APROVADO EM: 12/04/2016



UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial



UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial