

Cognitio Juris

Revista Jurídica

Ano II - Número 4 – Abril 2012

Imagem: Teatro Colón – Buenos Aires - Argentina



SUMÁRIO

Cognitio Juris

Ano II - Número 4 – Abril 2012

ISSN 2236-3009



Expediente – Págs. 03-09

Apresentação – Pág. 10

Resumo dos artigos – Págs. 11-14

A QUESTÃO DO MONOPÓLIO DOS CORREIOS E A ADPF 46-7 - Julian Nogueira de Queiroz - Ano II - Número 4 - Abril 2012. Págs. 15-23.

ANÁLISIS DE LA REALIDAD SOCIAL-JURÍDICA DE LA POBLACIÓN COLOMBIANA EN EL CANTÓN YANTZAZA, PROVINCIA DE ZAMORA CHINCHIPE - Santiago Jose Pérez Samaniego - Ano II - Número 4 - Abril 2012. Págs. 24-31.

APROXIMACIÓN AL CONSTITUCIONALISMO POPULAR - Daniel Eduardo Florez Muñoz - Ano II - Número 4 - Abril 2012. Págs. 32-39.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DIRECTIVA 2004/35/CE SOBRE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL - Mariano H. Novelli - Ano II - Número 4 - Abril 2012. Págs. 40-51.

DA PROTEÇÃO AO AMBIENTE DO TRABALHO: OS NOVOS MARCOS DEFINIDORES DO RISCO NO TRABALHO - Lourival José de Oliveira; Lina Andréia Santarosa Mussi - Ano II - Número 4 - Abril 2012. Págs. 52-62.

EL DERECHO DESDE LA SOCIOLOGÍA Y LOS MOVIMIENTOS CULTURALES - Juan de Dios González Ibarra - Ano II - Número 4 - Abril 2012. Págs. 63-67.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRABAJADOR Y LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE SUS DERECHOS EN ARGENTINA - Paula Costanza Sardegna - Ano II - Número 4 - Abril 2012. Págs. 68-79.

O CONCEITO DE CONSUMIDOR NO DIREITO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS TEORIAS FINALISTA, MAXIMALISTA E MISTA - Markus Samuel Leite Norat - Ano II - Número 4 - Abril 2012. Págs. 80-95.

UM MANIFESTO PELA DEMOCRACIA - Carla Maria Fernandes Brito Barros - Ano II - Número 4 - Abril 2012. Págs. 96-101.

SOBRE A REVISTA

A Revista Cognitio Juris é uma publicação científica da área jurídica, sem fins lucrativos, com periodicidade quadrimestral.

A Revista compreende artigos escritos na língua portuguesa e espanhola, de todos os ramos do Direito e áreas afins. São textos que primam pela apresentação de um estudo completo e didático dos assuntos abordados em cada matéria.

Os Juristas-Membros do Conselho Editorial da Revista Cognitio Juris foram judiciosamente selecionados, de acordo com a experiência profissional de cada um em suas respectivas áreas: são mestres, doutores, docentes de diversas universidades e profissionais de perfil equiparável, de forma que, essencialmente, cumprem os requisitos para engrandecer, com excelência, a produção científica.

O conteúdo do(s) artigo(s) publicados na Revista Jurídica Científica Cognitio Juris, inclusive quanto a veracidade, atualização e precisão dos subsídios e artifícios, é de única e exclusiva responsabilidade do(s) autor(es). A Revista Cognitio Juris não se responsabiliza pelos ideários, conceitos, apreciações, julgamentos, opiniões e considerações lançados nos textos dos artigos. Os textos são de inteira e exclusiva responsabilidade de seus autores.

A Cognitio Juris é indexada:

Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT - ISSN 2236-3009;

Bibliothekssystem der Justus-Liebig-Universität Giessen - Regensburg, Alemanha;

Bibliothekssystem Universität Hamburg, Alemanha;

Directorio de Publicaciones científicas españolas e hispanoamericanas - Universidad de La Rioja - Fundación Dialnet;

Directory of Open Access Journals - DOAJ, Lund University Libraries - Lund, Suécia;

eBibliothek E-Zeitschriften - Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Alemanha;

Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal - LATINDEX;

Staatsbibliothek zu Berlin;

The Social Science Research Center Berlin - The WZB Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung;

Universitätsbibliothek Clausthal - Technischen Universität Clausthal.

Anuncie na Revista Cognitio Juris: A Revista Jurídica Cognitio Juris é um periódico distribuído eletronicamente cujo acesso é totalmente gratuito. A Revista não tem fins lucrativos, deste modo, disponibiliza espaços publicitários em suas páginas apenas para cobrir os custos de manutenção. Eventuais valores remanescentes poderão ser doados.

Anuncie na Revista Cognitio Juris entrando em **CONTATO** conosco.

Cognitio Juris - Revista Jurídica. - Ano II. Número 4. João Pessoa, 2011.

Periodicidade Quadrimestral

Direito - Periódico

CDU 34(05)

Endereço:

Revista Cognitio Juris

E-mail:

cognitiojuris@cognitiojuris.com

URL:

<http://www.cognitiojuris.com>

A Revista Cognitio Juris não se responsabiliza pelos ideários, conceitos, apreciações, julgamentos, opiniões e considerações lançados nos textos dos artigos. Os textos são de inteira e exclusiva responsabilidade de seus autores.

CONSELHO CIENTÍFICO

Markus Samuel Leite Norat

Membro-Diretor Geral e Acadêmico

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino; Pós-Graduação em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor pela UNIASSELVI - Centro Universitário Leonardo da Vinci - ICPG - Instituto Catarinense de Pós Graduação; Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela ESA-PB - Escola Superior da Advocacia da Paraíba - Faculdade Maurício de Nassau; Advogado; Autor de artigos e livros jurídicos.

Petronio Bismarck Tenorio Barros

Membro-Coordenador Acadêmico

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais; Pós-Graduação em Direito Processual Civil; Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ; Advogado.

Anrafel de Medeiros Lustosa

Membro do Conselho Científico

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais; Pós-Graduação em Direito Processual Civil pela UFCG; Advogado; Professor da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG.

Edvaldo Carvalho Alves

Membro do Conselho Científico

Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Carlos (2007); Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Carlos (2002); Professor Adjunto II do Departamento de Ciência da Informação - DCI/UFPB; Vice Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação - PPGCI/UFPB e Coordenador do Grupo de Estudo e Pesquisa em Sociologia e Informação (GEPSI).

Fernando Antônio de Vasconcelos

Membro do Conselho Científico

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco; Pós-Graduação em Direito Civil pela Universidade Federal da Paraíba; Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor da Universidade Federal da Paraíba e do Centro Universitário de João Pessoa; Autor e Coautor de livros e artigos jurídicos.

Frederico Franco Alvim

Membro do Conselho Científico

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais; Pós-Graduação em Direito e Processo Eleitoral; Analista Judiciário; Professor do Curso de Extensão em Direito Eleitoral da Escola Judiciária Eleitoral do TRE-MT; Membro da Comissão Permanente de Estudos do TRE-MT; autor de livros jurídicos.

José Geraldo Brito Filomeno

Membro do Conselho Científico

Mestrado (créditos) em Direito Civil (1979-1981) pela Faculdade de Direito da USP; Advogado; Professor e Consultor Jurídico em Direito do Consumidor; Gestor do curso de Direito da Universidade de Mogi das Cruzes - SP; Professor de Teoria Geral do Estado e Ciência Política na Universidade de Mogi das Cruzes - SP; Membro da Academia Paulista de Direito; Membro da comissão de juristas que assessora o Comitê nº 7 do Mercosul, para normas do Direito do Consumidor; Procurador-geral de justiça do Estado de São Paulo (2000-2002); Primeiro Promotor de justiça a exercer funções de Curadoria do Consumidor; Implementou as Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado e o seu Centro de Apoio Operacional, coordenando-o por 13 anos; Coordenador-adjunto da comissão do conselho Nacional

de Defesa do Consumidor que elaborou o anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor; Integrante da Comissão do Ministério da Justiça que elaborou o anteprojeto da "lei antitruste" (Lei nº 8.884/94); Autor de diversos livros jurídicos.

Leonardo de Medeiros Garcia

Membro do Conselho Científico

Procurador do Estado do Espírito Santo; Ex-Procurador Federal com exercício no Gabinete do Advogado-Geral da União (AGU) com atuação específica perante o STF; Pós-Graduação em "Derecho del Consumo y Economía" pela Universidad de Castilla la Mancha de Espanha; Professor da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo – EMES; Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Espírito Santo - ESMP; Professor do Curso Praetorium (Rede Sat e Presencial); Professor do Curso CERS - Complexo de Ensino Renato Saraiva (PE); Professor do Curso Alcance (RJ) - preparatório para o MPF; Professor do Curso Juspodivm (BA); Professor do Curso Fórum (RJ); Professor e palestrante da Escola Superior da OAB/ES; Autor de diversos livros jurídicos.

Lucilene Solano de Freitas Martins

Membro do Conselho Científico

Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Potiguar; Pós-Graduação pela Escola Superior da Magistratura - ESMA; Pós-Graduação em Processo Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa; Professora do Centro Universitário de João Pessoa; Funcionária do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba; Autora de livros jurídicos.

Luis Daniel Covi

Membro do Conselho Científico

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais; Professor Regular de Derecho Civil na Universidad de Buenos Aires - UBA (Argentina); Professor de Derecho Civil III e do Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (Argentina); Professor do Doctorado en Derecho da UCA sede Rosario; Professor da Carrera de Posgrado en Administración de Justicia na Universidad de Buenos Aires - UBA (Argentina); Diretor e professor do Curso de Derecho de Daños en la Defensoría General de la Nación. Autor e coautor de vários livros e artigos jurídicos; Diretor da seção "Temas de Derecho Civil-Parte General", da Revista "Jurisprudencia Argentina", Editorial Abeledo Perrot; Conferencista, membro titular e autoridade de vários congressos e jornadas, realizados na Argentina, Uruguai e Bolívia.

Márcia Amélia de Oliveira Bicalho

Membro do Conselho Científico

Doutoranda em Linguística pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB; Mestrado em Linguística pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB; Pós-Graduação em Criminologia e Psicologia Criminal pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ; Professora do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ; Tutora à distância da Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

Maria do Socorro de Lucena Gomes

Membro do Conselho Científico

Doutoranda em Direito da Integração; Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Ceará - UFC; Pós-Graduação em Ciências Criminais pelo IBCCRIM; Professora Universitária de Antropologia Jurídica e Monografia Jurídica.

María Isolina Dabove

Membro do Conselho Científico

Doutora em Direito pela Universidad Carlos III de Madrid (Espanha); Investigadora Adjunta do CONICET na Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires; Docente Investigadora cat. I do Programa de Incentivos de la Secretaría de Políticas Universitarias. Diretora do Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad (Universidad Nacional de Rosario). Docente de graduação e pós-graduação da Facultad de Derecho da UBA (Argentina), Facultad de Derecho da

Universidad Nacional de Rosario (Argentina), Facultad de Derecho da UNICEN (Argentina, Facultad de Psicología da Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina), Facultad de Derecho da Universidad del Museo Social Argentino (Argentina); Tem sido professora de pós-graduação no Brasil, Argentina, Nicaragua, Australia, Chile, Panamá e España; Dirige bolsas de doutorado do CONICET e teses e dissertações de doutorado e mestrado; Advogada; Autora de livros jurídicos.

Paula Costanza Sardegna

Membro do Conselho Científico

Pós-Doutorado do CONICET; Doutora em Direito pela Universidad de Buenos Aires; Doutora em Direito do Trabalho, Assistência Social e Direitos Humanos pela Universidad de San Carlos de Guatemala; Mestre em Direito e Economia pela Universidad de Buenos Aires; Professora Titular de Direito do Trabalho e Segurança Social da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidad de Buenos Aires; Professora do Doutorado na Faculdade de Direito da Universidad de Buenos Aires; Professora de Pós-Graduação no Mestrado em Direito do Trabalho e Relações Internacionais da Universidad Nacional de Tres de Febrero; Professora de Pós-Graduação de Carreira de PyMEs da Faculdade de Ciências da Administración da Universidad Nacional de Entre Ríos; Professora de Pós-Graduação de Carreira de PyMEs da Universidad Nacional de Cuyo; Diretora da Pós-Graduação Online do Programa de Actualización en Dirección y Gestión de PyMEs da Facultad de Derecho da UBA; Investigadora Categorizada pelo Conselho Interuniversitario Nacional pela Faculdade de Direito da UBA; Diretora de Projetos de Pesquisa do CONICET; Investigadora projetos Programação Científica UBACYT; Jurado e tutora de teses de doutorado na Universidad de Buenos Aires; Jurado em concursos de professores de Direito do Trabalho e Assistência Social em universidades nacionais; Ex-Diretora Geral do Emprego, Governo da Cidade Autônoma de Buenos Aires; Ex-Diretora de Relações do Trabalho do Centro de Estudios de la Pequeña y Mediana Empresa - CEPYMECE da Faculdade de Ciências Econômicas da UBA; Autora e coautora de diversos livros e artigos jurídicos (“Lexis Nexis Laboral”, “Anales de Legislación Argentina”, “Legislación Laboral”, “Antecedentes Parlamentarios”, “Diario La Ley” entre outros).

Paulo Antônio Maia e Silva

Membro do Conselho Científico

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor Adjunto das Disciplinas Direito do Trabalho I e II do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ; Advogado Sócio Fundador do escritório Paulo Maia Sociedade de Advogados; Autor de livros jurídicos.

Rafael Câmara Norat

Membro do Conselho Científico

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino; Especialista em Assédio Moral no Direito do Trabalho; Advogado.

Ramiro Anzít Guerrero

Membro do Conselho Científico

Doutor em Direito Penal e Ciências Penais pela USAL; Mestre em Estudos Estratégicos pela INUN. Coordenador do Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad Del Museo Social Argentino; Professor Titular da Universidad del Salvador e da Université Paris - Panteón - Sorbonne; Professor convidado da Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales - UCES; Professor convidado da Università degli Studi di Roma (Sapienza); Professor da Escola de Magistratura do Tribunal Superior de Justiça do Estado do Pará; Membro do Conselho de Publicações da Faculdade de Tecnologia da Amazônia; Membro do Conselho Editorial da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte/Tribunal de Justiça do RN. Autor de livros jurídicos na Argentina, Colômbia, Espanha e no Brasil. Membro do Instituto de Direito Penal e Criminologia, Colégio Público de Advogados da Capital Federal (Argentina); Membro Instituto de Ciências Penais (Minas Gerais – Brasil); Membro da Sociedade Mexicana de Criminologia.

Sérgio Cabral dos Reis

Membro do Conselho Científico

Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR/PR; Professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista

da Paraíba – ESMAT 13; Professor da graduação e da pós-graduação “latu sensu” do curso de Direito do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ; Ex-Juiz do Trabalho nos Estados do Paraná e Sergipe; Juiz do Trabalho no Estado da Paraíba.

Sergio Cavalieri Filho

Membro do Conselho Científico

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Procurador Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro; Diretor geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) no período 2001 a 2004; Professor do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá; Palestrante; Conferencista; Autor de livros jurídicos.

Taciana Meira Barreto

Membro do Conselho Científico

Doutoranda em Direito Internacional; Pós-graduação em Direito dos Tratados pelo Centro de Direito Internacional - CEDIN, Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional - ABDI; Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-PB; Advogada; Professora do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ.

Ulisses Leite Crispim

Membro do Conselho Científico

Doutorando em Direito Público pela Universidad del Museo Social Argentino; Pós-Graduação em Educação pelo Centro Universitário de João Pessoa; Professor Universitário de Direito Eleitoral e História do Direito; Advogado.

DIRETRIZES

Normas de Submissão

1. A Revista Cognitio Juris recebe artigos jurídicos de caráter científico, preferencialmente inéditos, que tratem de qualquer área do Direito.
2. O artigo deverá ter um mínimo de 7 (sete) laudas, escrito na língua portuguesa ou espanhola, em fonte Arial, tamanho 12, espaçamento 1,15 para o texto e 1,0 para citações recuadas, e ser enviado em qualquer dos seguintes formatos: .doc, .txt ou .odt.
3. O artigo de autoria múltipla deverá ser enviado com a ordem de apresentação dos autores estabelecida.
4. O artigo - escrito em português ou espanhol - deverá ter pelo menos 7 laudas e apresentar a seguinte estrutura:
 - I Título;
 - II Autor(es), com currículo resumido em nota de rodapé;
 - III Resumo de até 500 palavras;
 - IV Palavras-chave (de 3 a 5 palavras-chave);
 - V Tradução do resumo (summary) e das palavras-chave (keywords) para o idioma inglês;
 - VI Texto do artigo;
 - VII Referências bibliográficas (no final do texto e em ordem alfabética).
5. O(s) autor(es) não receberá qualquer remuneração pela cessão e publicação do(s) artigo(s).

Avaliação

Os artigos serão avaliados em duas etapas: Na primeira etapa, os artigos serão meticulosamente avaliados pelo Membro-Coordenador da revista, que observará se as exigências de submissão foram observados pelo(s) autor(es). Se for aprovado, o artigo será submetido à segunda etapa da avaliação, que será a análise do texto pelos Membros do Conselho Editorial. A aprovação ou reprovação do artigo caberá ao Membro avaliador.

Direitos Autorais

Ao enviar artigo(s) à Revista Cognitio Juris, o(s) autor(es) declara(m) ser(em) titular(es) dos direitos autorais do(s) artigo(s) submetido(s) à publicação, de acordo com a Lei nº 9.610/98; concorda(m) em ceder os direitos de publicação do(s) artigo(s) à Revista Cognitio Juris; autoriza(m) que o(s) referido(s) artigo(s) seja(m) publicado(s) de forma gratuita (sem ônus) pela Revista Cognitio Juris, em qualquer meio e forma, sem qualquer limitação quanto ao prazo ou qualquer outra.

A Revista Cognitio Juris fica autorizada, também, a modificar e adequar o texto do(s) artigo(s) a seus formatos de publicação e, caso necessário, efetuar alterações de caráter ortográfico, normativo e gramatical, para garantir o respeito da norma culta da língua.

O(s) autor(es) respondem exclusivamente por qualquer reclamação relacionada ao direito autoral do(s) artigo(s) submetido(s) à Revista Cognitio Juris.

Responsabilidade

O conteúdo do(s) artigo(s) publicados na Revista Jurídica Científica Cognitio Juris, inclusive quanto a veracidade, atualização e precisão dos subsídios e artifícios, é de única e exclusiva responsabilidade do(s) autor(es). A Revista Cognitio Juris não se responsabiliza pelos ideários, conceitos, apreciações, julgamentos, opiniões e considerações lançados nos textos dos artigos. Os textos são de inteira e exclusiva responsabilidade de seus autores.

ENVIAR ARTIGOS

A Cognitio Juris aceita a submissão de artigos científicos jurídicos apenas através do formulário da página www.cognitiojuris.com/enviar_artigos.html

APRESENTAÇÃO

A Revista Cognitio Juris chega ao seu quarto número com extraordinário sucesso. Além de indexada, está disponível através do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT - ISSN 2236-3009; Bibliothekssystem der Justus-Liebig-Universität Giessen - Regensburg, Alemanha; Bibliothekssystem Universität Hamburg, Alemanha; Directorio de Publicaciones científicas españolas e hispanoamericanas - Universidad de La Rioja - Fundación Dialnet; Directory of Open Access Journals - DOAJ, Lund University Libraries - Lund, Suécia; eBibliothek E-Zeitschriften - Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Alemanha; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal - LATINDEX; Staatsbibliothek zu Berlin; The Social Science Research Center Berlin - The WZB Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung e, também, através da Universitätsbibliothek Clausthal - Technischen Universität Clausthal.

O rápido reconhecimento científico da Cognitio Juris é o resultado da elevada qualidade dos seus artigos e da fidelidade ao seu compromisso de estimular a produção e o conhecimento do Direito em seus diversos campos.

Em sua quarta edição, a Cognitio Juris realça a visão tridimensional do Direito, trazendo artigos sobre Sociologia Jurídica, Filosofia Jurídica e áreas da Ciência do Direito. Como bem exposto pelo genial Miguel Reale na sua teoria tridimensional do Direito, fato, valor e norma formam uma unidade fático-axiológico-normativa, uma verdadeira trilogia, uma espécie de santíssima trindade do Direito. Cada um desses três fatores se refere aos demais e, por isso, só alcança sentido em conjunto, quando formam uma implicação dinâmica.

Se não bastasse, os temas abordados nos artigos focam áreas de grande incidência e aplicação prática do Direito: consumidor, ambiental, trabalho, constitucional e internacional, o que nos dá a certeza de que a Cognitio Juris prosseguirá em sua missão já vitoriosa.

Sergio Cavalieri Filho
Membro do Conselho Científico

RESUMO DOS ARTIGOS

A QUESTÃO DO MONOPÓLIO DOS CORREIOS E A ADPF 46-7 - *Julian Nogueira de Queiroz*

Resumo: Dentre as formas de intervenção do Estado no domínio econômico se destaca a intervenção por absorção, que consiste na formação de monopólios em prol de determinadas atividades de atribuição exclusiva da União. Neste cenário, discute-se se o monopólio criado na égide da Constituição passada para o serviço postal e o correio aéreo nacional, desempenhado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, fora, de fato, recepcionado pela legislação constitucional ora vigente, questão que foi posta à análise do Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 46-7, cujos contornos envolvem, dentre outros aspectos, o enquadramento do serviço postal como serviço público, bem como o enquadramento constitucional das normas que atinem à matéria

ANÁLISIS DE LA REALIDAD SOCIAL-JURÍDICA DE LA POBLACIÓN COLOMBIANA EN EL CANTÓN YANTZAZA, PROVINCIA DE ZAMORA CHINCHIPE - *Santiago Jose Pérez Samaniego*

Resumo: El Ecuador como uno de los países más pequeños del continente, es considerado un foco de la migración contemporánea Latinoamérica y paradójicamente hasta junio del 2011 reconoció a 54.467 refugiados en el 98% de los mismos colombianos (Publicado por ElUniverso.com el Domingo, 28 de Agosto del 2011, consultado el 28/08/2011), esta gran cantidad de refugiados está distribuidos en diferentes lugares a lo largo y ancho del territorio nacional.

La población de colombianos identificada en esta investigación, se ha trasladado hacia el Ecuador desde la frontera norte, esta clase de procesos tiene una historia muy corta provocada especialmente por conflictos armados internos que libra el Gobierno colombiano con grupos armados irregulares tales como la guerrilla y paramilitares, además de la delincuencia organizada, narcotráfico, sicariato, fumigaciones para la erradicación de cultivos de coca y una crisis económica reinante en Latino América, estos, además de muchos otros, son problemas que justifican a estos colectivos poblacionales a dejar sus tierras con la esperanza de encontrar seguridad, empleo y un futuro mejor para sus familias. Este es el caso de un grupo de afro – colombianos (en su gran mayoría) residentes en el Cantón Yantzaza de la Provincia de Zamora Chinchipe zona minera por excelencia situado en la zona sur del Ecuador.

El análisis de este tipo de conglomerados poblacionales es necesario, ya que su situación es considerada de extrema vulnerabilidad debido a la complejidad de las circunstancias que el hecho de migrar conlleva, este trabajo investigativo contribuirá a la sociedad ecuatoriana e internacional como una herramienta de estudio sobre esta problemática del sur del Ecuador, sobre el Estado en el contexto social de los colombianos además de un análisis de la aplicación de la normativa tanto nacional como internacional en materia de refugio.

En la investigación se toma muy en cuenta la base de la normativa legal tanto nacional como internacional más relevante en materia de refugio, como instrumento legal comúnmente utilizado por la población colombiana que busca protección internacional. Instrumentos que han sido incorporados a lo largo de la investigación.

Este estudio se centrará en la identificación de la problemática legal de estos colectivos, su situación migratoria, estatus en caso de pedir protección internacional, realidad social e inserción en la sociedad local. Analizando el caso particular de emigración desde la frontera norte - sur hacia el Ecuador especialmente a Yantzaza, Provincia de Zamora Chinchipe, el campo laboral donde se desempeñan los colombianos, su inserción económica en la sociedad, condiciones de vida de los mismos, sus posibilidades de acceso a los servicios básicos y su percepción sobre las relaciones con la población ecuatoriana.

APROXIMACIÓN AL CONSTITUCIONALISMO POPULAR - *Daniel Eduardo Florez Muñoz*

Resumo: En el presente trabajo se expondrán las principales líneas de pensamiento de la corriente de pensamiento iusconstitucional norteamericana conocida como Popular Constitutionalism. Al interior de la cual se realiza un frontal cuestionamiento de las bases democráticas que presuntamente detentan las lecturas del constitucionalismo soportadas en la desconfianza hacia la intervención de pueblo como instancia de decisión política concreta.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DIRECTIVA 2004/35/CE SOBRE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL - *Mariano H. Novelli*

Resumo: El presente estudio analiza, desde una perspectiva integral, el sistema instituido por la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental. Se focaliza sobre el régimen para la prevención y reparación de daños medioambientales que establece dicha norma, a la cual concibe como un exponente de la renovación del Derecho de Daños, rama jurídica que en tiempo reciente ha ampliado sus funciones incorporando a la clásica finalidad resarcitoria una tutela que procura la actuación ex ante. El trabajo considera tanto el contenido regulativo de la Directiva como las proyecciones atinentes a su eficacia, distinguiendo el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo, los regímenes de responsabilidad, el concepto y las clases de daños medioambientales, las excepciones al régimen, los costes, la pluralidad de medidas preventivas y reparadoras, las pérdidas provisionales, la legitimación y las instancias procedimentales. Destaca el funcionamiento de la Directiva como estándar mínimo y concluye fundamentando el valor de la evitación de daños a efectos de conservar el ambiente para las generaciones venideras.

DA PROTEÇÃO AO AMBIENTE DO TRABALHO: OS NOVOS MARCOS DEFINIDORES DO RISCO NO TRABALHO - *Lourival José de Oliveira; Lina Andréia Santarosa Mussi*

Resumo: O meio ambiente do trabalho deve ser entendido como um bem público. Deste entendimento deriva uma compreensão diferente no que se refere principalmente à sua proteção. A aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, seja qual for a hipótese, encontra-se em descompasso com os valores erigidos constitucionalmente. A nova realidade empresarial, os novos modelos gerenciais, a nova dinâmica imposta no cotidiano do trabalho fez nascer características próprias no trabalhador, conhecidas no seu conjunto como sendo um novo subjetivismo, marcado pelo individualismo exacerbado principalmente. No mesmo passo surgiu a necessidade de compreender os riscos inerentes a este novo ambiente de trabalho, os quais devem ser mensurados de maneira a apreendê-los sem o rigorismo empírico manifesto na maioria das hipóteses. Ou seja, por exemplo, nexos de causalidade deixou de ser algo a ser necessariamente demonstrado, partindo-se do pressuposto que o ambiente de trabalho pode ser compreendido como um estado permanente de risco. A reparação do dano já ocorrido vem em desacordo com as proteções contidas no texto constitucional, valendo citar de forma expressa os artigos 1º e 170 principalmente. Nasce a necessidade de desenvolver as formas preventivas, ou seja, instrumentos que possam evitar a eclosão do dano, considerando este procedimento como o efetivamente legitimado constitucionalmente. Os marcos definidores do risco empresarial, as formas de sua apuração, o entendimento sobre a proteção a ser construída em torno do valor trabalho humano precisam sofrer grandes mudanças, sob pena de continuar em descompasso com a nova dinâmica empresarial, trazendo por consequência prejuízos irreversíveis ao ambiente do trabalho.

EL DERECHO DESDE LA SOCIOLOGÍA Y LOS MOVIMIENTOS CULTURALES - *Juan de Dios González Ibarra*

Resumo: Desde la perspectiva de la crisis del derecho producto de su incapacidad para ser el gran organizador nacional y global, lo primero por la presencia de culturas jurídicas líquidas o débiles y, lo segundo, por la poca eficacia internacional de la ONU por la fuerza monopólica de Estados Unidos, aquí se buscan alternativas para construir fraternidades nacionales y mundiales.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRABAJADOR Y LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE SUS DERECHOS EN ARGENTINA - *Paula Costanza Sardegna*

Resumo: En el marco de la Teoría General y la Filosofía del Derecho, el Derecho Constitucional y, en particular el Derecho del Trabajo, el desarrollo de la teoría y praxis de los Derechos Humanos, ha llevado a plasmar primero en el ámbito del Derecho Internacional y luego en las Constituciones locales una serie de compromisos tanto de garantías de protección de los niños que implican no sólo la abstención por parte del Estado de actuar en perjuicio de aquéllos, sino también la obligación positiva de remover los obstáculos que interfieren en su desarrollo y de generar las condiciones para que éste florezca. El mundo de los niños y adolescentes exige normas específicas e instituciones propias, dinámicas y permanentemente alertas a los cambios sociales que se generan. Esta presentación es un aporte para la reflexión que pone en evidencia el peligro que implica el vaciamiento conceptual del que puede ser víctima el principio del “interés superior del niño” y todo lo que ello puede llegar a implicar en la tutela de los derechos del niño, niña, adolescente trabajador.

O CONCEITO DE CONSUMIDOR NO DIREITO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS TEORIAS FINALISTA, MAXIMALISTA E MISTA - *Markus Samuel Leite Norat*

Resumo: Uma relação jurídica, para que possa ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, deverá apresentar três elementos: o subjetivo, o objetivo e o finalístico. Dessa maneira, estaremos diante de uma relação jurídica de consumo. O elemento subjetivo diz respeito aos pólos desta relação: o consumidor e o fornecedor. Ao cuidar da explicação do conceito atribuído ao consumidor, pelo Código de Defesa do Consumidor, a doutrina consumerista entrou em discordância, quando se trata de determinar quem, e em quais circunstâncias, seria o “destinatário final” explicitado no artigo 2º do Código do Consumidor brasileiro. A doutrina se dividiu ao ponto de instituir correntes doutrinárias divergentes para determinar o “destinatário final” que adquire ou utiliza o produto ou o serviço. A saber, existem três correntes doutrinárias, cada uma com sua própria teoria, para definir a conceituação de consumidor: a finalista, a maximalista e a mista. O operador do Direito deve ter a adequada ciência sobre a conceituação do consumidor, para, assim, saber distinguir de forma correta, quando uma relação jurídica deverá ser tutelada pelo Direito Consumerista ou pelo Direito Civil.

UM MANIFESTO PELA DEMOCRACIA - *Carla Maria Fernandes Brito Barros*

Resumo: O artigo em tela desenvolve-se a partir de um pensamento do filósofo francês Jacques Maritain, no qual referido autor aponta a democracia como sendo a mais alta realização do homem sobre a terra. Nesse sentido, busca-se denotar a inexorável relação existente entre o estabelecimento de uma real democracia e a consagração dos valores relativos a igualdade e a liberdade, traçando-se um breve paralelo histórico com a organização social norte americana e tomando como premissa o fato de que a democracia não se esgota em uma espécie de modelo ou forma de governo, mas sim, constitui um verdadeiro *modus vivendi* coletivo, um ideal de relação social a ser buscado, de forma constante e perene, pelas sociedades civis de todo o mundo. Não há pretensão de analisar, em profundidade, os caracteres da democracia ou definir, de forma conclusiva, os meios necessários a sua instituição, trata-se apenas de expor, em manifesto, um sentimento de reverência ao ideal democrático, por ser o único capaz de edificar a paz, o desenvolvimento social e a realização plena dos seres humanos, sendo, exatamente por isso, a mais excelsa das conquistas propiciadas pela razão.

A QUESTÃO DO MONOPÓLIO DOS CORREIOS E A ADPF 46-7

Julian Nogueira de Queiroz

RESUMO

Dentre as formas de intervenção do Estado no domínio econômico se destaca a intervenção por absorção, que consiste na formação de monopólios em prol de determinadas atividades de atribuição exclusiva da União. Neste cenário, discute-se se o monopólio criado na égide da Constituição passada para o serviço postal e o correio aéreo nacional, desempenhado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, fora, de fato, recepcionado pela legislação constitucional ora vigente, questão que foi posta à análise do Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 46-7, cujos contornos envolvem, dentre outros aspectos, o enquadramento do serviço postal como serviço público, bem como o enquadramento constitucional das normas que atinam à matéria.

Palavras-chave: *Monopólio, Serviço Postal, Correios, Jurisdição Constitucional.*

THE ISSUE OF THE BRAZILLIAN POST SERVICE COMPANY'S MONOPOLY AND ADPF 46-7

ABSTRACT

Among the forms of state intervention in the economic field stands out the intervention by absorption, which is the formation of monopolies involving certain activities of the Federal government. In this scenario, it is argued that the monopoly created under the auspices of the passed Constitution to the postal service and national air mail, played by the Brazilian post and Telegraph company called "Correios", had, in fact, approved by the prevailing constitutional law. That issue was put into the analysis of the Brazilian Supreme Court, through the judgment of ADPF 46-7, which contours involve, among other things, the framework of the postal service as a public service, as well as the constitutional framework of the rules that are related to the theme.

Key-words: *Monopoly, Postal Service, Telegraph Company, Constitutional Jurisdiction.*

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar o "monopólio"¹ da União sobre o serviço postal (nos termos do disposto no art. 21, inciso X, da Constituição Federal de 1988), exercido por intermédio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (doravante mencionada apenas como Correios), bem como a legislação pertinente à matéria, e as repercussões provenientes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46-7, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Para tanto, propõe-se partir de uma visão tangencial acerca do fenômeno da intervenção estatal no domínio econômico, para, em seguida, adentrar-se especificamente na questão do serviço postal, com foco na referida ADPF. Ressalta-se, contudo, que não se tem, com este trabalho, o intuito de deixar sepultadas todas as controvérsias surgidas com a aludida temática, mas, tão somente, de contribuir, ainda que de maneira singela, com mais uma opinião a respeito do assunto.

Dito isso, iniciaremos o nosso discurso com a temática referente à intervenção do Estado na economia, requisito considerado indispensável para uma melhor compreensão do objetivo proposto.

1 Deve-se frisar, ainda que preliminarmente, que a expressão "monopólio" somente deve ser usada para identificar atividades econômicas que são prestadas por exclusividade por algum agente, não valendo a nomenclatura para prestação, de forma exclusiva, de serviços públicos. Estes, quando são desempenhados a título de exclusividade, recebem a adjetivação de "privilégio", e não monopólio. Contudo, uma vez feito o registro, valemo-nos da expressão monopólio para referir-se a ambas as atividades (atividades econômicas e serviços públicos), uma vez que essa é a concepção (embora não técnica) usualmente conhecida em linguagem corrente.

2 Art. 21 - Compete à União:

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

2. Breves considerações sobre a intervenção estatal no domínio econômico

2.1 Panorama histórico

É sabido que o Estado, desde sua formação original, através dos movimentos nacionalistas e as chamadas monarquias absolutistas, tem alterado sua estrutura para atender às necessidades sociais e econômicas que evoluem de acordo com a dinâmica da sociedade. Presenciamos, no curso da história, uma evolução (evidentemente lenta e gradual), de um modelo estatal intensamente intervencionista, caracterizado pela soberania das monarquias absolutas, para um arquétipo de Estado pautado em políticas ditas “liberais”, nas quais se pregava a total abstenção do Poder Público na seara econômica.

Essa filosofia econômica, insculpida nos moldes do pensamento smithiano do *laissez faire laissez païsez*, acabou influenciando as primeiras grandes codificações modernas registradas pela história, a saber, o Código Civil e o Código Comercial francês, de 1804 e 1808, respectivamente, que traziam normas tendentes a proteger a autonomia absoluta da propriedade privada, bem como a irreversibilidade das normas contratuais (*pacta sunt servanda*), a fim de prestigiar, em caráter soberano, a autonomia da vontade, livre da intervenção estatal. As primeiras constituições que surgiram nesse período, dentre as quais podemos destacar a nossa primeira Carta republicana, de 1891, também trouxeram essa característica³, ou seja, eram textos constitucionais que não se preocupavam com a atuação do Poder Público sobre as relações econômico-privadas, mas, ao contrário, limitavam a atuação estatal no domínio econômico.

Essa estrutura de Estado, no entanto, passou a demonstrar pontos de instabilidade (daí a expressão “era da catástrofe” utilizada por Nicolau Costa Neto⁴). A abstenção do Poder Público fez com que o mercado passasse a reger suas próprias regras, sem regulação heterogênea cogente, ocasionando crises tanto no setor econômico (como exemplo, tem-se a crise de 1929) como no setor social (com a intensa manifestação social causada pelas excessivas jornadas e condições de trabalho as quais era submetido o proletariado)⁵.

Tais circunstâncias foram responsáveis por uma redefinição do antigo modelo estatal, que passou, então, a intervir de forma mais intensa na seara econômica e no campo social (exemplo disso são as Constituições brasileiras de 1934 e seguintes, que trazem, em seu corpo, regras sobre a ordem social e a ordem econômica). Nesse novo sistema, o Estado assume para si, quer seja por meio de monopólio, quer seja por regime de privilégio, o desempenho de determinadas atividades outrora deixados ao livre exercício da iniciativa privada, nos moldes das leis do mercado, sendo, por isso, rotulado de Estado Social, Estado de Bem Estar Social, ou Estado Pluriclasse⁶.

É nesse contexto que atividades como telecomunicações, transporte público, prestação de serviço de água e saneamento básico, etc., passam a ser executados diretamente pelo Estado, quer por meio de seus órgãos da Administração central, quer por meio de empresas estatais especialmente criadas para este fim. A monopolização do serviço postal pelos Correios surge exatamente neste cenário, através da Lei 6.538/78⁷.

Aludido arquétipo estatal (Estado Social), contudo, também passou a demonstrar sinais de insucesso, face à ampliação excessiva (ou, como denominam alguns, “agigantamento”) dos serviços executados em exclusividade pelo Estado, que resultou no aumento exacerbado da carga tributária para fazer frente à escassez de recursos proveniente do aumento na quantidade de atividades⁸. Além disso, os serviços públicos,

3 Neste sentido, esclarecedora é a lição de João Bosco Leopoldino da Fonseca, ao acentuar que, na égide do liberalismo econômico, a Constituição de 1988 assegurava a plena liberdade de contratar, sem que ninguém pudesse impugnar, sob pena de violar a autonomia da vontade das partes, bem como a plenitude do direito de propriedade, nos termos do art. 179 daquele diploma constitucional. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. 6. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010. p. 77.

4 COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro. Direito e Neoliberalismo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 40, n. 160, out./dez. 2003, p. 192.

5 TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados, in SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 203-204.

6 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 27.

7 Vale lembrar que, à época, vigia a Constituição de 1967-69, cujo art. 163 permitia a criação de monopólios por ato infraconstitucional.

8 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 238, out./dez. 2004, p. 238.

considerados estes como aquelas atividades tidas como indispensáveis para o atendimento das necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, ou simples conveniência do Estado⁹, passaram a ser desenvolvidos de forma ineficaz, provocando a insatisfação dos administrados e redundando em mais uma crise social.

Referida crise, somado com a repressão econômica evidenciada pela crise do petróleo nos anos 70 do século passado, fez com que a estrutura do Estado fosse, mais uma vez, posta em discussão. Eis que surge a ideia de Estado regulador, como um novo sistema estatal no qual as atividades econômicas e os serviços públicos seriam transferidos (de volta) para a iniciativa privada, mas sob a constante supervisão do ente estatal concedente, que, para tanto, passou a valer-se de autarquias especiais, denominadas agências reguladoras (ou entidades administrativas independentes, conforme nomenclatura utilizada na França).

Esse o sentido da atual Carta de 1988, que passa a disciplinar a intervenção direta do Estado na economia, através das empresas estatais, somente em casos extremos (de comprometimento da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173, da CF/88), valendo-se, como regra, a atuação estatal apenas como ente normativo e fiscalizador. Conforme Leonardo Vizeu Figueiredo¹⁰:

Adotando uma postura característica de Estado Regulador, a Constituição da República veda expressamente ao Estado brasileiro a exploração direta da atividade econômica. Fácil verificar que houve, por parte do legislador constituinte, um abandono gradual do modelo intervencionista que vinha adotando a partir da Carta Política de 1934.

2.2 Modalidades de intervenção

Segundo a doutrina de Eros Roberto Grau¹¹, quatro seriam as principais formas de intervenção estatal na ordem econômica, a saber: intervenção por participação, intervenção por absorção, intervenção por indução e intervenção por direção. Registre-se, por oportuno, que as duas primeiras modalidades interventivas consubstanciam, dentre as demais, as mais importantes para o entendimento da questão relativa à ADPF 46-7, motivo pelo qual, neste trabalho, limitaremos nossas considerações apenas às referidas espécies.

2.2.1 Intervenção por participação.

Entende-se por intervenção por participação o modelo de intervenção no qual o Estado atua ao lado do particular, explorando atividades econômicas em sentido estrito seguindo as mesmas regras atinentes às leis do mercado. Em outras palavras, o Estado despe-se de sua potestade suprema, e age nas regras da livre iniciativa, participando da economia nos moldes dos demais empresários privados. É, em síntese, a atuação do Estado-empresário.

Nos termos da atual Carta, tal forma de intervenção somente pode ser exercida de maneira excepcional, desde que, ressalvados os casos previstos na própria Lei Maior, seja para atender os imperativos da segurança nacional e relevante interesse coletivo, cujos conceitos devem ser definidos em lei, na dicção do art. 173 da Constituição Federal.

CF/88. Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A exploração dessas atividades é efetuada mediante empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Indireta, e cujas espécies são as empresas públicas e as sociedades de economia mista. As empresas públicas distinguem-se das sociedades de economia mista em função da forma de composição de seu capital social e em relação ao tipo empresarial utilizado: as primeiras são compostas por capital exclusivamente público e são livres na escolha da forma empresarial que se valem, ao passo que as segundas, além de admitir a participação de capital privado, somente pode revestir-se da forma empresarial de

9 Na clássica lição de Hely Lopes Meirelles. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. Ed. Malheiros, São Paulo: 2004. p. 240.

10 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 4. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2012. p. 67.

11 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 124.

sociedade anônima.

Distinguem-se, ainda, em relação àquelas que fazem parte da administração indireta da União, no foro competente para o ajuizamento de suas demandas: enquanto as empresas públicas federais são demandadas na Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF, as sociedades de economia mista, ainda que federais, só podem ser demandadas na Justiça Comum Estadual, nos termos da súmula 42 do STJ¹².

A finalidade das empresas estatais, qualquer que seja sua espécie, consiste, além de explorar uma determinada atividade econômica (conforme acentuado acima), por meio da intervenção por participação, proceder à execução de determinados serviços públicos, recebendo, quando assim procedem, as mesmas prerrogativas referentes aos órgãos que compõem Fazenda Pública em geral.

Explica-se.

As empresas estatais exploradoras de atividades econômicas se submetem a um regime jurídico híbrido, com normas de direito público e de direito privado, mas com preponderância da regra aplicável à iniciativa privada. Assim, devem, ilustrativamente, na contratação de funcionários, valer-se de concurso público, aplicando-se, neste particular, as regras da Fazenda Pública, mas não se beneficiam, por exemplo, para a satisfação de suas obrigações, do regime constitucional do precatório, uma vez que, neste item, as regras que lhe são aplicadas são aquelas da iniciativa privada.

Nos termos da Constituição Federal, em seu art. 173, §1º¹³, cabe ao legislador ordinário criar a lei que estabeleça o estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, o qual deverá definir, dentre outras regras, quais as áreas nas quais o direito aplicável seguirá o regime adotado pela Fazenda Pública ou o da iniciativa privada, sendo certo que aludidas entidades não podem receber benefícios ou privilégios do governo que não sejam igualmente extensíveis às demais pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do art.173, § 2º da CF/88. Ademais, referida norma, (que, até agora, ressalte-se, ainda não foi editada, em nítida mora do Legislativo brasileiro¹⁴), deve garantir que as empresas estatais recebam o mesmo tratamento conferido à iniciativa privada no tocante às suas obrigações civis, trabalhistas, comerciais e tributárias, nos termos do inciso II, do § 1º do art. 173 da CF.

Já em relação às estatais que executam serviços públicos, a exemplo dos Correios, existe uma nítida inclinação por parte do Supremo Tribunal Federal em reconhecer que a elas devam ser aplicadas as normas atinentes àquelas dispensadas à Fazenda Pública em geral, dentre as quais se destacam a impossibilidade de penhora de seu patrimônio (Recurso Extraordinário 589025/SP), a submissão da mesma ao sistema de pagamento mediante precatórios (Recursos Extraordinários nos. 225011, 20906 e 23051)¹⁵, e sua inserção no

12 Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento

13 § 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

14 Vale salientar, por oportuno, que a Emenda Constitucional n. 19, que alterou a redação do supramencionado art. 173, dispôs, em seu art. 26, que as entidades da administração indireta, dentre as quais se enquadram as empresas estatais (conforme previsto no art. 4º, inciso II, do Decreto-lei 200/67) teriam seus estatutos revistos no prazo de dois anos, a contar da publicação da aludida emenda (em 05/05/1998), a fim de adaptar sua natureza jurídica, tendo em conta a finalidade e as competências efetivamente executadas.

15 Embora deva se salientar que, neste último item, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 599.628, decidiu que as empresas estatais, ainda que prestadoras de serviços públicos, não devem se beneficiar do sistema constitucional de precatórios, uma vez que tal regime, previsto no art. 100 da CF, deve ser interpretado de forma restritiva, somente se estendendo aos entes da Fazenda Pública integrantes da administração direta e, em relação aos da administração indireta, às autarquias e às fundações públicas, excluindo-se, portanto, as empresas estatais. Embora o *leading case* em questão esteja relacionado com a empresa Eletronorte, pensamos que a decisão da Corte pode facilmente ser aplicada a qualquer outra estatal, como os Correios.

quadro das imunidades tributárias recíprocas, previstas no art. 150, §1º, IV, da CF (Ação Civil Originária 1.226/STF).

Assim, para tais estatais, o regime jurídico aplicável, embora híbrido, tende a ser pautado (ao menos jurisprudencialmente) por normas pertinentes ao regime jurídico de direito público, equiparando as empresas estatais (ao menos as que prestam serviços públicos) a verdadeiras autarquias, numa interpretação mais abrangente da norma constitucional.

2.2.2 Intervenção por absorção. Os monopólios.

Por absorção deve-se entender a modalidade de intervenção estatal na economia na qual o Estado toma para si a consecução de determinada atividade, sem franqueá-la o uso à iniciativa privada, especialmente por meio de monopólios.

Os Correios são fruto deste tipo de intervenção, afinal consistem em empresa pública federal, criada pelo Decreto-Lei 509/69 especificamente para desempenhar um serviço público exclusivo da União, ou seja, o serviço postal.

Contudo, se é certo que tal atividade não constitui a única hipótese de atuação monopolística prevista pela Carta em prol da União, é igualmente certo que tal setor não sofreu as mesmas flexibilizações vivenciadas nos outros campos nos quais a atuação da União é semelhantemente prestada via monopólio, tal como o setor de petróleo e telecomunicações.

Vale uma explanação mais detida.

No texto originário da Constituição de 1988, a prestação do serviço de telecomunicações somente poderia ser efetuada por intermédio da União, ou empresa concessionária cujo controle acionário pertencente ao Poder Público, sem previsibilidade de outorga à iniciativa privada.

Eis a redação originária do art. 21, inciso XI, da Carta de 1988:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União. (destacamos)

No mesmo sentido era a previsão constitucional em relação à exploração de petróleo, conforme redação primitiva do art. 177, §1º, da Carta:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º. (destacamos)

Após a aprovação das Emendas Constitucionais nº 08 e 09, ambas de 1995, a Constituição, inspirada no espírito do Estado Regulador, passou por um processo de flexibilização em tais setores, passando-se a permitir a participação da iniciativa privada na exploração de tais serviços, e estabelecendo a obrigatoriedade da criação de agências reguladoras para fins de proceder à fiscalização dos mesmos, a saber, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e a Agência Nacional do Petróleo – ANP, instituídas pelas Leis 9.472 e

9.478, ambas de 1997.

Eis a redação atual do texto, após as emendas referidas:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. (destacamos)

Art. 177. Constituem monopólio da União:

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (destacamos).

Aludida flexibilização, todavia, não foi estendida ao setor de serviço postal e correio aéreo nacional (basta visualizar que a redação do art. 21, inciso X, CF/88, ainda é a mesma, desde seu texto original), concluindo-se, em função disto, que o monopólio legal dos Correios, nos moldes da Lei 6.538/78, permanece inalterado. Essa questão foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46-7, cujos contornos serão elucidados em seguida.

3. A questão do serviço postal e a ADPF 46-7

O serviço postal foi estabelecido atividade de monopólio da União por meio da Lei 6.538/78, cujo art. 2º estabelece que:

Art. 2º - O serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

Vislumbra-se, da análise do dispositivo, que, diferentemente do que se estabeleceu no setor de telecomunicações e petróleo, após as Emendas Constitucionais alteradoras, inexistiu previsão de outorga, seja por autorização, concessão ou permissão, da consecução do serviço postal pela iniciativa privada, devendo tal tarefa ser prestada, com exclusividade, em sistema de privilégio¹⁶, por empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

Trata-se da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, os Correios, criada por meio do Decreto-lei 509/69, que transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública federal vinculada ao Ministério das Comunicações, e cujo art. 2º, inciso I, estabelece ser competência da ECT executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional.

Fato é que, após a CF/88, existiu, na doutrina, uma polêmica acerca da manutenção do monopólio da União, em relação ao serviço postal, uma vez que, em que pese o art. 21, inciso X, que estabelece ser da competência do referido ente federativo explorar o serviço postal e o correio aéreo nacional, nada ter se referido acerca da possibilidade de outorga do serviço em destaque à iniciativa privada, não estabeleceu, de forma expressa, que a exploração do mesmo pudesse ser concretizada com exclusividade pela União.

Em junho de 2005, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED, ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ADPF n. 46-7, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, questionando a não recepção, pela Constituição de 1988, da Lei 6.538/78, que estabelecia o regime de monopólio das atividades postais pelos Correios. Sustentava-se, na ação, que tal norma infringia os princípios constitucionais da livre concorrência, livre iniciativa, liberdade do exercício de qualquer trabalho e profissão, bem como o princípio livre exercício de qualquer atividade econômica, previstos nos art. 5º e 170 da CF/88.

Além disso, arguia-se que, após a Carta, a atuação estatal sobre tais atividades somente seria possível de maneira subsidiária, nos termos do art. 173, devendo o Estado limitar-se ao exercício da fiscalização e da regulação econômica, nos moldes do art. 174 do Texto Maior.

Ademais, questionou-se a permanência do monopólio da União sobre a exploração do serviço postal, uma vez que o legislador constituinte positivou na Carta Magna, de maneira expressa, as atividades que fazem parte do monopólio da União, a exemplo do art. 177, cujo rol não envolve, como visto, a atividade prestada pelos Correios.

¹⁶ Ver nota n. 01.

Duas considerações devem ser tomadas acerca da matéria.

A uma, a polêmica de se inserir o serviço postal como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, visto que, se de atividade econômica se tratar, não haveria espaço para a exploração do setor, pelo Estado, sem que fossem observadas as premissas traçadas no art. 173 da Constituição. De outra banda, se de serviço público se trata (e, ao que indica, parece ser a tese que tem prevalecido na jurisprudência do STF, conforme ACO 765/RJ), sua exploração deve ser feita diretamente pelo Poder Público, facultando-se a descentralização para a iniciativa privada, por meio de concessão ou permissão (conforme art. 175 da CF).

A duas, a questão de, em se tratando de serviço público, haver necessidade de lei específica definindo-a como tal¹⁷, estabelecendo, inclusive, os parâmetros para eventual descentralização na consecução do serviço, uma vez ser indubitável que a Constituição, no próprio art. 175¹⁸, determina a possibilidade de outorga, sempre através de licitação, da prestação de serviços públicos a concessionários e permissionários, fato que, incontestavelmente, não ocorreu com relação ao serviço postal.

No caso da ADPF, prevaleceu a tese sustentada pelo então ministro Eros Roberto Grau, no sentido da improcedência da ação. Ao primeiro argumento (ou seja, discussão sobre a possível violação aos princípios constitucionais econômicos e enquadramento do serviço postal como atividade econômica), esclareceu o ministro tratar-se de serviço público, sendo, pois inaplicáveis os princípios constitucionais que regem as atividades econômicas em sentido estrito, insculpidos no art. 170 da Carta.

Já em relação a atuação subsidiária do Estado no campo econômico, entendeu-se ser insuficiente tal precariedade de intervenção para solucionar os conflitos da realidade nacional, os quais exigiam um Estado forte e apto a garantir a todos a existência digna, e, portanto, insusceptível de substituição pela sociedade civil.

Em relação ao segundo argumento (regime de concessões e permissões), entendeu-se que “os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos implicam que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde essa prestação, haja vista que exatamente a potencialidade desse privilégio incentiva a prestação do serviço público pelo setor privado quando este atua na condição de concessionário ou permissionário”¹⁹.

Ficou assentado, ainda, que “a prestação do serviço postal por empresa privada só seria possível se a CF afirmasse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal como o fez em relação à saúde e à educação, que são serviços públicos, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão por estarem excluídos da regra do art. 175, em razão do disposto nos artigos 199 e 209”, cuja redação estabelece ser a assistência à saúde, e o ensino, livres à iniciativa privada.

Nesta assentada, ficou vencido o voto do ministro Marco Aurélio, relator, que dava total procedência a ação, e os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, os quais o julgavam parcialmente procedente, “para fixar a interpretação de que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limitar-se-ia ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência-agrupada, nos termos do art. 9º da Lei 6.538/78, não abrangendo a distribuição de boletos (v.g. boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos”²⁰.

Em que pesem os fortes argumentos que levaram ao prevalecimento da tese sustentada pelo voto vencedor, entendemos que o monopólio dos Correios sobre o serviço postal, especialmente após a CF/88, não poderia permanecer. Isto porque, nos moldes do art. 21, X, da Lei Maior, não existe previsão expressa de que as atividades lá descritas podem ser executadas com exclusividade pela União, nos moldes do que o mesmo dispositivo prevê em relação a outras matérias²¹.

Cite-se, por exemplo, o inciso XXIII do artigo em questão, que estabelece expressamente ser monopólio estatal sobre pesquisa, lavra, enriquecimento e reprocessamento, industrialização e comércio de

17 Adota-se, como se percebe, a corrente positivista de definição de serviço público. Para maior aprofundamento, conferir AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

18 Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

19 Informativo 554, de agosto de 2009, do STF.

20 Informativo 554, de agosto de 2009, do STF.

21 No mesmo sentido, FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fevereiro/março/abril 2009. Disponível em <http://direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 28.02.2012.

minério nucleares e seus derivados, permitindo-se, contudo, a comercialização e a utilização de radioisótopos para pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais, bem como a comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, mediante permissão do Poder Concedente.

Ademais, se se está diante de um serviço público, tal como preconizado no voto condutor (bem como em outras manifestações do STF), deveria a ECT se submeter, após a CF/88, ao procedimento licitatório previsto no art. 175, pois, embora seja empresa pública pertencente à União, não há celebração de contrato de concessão ou permissão firmado entre ela e o Poder Público instituidor, ao menos até o presente momento.

4. Considerações finais

A intervenção estatal no campo econômico, seja via participação, por meio das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, seja via absorção, através da criação de monopólios, deve, nos moldes do novo espírito neoliberal regulador que inspirou as principais reformas constitucionais na década de 90 do Século passado, limitar-se a casos ou situações excepcionais, deixando que o desempenho de muitas atividades prestadas com exclusividade pelo Estado sejam realizadas, sob os auspícios da livre concorrência e da livre iniciativa, pela iniciativa privada.

A atual concepção de Estado Regulador, objeto de intensa normatização pela Constituição Federal de 1988, demanda que o Poder Público se abstrai da intervenção direta no campo econômico, e se restrinja a exercer as funções de regulação, fiscalização e planejamento, dirigindo o curso da economia por intermédio de políticas públicas e incentivos governamentais, ou através da atuação das dezenas de agências reguladoras especialmente instituídas para este fim.

A ADPF 46-7 permitiu que a mais alta Corte do país inclinasse a nação neste sentido, pois lhe possibilitou restringir, através do julgamento do referido remédio constitucional, o alcance de um dos setores monopolísticos mais relevantes para a sociedade, para fins de permitir que a iniciativa privada nela pudesse atuar, nos parâmetros das regras de mercado.

A história nos mostra que tal experiência tem mostrado êxito em relação a outras áreas, como telecomunicações, energia elétrica, petróleo, etc., e, em relação ao serviço postal, sem dúvida ganharia mais o usuário do serviço, que poderia ter, caso julgada procedente a ADPF, a faculdade de optar na escolha de uma dentre várias empresas que certamente se lançariam nesse novo mercado, o que geraria desenvolvimento econômico e melhora na qualidade do serviço em prol do consumidor.

Poder-se-ia, inclusive, instituir uma agência reguladora específica para a fiscalização do setor (alguma “Agência Nacional de Correios”, ou algo parecido), ou tal função ser exercida pela própria ECT, respeitando-se, assim, o comando constitucional insculpido no art. 21, inciso X, da Carta Magna, vez que não retiraria da União a atribuição de exercer o serviço postal e o correio aéreo nacional, apenas alteraria a sua forma de atuação: ao invés de intervenção direta, como sucede atualmente, seria intervenção indireta, por meio da regulação econômica.

No entanto, tais ponderações talvez passaram despercebidos pelos eminentes ministros, na linha do voto condutor do então Ministro Eros Roberto Grau, que preferiram manter, ao julgar improcedente a ADPF 46-7, com a ressalva do voto do Ministro Marco Aurélio, o monopólio dos Correios, restringindo o alcance da Lei 6.538/78 apenas em relação aos seus aspectos penais.

Dessa forma, somente nova emenda constitucional pode modificar o quadro em exame, alterando a redação do art. 21, inciso X, da Lei Maior, a fim de permitir também, ainda que via autorização, permissão ou concessão, a atuação da iniciativa privada na exploração do setor. Nada obstante, ainda que pensemos ser essa a solução mais viável, certamente tal alteração não ocorrerá, fato que significa, sem dúvida, um retrocesso econômico e social.

Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Direito e Neoliberalismo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 40, n. 160, out./dez. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 4. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2012.

_____, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fevereiro/março/abril 2009. Disponível em <http://direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 28.02.2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. 6. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 238, out./dez. 2004.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. Ed. Malheiros, São Paulo: 2004.

TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados, in SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANÁLISIS DE LA REALIDAD SOCIAL-JURÍDICA DE LA POBLACIÓN COLOMBIANA EN EL CANTÓN YANTZAZA, PROVINCIA DE ZAMORA CHINCHIPE

Santiago J. Pérez Samaniego

RESUMO

El Ecuador como uno de los países más pequeños del continente, es considerado un foco de la migración contemporánea Latinoamérica y paradójicamente hasta junio del 2011 reconoció a 54.467 refugiados en el 98% de los mismos colombianos (Publicado por ElUniverso.com el Domingo, 28 de Agosto del 2011, consultado el 28/08/2011), esta gran cantidad de refugiados está distribuidos en diferentes lugares a lo largo y ancho del territorio nacional.

La población de colombianos identificada en esta investigación, se ha trasladado hacia el Ecuador desde la frontera norte, esta clase de procesos tiene una historia muy corta provocada especialmente por conflictos armados internos que libra el Gobierno colombiano con grupos armados irregulares tales como la guerrilla y paramilitares, además de la delincuencia organizada, narcotráfico, sicariato, fumigaciones para la erradicación de cultivos de coca y una crisis económica reinante en Latino América, estos, además de muchos otros, son problemas que justifican a estos colectivos poblacionales a dejar sus tierras con la esperanza de encontrar seguridad, empleo y un futuro mejor para sus familias. Este es el caso de un grupo de afro – colombianos (en su gran mayoría) residentes en el Cantón Yantzaza de la Provincia de Zamora Chinchipe zona minera por excelencia situado en la zona sur del Ecuador.

El análisis de este tipo de conglomerados poblacionales es necesario, ya que su situación es considerada de extrema vulnerabilidad debido a la complejidad de las circunstancias que el hecho de migrar conlleva, este trabajo investigativo contribuirá a la sociedad ecuatoriana e internacional como una herramienta de estudio sobre esta problemática del sur del Ecuador, sobre el Estado en el contexto social de los colombianos además de un análisis de la aplicación de la normativa tanto nacional como internacional en materia de refugio.

En la investigación se toma muy en cuenta la base de la normativa legal tanto nacional como internacional más relevante en materia de refugio, como instrumento legal comúnmente utilizado por la población colombiana que busca protección internacional. Instrumentos que han sido incorporados a lo largo de la investigación.

Este estudio se centrará en la identificación de la problemática legal de estos colectivos, su situación migratoria, estatus en caso de pedir protección internacional, realidad social e inserción en la sociedad local. Analizando el caso particular de emigración desde la frontera norte - sur hacia el Ecuador especialmente a Yantzaza, Provincia de Zamora Chinchipe, el campo laboral donde se desempeñan los colombianos, su inserción económica en la sociedad, condiciones de vida de los mismos, sus posibilidades de acceso a los servicios básicos y su percepción sobre las relaciones con la población ecuatoriana.

Palavras- chave: *Refugiados, migración, desplazados.*

ANALYSIS OF THE SOCIAL-LEGAL REALITY OF THE COLOMBIAN POPULATION IN THE CANTON YANTZAZA, PROVINCE OF ZAMORA CHINCHIPE

ABSTRACT

Ecuador, one of the smallest countries in South America, until June 2011, has recognized 54,467 refugees, 98% of which are Colombian. This large number of refugees is distributed in different locations throughout the country.

The Colombian population identified in this research has moved to Ecuador from the northern border during the short recent history due to Colombia's internal armed conflicts waged by the Colombian government against various groups, including guerrilla and paramilitary groups, persons in organized crime, drug traffickers, and attacks against coca growers in the form of fumigations. These problems, along with the prevailing economic crisis in Latin America have caused groups of Colombians to leave their lands in the hope of finding safety, work, and a better future for their families. This is the case of a particular group of Afro-Colombians (mostly) who have resettled in the Yanzatza Canton of the Providence of Zamora Chinchipe in southern Ecuador.

The analysis of this type of population is necessary in order to understand the extreme complexity and vulnerability that prompted the Colombian migration. This research will contribute to the Ecuadorian and international society by using the problems in southern Ecuador as a study tool to understand the social context of the Colombians and analyzing for to implement national and international standards for refugees. The research takes into account the current laws of national and international asylum for refugees used commonly by

Colombian people seeking international protection. These legal instruments have been incorporated throughout the research.

This study will focus on identifying the legal problems of these groups, their immigration status, their call status in case of international protection and the process of socializing, educating and integrating refugees into the local society. Analyzing the case of migration from the northern border to southern Ecuador, especially Yanzatza Canton, Province of Zamora Chinchipe, the research focuses on the assimilation process of the refugee population with regard to the workplace where the Colombians serve, their economic insertion in society including, living conditions for themselves, their chances of access to basic services and their perception of the relationship with the Ecuadorian population.

Key-words: *Refugees, migration, displaced.*

Contexto de la Investigación

Ecuador es un país andino por excelencia, la cordillera de los Andes lo cruza de Norte a Sur, distinguiéndose tres regiones: Al Oriente la Costa, llanura aluvial de unos 300 m de altura. Media, surcada por los ríos que bajan de los Andes; en el centro, la Sierra formada por los dos ramales de las cordilleras Occidental y Oriental, que enmarcan una serie de cuencas interiores (hoyas); al Este el Oriente, zona de selva húmeda recorrida por ríos caudalosos que van a desaguar al Marañón o al Amazonas. A ello se suman las Islas Galápagos ubicadas a 1000Km al oeste de la costa continental.

El Ecuador está atravesado por el paralelo 0 línea Ecuador de donde tomó el nombre en 1830 proclamando el Estado Republicano. La superficie del Ecuador Continental es de 256370 km² mientras que el Ecuador –Insular o Archipiélago de Colón es de 8010 km².

Los límites del Ecuador continental son: Al Norte Con Colombia, al Sur y Este con Perú y el Oeste con el Océano Pacífico.

El Ecuador en el último siglo se ha caracterizado por ser un país de constante movimiento migratorio y en los últimos años paradójicamente es el país que recibe a la mayor cantidad de refugiados colombianos en la Región Sudamericana.

Como antecedente es importante recordar que la emigración hacia otros países desde Ecuador comenzó a desarrollarse en la década de los 60s del siglo pasado. Desde entonces pueden distinguirse tres grandes períodos comprendidos desde: *Primer período 1960.1980* originado en la crisis de la industria del sombrero *Panamá*, en la zona sur del país por hombres que se dirigieron hacia Estados Unidos y en menor medida hacia Canadá y Venezuela; el *Segundo Período 1960 1995* predominan flujos masculinos desde zonas rurales de las provincias del Sur Azuay y Cañar; el destino preferencial continua siendo Estados Unidos especialmente el entorno de Nueva York; y el *Tercer Período 1995 en adelante*: la emigración de origen urbano, de diversas provincias ecuatorianas, con predominio femenino en las primeras etapas, con personas con nivel de educación superior a la población, que se dirigen especialmente a España y en menor medida a Italia²².

Como se mencionó anteriormente Durante los últimos años se ha dado un movimiento migratorio importante de los Colombianos hacia el Ecuador, esto principalmente debido a ciertas condiciones y hechos históricos, políticos y sociales que sufre la vecina república de Colombia. En ciudades del Norte del país es muy común encontrarse con colectivos de colombianos que han hecho su vida acá, mayormente. Sin embargo es importante destacar que este proceso ya no está limitado a las regiones tradicionales del Ecuador sino que ahora podemos observar asociados a otros hechos que estos movimientos se permean por otras localidades del país como es el caso del movimiento que hemos identificado en nuestra investigación.

La Provincia de Zamora Chinchipe se encuentra ubicada al extremo Sur Oriental de la Amazonía Ecuatoriana: Limita al Norte con las provincias de Azuay y Morona Santiago así mismo con la Provincia de Loja y Azuay al Oeste y con la República del Perú al sur y Este. Tiene una población de 76601 habitantes y la provincia está dividida política y administrativamente en nueve cantones que son: Centinela del Cóndor, Chinchipe, El Pangui, Nangaritzta, Palanda, Paquisha, Yacuambi, Yatzaza y Zamora.

La Zona se caracteriza esencialmente por la actividad minera sobre todo por los yacimientos de oro, Durante muchos años las minas de Nambija cerca a la ciudad de Zamora, fueron el núcleo de la explotación minera en el país generando grandes recursos económicos y proporcionando fuentes de trabajo a nacionales y extranjeros.

²² Colectivo IOÉ, La emigración Ecuatoriana en España una visión a través de las fuentes estadísticas. Herrera, Carrillo y Torres (2005) León (2001). Recurso disponible en internet.

Las minas de Nambija, cerca a la ciudad de Zamora, fueron por muchos años sitio de trabajo de personas de diferentes zonas del país, que trabajaron en condiciones de extrema pobreza y de constante peligro por los continuos derrumbes que se suscitaban debido a las excavaciones. Aunque con el pasar de los años se descubrió que los yacimientos no eran del todo fructíferos y consecuentemente la actividad se paralizó a escalas mínimas. Sin embargo en la actualidad se han realizado grandes estudios por parte de empresas tanto nacionales como extranjeras que permitieron el descubrimiento de extensos yacimientos de diferentes metales. Lo cual ha llevado a obligar al Gobierno Ecuatoriano a regularizar la zona estableciendo parámetros claros con respecto a esta actividad.

A. EDAD DEL GRUPO ENTREVISTADO

Esta pregunta describe los grupos entre los cuales se divide la muestra de entrevistados. Como se puede observar el porcentaje más elevado del 28% de los entrevistados corresponden al grupo entre 31- 40 años , a continuación el 25% entre 21- 30 años seguido del 21% a un grupo de 41-50 años, en un 7% entre 51-60 años y en el inferior porcentaje de 1% corresponde a 61 años de edad.

Al ser esta la primera pregunta que corresponde a la parte de datos generales lo cual nos ubica en el hecho investigado sobre el movimiento de colombianos al Sur del Ecuador de manera puntual a la provincia de Zamora Chinchipe. Como se señaló anteriormente los rangos de las edades corresponden a 3 grupos que oscilan entre los 21 – 50 años, esta agrupación la realizamos de esta manera porque se relaciona con el hecho que está siendo investigado.

Estas edades corresponden además con datos que posteriormente analizaremos con los años desde los cuales ha permanecido este grupo humano en el país. Son grupos humanos relativamente de población joven que se ha visto la necesidad de salir de su territorio. A diferencia de otros estudios que se citaran posteriormente la población de menores es inferior en esta muestra. La muestra poblacional en estas edades corresponde a grupos en edad productiva que se incorporan al mundo laboral en las labores que posteriormente serán analizadas.

B. SEXO DE LOS ENTREVISTADOS

En relación a esta pregunta podemos observar que el 66% de los encuestados corresponden al sexo masculino y en un porcentaje del 34% son de sexo femenino. Si bien en este gráfico la población de mujeres es inferior a la de hombres algunas investigaciones realizadas por instituciones a nivel nacional²³ han logrado identificar que las mujeres que ingresan al país son cabeza de familia, varias de ellas viudas y algunas embarazadas. Muchas solicitan refugio llegan solas o con sus hijas y encuentran muy pocas oportunidades laborales.

Este dato resulta muy interesante porque según información recolectada por la Cancillería ecuatoriana a junio del 2011, indica que el mayor porcentaje de solicitudes de refugio corresponden a 74,3% son mujeres, niños y niñas menores de 17 años, lo cual en este cuadro se puede contrastar no sucede y ha habido un mayor porcentaje de desplazados varones lo cual nos lleva a considerar si estos desplazamientos hacia esta provincia corresponden a situaciones humanitarias o de condiciones laborales. En este caso el alto porcentaje de sexo masculino responde a las actividades laborales por las cuales se han dirigido a esta zona del país en especial por la actividad minera que esta región es muy rica en las cuales predomina la fuerza manual.

C. ESTADO CIVIL

La pregunta a continuación describe la situación con respecto al estado civil de los encuestados. Como se puede observar los dos mayores porcentajes corresponden 44% en estado de Unión Libre y un 34% a personas solteras. En un inferior porcentaje con un 8% casados , 2% y 1% divorciados y viudos y un 6% que no responde. La gráfica también incluye una opción sobre quien se está casado con una persona con nacionalidad ecuatoriana/a; lo cual también representa que algunos de estas personas han construido hogares con ecuatorianos cambiando su estatus migratorio

En este cuadro resulta interesante . Además aunque este dato no conste dentro de las preguntas realizadas la

23 MONTES, Segundo, Refugiados Colombianos en Ecuador. Centro de Documentación en Derechos Humanos. Ecuador.

mayoría de familias poseen un rango de entre 2 hijos ya sea en unión libre o en las parejas casadas.

Como podemos observar y relacionar con los datos recogidos mediante otras técnicas las familias son "cortas" y muchos de estos no han legalizado su estatus civil como es el caso de las parejas en unión libre que corresponde al porcentaje mayoritario.

En la Jefatura Cantonal de Registro Civil de Yantzaza solo se registró un matrimonio binacional, en 2006, y otro el año pasado. Piedad Guaycha, jefa de esa oficina, dice que la inscripción de nacimientos de parejas de ambos países se da desde hace 10 años, pero aumentó hace cuatro.

D. TIPO DOCUMENTO

Esta pregunta resulta clave para nuestra investigación, esta tiene relación con la condición jurídica de los encuestados. Según los datos el porcentaje más elevado corresponde al 65% que poseen el carnet de refugio o por lo menos lo han solicitado, en porcentajes inferiores con pasaporte 3% y con cédula 4% mientras el porcentaje de 26% es el que han contestado que tienen algún otro tipo de documento. Aunque en este cuadro no se pone la opción de que otros documentos, posteriormente analizaremos que entre estos se encuentran: visado de refugio, certificación provisional (carnet de solicitante) notificación (30 días).

Es importante analizar que el proceso para obtener el estatus de refugiado en el Ecuador está contemplado según los convenios internacionales y la ley de extranjería y las reformas al Reglamento para aplicación en Ecuador del Estatuto de Refugiados de 1992 que en marzo del 2009 establece el proceso para la obtención de este carnet y condición para efectos de nuestro país; mediante el establecimiento de la Comisión para determinar la Condición de Refugiados en el Ecuador, como instancia competente para conocer y conceder la solicitudes de refugio en el país²⁴.

El Artículo 1 del presente Reglamento legal señala: Con sujeción al presente Reglamento, será reconocido como Refugiado en el Ecuador toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores no quiera, acogerse a la protección de tal país o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. **Artículo 2** – Igualmente, serán considerados refugiados en el Ecuador las personas que han huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violencia masiva de los derechos humanos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

1. EN QUE AÑO LLEGÓ A ECUADOR?

La evolución histórica del fenómeno según la información corresponde desde 1984 donde podemos observar ha habido incipientes registros de los encuestados con porcentajes desde 1% al 9% hasta el 2005, posteriormente podemos observar que relacionando con algunos momentos históricos del país vecino como la ruptura de los diálogos de paz entre el Gobierno y las FARC comienza un éxodo de colombianos más permanente esto sumado que entre noviembre del 2003 y abril de 2006 según informaciones oficiales del gobierno colombiano se desmovilizaron más de 30000 integrantes de 35 bloques que conformaban la estructura armada de las AUC (Autodefensas Unidas de Colombia) a la luz de un compromiso alcanzado por el Presidente Alvaro Uribe²⁵. La llamada Ley de Justicia y Paz es un proceso de desmovilización y desarme individual y colectivo vigente para todos los miembros de grupos armados al margen de la ley que desearan incorporarse a la vida civil. Adicionalmente la Ley 975 es un instrumento encaminado a garantizar la reincorporación individual y colectiva de ex miembros de grupos armados, mediante un proceso de investigación que valide su condición así como su nivel de participación en las acciones bélicas y violaciones de los derechos humanos en el vecino país para garantizar la incorporación a la sociedad civil.

Por esto resulta interesante en la información obtenida como en el 2006 se elevan los porcentajes de llegadas a esta provincia teniendo en los años posteriores hasta el 2010 cifras similares que no disminuyen siendo el 2010 el

²⁴ Decreto Ejecutivo No. 1.653 del 2009. Base de datos legal ACNUR.

²⁵ Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia.

año con más presencia de colombianos en esta zona.

Estos datos coinciden con otros informes que registran como desde el 2003 se observan la mayor cantidad de solicitudes de refugio en el país; en el 2004, como consecuencia de la exigencia de las autoridades a los colombianos del “pasado judicial”, las solicitudes disminuyeron un 30% con respecto al año anterior, pero no los ingresos clandestinos. Creció el miedo de ser deportado, el desconocimiento de los procesos y el temor a ser ubicados por grupos armados colombianos.

Son los últimos años los que registran mayores ingresos en esta zona esto se explica debido a algunos fenómenos propios de la realidad ecuatoriana como es el incremento en la actividad minera que han permitido la generación de numerosas fuentes de trabajo que sería una de las razones por las cuales esta zona ha sido particularmente atractiva para los peruanos y principalmente colombianos.

2. LUGAR DE RESIDENCIA EN COLOMBIA ANTES DE VENIR A ECUADOR

En esta pregunta se ha tratado de determinar las ciudades Colombianas de las que provienen los desplazados cabe indicar que muchas de estas se encuentran en el foco del conflicto armado colombiano y corresponden: 30% de la Zona del Chocó, Medellín 19%, Nariño 18% y Antioquia 14% que corresponden a los más altos niveles de desplazados, los restantes son: Buena Ventura-Cauca, Bosconia Cesar, Bogotá, Cali, Putumayo, Barranquilla, Costa Riva-Valle, Vereda Bachelli.

Pese a que Putumayo, Nariño y Buena Ventura corresponden a zonas históricamente relacionados con mayor éxodo de desplazados en lo que respecta a este grupo de desplazados observamos que no. Como recordaremos Nariño y Putumayo sufrieron de procesos de fumigaciones así como la implementación de los Pactos Sociales en Putumayo así como la militarización han sido factores de necesaria recurrencia cuando se mira hacia el sur de Colombia y al norte ecuatoriano; en nuestra investigación es muy inferior el movimiento geográfico de esta zona. Como podemos observar el Chocó es la zona de donde el mayor porcentaje de desplazados han salido y es uno de los 32 departamento de Colombia, esto se relaciona con que esta zona del país vecino es una zona esencialmente minera con grandes riquezas de productos como oro y platino; además cabe indicar que el afro *colombiano* está ubicado principalmente, en esta zona del "Anden" Pacífico lo cual también es parte de la historia de este país haberse constituido en una zona esclavista de mitas mineras. Si bien no se precisa por lugares específicos del Departamento del Chocó, se conoce que el Municipio de Quibdó sería el que mayor índice de individuos en su mayoría refugiados que han llegado a la frontera Sur.

Aunque no existe consenso sobre el número de personas afro en Colombia de acuerdo con el último censo del 2005 en Colombia los/las afrocolombianos/as, representan el 10,62% de la población. La Defensoría del pueblo considera que son al menos el 25% es decir 10,5 millones de personas; siendo una de las poblaciones más golpeadas por los efectos del conflicto armado y por ende uno de los focos más importantes de protección dentro del desplazamiento forzado. Los cinco departamentos con el porcentaje más alto de pobreza son los que tienen mayor concentración de comunidades afrocolombianas: Bolívar, Cauca, Córdova, Chocó y Nariño.

Cabe destacar que alrededor de esta zona hay otros intereses económicos importantes como la explotación de madera, cultivos de palma aceitera, infraestructura y turismo así como plantaciones de coca.

De estos datos podemos también relacionar porque la Provincia de Zamora Chinchipe en especial el Cantón Yatzaza se ha constituido en un destino idóneo para este grupo de colombianos que encuentran situaciones laborales similares a las de su país de origen. Es importante destacar que es Zamora Chinchipe una zona minera por excelencia en el país y que de conformidad la Mandato minero del Gobierno estas condiciones han incrementado las plazas de trabajo²⁶.

Otro dato interesante para analizar corresponde al alto porcentaje de desplazados de la zona de Medellín con un 19%, si bien esta ciudad no está identificada como un foco central del conflicto armado colombiano existe una importante concentración en esta zona; esto se podría entender relacionado a otras situaciones que se analizaran posteriormente como son las redes de familia que se han construido en esta zona.

Como señala el informe “*Refugiados Urbanos en Ecuador*”²⁷ cada vez es mayor la movilización de los refugiados hacia el interior del país el proceso afecta no solo a zonas de frontera así como el asentamiento se da en

²⁶ La promulgación de la Ley Minera que contempla los requisitos básicos para el inicio de cualquier actividad minera /exploración, explotación, refinamiento y comercialización.

²⁷Refugiados Urbanos en Ecuador: Resumen Ejecutivo: proyecto FLACSO, con el apoyo del ACNUR, Quito, Febrero 2011.

provincias diferentes por lo que “*el refugio dejó de ser un asunto de fronteras y estricta vecindad con el país colombiano y adquirió cada vez mayor heterogeneidad en el conjunto del territorio ecuatoriano*”²⁸. Si bien en un principio la mayor concentración de refugiados se ubicaba en ciudades como Quito, Guayaquil, Esmeraldas estos ofrecían condiciones favorables para comenzar en este país.

3. MOTIVO DE LA SALIDA DE COLOMBIA

Esta pregunta guarda relación con la información que se prevé sobre este grupo de desplazados, sobre los principales motivos por los cuales se han dado estos desplazamientos hacia nuestro país. En este caso como es lógico suponer el mayor porcentaje del 54% señala que su motivo de salida es el conflicto armado Colombiano. El mismo que es uno de los fenómenos de desplazamiento forzado causado por la violencia más grande en el mundo entero que ha obligado a un 400.000 refugiados a huir de sus destinos de origen. A esto se suman los programas de erradicación de la droga como las fumigaciones específicamente los cultivos de coca en el sur de Colombia que afectan la salud de los pobladores, el continuo uso de herbicidas causa graves problemas de salud a personas y animales, contaminación del suelo, aire, agua en general afectan el ecosistema²⁹.

Otra causa importante es el reclutamiento forzado que corresponde a la resistencia cada vez mayor que tienen las personas para unirse a grupos armados irregulares. Y por otro lado la creciente crisis laboral que en el caso de estudio resulta muy importante porque podemos observar que muchos de los desplazados hacia esta zona responden a la situación laboral que presenta similitudes entre su lugar de origen y el lugar de recepción en este caso los proceso de minería en el Cantón Yantzaza.

4. MOTIVOS POR LOS CUALES LLEGÓ A YANZATZA

Esta pregunta representa cuales fueron las causas por las cuales este grupo de colombianos se asienta en el cantón Yantzaza. Es importante destacar este hecho porque se va relacionando con el grupo de información se que ha recogido durante esta investigación. El porcentaje más alto de 46% responde que la motivación principal que los llevó a este lugar es los contactos con sus familiares. El 25% esta relacionado a que tuvieron algun lazo de amistad que los refirió a la zona y las posibilidades de desarrollo en este cantón.; un 26% señala que fue su iniciativa propia el traslado a Yantzaza.

Estos datos son muy interesante a saber que la relación familiar y de amistad que existe entre este conglomerado humano responde a vínculos que se ven fortalecidos por el parentesco y afinidad. Esto sin lugar a duda consolidaran en gran medida la sensación de bienestar y comodidad que sientan estos colombianos en nuestro territorio y que en algo los hace sentir más cerca y de alguna manera su modo de vida tiene que ver con las costumbres propias de su tierra natal.

5. ESTATUS LEGAL EN ECUADOR

En este caso el 55% de los entrevistados tienen como estatus legal por el momento el Visado de Refugio a través del Programa de Registro Ampliado, que impulsa el Gobierno para otorgar la visa de refugiados a los colombianos que han solicitado legalizar su estatus en el país.

El 10% corresponde a colombianos que tienen un *Certificado provisional*, una vez que han cumplido con el registro en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador se los identifica con este documento como solicitantes de asilo y este tiene una duración de 90 días; este plazo fenecerá una vez que el Ministerio tome una decisión definitiva sobre la solicitud, esta decisión de conceder el estatuto de refugiado es única y exclusiva del Gobierno a través de la “*Comisión para determinar la Condición de Refugiado en el Ecuador*”. Esta Comisión es el organismo del Gobierno encargado de evaluar y decidir si acepta o no la solicitud de refugio. El documento provisional de solicitante le permite permanecer en el territorio ecuatoriano mientras se tramita su

28 SJRM-SERVICIO JESUITA A REFUGIADOS Y MIGRANTES (2006), Paradigmas del Refugio Colombiano del Refugio, Quito: Servicio Jesuita de Refugiados.

29 PEREZ, Carmen Globalización, migración y derechos humanos. La situación de refugio y desplazamiento forzado en Ecuador. Disponible en internet <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista7/articulos/carmen%20perez.htm>. Consultado en internet.

reconocimiento, no puede ser deportado mientras el Gobierno Ecuatoriano tome una decisión sobre la solicitud. En este caso un gran porcentaje de los colombianos poseen el reconocimiento como refugiados en el Ecuador que significa que tienen documentos de identidad y la Visa 12-IV que los acredita con esa condición en el país con carácter indefinido sin embargo tienen la obligación de renovarla cada año. Esto le permite desempeñar laborales remuneradas sea bajo contrato o independientemente. En esta información es importante destacar que existe un porcentaje bastante importante 23% que se encuentra en la categoría de Otros; en este dato podemos asumir que este grupo posee la *Tarjeta Andina, que es un documento* de control migratorio y estadístico de uso obligatorio, para el ingreso y salida de personas del territorio de los Países Miembros, ya sea por sus propios medios o utilizando cualquier forma de transporte. Su uso no excluye la presentación del pasaporte, visa u otro documento de viaje previstos en las normas nacionales o comunitarias, así como en los convenios bilaterales vigentes³⁰.

30 Art. 1 **DECISION 397** Tarjeta Andina de Migración (TAM) LA COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA.

BIBLIOGRAFIA

- BERGER. P., LUKMANN (2001): “La Construcción Social de la Realidad”, Argentina, Amorrortu Editores.
- BORJA. R. (2008): “Sociedad, Cultura y Derecho”. Quito, Ariel.
- DECISION 397 Tarjeta Andina de Migración (TAM) LA COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA, Refugiados Urbanos en Ecuador: Resumen Ejecutivo: proyecto FLACSO, con el apoyo del ACNUR, Quito, Febrero 2011.
- HERRERA G. (2006): “La migración ecuatoriana, transnacionalismo, redes e identidades”. FLACSO-PLAN MIGRACIÓN COMUNICACIÓN Y DESARROLLO, Ecuador.
- LOPEZ, Mario Compil (2004): “Enciclopedia de la Paz y los Conflictos” Granada, Editorial UGR
- MONTES, Segundo, Refugiados Colombianos en Ecuador. Centro de Documentación en Derechos Humanos. Ecuador.
- MURILLO. J (2009): “Rostros de la migración, Experiencias comentadas de inmigrantes colombianos y ecuatorianos en España”, Bogotá, Fundación Esperanza
- SALTOS. G.(2008): “Derecho de Integración”, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja
- SJRM-SERVICIO JESUITA A REFUGIADOS Y MIGRANTES (2006): Paradigmas del Refugio Colombiano del Refugio, Quito: Servicio Jesuita de Refugiados

Webteca

Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia
<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista7/articulos/carmen%20perez.htm>
www.acnur.org
www.sjrmecuador.org.ec
www.mmrree.gov.ec

APROXIMACIÓN AL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Daniel Eduardo Florez Muñoz

RESUMO

En el presente trabajo se expondrán las principales líneas de pensamiento de la corriente de pensamiento iusconstitucional norteamericana conocida como Popular Constitutionalism. Al interior de la cual se realiza un frontal cuestionamiento de las bases democráticas que presuntamente detentan las lecturas del constitucionalismo soportadas en la desconfianza hacia la intervención de pueblo como instancia de decisión política concreta.

Palavras-chave: *Constitución, Pueblo, Tribunal Constitucional, Control de Constitucionalidad.*

APPROACH TO POPULAR CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT

In this paper we will present the main lines of thought school of thought known as American iusconstitucional Popular Constitutionalism. Inside the front which makes a questioning of the alleged hold democratic foundations of constitutionalism readings supported the suspicion of the involvement of people, as an actual politic decision.

Key-words: *Constitution, People, Constitutional Court, Judicial Review.*

SUMÁRIO

1. Introducción 2. Los Orígenes: La clausura del universo político. 3. La Objeción Contramayoritaria. 4. En qué se reconoce el Constitucionalismo Popular? 5. Tipología del Constitucionalismo Popular.

INTRODUCCIÓN

En muchas de las actuales constituciones del mundo, existe un consenso en la apuesta hacia un modelo de democracia deliberativa, en el cual, *“las decisiones políticas están sujetadas al control popular, pero en el que la deliberación y el intercambio de razones juegan un rol decisivo”* (Sunstein, 1996: 7); en ese sentido, surge el cuestionamiento al poder o supremacía judicial frente a las decisiones tomadas por los representantes del pueblo, dicho debate llega al punto, que Barry Friedman afirmarí que tal discusión constituye la obsesión central de la teoría constitucional moderna en los Estados Unidos (1998: 334), y no es para menos, en la medida, en que pareciera demostrar cómo el debate acerca la legitimidad de los tribunales constitucionales, en ultima ratio sería no más que: el cuestionamiento por los límites de la democracia al interior de una comunidad política.

No es de extrañar que el mismo Kelsen considerara -al interior de su famoso debate con Carl Schmitt, acerca del Defensor de la Constitución- que la simple amenaza de recurrir al tribunal constitucional “puede ser, entre las manos de la minoría un instrumento propio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, por esta vía, en último análisis, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que aquella de la minoría³¹” (Rincón, 2008: 119-120).

Este artículo tiene por objetivo abordar algunas de las principales líneas de trabajo del *Popular Constitutionalism*, heterodoxa corriente de pensamiento constitucional caracterizada por la desconfianza en la supremacía judicial y el desarrollo de buena parte de los argumentos asociados con la denominada Objeción Contra-mayoritaria. Señalaremos sus principales fortalezas y daremos razones para incorporar algunas de estas discusiones al interior de contextos como el colombiano, caracterizado principalmente por un tipo de consenso Neoconstitucional que campea casi sin crítica sería por la academia y la judicatura nacional.

En la realización del presente trabajo se utilizaron las técnicas propias del método bibliográfico de investigación, acudiendo tanto a fuentes primarias como secundarias. Se encuentra dividido en tres partes: en la primera se

31 En relación a la normativa lectura kelseniana de la democracia, resulta enormemente esclarecedor el trabajo del profesor Rodolfo Arango en *Filosofía de la Democracia* (2007).

esboza brevemente la crítica a los orígenes de la judicial Review, como punto arquimedico a partir del cual el poder judicial reclama como propio una serie de espacios e instancias de decisión originariamente democráticas. En la segunda parte,

LOS ORÍGENES: LA CLAUSURA JUDICIAL DEL UNIVERSO POLÍTICO

El hecho de que en la actualidad los jueces gocen de la capacidad de poner límite al poder legislativo y reformatorio del Congreso y del actuar del Ejecutivo, a partir de la competencia o facultad propia del control de constitucionalidad; tiene que ver, –tal como lo expone Roberto Gargarella– entre otros factores, con ciertos (implausibles) presupuestos que se tomaron en cuenta desde el mismo momento en que se organizó el sistema judicial al interior del marco de una Constitución Republicana en el contexto anglosajón –del cual es originaria la figura del judicial review– y que en la actualidad existe en casi todos los sistemas judiciales del mundo. Me refiero a presupuestos de raíz conservadora, y antidemocráticos conforme a los cuales no era necesario consultar a la ciudadanía –de un modo efectivo–, si lo que se pretendía era tomar decisiones correctas. Y así también, presupuestos de raíz elitista, que directamente afirmaban que no todos los individuos estaban dotados de iguales capacidades, y que solo algunos de ellos tenían las virtudes necesarias como para tomar decisiones “justas”, entendiendo “*decisiones justas*” como decisiones correctas e imparciales (Gargarella, 1996: 12).

Es al interior de dicha tensión entre representación, voluntad popular y poder judicial, en que se desarrollan los principales ataques al control judicial de constitucionalidad (*judicial Review*), los cuales lejos de ser novedosos han sido expuestos desde diferentes ángulos a partir del dictado mismo de la Constitución de Filadelfia (1787), cuando el poder federal fue objeto de la disputa suscitada entre Republicanos y Federalistas durante la primera presidencia de Thomas Jefferson (1801 – 1809). El fallo, más relevante dentro de esta polémica, es el célebre caso “*Marbury vs. Madison*” redactado por el *Chief Justice* John Marshall, el cual fue proferido al interior de ese enrarecido y polémico clima político, la relevancia de este fallo se deriva del hecho, de que para muchos ese instituto (control de constitucionalidad) no se encontraba expresamente previsto en la Constitución norteamericana, al punto de afirmar que es con base a esa usurpación auto-abrogada por Marshall, que aun se mantiene activo la *Judicial Review* en los Estados Unidos, habría que aclarar que tal como lo expone Barrancos y Vedia, “*existen constancias del Judicial Review muy anteriores a “Marbury”*” (2004: 3), pero lo que sí es cierto es que si bien el *Judicial Review* no nació con *Marbury*, los cuestionamientos respecto del ejercicio de ese poder sí nacieron junto con el dictado del célebre fallo (García Mansilla, 2009: 11).

LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

Sin embargo, en los últimos 50 años, el eje central del debate ha girado en torno a lo que Alexander Bickel denominara célebremente como la Objeción o Dificultad Contramayoritaria, es decir, “*¿Por qué jueces que no son electos por el pueblo pueden invalidar lo actuado por el Congreso y el Presidente que, en cambio, son electos en forma democrática?*” (ibid: 11), en otras palabras, con *Objeción Contramayoritaria* se hace referencia a la dificultad que surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes.

Dichas teorías críticas al poder judicial y defensoras del poder del pueblo, tienen sus orígenes más remotos en la Inglaterra del siglo XVIII, principalmente en el pensamiento de autores como Thomas Paine, quien defendió vigorosamente, la idea que “*las verdades fundamentales podían ser conocidas por cualquiera con la perseverancia de examinar el mundo cuidadosamente y reflexionar sobre su experiencia*”, así como Joseph Priestley y Richard Price, este último llegando a afirmar que cada persona “*debía autogobernarse y cada comunidad debía procurar lo mismo, creando sus propias leyes. Lo que debía evitarse, en su opinión, era el “dominio de algunas comunidades sobre otras comunidades, o de algunos hombres sobre otros hombres”*” (Gargarella, 1996: 83). Señala Gargarella, como la influencia radical inglesa llegó a los Estados Unidos por distintos medios. Algunas veces, a través de la circulación clandestina de panfletos, pero muchas otras a través de la efectiva presencia física de los representantes de aquel radicalismo. El caso más notable, en este sentido, lo presento el mismo Paine, quien, después de una estancia relativamente silenciosa en Inglaterra, se trasladó a Pennsylvania con el apoyo de su amigo Benjamín Franklyn, desde donde sacó a la luz su enorme potencial político. Paine escribió casi toda su obra en los Estados Unidos, donde llegó a ser: uno de los ideólogos de la

revolución, influyente asesor de las principales figuras norteamericanas (Washington y Jefferson, entre ellas), y cabeza principal en la redacción de la Constitución de Pensylvania de 1776, sin duda alguna, el intento constitucional más radical aparecido en la historia jurídica norteamericana.

En la actualidad, y reivindicando los postulados históricos de esta tradición radical, tenemos una heterogénea corriente de brillantes constitucionalistas bajo el nombre de *Popular Constitutionalism*, dentro de cuyas filas encontramos juristas de la importancia de Larry Kramer³², Sanford Levinson³³, Richard Parker³⁴, Jeremy Waldron³⁵ y Mark Tushnet³⁶ entre muchos otros.

Conforme a lo expuesto por Javier Rincón, el *Constitucionalismo Popular* puede ser definido como, la corriente jurídica que se encuentra en oposición a toda idea de supremacía constitucional por parte de cualquier órgano constituido y específicamente a toda idea de supremacía de los tribunales constitucionales según la cual el pueblo es el único agente apto para hacer cumplir e interpretar la constitución en última instancia (2008: 124).

Larry Kramer -uno de los teóricos más importantes del Constitucionalismo Popular- asocia el Constitucionalismo Popular con la visión conforme a la cual, quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente (Krammer, 2004: 962)

Para Roberto Gargarella, esta corriente jurídica podría compartir rasgos generales, una cierta *hostilidad* hacia el sistema judicial hoy existente, por considerar que debe adoptarse un arreglo institucional diferente en donde, de modo más directo y menos diferido en el tiempo, la ciudadanía pueda hacer valer su punto de vista acerca de lo que significa la constitución.

EN QUÉ SE RECONOCE EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR?

En palabras de Larry Kramer y dejando evidenciado las profundas bases históricas que el autor mantiene en su posición, el constitucionalismo popular es una corriente jurídica de pensamiento, según la cual, a partir de la interpretación histórica del rol que jugó el pueblo en el desarrollo constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica en sus primeros años de existencia, es dado sostener que el máximo poder en materia de interpretación y guarda de la constitución es el pueblo y que por ende, en la actualidad es necesario devolverle

32 Actual Decano de la escuela de Derecho de la Universidad de Stanford. Fue “Law Clerk” del Justice William Brennan. Para una visión del autor al Constitucionalismo Popular, ver: Krammer (2001) y especialmente (2004).

33 Para su visión del Constitucionalismo Popular, ver especialmente: Levinson (1999).

34 Para una visión del autor al Constitucionalismo Popular, Ver: Parker (1999).

35 Profesor de Derecho en la Universidad de Oxford (heredero de la cátedra de H.L.A. Hart). En relación a la visión de Waldron al Constitucionalismo Popular, consultarse: Waldron (1999). De los autores pertenecientes al Constitucionalismo Popular, Waldron es quizá quien goza de más renombre, en su *Law and Disagreement* (1999), entra en directa polémica con el trabajo de Ronald Dworkin -autor fundamental en la defensa de la judicial review- así como en sus otros escritos, han servido para plantear de forma seria y argumentada que aún desde una postura seriamente preocupada por la preservación de los derechos individuales era necesario resistirse el control judicial de las leyes. Ello así, por un lado, en razón de la existencia de profundos e irresolubles desacuerdos (the fact of disagreement) respecto del contenido y forma de los derechos individuales (un reclamo que implicaba una puesta en cuestión de las teorías contemporáneas sobre la interpretación constitucional). Y también, y por otro lado, porque esa preocupación por los derechos no podía sino partir del reconocimiento del igual status moral y la igual capacidad de cada uno, lo cual implicaba dejar de lado toda visión que, directa o indirectamente, pretendiera colocar a los jueces como expertos concededores del contenido de los derechos. En otras palabras, las mismas razones que daban base a la preocupación por los derechos debían servir para bloquear cualquier intento de dejar a la ciudadanía sin la posibilidad de discutir francamente sobre sus derechos y los límites de los mismos (Gargarella, 2009: 2).

36 Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Harvard, miembro de los *Critical Legal Studies* y fue “Law Clerk” del Justice Thurgood Marshall. Para su lectura del Constitucionalismo Popular, ver especialmente: (1999).

dicho poder para que lo ejerza de forma soberana.

Una brillante *carta de navegación* para aproximarse a las tesis centrales del Popular Constitutionalism, la constituye la categorización que Roberto Gargarella hace en sus comentarios a la obra de Larry Kramer, *“The People Themselves”* (2004), para este autor argentino el *Constitucionalismo Popular* defiende una serie de criterios comunes, entre los cuales podemos encontrar principalmente (2009: 1-5):

- **Desafiar la supremacía judicial: Quitando la Constitución de las manos de los tribunales.**

Cuestionan los supuestos históricos y políticos sobre los cuales descansa la supremacía judicial, Kramer –comenta Gargarella– sostiene que para Marshall, la decisión de la Corte representaba la última instancia institucional respecto de los conflictos constitucionales que pudieran surgir dentro del Estado. Contra dicha visión, reacciona el presidente Jefferson mostrándose hostil frente a la idea de la supremacía judicial y defendiendo un papel más prominente de los poderes políticos en la definición y puesta en práctica de la Constitución. *“En definitiva, esta última visión -conocida como teoría “departamentalita” o “concurrente”- sostenía que ninguna de las ramas del gobierno podía arrogarse superioridad sobre las otras, a la hora de interpretar el significado de la Constitución”* (2009: 1). Opinión respalda por Krammer afirmando que *“tanto en sus orígenes como durante la mayor parte de nuestra historia, el constitucionalismo americano le asignó a los ciudadanos comunes un rol central en la tarea de implementar su Constitución,”* dejando la *“autoridad interpretativa final”* en el propio pueblo (Kramer 2004).

Ahora bien habría que aclarar que así como en el mundo jurídico que visualiza Larry Kramer lo que ha quedado abolida es la supremacía judicial, en la visión de otros autores cercanos al *“constitucionalismo popular,”* como Mark Tushnet o Jeremy Waldron, la impugnación parece ser todavía más radical, y alcanzar a toda forma de control judicial de constitucionalidad. Para Waldron, en una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada sobre el principio de igualdad, la idea de que la reflexión sobre las cuestiones más importantes que dividen a la sociedad deba ser trasladada a los tribunales (tribunales cuyos miembros también están divididos por desacuerdos profundos, y que también deciden a través de la regla mayoritaria) resulta ininteligible. Para Tushnet, el principal objetivo de un *“populismo constitucional”* como el que él defiende es el de *“quitar la Constitución de las manos de los tribunales.”* (Gargarella, 2009: 2)

- **Ir en contra de una “sensibilidad anti-popular.”**

Consiste en una percepción difundida al interior de quienes defienden la supremacía judicial, consistente en una especie de autoridad moral de unos pocos sobre los muchos, Robert Unger resumió adecuadamente esta visión, al sostener que el *“pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea”* está dado por su *“disconformidad con la democracia”* (1996: 72). Y agrega que esta disconformidad se expresa, en una incesante identificación de límites sobre la regla mayoritaria, antes que sobre el poder de las minorías dominantes, como responsabilidad principal de los jueces y juristas; y consecuentemente en la hipertrofia de prácticas y arreglos contra-mayoritarios; en la oposición a todas las reformas institucionales, particularmente a aquellas orientadas a expandir el nivel de compromiso político popular, lo cual es visto como algo que amenaza el sistema de derechos. (1996: 152-153)

- **Defensa de una Interpretación extrajudicial.**

El profesor Stanford Levinson se ocupó de mostrar de qué modo en relación al debate frente a la supremacía judicial para interpretar la constitución, se revela la oposición entre dos cosmovisiones a las que célebremente denominara concepciones *“católica”* o *“protestante”* de la Constitución. Conforme a la primera, la tarea interpretativa es vista como *“provincia exclusiva”* del poder judicial, mientras que la segunda considera a la interpretación como una tarea difundida de modo igual entre todos los ciudadanos, estando el Constitucionalismo Popular llamado en la defensa de esta última. Por lo tanto de lo que se trata es de reservar un papel fundamental a la llamada *“interpretación extrajudicial”* de la Constitución, por parte de los actores sociales y la sociedad civil como tal (Gargarella, 2009: 3)

- **El derecho fuera del derecho**

Hace referencia en palabras de Roberto Gargarella a uno de los antecedentes más interesantes de este tipo de posturas se encuentra en el muy reconocido trabajo de Robert Cover, *Nomos and Narrative*. En dicho trabajo, Cover exploraba los *“indisciplinados impulsos jusgenerativos,”* provenientes de movimientos sociales alternativos, y mostraba de qué modo la tarea judicial más característica no era la de *“crear, sino la de eliminar*

[ciertas visiones sobre el] derecho.” En opinión de Cover, los jueces - confrontando la existencia de cientos de tradiciones legales alternativas- venían a decir “que *ésta tradición* es derecho, mientras destruían [o trataban] de destruir a las restantes.” Contra dicha visión, Cover sostenía que “[l]as historias que cuentan quienes resisten al derecho, las vidas que viven, el derecho que hacen” debían pasar a jugar un rol más importante a la hora de definir el contenido y el significado del derecho. “El significado del derecho constituye un enriquecimiento desafiante de la vida social, una potencial limitación al poder y la violencia arbitrarias. Debemos dejar de circunscribir al *nomos*; debemos invitar la llegada de nuevos mundos jurídicos” –concluía Cover. Trabajos como los de los profesores Reva Siegel y Robert Post refuerzan un enfoque similar sobre la tarea del constitucionalismo. Junto a estos trabajos, estudios como los de Wayne Moore han ayudado a mostrar las formas específicas en que la ciudadanía “crea y mantiene normas constitucionales –incluyendo normas ‘legales’ que no encajan inmediatamente dentro de las narrativas profesionales.” (2009: 4)

- **Impulsar mayor Democracia y participación**

Todos los rasgos anteriores nos hablan de la común preocupación de los “populistas” por impulsar una mayor participación popular en las estructuras políticas y económicas. Esta preocupación –a diferencia de otras corrientes progresistas- no ve en las mayorías una amenaza, sino todo lo contrario la oportunidad misma de autodeterminación de los pueblos. Es por eso que en su defensa a la soberanía popular, el Constitucionalismo Popular tiende a valorar más las manifestaciones propias de la “cultura popular,” con lo que ella pueda incluir de “indisciplinado,” “vulgar,” o no-refinado. Institucionalmente hablando, y como resultado de su confianza en la ciudadanía –de su desconfianza en las elites- los “populistas” favorecen herramientas y medidas tales como la rotación en los cargos, los mandatos cortos, la descentralización del poder. (Gargarella, 2009: 5)

Por otra parte, según nos comenta el profesor Javier Rincón Salcedo, siguiendo a Alexander y Solum, la Constitución no es ni más ni menos que la voluntad popular, interpretada por el pueblo y protegida por la amenaza del pueblo de hacerla cumplir. La ley ordinaria es la ley de los representantes a nombre del pueblo, pero la Constitución es la ley del pueblo mismo, es por esta razón por la que en el mundo del “constitucionalismo popular”, los gobernantes son los regulados y no los reguladores y la autoridad de interpretación constitucional final permanece con el propio pueblo. (2008: 125)

TIPOLOGÍA DEL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Sin embargo, tal como lo exponen los profesores de la Universidad de San Diego, Alexander y Solum (2005), el *Constitucionalismo Popular* encuentra una de sus principales fuente de heterogeneidad en lo que respecta a la guarda e interpretación constitucional, en la medida en que para algunos –como veremos– se trata simplemente de un abolicionismo del *judicial Review* mientras que para otros, por el contrario, se trata de una relación dialogica entre tribunal y opinión pública, veamos esto a partir de la categorización realizada por los profesores señalados (Rincón, 2008):

- **Robust Popular Constitutionalism.** Desde esta posición es únicamente la voluntad popular la que puede llenar de contenido los preceptos constitucionales y por tanto en el pueblo recae tanto la guarda como la interpretación “correcta” de la Constitución Política. Para la corriente mas radical, el pueblo tiene como enemigo a los tribunales Constitucionales, los cuales en medio de su supremacía interpretativa se muestran como “sirvientes constitucionales” de las elites políticas.

- **Modest Popular Constitutionalism.** Al interior de esta corriente, al pueblo le corresponde sencillamente, “anular las distorsiones groseras de la Constitución por parte de sus intérpretes institucionales” (Rincón, 2008: 126).

- **Trivial Popular Constitutionalism.** Al interior de esta forma de Constitucionalismo Popular, lo que prima es la aceptación por parte del pueblo de la interpretación que se haga de la Constitución. Esto se logra a partir de lo que ha dado en denominarse como “*Teoría del Reconocimiento*” de las normas, dentro de la cual se discute, entre otras cosas, si la simple no oposición a una norma o a una determinada interpretación de la Constitución por parte del pueblo puede ser considerada como aceptación de la misma, o si por el contrario, toda norma para considerarla aceptada, debe ser el objeto de una manifestación expresa de aceptación por parte del pueblo. (2008: 126).

- **Expresive Popular Constitutionalism.** Al interior de esta lectura del *Constitucionalismo Popular*, se pasa a valorar la opinión pública como un forma de interacción con la labor de interpretación del tribunal constitucional, a partir de una relación dialógica en la cual dicho tribunal entienda las preocupaciones, razones y posiciones que la opinión pública presenta y a partir de esta construir la determinación del alcance y significado de las disposiciones constitucionales.

Vemos como, el Constitucionalismo Popular, pretende en ultimas, encontrar en los procesos de discusión popular una fuente de legitimidad para el *derecho constitucional*, una legitimidad que no proviene de un cuerpo seleccionado de juristas, sino que incluya a los verdaderos practicantes de las disposiciones normativas, es decir, al pueblo mismo; y esto solo es posible a partir del cuestionamiento directo del poder cuasi-religioso de los pretoros constitucionales, quienes emulando algún tipo de casta sacerdotal son los garantes y depositarios de una verdad a la cual, aun cuando se tratare de la verdad acerca de la salvación del pueblo, este no puede acceder a la misma por no estar *ungido* con los saberes técnico jurídicos que suponen el acceso; en este sentido el Constitucionalismo Popular, se nos muestra como una *Reforma Protestante* al jerárquico y cerrado poder custodio y portador de la *verdad constitucional*.

CONCLUSIONES.

No deja de resultar curioso el hecho de que buena parte de los textos que constituyen el canon del estudio del derecho constitucional al interior de nuestros contextos, adopten como paradigma narrativo la elitista tradición que ignora el siempre decisivo, heterogéneo, y confuso papel de las gentes comunes y corrientes en largo proceso de construcción del derecho y la Nación³⁷, por lo que no es de extrañar el que se continúen publicando libros tan vacíos de realidad que, al terminar de leerlos, uno no puede más que preguntarse, con fatigado asombro, si la Colombia de que habla el autor es la misma que han padecido y siguen padeciendo la inmensa mayoría de los colombianos (Munera 2005)³⁸.

Vemos como dentro de cada una de las tradiciones o familias jurídicas³⁹ existen teorías que entran a entender de forma mucha veces contradictoria, los términos y condiciones que deben suponer las relaciones entre Derecho y Sociedad – Constitución y Pueblo-, lo que no se debe perder de vista es que siempre que hablemos de derecho constitucional, estamos necesariamente defendiendo o atacando una determinada concepción de la democracia, el Estado y el poder, en otros términos, resulta imposible sostener una posición jurídico constitucional a-política⁴⁰, en este proceso la interpretación se nos muestra como la clave para

37 En nuestro contexto, al interior de la historiografía política el trabajo de Alfonso Munera resulta de enorme interés, precisamente por la permanente denuncia de los elementos ideológicos proyectados bajo el disfraz de rigor y neutralidad valorativa por parte de algunos de los principales historiadores en Colombia.

38 Hacia esta perspectiva están encaminados los Nuevos Estudios Jurídicos Críticos en Colombia, grupos de investigación en la Universidad Javeriana, Universidad Nacional y Universidad de Cartagena, se encuentran reconstruyendo los orígenes y la necesidad de superación de este tipo de narrativas jurídicas postcoloniales que impiden que el derecho sea tomado “*en serio*” por parte de la gran mayoría de los asociados y siga siendo visto como un elemento externo, agresor y al cual en lo posible es necesario evadir. Esta visión de lo jurídico –tan típicamente premoderna- es la que se nos muestra como sintomática al interior de nuestra periferia y se perfila como una táctica de contención de las multitudes sistemáticamente excluidas por parte de quienes detentan algunos importantes y particularísimos intereses; nuestra historia constitucional desde esta perspectiva solo crea los nuevos límites que debemos superar. Muy en sintonía con estos estudios se encuentran los desarrollados en el Birkbeck College de la Universidad de Londres, con Oscar Guardiola, Costas Douzinas y Bill Bowring.

39 En relación al concepto de “*familia jurídica*” ver los trabajos de Diego Lopez Medina, acerca del problema de los trasplantes jurídicos, (2009) y (2004).

40 Una de las mayores críticas al derecho constitucional positivista -heredero de la tradición alemana de la Staatslehre (Laband, Jellinek y Kelsen)- al interior de la academia jurídica colombiana es la proveniente del jurista colombiano Diego Lopez Medina, quien afirma que el “derecho constitucional cuando se presenta como una disciplina objetiva y anti-ideológica, está mintiendo palmariamente. La comprobación es sencilla: existen actores políticos concretos que usufructúan de manera clara los contenidos establecidos en el actual arreglo constitucional. la utilización del argumento constitucional, por tanto, es otro de los mecanismos que sirven para fortalecer la opinión propia que no se sostiene exclusivamente sobre la validez de la mera opinión política o

comprometer el progresismo constitucional con la superación de estados de cosas que entendemos como inaceptables, precisamente la construcción de una hermenéutica constitucional entendida como proceso continuo y holista entre Derecho, Política y Moral⁴¹.

El derecho constitucional en ese sentido se alimenta no solo de la filosofía del derecho, sino también de la filosofía política y moral en la medida en que la concepción que se tenga de la Constitución supone ya una lectura de la democracia y de los límites del poder dentro de una sociedad.

A fin de cuentas, el discurso de la democracia es la principal arma del Constitucionalismo Contemporáneo para contribuir en la transformación de las sociedades y en la lucha contra la miseria. Esto para afirmar, que en los momentos históricos en lo que existan mayores traumatismos constitucionales resulta risorio sostener la idea de una democracia estable, y por lo tanto con razón apunta el maestro Yezid Carrillo de la Rosa cuando parafraseando al Constituyente Francés, afirma: *“toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución, o lo que es lo mismo no tiene Democracia”* (Carrillo, 2005: 101).

ideológica (lo subjetivo y móvil), sino que ahora cuenta con el respaldo aumentado de lo que el derecho ordena (lo objetivo y fijo)” (Lopez, 1999: 36)

41 Como una clara contribución en ese sentido, debe entenderse la teoría constitucional de autores como Rodolfo Arango, quien en un Foro acerca de Neoconstitucionalismo celebrado en EAFIT (Medellín, 2009), defendía la tesis de la defensa constitucional de la Democracia Social desde contexto de exclusión y pobreza.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDER, L y SOLUM, L. (2005) "Book Review: Popular? Constitutionalism?". En: *Havard Law Review*, Vol 118.
- ARANGO, R. (ed) (2007) *Filosofía de la Democracia*. Bogota: UniAndes-Siglo del Hombre.
- BARRANCOS Y VEDIA, F. (2004) "Legitimidad del Control Judicial de Constitucionalidad". En: *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires.
- CARRILLO DE LA ROSA, Y. (2005) "La Democracia Constitucional y el Control Racional al Ejercicio del Poder (Aproximación al caso colombiano)". En: *Revista Cultural UniLibre*. Año 3 N°4 Agosto. Pp. 76-101
- FRIEDMAN, B. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy", en *New York University Law Review*, Tomo 73, 1998.
- GARCÍA-MANSILLA, M. (2009) *Estado Actual del Debate sobre el Control de Judicial Constitucionalidad en los Estados Unidos*. Buenos Aires. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.
- GARGARELLA, R. (1996) *Justicia Frente al Gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel.
- _____, (2009) *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves, de Larry Kramer*. (Versión facilitada por el autor)
- _____, "Acerca de Barry Friedman y el Constitucionalismo Popular Mediado". En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. N°123. Pág. 167
- GUARDIOLA, O. (2006) "Famous Last Words: Constitucionalismo Popular y el lugar de la verdad en política y derecho". En: SANIN, R. (Coor.) *Justicia Constitucional*. Bogota: Legis.
- KRAMER, L. (2001), "The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court," 115 *Harvard University Press* 4.
- _____, (2004), *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press.
- LEVINSON, S. (1999), "Constitutional Populism: Is It Time for 'We the People' to Demand an Article Five Convention," 4 *Widener Law Symposium Journal* 211.
- MUNERA, A. (2005) *Fronteras Imaginadas*. Bogotá: Planeta.
- RINCON S., J. "La Soberanía Interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la Perspectiva del Constitucionalismo Popular" En: *Revista Vniversitas* n° 115, Enero-Junio vol. 2.
- SANIN, R. (2009b) "Rescatando la Democracia del Liberalismo". Ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.
- _____, (2006) (coord.) *Justicia Constitucional*. Bogota: Legis.
- SUNSTEIN, C. (1996) "Presentación". En: GARGARELLA, R. *Justicia frente al Gobierno*. Barcelona: Ariel.
- TUSHNET, M. (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press.
- UNGER, R. (1996), *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso Press.
- WALDRON, J. (1999) *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DIRECTIVA 2004/35/CE SOBRE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

Mariano H. Novelli

RESUMO

El presente estudio analiza, desde una perspectiva integral, el sistema instituido por la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental. Se focaliza sobre el régimen para la prevención y reparación de daños medioambientales que establece dicha norma, a la cual concibe como un exponente de la renovación del Derecho de Daños, rama jurídica que en tiempo reciente ha ampliado sus funciones incorporando a la clásica finalidad resarcitoria una tutela que procura la actuación ex ante. El trabajo considera tanto el contenido regulativo de la Directiva como las proyecciones atinentes a su eficacia, distinguiendo el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo, los regímenes de responsabilidad, el concepto y las clases de daños medioambientales, las excepciones al régimen, los costes, la pluralidad de medidas preventivas y reparadoras, las pérdidas provisionales, la legitimación y las instancias procedimentales. Destaca el funcionamiento de la Directiva como estándar mínimo y concluye fundamentando el valor de la evitación de daños a efectos de conservar el ambiente para las generaciones venideras.

Palavras-chave: *Derecho de Daños, responsabilidad medioambiental, prevención, reparación, daños medioambientales.*

CONSIDERATIONS ON THE DIRECTIVE 2004/35/EC ON ENVIRONMENTAL LIABILITY

ABSTRACT

This study analyzes, from a holistic perspective, the system established by Directive 2004/35/EC on environmental liability. It focuses on the regime for the prevention and remedying of environmental damage that is established, and which is conceived as an exponent of the renewal of Tort Law, a juridical branch that in recent times has expanded, adding the repair function to the classic purpose of prevention. The paper considers both the regulatory content of the Directive as projections pertaining to its effectiveness, distinguishing the subjective and objective scopes, liability regimes, the concept and types of environmental damage, exceptions, the costs, the plurality of preventive and remedial measures, interim losses, the legitimacy and procedural questions. It also emphasizes the operation of the Directive as a minimum standard and remarks the importance of avoiding damage in order to conserve the environment for future generations.

Key-words: *Tort Law, environmental liability, prevention, remedying, environmental damage.*

SUMÁRIO

I. La Directiva 2004/35/CE en el contexto actual del Derecho de Daños. II. Aspectos principales de la Directiva. 1. Objetivo y principios rectores. 2. Ámbito de aplicación subjetivo. 3. Ámbito de aplicación objetivo y regímenes de responsabilidad. A. Régimen de responsabilidad objetiva. B. Régimen de responsabilidad subjetiva. 4. Daño medioambiental. A. Concepto. B. Clases. 5. Excepciones al sistema. 6. Costes de prevención y reparación. 7. Funcionamiento como estándar mínimo. 8. Clases de medidas. A. Medidas preventivas. B. Medidas reparadoras. 9. Pérdidas provisionales. 10. Legitimación y procedimiento. 11. Informes sobre la implementación. III. Conclusión.

I. La Directiva 2004/35/CE en el contexto actual del Derecho de Daños

La responsabilidad por daño ambiental constituye uno de los aspectos más polémicos y difíciles de resolver que presenta una rama jurídica especialmente compleja como es el Derecho Ambiental⁴². Entre otros motivos, la complicación a la hora de buscar soluciones consensuadas sobre los requisitos de la figura del daño

⁴² Entre los estudios que ofrecen una visión compleja del Derecho Ambiental como rama jurídica, pueden mencionarse: ARCOCHA, Carlos E. y ALLENDE RUBINO, Horacio L., *Tratado de Derecho Ambiental*, con la colaboración de Mariano H. NOVELLI, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2007; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Aspectos jusfilosóficos del Derecho Ecológico", *Investigación y Docencia*, N° 20, 1992, pp. 9 y ss.; ABIDÍN, Catalina y LAPENTA, Eduardo Víctor, "Derecho Ambiental. Su consideración desde la Teoría General del Derecho", *Cartapacio de Derecho*, disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/956/788>

ambiental, se debe a la tensión con los intereses que la protección del ambiente suele afectar.

En el presente estudio, analizaremos el significativo avance que se ha dado en la Unión Europea a partir del sistema de responsabilidad ambiental instituido por la *Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004*. Esta norma constituye, sin duda, uno de los más relevantes y recientes aportes en el Derecho Comparado⁴³.

La Directiva, según lo indica su título, se refiere a la responsabilidad medioambiental específicamente “en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales”. Y esto es lo primero que hay que destacar: la Directiva no se limita a la reparación de los daños, sino que afronta la problemática de su prevención⁴⁴.

Esta circunstancia nos lleva a considerar a este instrumento como un fiel exponente de la renovación que se viene produciendo en los últimos tiempos en la teoría de la responsabilidad civil, que se ha visto atravesada y modificada por los principios de nuevas ramas jurídicas, en particular por el Derecho Ambiental. La finalidad resarcitoria clásica comenzó a resultar insuficiente para afrontar los fenómenos de la postmodernidad, y se desarrollaron entonces nuevas funciones como la prevención⁴⁵, la precaución⁴⁶ y la sanción⁴⁷.

Tales nuevas funciones han dado a esta materia una fisonomía diferente e incluso una más adecuada denominación, ya que hoy se la conoce como Derecho de Daños⁴⁸.

⁴³ Para conocer los antecedentes fundamentales de la tramitación de la Directiva, ver MICCICHÉ, Rosanna, “Nuova direttiva europea in materia di responsabilità ambientale”, *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, n° 5, 2003, pp. 917 y ss.

⁴⁴ La prevención de los daños hace ya tiempo que ha cobrado una justificada relevancia jurídica: CAFFERATTA, Néstor A., “Responsabilidad Civil por Daño Ambiental”, en TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo IV, pp. 650 y ss.; LLAMAS POMBO, Eugenio, “La tutela inhibitoria del daño (La otra manifestación del Derecho de Daños)”, *Responsabilidad Civil y Seguros*, tomo 2002, pp. 181 y ss.

⁴⁵ VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice, *Les effets de la responsabilité* (sección *Les obligations* del *Traité de Droit Civil* dirigido por Jacques Ghestin), 2ª ed., Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001, pp. 18 y ss.

⁴⁶ Sobre la *precaución*, diferenciándola de la *prevención*, pueden consultarse las ideas expresadas por NOVELLI, Mariano H., “Protocolo Adicional al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur en materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales”, *Anales de Legislación Argentina*, tomo LXIV-E, p. 6607. Asimismo, puede consultarse sobre el principio de precaución: ALVES, Wagner Antônio, *Princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2005, esp. pp. 44 y ss.; BOURG, Dominique y SCHLEGEL, Jean-Louis, *Anticiparse a los riesgos. El principio de precaución*, Ed. Ariel, Barcelona, 2004; BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2005; CIERCO SEIRA, César, “El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español”, *Revista de Administración Pública*, n° 163, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 73 y ss.; DE SADELEER, Nicolas, *Implementing the Precautionary Principle*, Ed. Earthscan, London, 2007; “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (coord.), *Estudios de Derecho Ambiental Europeo*, Ed. LETE Argitaletxea, Pamplona, 2006, pp. 269 y ss.; GUÉGAN, Anne, “L’apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile”, *Revue juridique de l’environnement*, n° 2, 2000, pp. 147 y ss.; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 65 y ss.; RÉMOND-GOUILLOUD, Martine, “Le risque de l’incertain: la responsabilité face aux avancées de la science”, *La vie des sciences*, tomo 10, n° 4, 1993, pp. 341 y ss.; SUNSTEIN, Cass R., *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

⁴⁷ Con relación a la función sancionatoria del Derecho de Daños, remitimos a NOVELLI, Mariano H., LATTARI LUQUE, Jéssica y PERUGINI, Joana Sol, “Los daños punitivos en la complejidad del mundo jurídico”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.), *Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2007, pp. 157 y ss.

⁴⁸ BRUNO DE FAVOT, Adriana L., “El Derecho de Daños en el nuevo milenio”, *Revista de Derecho Ambiental*, n° 11, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 67 y ss.; GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “Daño ambiental colectivo e individual”, *La Ley*, tomo 2007-A, pp. 877 y ss. Para profundizar sobre la evolución histórica de la responsabilidad civil, recomendamos el excelente trabajo de NICOLAU, Noemí Lidia, “Panorama de la responsabilidad civil en el Derecho occidental: retrospectiva y tendencias”, en ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dir.),

II. Aspectos principales de la Directiva

1. Objetivo y principios rectores

El *objetivo* fundamental de la Directiva consiste en establecer un marco común para la prevención y la reparación de los daños medioambientales a un coste razonable para la sociedad⁴⁹.

Tanto la prevención como la reparación deben llevarse a cabo mediante el fomento del principio de “quien contamina paga”, tal como se establece en el Tratado de la Comunidad Europea y coherentemente con el principio del desarrollo sostenible, que ha cobrado alcance global desde la Conferencia de Río de 1992⁵⁰.

Basándose en estos dos principios, la Directiva establece que todo operador cuya actividad haya causado daños al medio ambiente o haya supuesto una amenaza inminente de tales daños sea declarado responsable desde el punto de vista financiero, a fin de inducir a los operadores a adoptar medidas dirigidas a reducir los riesgos de que se produzcan daños medioambientales⁵¹.

2. Ámbito de aplicación subjetivo

El *ámbito de aplicación subjetivo* de la Directiva está constituido por los sujetos que ella define como “operadores”. El sistema de responsabilidad medioambiental es aplicable en el ámbito estrictamente profesional, dado que los “operadores” o sujetos responsables son entendidos como “cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente por delegación un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad”⁵².

La finalidad de esta norma es garantizar la reparación del daño causado, implicando para ello al mayor número posible de sujetos. Surge la duda sobre si, en el caso de grupos de sociedades, podría ser considerada “operador” la sociedad dominante o matriz. Pero no obstante la importancia potencial de esta cuestión, la Directiva la ha dejado librada a la legislación interna de los Estados.

También ha quedado para los Derechos nacionales la regulación en caso de que existan diversos “operadores” responsables. En esta hipótesis, los países podrán optar tanto por la mancomunidad como por la solidaridad entre los causantes, especialmente entre el productor y el usuario de un producto⁵³.

3. Ámbito de aplicación objetivo y regímenes de responsabilidad

En cuanto al *ámbito de aplicación objetivo*, la Directiva establece dos regímenes de responsabilidad ambiental, en función de la naturaleza de la actividad contaminante y del objeto dañado⁵⁴.

A. Régimen de responsabilidad objetiva

El primer régimen de responsabilidad se aplica “a los daños medioambientales causados por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades.”⁵⁵ Cabe traer a colación aquí el concepto de *actividad profesional*, que es definida como “cualquier actividad efectuada con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter privado o público y de que tenga o no fines lucrativos”⁵⁶.

La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 45 y ss.

⁴⁹ Considerando 3 y art. 1 de la Directiva.

⁵⁰ Considerando 2 y art. 1 de la Directiva.

⁵¹ Considerando 2, *in fine*, de la Directiva.

⁵² Art. 2.6 de la Directiva.

⁵³ MORENO TRUJILLO, Eulalia, “De nuevo sobre la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (pros y contras de la unificación europea del régimen jurídico de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente)”, en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Ed. La Ley, Madrid, 2006, tomo II, p. 475.

⁵⁴ AGUILERA RULL, Ariadna y AZAGRA MALO, Albert, “Transposición de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en Alemania y en España”, *InDret*, n° 3/2007, p. 3, disponible en http://www.indret.com/pdf/458_es.pdf

⁵⁵ Art. 3.1.a) de la Directiva.

⁵⁶ Art. 2.7 de la Directiva. El concepto de “actividad profesional” lleva implícito que ésta sea *productiva* (negocio, empresa, etc.), sin importar la titularidad (pública, privada o mixta), dado que la responsabilidad se hace nacer

Las actividades profesionales peligrosas o potencialmente peligrosas contempladas en el anexo III de la Directiva son, entre otras, aquellas que liberen metales pesados en el agua o la atmósfera, produzcan sustancias químicas peligrosas, efectúen vertidos en aguas interiores superficiales o en aguas subterráneas, generen biocidas o utilicen organismos y microorganismos modificados genéticamente⁵⁷.

En todos los casos referidos, según este primer régimen, el operador podrá ser considerado responsable aun sin haber cometido ninguna falta, es decir que “la imputación de la responsabilidad será como regla de carácter objetivo”⁵⁸.

B. Régimen de responsabilidad subjetiva

El segundo régimen de responsabilidad que traza la Directiva se refiere “a los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador”⁵⁹.

Este régimen de responsabilidad rige para todas las actividades profesionales no incluidas en el Anexo III (es decir, aquellas no consideradas potencial o efectivamente peligrosas⁶⁰), siempre que causen daños o supongan una amenaza inminente de daños a las especies y hábitats naturales protegidos por la legislación comunitaria⁶¹.

en la persona del “operador”, que normalmente será la empresa (o Administración pública) titular de la instalación que ha producido el daño ambiental (MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 300).

⁵⁷ El listado completo de actividades incluye: 1. La explotación de instalaciones sujetas a un permiso de conformidad con la Directiva 96/61/CE del Consejo. 2. Las actividades de gestión de residuos que estén sujetas a permiso o registro de conformidad con la Directiva 75/442/CEE del Consejo y con la Directiva 91/689/CEE del Consejo. 3. Todos los vertidos en aguas interiores superficiales sujetas a autorización previa de conformidad con la Directiva 76/464/CEE del Consejo. 4. Todos los vertidos en las aguas subterráneas sujetas a autorización previa de conformidad con la Directiva 80/68/CEE del Consejo. 5. El vertido o la inyección de contaminantes en aguas superficiales o subterráneas sujetas a permiso, autorización o registro de conformidad con la Directiva 2000/60/CE. 6. La captación y el represamiento de aguas sujetos a autorización previa de conformidad con la Directiva 2000/60/CE. 7. La fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte in situ de: a) las sustancias peligrosas definidas en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 67/548/CEE; b) los preparados peligrosos definidos en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 1999/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; c) los productos fitosanitarios definidos en el punto 1 del artículo 2 de la Directiva 91/414/CEE del Consejo; d) los biocidas definidos en letra a) del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. 8. El transporte por carretera, por ferrocarril, por vías fluviales, marítimo o aéreo de mercancías peligrosas o contaminantes de acuerdo con la definición que figura en el Anexo A de la Directiva 94/55/CE del Consejo o en el Anexo de la Directiva 96/49/CE del Consejo o en la Directiva 93/75/CEE del Consejo. 9. La explotación de instalaciones sujetas a una autorización de conformidad con la Directiva 84/360/CEE del Consejo. 10. Toda utilización confinada, incluido el transporte, de microorganismos modificados genéticamente, de acuerdo con la definición de la Directiva 90/219/CEE del Consejo. 11. Toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente de acuerdo con la definición de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. 12. El traslado transfronterizo de residuos dentro, hacia o desde la Unión Europea sujeto a autorización o prohibido según lo dispuesto en el Reglamento (CEE) N° 259/93 del Consejo.

⁵⁸ Cf. PLAZA MARTÍN, Carmen, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 616 (énfasis agregado).

⁵⁹ Art. 3.1.b) de la Directiva (énfasis agregado).

⁶⁰ PEÑA CHACÓN, Mario, “La nueva directiva comunitaria sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales y su relación con los regímenes latinoamericanos de responsabilidad ambiental”, *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n° 12-13, 2005, disponible en <http://www.cica.es/aliens/gimadus/12-13/responsabilidad.htm>

⁶¹ Este segundo régimen establece una protección ampliada, pues abarca los daños provenientes de actividades que no son a priori riesgosas, si bien limitada exclusivamente a la afectación de un único elemento natural (el constituido por las especies y hábitats naturales protegidos). “Tal protección ampliada ha sido justificada por la Comisión en el hecho de que los daños a la biodiversidad como tales apenas están cubiertos por las legislaciones

En estos casos, el operador sólo será responsable si ha actuado con culpa o negligencia. Por ello puede afirmarse que este segundo régimen es de *responsabilidad subjetiva*.

4. Daño medioambiental

A. Concepto

La Directiva, en su artículo 2.2., define al *daño medioambiental* como “el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente”⁶².

A partir de este concepto de daño medioambiental, puede advertirse que la Directiva no tiene por objeto la protección del ambiente en forma integral, puesto que la definición de daño sólo abarca ciertos elementos o componentes naturales que, por lo tanto, son los únicos que están sometidos a la obligación de prevención y reparación⁶³. Además, para que un atentado a uno de estos elementos constituya *daño* es preciso que se cumplan determinadas condiciones, entre las que destaca que se produzca directa o indirectamente⁶⁴ un *cambio adverso* y, además, que éste sea *mensurable*⁶⁵.

B. Clases

La Directiva establece tres *clases de daños medioambientales*: daños a las especies y hábitats naturales protegidos, daños a las aguas y daños al suelo⁶⁶.

- a) Los *daños a las especies y hábitats naturales protegidos* son definidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. Se aclara que los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador autorizado por las autoridades competentes⁶⁷.
- b) Los *daños a las aguas* se refieren a cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico de las aguas⁶⁸.
- c) Los *daños al suelo* incluyen cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo.

Como puede apreciarse por la enumeración anterior, quedan excluidos los daños a la atmósfera, al

nacionales o lo están de manera que no se garantiza que se restaurará realmente la biodiversidad dañada” (cf. PIGRAU SOLÉ, Antoni, “La Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad ambiental”, en PIGRAU SOLÉ, Antoni (coord.), *Nuevas perspectivas de la responsabilidad por daños al medio ambiente*, Ed. Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2006, p. 17).

⁶² La expresión “servicio de recursos naturales” se refiere a las funciones que desempeña un recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público (art. 2.13 de la Directiva).

⁶³ ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 109.

⁶⁴ VAQUER ALOY, Antoni, “El concepto de daño en el Derecho Comunitario”, en LLAMAS POMBO (coord.), op. cit., p. 885.

⁶⁵ GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “La responsabilidad medioambiental en la Unión Europea: la Directiva 2004/35/CE”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 11, 2006, pp. 2 y s.

⁶⁶ Art. 2.1 de la Directiva.

⁶⁷ Las “especies y hábitats naturales protegidos”, según el art. 2.3 de la Directiva, incluyen: a) las especies mencionadas en el apartado 2 del artículo 4 o enumeradas en el Anexo I de la Directiva 79/409/CEE, o enumeradas en los Anexos II y IV de la Directiva 92/43/CEE; b) los hábitats de especies mencionadas en el apartado 2 del artículo 4 o enumeradas en el Anexo I de la Directiva 79/409/CEE o enumeradas en el Anexo II de la Directiva 92/43/CEE, y los hábitats naturales enumerados en el Anexo I de la Directiva 92/43/CEE y lugares de reproducción o zonas de descanso de las especies enumeradas en el Anexo IV de la Directiva 92/43/CEE; y c) en caso de que así lo determine un Estado miembro, cualesquiera hábitats o especies no enumerados en dichos anexos que el Estado miembro designe para fines equivalentes a los establecidos en esas dos Directivas.

⁶⁸ Por “aguas” se entienden todas las consideradas tales en la Directiva 2000/60/CE, que abarca las aguas superficiales continentales, las aguas de transición (definidas como “las masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce”), las aguas costeras y las aguas subterráneas.

parecer porque se interpreta que toda contaminación al aire acaba cayendo a tierra, o a las aguas⁶⁹. De hecho, la propia Directiva indica que “por daño medioambiental debe entenderse también los daños provocados por los elementos transportados por el aire siempre que causen daños a las aguas, al suelo o a especies y hábitats naturales protegidos”⁷⁰.

5. Excepciones al sistema

En lo referente a las *excepciones al sistema*, la Directiva no se aplicará a los daños medioambientales ni a las amenazas inminentes de tales daños provocados por⁷¹:

- un acto derivado de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección;
- un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible;
- un incidente con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los convenios internacionales vigentes en el Estado miembro de que se trate⁷²;
- actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, o cuya única finalidad sea la protección contra los desastres naturales;
- una contaminación de carácter difuso, cuando no sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos⁷³.

La Directiva tampoco se aplicará a los riesgos nucleares, ni a los daños medioambientales, ni a la amenaza inminente de tales daños, que pueda causar el desempeño de las actividades contempladas en el Tratado por el que se establece la Comunidad Europea de la Energía Atómica o un incidente o actividad con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los instrumentos internacionales enumerados en el Anexo V⁷⁴.

6. Costes de prevención y reparación

Como ya hemos adelantado, de conformidad con el principio de “quien contamina paga”, la regla general es que el operador sufragará los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras⁷⁵.

⁶⁹ MORENO MOLINA, op. cit., p. 299.

⁷⁰ Considerando 4 de la Directiva.

⁷¹ La enumeración está efectuada en el art. 4 de la Directiva.

⁷² Tales convenios, que la Directiva especifica en su Anexo IV, son: el Convenio internacional de 27 de noviembre de 1992 sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, el Convenio internacional de 27 de noviembre de 1992 de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización, de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, el Convenio Internacional de 23 de marzo de 2001 sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos para Combustible de los Buques, el Convenio Internacional de 3 de mayo de 1996 sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños en Relación con el Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas, y el Convenio de 10 de octubre de 1989 sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados Durante el Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera, por Ferrocarril y por Vías Navegables.

⁷³ Este supuesto adquiere mayor claridad si se lo relaciona con el considerando 13 de la Directiva, que sostiene: “No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales”.

⁷⁴ Tales instrumentos internacionales son: el Convenio de París de 29 de julio de 1960 acerca de la Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear y Convenio Complementario de Bruselas de 31 de enero de 1963, la Convención de Viena de 21 de mayo de 1963 sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, la Convención de 12 de septiembre de 1997 sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, el Protocolo Común de 21 de septiembre de 1988 relativo a la Aplicación de la Convención de Viena y del Convenio de París, y el Convenio de Bruselas de 17 de diciembre de 1971 relativo a la Responsabilidad Civil en la Esfera de Transporte Marítimo de Sustancias Nucleares.

⁷⁵ Art. 8.1 de la Directiva. Aparentemente nada hay de nuevo cuando se afirma que el causante del daño es responsable por su reparación, idea que nace con la máxima *neminem laedere* de los romanos; no obstante, el aspecto que diferencia el principio de quien contamina paga de la máxima de conducta que determina que a nadie se debe dañar, se encuentra básicamente en la destacada necesidad de prevención de los daños, reflexión

Para ello, la autoridad competente, entre otras cosas mediante el embargo de bienes inmuebles u otras garantías adecuadas, recuperará del operador que haya causado los daños o la amenaza inminente de esos daños, los costes que le hayan insumido la prevención o reparación⁷⁶.

La Directiva enumera, empero, ciertos casos en los que el operador podrá exonerarse de su responsabilidad financiera. Así, por ejemplo, pauta que no se exigirá a un operador que sufrague el coste de las acciones preventivas o reparadoras en caso de daños causados por un tercero (habiéndose producido a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas) o como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública⁷⁷.

De igual modo, habilita a los Estados miembros para que puedan prever la exoneración en las acciones reparadoras cuando se cumplan dos condiciones: en primer término, que se demuestre que no ha habido culpa o negligencia por parte del operador; y en segundo lugar, que el daño medioambiental ha sido causado por:

- una emisión o un hecho autorizados expresamente por la autoridad competente, y plenamente ajustados a las condiciones fijadas en dicha autorización, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias nacionales, o
- una emisión o actividad respecto de las cuales el operador demuestre que no se habían considerado potencialmente perjudiciales para el medio ambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad⁷⁸.

La Directiva permite entonces que los Estados excluyan la responsabilidad en dos supuestos: daños por actividades autorizadas y riesgos del desarrollo. El planteamiento es pro exclusión en aras de un sistema de responsabilidad subjetiva⁷⁹.

7. Funcionamiento como estándar mínimo

La Directiva “no constituirá obstáculo para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más rigurosas en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, incluida la determinación de otras actividades que hayan de someterse a los requisitos de prevención y reparación de la presente Directiva y la determinación de otros responsables”⁸⁰.

La particularidad de esta norma radica en que permite a los Estados miembros no aplicar la Directiva únicamente si las correspondientes medidas nacionales son más rigurosas; es decir, si aseguran un mayor nivel de protección del medio ambiente⁸¹.

8. Clases de medidas

Dos clases de acciones son las previstas por la Directiva para implementar el sistema de responsabilidad medioambiental que establece. Según su finalidad, tales acciones pueden ser preventivas o reparadoras.

A. Medidas preventivas

Las *medidas preventivas* son definidas como “toda medida adoptada en respuesta a un suceso, acto u omisión que haya supuesto una amenaza inminente de daño medioambiental, con objeto de impedir o reducir al máximo dicho daño”⁸². Tales medidas deben ser ejecutadas sin demora por el operador⁸³.

que no se puede evitar cuando se analiza el principio en cuestión; así como en el deber impuesto al agente de internalizar los costos de su actividad, apartándolos de la colectividad. Ver CATALAN, Marcos, *Proteção Constitucional do Meio Ambiente e seus Mecanismos de Tutela*, Ed. Método, São Paulo, 2008, p. 80 (la traducción es nuestra).

⁷⁶ Art. 8.2 de la Directiva. Sin embargo, la autoridad competente podrá decidir no recuperar los costes íntegros cuando los gastos necesarios para hacerlo sean superiores al importe recuperable, o cuando no pueda identificarse al operador.

⁷⁷ Art. 8.3 de la Directiva.

⁷⁸ Art. 8.4 de la Directiva.

⁷⁹ JORDANO FRAGA, Jesús, “La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: Análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental”, en GARCÍA URETA (coord.), op. cit., p. 83.

⁸⁰ Art. 16.1 de la Directiva.

⁸¹ PIROTTE, Charles, “El proceso de transposición de la Directiva 2004/35 en los Estados miembros”, en PIGRAU SOLÉ (coord.), op. cit., p. 33.

⁸² Art. 4.10 de la Directiva.

⁸³ Art. 5.1, *in fine*, de la Directiva.

En este punto, debemos señalar una vez más el valor de que la Directiva asuma el problema del daño *ex ante* y no *a posteriori*, lo que la erige como un instrumento de gestión dinámica de los daños y las amenazas de daños al medio ambiente⁸⁴.

Los Estados miembros están facultados para, por medio de sus autoridades competentes:

- exigir al operador que facilite información sobre toda amenaza inminente de daño medioambiental o cuando sospeche que va a producirse esa amenaza;
- exigir al operador que adopte las medidas preventivas necesarias;
- dar al operador instrucciones a las que deberá ajustarse sobre las medidas preventivas necesarias que deberá adoptar⁸⁵.

La autoridad competente podrá igualmente adoptar por sí misma las medidas, siempre que el operador incumpla su obligación preventiva, no pueda ser identificado o esté exento de sufragar los costes⁸⁶.

B. Medidas reparadoras

En materia de *reparación de los daños*, la Directiva establece que cuando se hayan producido daños medioambientales, el operador informará sin demora a la autoridad competente de todos los aspectos pertinentes de la situación y adoptará:

- todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente a los contaminantes de que se trate, con el objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios;
- las medidas reparadoras necesarias⁸⁷.

Tales medidas reparadoras deberán tener en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza, alcance y gravedad de cada caso de daño medioambiental, así como las posibilidades de recuperación natural y los riesgos para la salud humana⁸⁸.

La Directiva prioriza, con buen criterio, la *reparación en especie o in natura*⁸⁹. Esto ha sido establecido en los “objetivos de la reparación”, al distinguirse las finalidades según se trate de reparación primaria, reparación complementaria o reparación compensatoria.

La finalidad de la *reparación primaria* es restituir o aproximar los recursos naturales o servicios dañados a su estado básico⁹⁰. Pero si los recursos naturales o servicios dañados no se restituyen a su estado básico, se efectuarán reparaciones complementarias.

La finalidad de la *reparación complementaria* es proporcionar un nivel de recursos naturales o servicios – inclusive, si procede, en un paraje alternativo– similar al que se habría proporcionado si el paraje dañado se hubiera restituido a su estado básico. En la medida en que sea posible y adecuado, el paraje alternativo deberá estar vinculado geográficamente al paraje dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada.

Finalmente, la *reparación compensatoria* se efectuará con el fin de compensar la pérdida provisional de recursos naturales y servicios durante la recuperación. Esta reparación compensatoria consiste en aportar mejoras adicionales a las especies y hábitats naturales protegidos o a las aguas, ya sea en el paraje dañado o en un paraje alternativo, y no en compensar económicamente al público⁹¹.

⁸⁴ PIROTTE, Charles, “La Directive 2004/35/CE sur la prévention et la réparation des dommages environnementaux”, *L’Observateur de Bruxelles*, n° 61, 2005, p. 9.

⁸⁵ Art. 5.3 de la Directiva.

⁸⁶ MORENO TRUJILLO, op. cit., p. 480.

⁸⁷ Art. 6.1 de la Directiva.

⁸⁸ Art. 7.3, *in fine*, de la Directiva.

⁸⁹ CASTRONOVO, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 2006, p. 745; MORENO TRUJILLO, op. cit., p. 480.

⁹⁰ Esto es prioritario, pues debe siempre promoverse “la adopción de nuevas técnicas de neutralización y reparación del daño ambiental, que ponen énfasis particular en la recomposición del ambiente y en la reparación en especie cuando ella es posible y útil” (PIZARRO, Ramón Daniel, “Responsabilidad civil por daño ambiental”, en *Tutela Jurídica del Medio Ambiente*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, p. 284).

⁹¹ Anexo II de la Directiva, punto 1.1. Al determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias y compensatorias, la Directiva establece que se utilizarán criterios de equivalencia (Anexo II, punto 1.2.2). El objetivo último de los métodos de equivalencia es examinar los *trade offs* que existen entre la pérdida del recurso o servicio dañado, respecto de los recursos o servicios que se pueden ganar con la reparación. En otras palabras, los criterios de equivalencia consisten en un ejercicio de correspondencia entre métricas de pérdidas

Precisamente con relación a este último punto, hay que señalar que la Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños a la propiedad privada, ni a ningún tipo de pérdida económica, ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños. Conforme a esto, dispone inequívocamente que, “sin perjuicio de la legislación nacional pertinente, la presente Directiva no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos”.⁹² Este enfoque procede de la legislación estadounidense, que excluye que los particulares puedan reclamar por daños a los “recursos naturales” (§ 107.1.f de la Ley Integral de Respuesta, Compensación y Responsabilidad Medioambiental de los Estados Unidos de América [CERCLA])⁹³.

En los casos en que el operador no pueda ser identificado, no esté obligado a sufragar los costes o no ejecute las medidas reparadoras, éstas podrán ser adoptadas directamente por la autoridad competente como último recurso⁹⁴.

9. Pérdidas provisionales

Una de las novedades más interesantes introducidas por la Directiva es la obligación de compensar las *pérdidas provisionales*, que son las que resultan del hecho de que los recursos naturales o servicios dañados ya no pueden cumplir sus funciones ecológicas o prestar servicios a otros recursos naturales o al público hasta que el daño causado al medio ambiente no haya sido reparado⁹⁵.

La consagración del concepto de pérdidas provisionales permite tener en cuenta el factor *tiempo*, ya que la recuperación del estado inicial raramente puede lograrse en un breve plazo. Se amplía así el abanico de opciones previsibles, dado que gracias a la cobertura de las pérdidas provisionales, pueden adoptarse acciones de reparación cuyos efectos benéficos sólo se notarán a largo plazo, con costes reducidos⁹⁶.

10. Legitimación y procedimiento

La Directiva atribuye *legitimación* para solicitar a la autoridad competente las acciones preventivas o reparadoras, a toda persona física o jurídica que:

- a) se vea o pueda verse afectada por un daño medioambiental; o
- b) tenga un *interés suficiente* en la toma de decisiones de carácter medioambiental relativas al daño; o
- c) alegue la *vulneración de un derecho*, si así lo exige como requisito previo la legislación administrativa del Estado miembro⁹⁷.

Cualquier sujeto que acredite uno de los requisitos mencionados⁹⁸, podrá presentar a la autoridad competente observaciones sobre casos de daño ambiental o de amenaza inminente que obren en su conocimiento, y solicitarle que actúe en virtud de la Directiva. La autoridad interpelada deberá examinar dichas observaciones y la correspondiente solicitud de acción y, respetando el principio de la contradicción, tomar la decisión más oportuna.

Con este fin, se considerará suficiente, a efectos de lo dispuesto en el punto b), el interés de las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente. Se entenderá asimismo que dichas organizaciones tienen derechos que pueden ser vulnerados según lo pautado en la letra c). Es decir que la Directiva propugna una amplia legitimación a favor de las organizaciones ecologistas, lo cual nos parece un acierto, pues extiende la posibilidad de tutela efectiva del ambiente.

debido al daño y métricas de ganancia debido a la recuperación. La determinación de las medidas de reparación y criterios de equivalencia son, en términos generales, los mismos que establecen las regulaciones del *Natural Resource Damage Assessments* de la *National Oceanic and Atmospheric Administration* en Estados Unidos (15 CFR 990.53); MOGAS AMORÓS, Joan, “El criterio valor-valor en la Directiva 2004/35/CE: métodos de valoración de daños medioambientales”, en PIGRAU SOLÉ (coord.), op. cit., p. 50.

⁹² Art. 3.3 de la Directiva.

⁹³ *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*, 42 U.S.C. 9601 et seq. (1980). Ver RUDA GONZÁLEZ, Albert, “Las relaciones entre la responsabilidad ambiental conforme a la Directiva 2004/35/CE y la responsabilidad civil”, en PIGRAU SOLÉ (coord.), op. cit., p. 50.

⁹⁴ PIGRAU SOLÉ, op. cit., p. 18; BESALÚ PARKINSON, Aurora V. S., *Responsabilidad por daño ambiental*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 386.

⁹⁵ Anexo II de la Directiva, punto 1.d).

⁹⁶ GONZÁLEZ VAQUÉ, op. cit., p. 7.

⁹⁷ Art. 12.1 de la Directiva.

⁹⁸ Es importante aclarar que no se exigen los tres requisitos, sino sólo uno.

Cuando la autoridad competente reciba la solicitud de acción, exigirá que el operador adopte las medidas preventivas o reparadoras, pero –como hemos referido *supra*– en caso de éste no actuara, adoptará por sí misma las medidas necesarias y luego exigirá al operador el reintegro de los costes⁹⁹.

11. Informes sobre la implementación

Finalmente, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de informar a la Comisión sobre la experiencia adquirida en su aplicación, a más tardar el 30 de abril de 2013¹⁰⁰. Por su parte, la Comisión “presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo antes del 30 de abril de 2014, acompañado en su caso de las oportunas propuestas de modificación”¹⁰¹.

III. Conclusión

La directiva que hemos analizado pautó un interesante marco de referencia no sólo para la reparación sino para la evitación de los daños ambientales en la Unión Europea. En este sentido, la fijación de estándares mínimos, que han ido durante estos años transponiéndose al Derecho interno de los Estados, constituye –como dijimos al comienzo– un aporte sumamente valioso.

En manos de las autoridades competentes reposa ahora la efectividad del sistema pautado por la Directiva. De este modo, descansa en ellas no tanto la reparación, que es siempre lenta y costosa, sino fundamentalmente el logro de una real prevención de los daños, que permita conservar el ambiente para las generaciones venideras.

⁹⁹ IGLESIAS VÁZQUEZ, María del Ángel y MAUREEN WILLIAMS, Silvia, “Las políticas ambientales en la Unión Europea”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, tomo XXXIII - 2006, parte II, 2007, p. 334.

¹⁰⁰ Art. 18.1 de la Directiva.

¹⁰¹ Art. 18.2 de la Directiva.

REFERENCIAS

ABIDÍN, Catalina y LAPENTA, Eduardo Víctor, “Derecho Ambiental. Su consideración desde la Teoría General del Derecho”, *Cartapacio de Derecho*, disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/956/788>

AGUILERA RULL, Ariadna y AZAGRA MALO, Albert, “Transposición de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en Alemania y en España”, *InDret*, n° 3/2007, disponible en http://www.indret.com/pdf/458_es.pdf

ALVES, Wagner Antônio, *Princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2005, esp. pp. 44 y ss.

ARCOCHA, Carlos E. y ALLENDE RUBINO, Horacio L., *Tratado de Derecho Ambiental*, con la colaboración de Mariano H. NOVELLI, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2007.

BESALÚ PARKINSON, Aurora V. S., *Responsabilidad por daño ambiental*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

BOURG, Dominique y SCHLEGEL, Jean-Louis, *Anticiparse a los riesgos. El principio de precaución*, Ed. Ariel, Barcelona, 2004.

BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2005.

BRUNO DE FAVOT, Adriana L., “El Derecho de Daños en el nuevo milenio”, *Revista de Derecho Ambiental*, n° 11, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 67 y ss.

CAFFERATTA, Néstor A., “Responsabilidad Civil por Daño Ambiental”, en TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo IV, pp. 650 y ss.

CASTRONOVO, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 2006.

CATALAN, Marcos, *Proteção Constitucional do Meio Ambiente e seus Mecanismos de Tutela*, Ed. Método, São Paulo, 2008.

CIERCO SEIRA, César, “El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español”, *Revista de Administración Pública*, n° 163, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 73 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aspectos jusfilosóficos del Derecho Ecológico”, *Investigación y Docencia*, n° 20, 1992, pp. 9 y ss.

DE SADELEER, Nicolas, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (coord.), *Estudios de Derecho Ambiental Europeo*, Ed. LETE Argitaletxea, Pamplona, 2006, pp. 269 y ss.

DE SADELEER, Nicolas, *Implementing the Precautionary Principle*, Ed. Earthscan, London, 2007.

ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “Daño ambiental colectivo e individual”, *La Ley*, tomo 2007-A, pp. 877 y ss.

GUÉGAN, Anne, “L’apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile”, *Revue juridique de l’environnement*, n° 2, 2000, pp. 147 y ss.

LLAMAS POMBO, Eugenio, “La tutela inhibitoria del daño (La otra manifestación del Derecho de Daños)”, *Responsabilidad Civil y Seguros*, tomo 2002, pp. 181 y ss.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 65 y ss.

MICCICHÉ, Rosanna, “Nuova direttiva europea in materia di responsabilità ambientale”, *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, n° 5, 2003, pp. 917 y ss.

NICOLAU, Noemí Lidia, “Panorama de la responsabilidad civil en el Derecho occidental: retrospectiva y tendencias”, en ALTERINI, Atilio Anibal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dir.), *La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 45 y ss.

NOVELLI, Mariano H., “Protocolo Adicional al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur en materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales”, *Anales de Legislación Argentina*, tomo LXIV-E, p. 6607.

NOVELLI, Mariano H., LATTARI LUQUE, Jéscica y PERUGINI, Joana Sol, “Los daños punitivos en la complejidad del mundo jurídico”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.), *Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2007, pp. 157 y ss.

PEÑA CHACÓN, Mario, “La nueva directiva comunitaria sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales y su relación con los regímenes latinoamericanos de responsabilidad ambiental”, *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n° 12-13, 2005, disponible en <http://www.cica.es/aliens/gimadus/12-13/responsabilidad.htm>

PIZARRO, Ramón Daniel, “Responsabilidad civil por daño ambiental”, en *Tutela Jurídica del Medio Ambiente*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008.

PLAZA MARTÍN, Carmen, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

RÉMOND-GOUILLOUD, Martine, “Le risque de l’incertain: la responsabilité face aux avancées de la science”, *La vie des sciences*, tomo 10, n° 4, 1993, pp. 341 y ss.

SUNSTEIN, Cass R., *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice, *Les effets de la responsabilité* (sección *Les obligations* del *Traité de Droit Civil* dirigido por Jacques Ghestin), 2ª ed., Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001.

DA PROTEÇÃO AO AMBIENTE DO TRABALHO: OS NOVOS MARCOS DEFINIDORES DO RISCO NO TRABALHO

Lourival José de Oliveira
Lina Andréia Santarosa Mussi

RESUMO

O meio ambiente do trabalho deve ser entendido como um bem público. Deste entendimento deriva uma compreensão diferente no que se refere principalmente à sua proteção. A aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, seja qual for a hipótese, encontra-se em descompasso com os valores erigidos constitucionalmente. A nova realidade empresarial, os novos modelos gerenciais, a nova dinâmica imposta no cotidiano do trabalho fez nascer características próprias no trabalhador, conhecidas no seu conjunto como sendo um novo subjetivismo, marcado pelo individualismo exacerbado principalmente. No mesmo passo surgiu a necessidade de compreender os riscos inerentes a este novo ambiente de trabalho, os quais devem ser mensurados de maneira a apreendê-los sem o rigorismo empírico manifesto na maioria das hipóteses. Ou seja, por exemplo, nexos de causalidade deixaram de ser algo a ser necessariamente demonstrado, partindo-se do pressuposto que o ambiente de trabalho pode ser compreendido como um estado permanente de risco. A reparação do dano já ocorrido vem em desacordo com as proteções contidas no texto constitucional, valendo citar de forma expressa os artigos 1º e 170 principalmente. Nasce a necessidade de desenvolver as formas preventivas, ou seja, instrumentos que possam evitar a eclosão do dano, considerando este procedimento como o efetivamente legitimado constitucionalmente. Os marcos definidores do risco empresarial, as formas de sua apuração, o entendimento sobre a proteção a ser construída em torno do valor trabalho humano precisam sofrer grandes mudanças, sob pena de continuar em descompasso com a nova dinâmica empresarial, trazendo por consequência prejuízos irreversíveis ao ambiente do trabalho.

Palavras-chave: *ambiente de trabalho, reestruturação produtiva, risco no trabalho, dignidade no trabalho.*

PROTECTION OF THE ENVIRONMENT AT WORK: NEW LANDMARKS DEFINING THE RISK IN THE WORKPLACE

ABSTRACT

The work environment must be understood as a public good. This understanding derives from a different understanding with regard mainly to their protection. The application of the theory of subjective responsibility, whatever the circumstances, is at odds with the values constitutionally erected. The new business reality, the new management models, the new dynamics imposed in daily work gave rise in worker characteristics, known as a whole as a new subjectivity, mainly marked by exacerbated individualism. At the same time there was a need to understand the risks inherent in this new work environment, which should be measured in order to apprehend them without clear empirical rigor in most cases. That is, for example, causation is no longer necessarily something to be shown, starting from the assumption that the work environment can be understood as a permanent state of risk. The repair of the damage has already occurred in violation of the protections contained in the constitutional text, worth mentioning explicitly Articles 1 and 170 mainly. There was a growing need to develop preventive forms, or instruments that may prevent the outbreak of the damage, considering this procedure as the constitutionally legitimate effectively. The landmarks that define the business risk, the ways of its calculation, the understanding of the protection to be built around the value of human labor must undergo major changes, failing to keep in step with the new business dynamics, consequently bringing irreversible damage to the work environment.

Key-words: *work environment, productive restructuring, risk at work, dignity at work.*

SUMÁRIO

01. Introdução; 02- O meio ambiente do trabalho de acordo com a Constituição Federal; 03- Uma nova compreensão do ambiente do trabalho e seus riscos; 04- Da dificuldade de apreensão do dano no novo ambiente de trabalho; 05- Da presunção do resultado danoso, partindo-se da constituição do ambiente de trabalho segundo o princípio da valorização do trabalho humano; 06- Conclusão; referências.

01. Introdução

O emprego de novas técnicas objetivando o desenvolvimento econômico por um baixo custo, a extração de matéria prima de forma ilimitada, as exigências por diversidade de produtos, a mundialização da produção e sua desterritorialidade são características presentes no capitalismo dos dias de hoje, que acabam por contribuir com a construção de uma nova dinâmica empresarial.

As mudanças constantes na forma como o homem interage com a natureza produzem um ambiente de trabalho dotado de necessidades, que para satisfazê-las, promove rápidas mutações no mesmo ambiente, tornando-se assim difícil apreender os elementos que o compõe, por conta da própria dinâmica que nele se encontra.

O crescimento produtivo sem limites e a intensificação dos meios de produção são os objetivos centrais desse modo de produção, ao ponto desta mesma regra ser apresentada como uma questão natural (CASTORIADIS, 1976, p. 157-158). De forma contraposta, Marx entende que o desenvolvimento do capitalismo trata-se de uma permanente acumulação, que leva à ampliação dos meios de produção com a conseqüente deterioração das condições de vida. Portanto uma produção social.

O resultado deterioração das condições de vida pode ser o principal apelo, também ecológico, para que se modifique o sistema ou a forma de produzir, abandonando a idéia de que o desenvolvimento e a forma consumerista adotadas por parte da sociedade se constituam em algo natural. O modo de produzir e a forma de ser entendido o desenvolvimento são produtos sociais. O meio ambiente do trabalho, da forma como vem sendo constituído, responde em boa parte por sua reprodução, que também é um produto social, na medida em que cria um subjetivismo que não atende alguns princípios norteadores do desenvolvimento social, como é o caso da solidariedade social, da construção do coletivo e da evolução da própria democracia.

Neste momento, primeira parte século XXI, o capitalismo chegou a uma etapa de crescimento chamada de globalização, tendo como característica principal os processos de mundialização da economia com a reestruturação da forma de produzir, fazendo com que se questione como se encontram as atividades empresariais sob o enfoque do ambiente de trabalho que está sendo criado a partir destas transformações. É comum ouvir dizer que a globalização já pode ser encontrada na antiguidade. Não é possível aceitar referida afirmativa, considerando que a tecnologia hoje existente faz com que o atual modo de produção não possua nenhum modelo precedente.

Constata-se com este novo modo de produzir uma contínua e ilimitada precarização das relações de trabalho, promovidas por contínuas modificações que estão se operando na própria forma de produzir, causando, em algumas localidades, não somente o crescimento do número de acidentes de trabalho, como também distúrbios mentais cujos estudos apontam como causa principal o meio ambiente do trabalho. São situações que levam à fragmentações do coletivo e o surgimento de novas patologias que carecem de uma identificação mais precisa, mas cujo resultados estão cada vez mais incorporados ao cotidiano social, tornando-se desafios para várias áreas do conhecimento.

Para o direito, desponta-se a tarefa árdua de promover mecanismos capazes de prevenir, proteger a vida humana, de tal maneira a evitar que as conseqüências desastrosas aconteçam. A reparação do dano não é suficiente, na medida em que o meio ambiente é classificado como um bem público e sua proteção algo que é imposto pelos próprios princípios que fundamentam a República Federativa do Brasil, incluindo-se neste contexto o meio ambiente do trabalho. Desta forma, aponta-se a necessidade de prevenir a ocorrência do dano, não deixando que ele aconteça, o que significa a adoção de medidas inibidoras do acontecimento danoso.

Por outro lado, a responsabilidade do empregador em relação aos seus empregados é estudada a partir do dano, que se encontra tipificado principalmente no artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal, que abrange o seguro contra acidente de trabalho, que na verdade trata-se de um seguro previdenciário, envolvendo uma responsabilidade objetiva, o que não requer os elementos dolo e culpa para que o empregado receba o benefício previdenciário diante do resultado danoso.

No mesmo dispositivo citado encontra-se também a responsabilidade subjetiva do empregador por danos produzidos aos seus empregados por sua culpa e ou dolo, surgindo contra si o dever de indenizar. Novamente requer-se o resultado dano para que se consiga alguma reparação.

Ocorre que as transformações ocorridas no modo de produzir ou em face da reestruturação produtiva fez tornar difícil pensar em responsabilidade pelos riscos empresariais, partindo-se da compreensão que sempre é possível identificar agentes causadores de danos ou mesmo atividades consideradas perigosas ou insalubres, suficientes para impor, tanto no que se refere ao seguro previdenciário ou ao pagamento em forma indenizada, alguma contrapartida para o empregado que sofreu prejuízos manifestos em sua incolumidade física ou psíquica.

As novas situações originadas de uma ordem produtiva em constante e contínua transformação, dotada de uma dinâmica imensurável, com procedimentos diferentes de produção a cada momento, que muitas

vezes implicam em acúmulo de funções sobre o mesmo empregado ou em uma nova velocidade a ser empregada no desempenho de determinadas atividades, considerando uma produção fragmentada e mundializada, acaba criando um ambiente de trabalho em rápida mutação, impedindo que se dimensione os agentes que se encontram incidindo sobre o trabalhador, de forma a tornar frágil a compreensão das causas ou dos fatos geradores que motivam prejuízos para eles.

Considera-se que os agentes de transformação do meio ambiente do trabalho, em sua dinâmica imensurável, faz com que se tornem ultrapassadas as matrizes que a legislação de proteção à saúde do trabalhador adota para estabelecer formas de compensação para os que sofreram as conseqüências desastrosas, especialmente a equação causa e efeito danoso.

O que se pretende neste artigo é pensar o desenvolvimento capitalista, partindo-se do estudo da reestruturação produtiva e os reflexos ou conseqüências que estas transformações produziram no relacionamento humano e em especial no ambiente de trabalho, constituindo ou criando por assim dizer uma diferente subjetividade para aquele que está trabalhando, delimitadas por novas práticas de gerenciamento e de organização da produção, de maneira a poder identificar as patologias provenientes do trabalho como um estado permanente, contidas na nova maneira de produzir.

A relação de trabalho está sendo reordenada a todo instante e com esta nova ordem que se transforma constantemente vai dando origem a novos padrões de sociabilidade. A questão é saber se a partir desses novos padrões é possível estabelecer outros procedimentos de se averiguar, identificar e impedir que sejam gerados ou maximizados os riscos no ambiente de trabalho. Ao mesmo tempo procurar estabelecer a necessidade de aprofundamento no sentido de identificar novos critérios para constatação dos riscos produzidos por esta rápida mutação.

02. O meio ambiente do trabalho de acordo com a Constituição Federal

Pensar no ambiente de trabalho sofrendo agressões é algo que se tornou mais difícil a partir do momento que se construiu diversos ambientes de trabalho, de forma simultânea, no mesmo chão de fábrica, considerando a diversidade de ambientes plasmados por processos produtivos que se inter-relacionam de forma contínua.

Constitucionalmente, a livre iniciativa (artigo 170, IV da C.F.) está associada diretamente a outros princípios, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho humano (artigo 1º, III e IV da C.F.), que impõe certos limites ao próprio desenvolvimento econômico, o que significa estabelecer um ambiente de trabalho que esteja em sintonia com a concretização destes mesmos princípios.

Sendo assim, é possível afirmar que a Constituição Federal prevê aquilo que deve ser concebido como ambiente de trabalho. Pensando de forma inversa, também é possível estabelecer aquilo que não pode estar contido no ambiente de trabalho. A título de exemplo, independentemente da legislação infra constitucional, que em grande parte encontra-se na Consolidação das Leis do Trabalho, é possível desenhar o ambiente de trabalho afirmando que ele não pode conter agentes insalubres, perigosos, trabalho em jornadas extenuantes, que gerem riscos de vida em geral, que contenha ruídos excessivos dentre outros.

A existência de um ambiente com um quadro que apresente no seu todo ou parte dos elementos acima descritos, como já foi dito, independentemente de uma legislação ordinária, já é suficiente para concluir que o ambiente de trabalho ali construído está em desacordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o princípio da valorização do trabalho ou com o princípio da primariedade na proteção do trabalho humano.

São questões simples de serem tratadas quando o estudo repousa sobre elementos aqui chamados de determináveis – concretos – ou com possibilidades de detecção.

Inclusive, uma questão que se coloca é a equação utilizada pela legislação pátria quando, em especial na forma preconizada nos artigos 190 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, são encontrados agentes que, em virtude do seu potencial destrutivo, acaba impondo ao empregador o pagamento de um valor monetário adicional à remuneração do empregado, como forma de compensá-lo pelos danos sofridos.

Está aqui se referindo aos adicionais de insalubridade e periculosidade, que estão longe de impor ao empregador investimentos suficientes capazes de produzir melhorias no ambiente, em considerando os valores diminutos que estes adicionais são pagos.

Talvez esta forma de “monetização” do risco, que em princípio sustenta-se pelo contido no artigo 7º, inciso XXIII da carta magna, não seja a melhor maneira de interpretar a Constituição Federal, considerando que a proteção ao trabalho humano, insculpido no artigo 1º, inciso IV do mesmo diploma, quer dizer impedir que o

trabalhador sofra as conseqüências de um ambiente de trabalho prejudicial. Em outras palavras, evitar que se produza o dano.

Deve-se obrigatoriamente eliminar os riscos do ambiente de trabalho, e, só na hipótese de se atestar que esses riscos não tem como ser eliminados, diga-se, após promover mudanças nos procedimentos de produção, na forma de gerenciamento empresarial, que podem até reduzir a própria produção, é que passa-se para a segunda fase (por assim dizer), que é o pagamento ao empregado pelos danos sofridos de um ambiente que não teve como ser modificado.

É muito importante trabalhar com esta diferente percepção de construção do ambiente de trabalho, que deve ser de acordo com os paradigmas constitucionais, que impõe a construção de um ambiente de trabalho livre de qualquer forma agressiva contra aqueles que diretamente ou indiretamente se relacionam com ele, por constituir-se em um bem público, cuja proteção envolve não somente os trabalhadores daquela determinada empresa, mas da sociedade como um todo.

Outra questão que também merece aqui ser refletida é quanto a aplicabilidade da teoria do risco empresarial em situações que envolvem principalmente o acidente do trabalho e ou doenças acidentárias.

Sabe-se que a regra geral neste tocante é a aplicação da teoria subjetiva (artigo 7º, inciso XXVIII da C.F.) em se tratando de responsabilidade do empregador, muito embora venha sendo aceita por alguns tribunais pátrios a teoria do risco empresarial, que pressupõe que para aquela atividade empresarial, que no seu cotidiano, implique em risco para os trabalhadores, conforme contido em especial no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, deva ser aplicada a teoria do risco empresarial, que independe do dolo ou da culpa do empregador para que contra ele se imponha o dever de reparação. Trata-se do que Dallegrave Neto chama de risco criado, implicando na responsabilidade objetiva do empregador (DALEGRAVE NETO, 2010).

Defende-se que a proteção ao meio ambiente do trabalho, que se encontra contido no conceito de meio ambiente em geral, na forma como se encontra no artigo 225, parágrafo 3º da Constituição Federal, estabelece a aplicação da responsabilidade objetiva, quando se trata de responsabilizar os causadores do dano a este bem. Em relação direta com o dispositivo citado, vale mencionar o artigo 200, inciso VIII da mesma carta, que impõe como obrigação ao sistema único de saúde, o que quer dizer obrigação ao poder público, a proteção ao meio ambiente, compreendido o do trabalho.

Finalizando, partindo-se desta interpretação que prima pela forma sistêmica, não resta dúvida que se aplica a teoria objetiva quando ocorrem danos ao meio ambiente, por considerar a sua própria natureza jurídica de bem público, incluindo-se aqui o meio ambiente do trabalho, independentemente daquilo que se encontra no próprio texto constitucional (artigo 7º XXVIII da C.F.), uma vez que deve-se buscar uma forma integrativa de interpretar os preceitos constitucionais, e, no caso, quanto se trata de danos decorrentes do meio ambiente do trabalho, por certo, a sua posição de bem público ou de proteção pública afasta qualquer outra discussão capaz de reduzir o seu valor constitucionalmente estabelecido.

Deve-se aqui destacar que não se está tratando de uma relação privada que envolve em particular o contrato de trabalho. Quando se refere ao meio ambiente do trabalho está se protegendo o homem, impedindo que ele seja submetido a qualquer forma de degradação.

Dentro do princípio da unidade constitucional, buscando eliminar a existência de antinomias dentro da própria constituição, tem-se que o princípio constitucional de proteção ao trabalho humano, que neste caso trata-se de uma proteção ilimitada, por conta que é a proteção da própria vida, que deve impor ao empregador em especial, uma conduta de preservação e de melhoria do meio ambiente do trabalho como a condicionante principal para o próprio desenvolvimento da sua atividade (artigo 170 da C.F. – primado do trabalho humano).

A imposição da teoria da responsabilidade subjetiva, quando se tratar de proteção ao ambiente de trabalho constitui-se em uma restrição a proteções constitucionais, que não devem sofrer limitações, mesmo em se tratando de outros dispositivos que se acham incursos no próprio texto constitucional. Sendo assim, o disposto no artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal não está em desacordo com o contido nos demais dispositivos constitucionais (artigo 1º, 170, 193 todos da C.F.). O que ocorre é que ele não se aplica quando se tratar da proteção ao meio ambiente do trabalho no que se refere à imposição da teoria da responsabilidade subjetiva..

Ocorre que a questão levantada neste estudo não se prende em apurar o dano para que se aplique a sanção. O presente estudo prende-se a considerar o ambiente de trabalho no contexto da dinâmica imprimida pela reestruturação produtiva e na pretensão de se evitar a ocorrência do dano, considerando que a proteção ao trabalho humano não se vincula a indenizar a vítima do dano, mas como já dito, evitar que o dano ocorra.

Para tanto, apela-se para a necessidade de um maior esforço no sentido de atualizar e avançar no plano das tutelas coletivas preventivas, a fim de que se tornem capazes de efetivamente produzir mecanismos de controle administrativo e judicial sobre o meio ambiente do trabalho. Ao mesmo tempo, construir raciocínios lógicos que possam dar conta da identificação e ou constatação da nocividade que está contida no ambiente de

trabalho, o que demanda uma mudança no próprio entendimento sobre questões como: o ônus da prova para fins de concessão de tutela de urgência, considerando a rapidez de mutação que hoje acontecem na maioria dos ambientes de trabalho, o vínculo que deve existir entre o agente causador e o resultado e as práticas empresariais, quando não aplicadas na prevenção do dano.

Passa-se agora, vencida esta etapa, a estudar o que deve ser compreendido por risco no ambiente de trabalho, partindo-se das novas realidades encontradas ou produzidas pelas relações de trabalho.

03. Uma nova compreensão do ambiente de trabalho e seus riscos.

As políticas internas de organização empresarial definem o ambiente de trabalho, incluindo-se o seu grau de nocividade. A adoção de novos equipamentos, a política de valorização dos trabalhadores, as mudanças nas práticas gerenciais irão construir subjetividades. Um meio ambiente do trabalho se tornará mais solidário ou mais individualista, de acordo com a política interna de organização empresarial. E esta construção interage com toda a sociedade.

O sociólogo Nardi, tratando sobre o tema subjetivação através do trabalho, apresenta algumas considerações importantes sobre a construção do meio ambiente laboral. Segundo o pesquisador, modo de subjetivação já foi estudado pelo filósofo Foucault, tratando-se de uma forma, que é a forma predominante, de sermos conduzidos a nos tornarmos sujeitos dos nossos atos pela incitação, imposição ou convencimento com relação a valores e ou verdades dominantes em determinado tempo e em um certo contexto (NARDI, 2006).

O mesmo autor faz uma série de colocações à chamada ética empresarial, a qual é baseada principalmente na competição ou competitividade empresarial. Partindo desta premissa, tem-se a transferência desta ética para o meio ambiente do trabalho, fazendo com que se criem novos comportamentos entre os trabalhadores, que acabam se impregnando deste mesmo valor (competitividade), gerando por assim dizer um individualismo que acaba se arraigando nas diferentes esferas de poder dentro da própria empresa.

O cotidiano do trabalho se transforma por variadas formas de violência, partindo-se da competitividade desmesurada que se instala. A violência dos ritmos acelerados da produção, a necessidade rápida do domínio de novas técnicas para o trabalhador não ser considerado desqualificado, o medo de adoecer e acabar refletindo em sua produtividade, a preocupação de não atingir as metas previamente dispostas são conseqüências produzidas a partir da instalação de uma forma de gerenciamento construído sobre o paradigma da competitividade.

Todas estas manifestações acabam por sua vez produzindo outras conseqüências mais devastadoras ao ambiente de trabalho, cuja referência já foi feita neste estudo. Trata-se do isolamento dos que estão integrados no mesmo ambiente de trabalho e no rompimento de laços afetivos entre os que estão incumbidos da realização de trabalho na mesma empresa. A insuficiência de informações sobre o futuro empresarial não permite que o conjunto de trabalhadores saiba dos projetos empresariais para o futuro, tornando-os mais vulneráveis às regras de mercado, que impõe a individualidade.

Com base nas colocações aqui feitas, pode ser explicada em parte a degradação do movimento sindical ou das organizações de trabalhadores no mundo, produto do próprio ambiente de trabalho, produzido pelas novas técnicas de gerenciamento empresarial, que quebram com as formas de “resistências coletivas”.

No mesmo sentido, a falta de regulamentação de alguns dispositivos constitucionais, como é o caso da participação dos trabalhadores na administração ou gestão da empresa (artigo 7º, XI da C.F.) também contribuem ou é o próprio resultado da nova dinâmica empregada nas relações empresariais, que acaba por destruir parte das iniciativas de conjugação de esforços em defesa de objetivos comuns dentro do mundo do trabalho.

É forte a influência das grandes empresas multinacionais sobre as empresas locais no que se refere à forma de gerenciamento. Construiu-se nos últimos anos, no plano internacional, um conjunto de princípios que fazem parte da chamada reestruturação produtiva, sob a justificativa de atender-se às necessidades do mercado internacional. Um ponto importante a ser tratado é quanto aos verdadeiros princípios gerenciais, que possuem como o objetivo único o de aumentar a competitividade, alcançando diretamente os futuros trabalhadores (aqueles que se encontram imersos em programas de formação profissional), voltados diretamente para a satisfação empresarial, desconsiderando o próprio talento do trabalhador.

Como prova do acima afirmado, basta pensar na maneira como estão sendo estruturados os cursos de formação profissional, onde os estudantes em formação já estão impregnados de práticas que interagem com as práticas empresariais. Isto significa que a reestruturação produtiva alcança toda a sociedade, em maior ou menor grau, de acordo com a localização geográfica, o nível de desenvolvimento empresarial e a posição que o ser humano encontra-se nesta mesma sociedade.

Trata-se do processo de reestruturação produtiva exteriorizando regras de convivência, produzindo

programas de ensino que satisfaçam as suas necessidades de produção e não as necessidades sociais.

Outra questão importante de ser analisada é o próprio conceito de flexibilização, que em um primeiro momento apresenta-se inserida apenas no contexto das relações de emprego, daqueles que se encontram empregados, defendendo-se mudanças em especial na legislação protetiva dos direitos sociais, como forma de atender às demandas surgidas no contexto do mundo do trabalho (transnacionalidade).

Ocorre que o conceito de flexibilizar ou o princípio da flexibilização, construído segundo a ideologia empresarial da competitividade, impõe de forma geral a mudança dos comportamentos individuais. O ser flexível passa ser uma condicionante para a vida, o que significa a necessidade de ser adaptável, que por sua vez requer do ser humano a aptidão para as mudanças constantes de objetivos, podendo produzir a desvalorização das experiências passadas e a transformação rápida dos seus próprios princípios.

Os resultados aqui apresentados acabam construindo no meio ambiente empresarial um comportamento ético que se sintoniza com o comportamento do mundo empresarial em um contexto globalizante. Um resultado que chama a atenção por seu poder de destruição é a chamada síndrome da insensibilidade (ROCHA, 2000, p. 256).

Segundo pesquisas feitas, trata-se da insensibilidade com que o profissional (no caso examinado foram os profissionais analistas de sistema) torna-se perfeccionista, exageradamente crítico, metódico, indiferente com amigos e familiares, com grandes dificuldades em lidar com as emoções.

A polivalência do trabalhador, enquanto produto do novo meio ambiente do trabalho e requisito de empregabilidade, interfere na formação do subjetivismo na medida em que o trabalhador acaba perdendo sua identidade enquanto profissional. Suas habilidades principais, adquiridas através de uma formação profissional composta por experiências, acabam sendo ficando em um segundo plano, na medida em que no contexto de sua atividade profissional é obrigado a desenvolver novas competências que se colocam também em grau de primariedade.

O resultado é um acúmulo maior de esforços com o intuito de vencer as dificuldades impostas. O desenvolvimento necessário de competências não vinculadas à área de sua formação profissional, o que pode resultar em desestímulo ao próprio trabalho.

São as mudanças que ocorrem por força da própria dinâmica da vida representadas pela obrigação rápida e permanente imposta aos trabalhadores no sentido de terem que adquirir novas competências em grau de primariedade, sem a possibilidade de ser recusada por parte do mesmo trabalhador que no caso de não aceitação, seria compreendido como fracasso, é que são as grandes responsáveis por uma variedade de doenças profissionais, ainda não identificadas como doenças provenientes do trabalho.

Observa-se neste quadro a necessidade de compreender os riscos e os danos que se encontram contidos no ambiente de trabalho, partindo-se de um novo estudo, que requer o aprofundamento da análise do contexto que compõe este mesmo ambiente, levando-se em conta em especial a posição ocupada pelo trabalhador e naquilo que ele está sendo transformado.

Portanto, a primeira mudança que se impõe ao pesquisador do ambiente de trabalho é tê-lo no seu conjunto, no seu todo, compreendendo-o enquanto pertencente a um cotidiano e não mais dotado de elementos isolados ao ponto de dispô-los como geradores deste ou daquele dano.

04. Da dificuldade de apreensão do dano no novo ambiente de trabalho.

Os especialistas do assunto, cabendo citar Silvia Jardim e Débora Glina, já elaboraram estudos no sentido de buscar diagnosticar e reconhecer as doenças surgidas a partir deste novo ambiente do trabalho, causadas em especial dos intermináveis e constantes processos de reestruturação produtiva, que em parte já foi devidamente explicado no decorrer deste trabalho (JARDIM e GLINA, 2000).

A depressão enquanto estado psíquico vem sendo trabalhada como o grande mal do século XXI e tem em grande parte para a sua formação, o contexto encontrado no ambiente de trabalho, muito embora muitas vezes esteja sendo tratada como um caso clínico individual, desprovido de um estudo que alerte para uma situação social que se formou a partir de processos que precarizaram as relações de trabalho.

Segundo Elizabeth Roudinesco, a sociedade atual se caracteriza como uma sociedade depressiva e esta depressão não é uma doença e sim um estado (ROUDINESCO, 2000). A mesma autora aponta algumas situações importantes de serem apreciadas, que podem levar o trabalhador a um estado de depressão.

Vale aqui serem citadas: quando o trabalhador observa que suas especializações estão sendo superadas pelo avanço tecnológico; trabalhadores que são constantemente mudados de setor, acabando por se sentirem desqualificados; ou, quando se sentem vítimas de assédio moral sem possibilidade de defenderem-se.

Inclusive, em relação ao assédio moral especificamente, é comum atualmente identificar ações

judiciais com resultados positivos, onde a empresa foi condenada a pagar indenização, por conta de condutas que resultaram em humilhação, desvalorização e discriminação no ambiente de trabalho.

Acontece que todos esses resultados desastrosos produzidos no ambiente de trabalho acabam sendo explicados na medida em que se aprofunda a observação sobre a qualidade das relações interpessoais que ocorrem no ambiente de trabalho. Em outras palavras, conforme já foi mencionado neste artigo, a competição instaurada entre as empresas pela conquista de um mercado que é global, produzindo uma acirrada competição também dentro da empresa entre os trabalhadores, destruindo a possibilidade de haver relações sadias entre os próprios trabalhadores.

Não está sendo levado em conta o meio ambiente e sim situações que ainda que coletivas, são destacadas do meio ambiente, como se dele não fossem resultantes. Apreende-se a parte e não o todo, devendo o meio ambiente do trabalho ser entendido como um bem público de proteção pública.

É grande o rol de decisões judiciais que apresentam situações, como por exemplo, a dos vendedores, que por não terem atingido metas, acabam por ser publicamente menosprezados. Analisa-se o caso individual e não o ambiente em que se encontram inseridos.

DANO MORAL - VENDEDOR QUE NÃO ATINGE METAS - SUBMISSÃO A SITUAÇÃO VEXATÓRIA NO AMBIENTE DE TRABALHO. Demonstrando a prova testemunhal que o empregado - vendedor - quando não atingia as impostas metas de venda, era obrigado a usar um chapéu cônico, contendo a expressão "burro", durante reuniões, na frente de todos - vendedores, gerente, supervisores - oportunidade em que era alvo de risadas e chacotas, indubitáveis o vexame e a humilhação, com conotação punitiva. O aborrecimento, por certo, atinge a saúde psicológica do empregado e, estando sujeito a tal ridículo e aflição, por óbvio estava comprometido em seu bem estar emocional. Tal procedimento afronta diretamente a honra e a dignidade da pessoa, bens resguardados pela Carta Maior. Iniciativas absurdas e inexplicáveis como esta têm que ser combatidas com veemência, condenando o empregador ao pagamento de indenização por dano moral (TRT 9ª Reg, Ac. 2ª T., DJ 20.09.02, RO nº 1796/2002, Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther).

Na maioria das decisões estudadas, que trataram sobre o mesmo tema, tem-se, quando demonstrada a causa e a consequência, a condenação da empresa por dano coletivo ou individual, sendo que somente neste último caso algum valor reverte-se para o empregado. Más e quando o dano ainda não eclodiu de forma a ser denunciado perante as autoridades competentes?

Constata-se também que os processos judiciais que dão cabo destes julgamentos se restringem aos fatos ou atos danosos produzidos pelos empregadores ou seus prepostos. São compreendidos como situações excepcionais, anômalas, combatendo apenas aquela determinada situação, fazendo um recorte, isolando assim a prática apontada como causadora do dano e ao mesmo tempo não trazendo à baila o ambiente de trabalho onde estava imersa aquela prática.

Em outras palavras, quando se torna possível provar a causa, dano e nexos de causalidade, e, demonstrado o dolo ou a culpa do empregador, o que não é freqüente, o que se pune é aquele fato ou ato, aquela situação, desmerecendo o contexto em que ela se deu e que faz parte da rotina daquele ambiente competitivo. O contexto (ambiente de trabalho) é como se não existisse.

Não está restando possível, mesmo em ações coletivas promovidas pelo Ministério Público do Trabalho, como é o caso das Ações Cíveis Públicas, a possibilidade jurídica de questionar a deterioração existente naquele determinado ambiente de trabalho, produzida pela precarização das relações de trabalho, de maneira a considerar as formas como se encontram os relacionamentos entre os trabalhadores. Nas ações judiciais não há a identificação prévia do grau de fragilidade construído naquele ambiente determinado, não propiciando a prevenção contra a produção de resultados mais danosos do que os existentes ou o combate através de tutelas antecipatórias, no sentido de não deixar ocorrer o dano propriamente.

Pune-se a empresa, coletivamente ou individualmente por aquela determinada situação, e, o ambiente de trabalho continua da mesma maneira, com potencial de continuar produzindo resultados desastrosos a outros trabalhadores.

Este é o objeto principal deste estudo. Ou seja, como considerar os riscos na relação de trabalho partindo-se do pressuposto que o ambiente de trabalho encontra-se deteriorado, produzindo potencialmente o perigo de dano ou que o dano está sendo muitas vezes produzido sem ser exteriorizado em forma de resultados mensuráveis e aquilatáveis judicialmente. Ou então, que o ambiente de trabalho se transformou em um estado e não em uma anomalia temporária e individualizada, no que se refere à produção de doenças provenientes do trabalho.

O ambiente de trabalho, criado a partir de uma competição acirrada é o próprio dano. É a situação permanente de dano, que não pode ser aquilatado somente a partir do momento que o resultado danoso é exteriorizado na forma de doenças do trabalho ou acidentes do trabalho. O estado de deterioração dos que nele diretamente estão incluídos é algo permanente por se encontrarem vinculados às matrizes da própria despersonalização no trabalho.

Também, como já foi dito por várias vezes, pensar em dolo ou em culpa do empregador toda vez que se fala em ambiente de trabalho é a mesma coisa que criar uma fronteira intransponível, contrária à própria Constituição, no que se refere à proteção que por ela é feita ao trabalho humano.

A proteção ao trabalho humano significa entender o estado em que o ambiente de trabalho se encontra e propor mudanças capazes de prevenir o dano, tomando os resultados individuais e ou coletivos de danos, como indicativos de que o ambiente não se encontra sadio.

É possível encontrar várias decisões proferidas pelos Tribunais Pátrios, onde se associou, para comprovar o nexo de causalidade existente entre o dano psicológico (resultado) e o ambiente de trabalho (causa) o número de resultados danosos produzidos por aquele mesmo ambiente. Vale citar parte do escólio:

(...) Inconteste a lesão e o trauma psíquico experimentado pelo trabalhador. A, responsabilidade civil desponta da conjunção do tripé autorizador: dano, lesão e nexo causal. A causalidade restou comprovada nas ações pretéritas e confirmadas pelos documentos e dados fáticos dos autos. Mas, mesmo que o empregador tivesse se munido de todas as precauções, a atividade preponderante de trabalho com equipamentos elétrico-eletrônicos, sujeito a choque elétrico de alta voltagem, segundo constatação do perito do INSS, configura atividade que implica risco para terceiro (art. 427, parágrafo único do C.C.) (grifo nosso)¹⁰²

Observa-se que muito embora tenha agido bem o magistrado na tomada de sua decisão, que perquiriu todo o histórico daquele ambiente, que pelo número de resultados danosos acabou por demonstrar que era um ambiente problemático e que estava causando lesões aos empregados, mais uma vez, a decisão ficou restrita a punir o empregador pelo dano individual cometido, não tendo sido tomada outra providência em grau de tutela antecipada, que neste caso específico, seria autorizada, por conta da condição pública do ambiente de trabalho.

05. Da presunção do resultado danoso, partindo-se da constituição do ambiente de trabalho segundo o princípio da valorização do trabalho humano.

O ambiente de trabalho se constitui em grande parte no principal fator para o surgimento de determinadas anomalias, doenças no trabalhador, muito embora se estabeleçam atividades específicas ou profissões que seriam as responsáveis na produção de determinados resultados danosos, dispensando a necessidade de prova pericial. Em não sendo estas atividades ou profissões determinadas, ter-se-á que provar o vínculo entre o dano e a causa, o que em muitas situações, torna-se quase impossível.

Estudando esta matéria, vale aqui destacar os ensinamentos de Sebastião Geraldo de Oliveira:

As doenças profissionais são aquelas peculiares a determinada atividade ou profissão, também chamadas de doenças profissionais típicas, tecnopatias ou ergopatias. O exercício de determinada profissão pode produzir ou desencadear certas patologias, sendo que, nessa hipótese, o nexo causal da doença com a atividade é presumido. É o caso, por exemplo, do empregado de uma mineradora que trabalha exposto ao pó de sílica e contrai a silicose (OLIVEIRA, 2006, p. 42).

Trata-se do chamado nexo epidemiológico, cujo artigo 20-A da Lei nº 8.213/91 vale ser transcrito:

Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação

102 Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo TRT/SP n. 01230.2005.464.02.00-0. Recorrente Alumbra Produtos Elétricos e Eletrônicos. Origem: 4ª Vara do Trabalho de São Bernardo do Campo. Relator: Rovirso A. Boldo.

Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento. (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006)

Adentrando um pouco mais no campo do Direito Previdenciário, são encontrados alguns estatutos que merecem ser mencionados. Primeiramente, vale citar o contido no artigo 20, inciso I da Lei nº 8.213/91 e o anexo II do Decreto nº 3.048/99, concluindo que as doenças profissionais não são elencadas de forma taxativa no referido anexo, conforme interpretação extraída a partir do parágrafo 2º do artigo 20 da mesma lei anteriormente citada.

O importante para este artigo é verificar que no referido anexo II (também citado), a depressão é reconhecida como doença do trabalho, quando vinculado a um quadro depressivo, com exposição ocupacional a determinadas substâncias tóxicas (por exemplo, brometo de metila, chumbo e etc.). Também no mesmo documento é mencionado o chamado “transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho”, apontando situações como emprego, desemprego, condições de trabalho, ritmos penosos e outros. Vale citar:

VI - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso do álcool: Alcoolismo Crônico (Relacionado com o Trabalho) (F10.2) 1. Problemas relacionados com o emprego e com o desemprego: Condições difíceis de trabalho (Z56.5) 2. Circunstância relativa às condições de trabalho (Y96)103

Ressalta-se que no mesmo anexo as doenças do trabalho foram organizadas em três grupos: no primeiro grupo o trabalho aparece como causa necessária da doença, no segundo como contribuição, e no terceiro o trabalho é o provocador ou agravador de uma doença já existente, sendo que nos dois últimos grupos precisa ser provado por perícia médica o fator trabalho como tendo contribuído ou agravado a doença.

De acordo com a portaria MS nº 1.339/99, o alcoolismo crônico, os transtornos neuróticos e a síndrome de Burnout também são relacionados ao trabalho, muito embora a depressão não esteja relacionada de forma expressa como doença do trabalho, aparecendo na parte relativa a “AGENTES ETIOLÓGICOS OU FATORES DE RISCO DA NATUREZA OCUPACIONAL” a chamada circunstância relativa às condições de trabalho (Y96).

Em outras palavras, existem muitas situações que poderiam ser caracterizadas como doenças provenientes do trabalho, mas que pela dificuldade de se estabelecer umnexo entre a doença (resultado) com o trabalho propriamente dito (causa), acabam por ser desclassificada enquanto doenças do trabalho ou acidentes do trabalho. Isto significa que quando o trabalhador recebe alta médica, findando a sua licença médica, ato contínuo, na maioria das vezes, acaba perdendo o seu emprego, uma vez que em não se caracterizando como acidente do trabalho não haverá estabilidade provisória no emprego (Lei nº 8213/91, artigo 118).

Apreende-se aqui, a título de exemplo para este estudo, a dependência de bebidas alcoólicas. Sabe-se que o alcoolismo não mais se constitui em razão de demissão do emprego. De forma inversa, constitui-se em uma doença que necessita de tratamento. A impressão que se produz muitas vezes é do sujeito vítima do alcoolismo estar trazendo para o ambiente de trabalho algo que foi adquirido fora deste ambiente. Ou seja, a negação das condições do ambiente de trabalho na “formação” do trabalhador alcoólatra.

Atualmente tem sido estudado o alcoolismo como resultado do próprio ambiente de trabalho. Sabe-se que a dependência do álcool é produzida por fatores de ordem psicológica e física (biológica), como também cultural, ao ponto de serem produzidas reações quando um organismo já dependente do álcool acaba ficando sem ele.

O ambiente de trabalho, na maioria das vezes, não é levado em conta para diagnosticar e tratar a doença do alcoolismo (dependência). Em outras palavras, o contexto em que se dá o trabalho não é, na maioria das vezes, objeto de estudo, tanto no que diz respeito aos procedimentos de tratamento ou de prevenção da referida doença.

103 **NEOPLASIAS (TUMORES) RELACIONADOS COM O TRABALHO (GRUPO II da CID-10) TRANSTORNOS MENTAIS E DO COMPORTAMENTO RELACIONADOS COM O TRABALHO (Grupo V da CID-10), LISTA B(Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)** Nota:1. As doenças e respectivos agentes etiológicos ou fatores de risco de natureza ocupacional listados são exemplificativos e complementares.

Observa-se que é de certa forma recente os estudos que atribuem ao ambiente de trabalho parte da responsabilidade pelo surgimento de vários tipos de distúrbios mentais, muito embora até os dias atuais ainda não tenha sido dada a importância necessária, dificultando assim, conforme já foi afirmado, provar o nexo entre os distúrbios e o trabalho.

Enquanto não se aprofundam as pesquisas neste sentido, o alcoolismo vai sendo utilizado pelo trabalhador justamente como forma de combater sintomas depressivos, sensação de solidão, de incapacidade, produzido pela nova dinâmica que se instaurou no ambiente de trabalho.

Com a necessidade de ser provado o nexo do alcoolismo com a atividade profissional aliada à dificuldade de produção da prova técnica, o trabalhador, muito embora não possa ser demitido com fundamento no alcoolismo, dificilmente conseguirá fazer a prova deste nexo. Ou seja, o ambiente de trabalho que produziu a sua doença não será se quer referido como causa para a doença.

Neste sentido, vale citar Sueli Teixeira:

Das pesquisas realizadas nessa área resultou a inclusão de enfermidades psicossomáticas, psicológicas e psíquicas no âmbito das doenças ocupacionais. Além do ciclo originado da relação homem-máquina, os pesquisadores reconheceram que diversos outros fatores no meio ambiente do trabalho podem afetar a saúde mental, tais como: relações interpessoais e coletivas inerentes à própria organização do trabalho, ambiente físico (ruído, iluminação, temperatura, intoxicação, disposição do espaço físico), forma do exercício do poder de comando na escala hierárquica e demais circunstâncias gerais referentes à própria manutenção do emprego (TEIXEIRA, 2011).

Todo este gargalo, que de certa forma resume-se à dificuldade em se fazer a prova, poderia ser resolvido a partir do momento em que os estudos saíssem do plano individual do trabalhador afetado e se debruçasse sobre o estudo do ambiente de trabalho.

Logicamente que não podem ser desprezados aspectos particulares ou próprios do histórico de vida trazido pelo trabalhador. No entanto, o problema está no aprofundamento dos estudos no sentido de se identificar as mudanças ocorridas no contexto do trabalho. Do estudo de todos os fatores ou modificações que em grande parte já foram mencionados.

Partindo-se do estudo do ambiente de trabalho, de acordo com a situação em que ele se encontra, torna-se possível presumir os males que dele advirá, sem a necessidade de perquirir nas situações individuais o nexo entre a doença e a sua causa, tudo isso no cumprimento do princípio da valorização do trabalho humano, contidos em especial nos artigos 1º e 170 da Constituição Federal.

Aprofundar os estudos sobre o ambiente de trabalho, compreender a sua forma de gerenciamento, o acúmulo de funções que pesa sobre a maioria dos empregados, a polivalência, as exigências desmedidas (metas) a serem alcançadas, todo o conjunto de fatores aqui expostos, por certo atestarão os riscos contidos no mesmo ambiente, tornando-se assim dispensáveis quaisquer perícias técnicas individuais ou coletivas voltadas para comprovar o nexo entre o estado de saúde que se encontra o trabalhador e uma possível causa relacionada ao trabalho, um elemento individualizado e retirado do contexto do ambiente laboral.

Tem-se então a necessidade de serem quebradas várias amarras, começando pela apreensão do todo que constitui o ambiente de trabalho, passando pela superação da necessidade da prova individual, do nexo causal, e a necessidade de ser adotada a teoria da responsabilidade objetiva em termos de responsabilização civil.

06. Conclusão

O meio ambiente de trabalho deve ser compreendido como um bem público e em assim sendo tem-se uma mudança conceitual no tocante a valoração da prova, a compreensão do nexo causal que se forma entre o resultado danoso e a sua causa, e, principalmente, uma nova postura quanto a tutelar o risco de dano, de maneira a evitar que ele aconteça, o que se traduz na própria essência da proteção e ou valoração do trabalho humano, constitucionalmente defendido e edificado à condição de requisito maior para se chegar à dignidade da pessoa humana.

A reorganização produtiva, pela sua acelerada dinâmica, impossibilita a apreensão dos riscos imanentes às novas relações de trabalho. A nova dinâmica, compreendida a partir das novas formas de gerenciamento empresarial, pode tornar o ambiente de trabalho em um estado permanente de dano,

considerando as novas exigências que recaem sobre o trabalhador, criando subjetividades que são marcadas pela individualidade, pela dificuldade em trabalhar com as emoções, pelo desconhecimento da própria realidade empresarial, pela desterritorialidade, e especialmente pelos novos procedimentos de produção, que se apresentam de maneira fragmentada e anônima muitas vezes.

A proteção ao meio ambiente do trabalho deve ser reconhecida como uma questão de estado permanente, o que faz dos resultados danosos individualizados mudarem de classificação, passando para produtos que devem ser apreendidos dentro de um coletivo, levando-se em conta os efeitos que estes resultados causam no mundo interno ao ambiente e no mundo externo, neste último caso representado pelo crescimento da violência e da própria degradação humana.

A pura reparação do dano proveniente de uma relação de trabalho não é suficiente para atender ao princípio da valoração do trabalho humano, o que impõe novos instrumentos jurídicos e ou uma nova compreensão sobre a importância de se estar tutelando referido bem, que mais uma vez, deve ser entendido como um bem público, muito embora a relação de trabalho ocorra de forma privada.

São estes os novos marcos definidores e delimitadores para fins de se aferir o ambiente de trabalho e ao mesmo tempo promover procedimentos de proteção do trabalhador em face deste novo ambiente, cujos riscos podem fazer parte do seu cotidiano, não mais circunscritos à individualização de elementos químicos, físicos e biológicos, considerando os inerentes e contextualizados em qualquer atividade empresarial.

07. Referências

CASTORIADIS, Cornelius. Reflexões sobre o desenvolvimento e a racionalidade. In: Castoriadis C. **As encruzilhadas do labirinto II – os domínios do homem**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: 1976, p. 157-8.

DALEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 4ª Ed., São Paulo: LTR, 2010.

DEJOURS, Christophe. **Trabalho e desgaste mental**. Buenos Aires: Humanitas, 1990.

JARDIM, Sílvia; GLINA, Débora M. O diagnóstico dos transtornos mentais relacionados ao trabalho. In: GLINA, Débora M. ; ROCHA, L. E. . **Saúde Mental no Trabalho: desafios e soluções**. São Paulo: VK, 2000

NARDI, Henrique Caetano. **Ética, trabalho e subjetividade: trajetórias de vida no contexto das transformações do capitalismo contemporâneo**. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional**. 2ª ed. São Paulo: 2006, p. 42.

ROCHA, Lys Esther. Trabalho e Saúde Mental dos Analistas de Sistemas. In: GLINA, D.M.; ROCHA, L.E. (orgs). **Saúde mental no trabalho: desafios e soluções**. São Paulo: VK, 2000, p. 256 e seguintes.

ROCHA, Lys Esther. Trabalho e Saúde Mental dos Analistas de Sistemas. In: GLINA, D.M.; ROCHA, L.E. (orgs). **Saúde mental no trabalho: desafios e soluções**. São Paulo: VK, 2000, p. 256 e seguintes.

ROUDINESCO, Elizabeth. **O que é Psicanálise?** Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional**. 2ª ed. São Paulo: 2006, p. 42.

TEIXEIRA, Sueli. Op. **A depressão no ambiente de trabalho e sua caracterização como doença do trabalho**. http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Sueli_Teixeira.pdf, capturado em 21.02.2011.

EL DERECHO DESDE LA SOCIOLOGÍA Y LOS MOVIMIENTOS CULTURALES

Juan de Dios González Ibarra

RESUMO

Desde la perspectiva de la crisis del derecho producto de su incapacidad para ser el gran organizador nacional y global, lo primero por la presencia de culturas jurídicas líquidas o débiles y, lo segundo, por la poca eficacia internacional de la ONU por la fuerza monopólica de Estados Unidos, aquí se buscan alternativas para construir fraternidades nacionales y mundiales.

Palavras-chave: *Derecho, sociología, cultura, movimientos culturales, fraternidad.*

THE LAW FROM SOCIOLOGY AND CULTURAL MOVEMENTS

ABSTRACT

From the perspective of the crisis of the law product for their inability to be the great organizing national and global, first by the presence of liquid or weak legal cultures and, second, by the little international effectiveness of de NU by the monopoly force of United States, we are looking for alternatives to build global and national fraternities.

Key-words: *Law, sociology, culture, culture movements, fraternity.*

1. El objeto de la sociología es el estudio de la relación entre el individuo humano como ser con una personalidad única e irrepetible universalmente y la sociedad en la cual se encuentra ubicado,¹⁰⁴ en cuanto a la sociología jurídica en lo general estudia la relación entre el derecho y la sociedad valorando la eficacia y eficiencia del primero conforme parámetros establecidos previamente.

El maestro español Gregorio Robles reconoce que se mencionan como precursores de la sociología a Montesquieu y Tocqueville, con el antecedente de la Ilustración definida como el movimiento intelectual europeo en el que los ilustrados creían en el poder liberador de la razón humana y en el progreso social, en 1784 “Kant se refiere a ella como el momento en que la humanidad alcanza la mayoría de edad y rompe con todo tipo de tutela previa al tomar plena conciencia de su propia libertad”.¹⁰⁵

Sin embargo como ciencia con objeto y método propio empieza con Augusto Comte y Durkheim, siendo “la sociología un producto intelectual típico de la mentalidad positivista”,¹⁰⁶ el primero tomó como modelo a la física y sus leyes causales, por lo que Comte la llamó en un principio *física social*, adjudicándose la pretensión de ser *la* ciencia social que podía explicar la totalidad de la epistemología científica de la realidad social, lo que generaría un enfrentamiento con el estudio centenario del derecho o jurisprudencia, así los jurisconsultos no aceptaron someterse a la joven ciencia, y desarrollaron la doctrina general del derecho igualmente positivista, al que seguiría por el camino de la codificación napoleónica el positivismo legalista verdadero –según Robles–iusnaturalismo encubierto. La sociologización del pensamiento jurídico se realizó principalmente con tres vertientes: la primera encabezada por Jhering o de la jurisprudencia de intereses, la segunda de vocación empirista investigando los hechos jurídicos con Nussbaum a la cabeza y, la tercera de Ehrlich y Weber que busca la sustitución de la dogmática jurídica por la sociología del derecho, considerando Robles a los jurisconsultos mencionados como fundadores de la sociología jurídica.

El abogado y politólogo colombiano Mauricio Villegas, a quien seguiremos en este trabajo, menciona que el prestigiado economista Jeffrey Sachs “sostuvo que los grandes desafíos del mundo estaban relacionados con la incapacidad del derecho de responder a las demandas de regulación social”,¹⁰⁷ siendo según él actualmente los dos grandes retos o paradojas, el construir el Estado constitucional para evitar el abuso de poder, y el segundo, formar un sistema internacional que no permita “los desafueros del mercado y de las acciones de los Estados soberanos”. Esto nos llama a la reflexión a los estudiosos del derecho de su eficacia como gran armonizador social.

Es interesante establecer una relación de la afirmación anterior con la de Carlos Granés, quien sostiene que las

104 BATIFOL, Henri, *Filosofía del derecho*, Conaculta-Publicaciones Cruz, México, 1995, p. 44.

105 MAGEE, Bryan, *Historia de la filosofía*, Planeta, México, 1999, p. 134.

106 ROBLES, Gregorio, *Sociología del derecho*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 23-28.

107 GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *Sociología y crítica del derecho*, Fontamara, México, 2010, p. 9.

revoluciones políticas del siglo pasado al final terminaron en derrotas, mientras que por diferencia las culturales con los futuristas, dadaístas, surrealistas, yippies y otros permitieron que “sus batallas por transformar la vida resultaran fructíferas”.¹⁰⁸ Entonces bajo esta lógica ¿podemos concebir que el camino del cambio eficaz está en la cultura?, ¿qué es el desarrollo de una cultura jurídica amplia y sólida un mejor camino para construir instituciones, ciudadanía autororganizada para una mejor convivencia social?

Bajo las anteriores hipótesis desarrollaremos este trabajo, buscando la interdisciplinariedad y la crítica propositiva, con el contexto de un México inequitativo con el cincuenta por ciento de su población sumida en la pobreza o miseria, elevada corrupción, impunidad, desconfianza, opacidad, además de encontrarse sumido en una guerra que en cinco años nos ha costado cincuenta mil muertos, la mayoría jóvenes.

La afirmación de que para el avance del derecho se requiere de más crítica y sociología jurídica es afortunada, con los referentes de Marx, Émile Durkheim y Max Weber, lo que se señala con la afirmación de García Villegas “Paradójicamente, nunca antes hubo tantas razones para preocuparse por las instituciones que nos gobernaron y por el derecho que no se reguló. La inequidad, la violencia y la inseguridad, por sólo mencionar tres de los más esenciales males que el derecho está llamado a remediar, no sólo no se atenuaron sino que se agravaron”.

Las estadísticas indican que “Hoy en día la mitad de la población del mundo vive en medio de la miseria, con menos de dos dólares diarios. En América Latina había más gente pobre a fines de los 90 que en 1980. Incluso en Estados Unidos, el país más rico y poderoso del planeta, la población que vive bajo la línea de pobreza pasó de 25 millones en 1970 a 37 millones en el 2007”.

Por lo que concierne a la violencia “si en el siglo XVIII se calcula que murieron unos cuatro millones de personas en guerras, en el siglo XX murieron cerca de 200 millones”, por lo que respecta a la amenaza ecológica “los problemas del calentamiento global parecen hoy insolubles y ello debido, en buena parte, a la falta de voluntad de los países ricos que albergan el 20% de la población mundial, pero consumen el 80% de la energía”.¹⁰⁹

Por lo anterior podemos estar de acuerdo con García Villegas que la sociología del derecho ha tenido enfrente como adversarios a la dogmática y teoría general del derecho. Analizando a Bourdieu se establece que el derecho es un campo social en donde se lucha para apropiarse del poder simbólico, mismo que poseen los textos jurídicos con un grado de autonomía relativa, así quien controla el derecho tiene también el control social.

La crítica del derecho desde la sociología nos proporciona la perspectiva enriquecedora de poder contemplar a este campo con la visión del contexto social, pudiendo valorar la eficacia y eficiencia del mismo en relación con su fin de gran organizador social para poder convivir en la paz y armonía.

2. Derecho y movimientos culturales. Para empezar a desarrollar este apartado nos apoyaremos en el pensamiento de mi querido maestro Bolívar Echeverría, quien en una obra relacionada con este campo¹¹⁰ parte de la que él llama la dimensión cultural, continúa con las diversas definiciones de cultura y concluye con la problemática actual referente al estudio de ella y su historia. Formula su propia definición desde un marco teórico marxista así para él “la cultura es el momento autocrítico de la reproducción que un grupo humano determinado, en una circunstancia histórica determinada hace de su singularidad concreta; es el momento dialéctico del cultivo de su identidad”¹¹¹

Reconociendo que el término cultura viene desde Roma, se refiere al cultivo “de la *humanitas*, de aquello que distingue al ser humano de los demás seres”.¹¹² Establece la sana distinción entre civilización y cultura, señalando por nuestra parte que la primera se relaciona con la razón instrumental o empírica, es pragmática y utilitarista, por diferencia la cultura establece una íntima relación humanística o de superación de la condición del hombre y la mujer en relación con el espíritu, —entendiendo a éste como la capacidad de pensar, reflexionar y actuar conforme determinados valores internalizados por el individuo y aquellos que colectivamente imperan en una sociedad—.

Históricamente se presenta esta disputa entre civilización y cultura en la lucha entre clase noble y burguesía, con lo que la nobleza es criticada, aparte de por ser improductiva por sus modales, en donde éstos hacen la crítica de las meras formas cortesanas superficiales, así “los intelectuales pequeñoburgueses se atreven a ‘mirar por encima del hombro’, en el terreno del espíritu, a los aristócratas, cuyo comportamiento vacío y frívolo desdice la superioridad jerárquica que ostentan en lo social y lo político”.¹¹³

¹⁰⁸ GRANÉS, Carlos, *El puño invisible. Arte, revolución y un siglo de cambios culturales*, Taurus, México, 2011, p.14.

¹⁰⁹ Opus cit., pp. 10-11.

¹¹⁰ ECHEVERRÍA, Bolívar, *Definición de la cultura*, FCE-Ítaca, México, 2010, pp. 17- 41.

¹¹¹ Opus cit., pp. 163-164.

¹¹² Opus cit., p. 28.

¹¹³ *Ibidem*, p. 29.

Así el reto se ha establecido desde la cultura, lo que Karl Max lo contemplará desde lo económico e ideológico y Antonio Gramsci desde la praxis del dominio de clase revestido de consenso. En la Ilustración la creatividad cultural es libre y desinteresada, mientras que la de la civilización persigue fines lucrativos, reconociendo las influencias de René Descartes (1596-1650), Isaac Newton (1643-1727) con su método analítico de la ciencia de la física como modelo a aplicar en todos los campos, hasta que J. G. Droysen (1808-1884) distinguió entre explicación (Erklären) y comprensión (Verstehen) para fundamentar el método de las ciencias histórico-sociales, cuya función sería comprender, en contraposición a las ciencias físico-naturales que intentan explicar por medio de leyes causales, con lo cual podemos hablar de ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu,¹¹⁴ criterio que respetaría W. Dilthey (1833-1911) en su libro *Introducción a las ciencias del espíritu*.

Desde la filosofía para Ortega y Gasset la cultura es una tabla de salvación para que el ser humano no se hunda en la vacuidad de la vida cotidiana,¹¹⁵ así nos recuerda que la máxima de “conócete a ti mismo”, sirve para llegar a ser aquello que podemos llegar a ser gracias a los dones que todos poseemos y que nos viene intrínsecamente desde nuestra propia naturaleza¹¹⁶ humana que tiende al saber.

En el Romanticismo, que surge como reacción contra el intelectualismo cartesiano de la razón instrumental que venía de la Ilustración, la cultura es producto de la creatividad del *genio* creador, mientras que la civilización viene de la actividad intelectualmente calificada, aquí la práctica técnica cobra relevancia.

En relación con nuestro país para uno de los más ilustres intelectuales mexicanos el maestro Ignacio Pichardo Pagaza, formado en derecho por la UNAM y en administración pública y economía en el prestigiado Dartmouth College de New Hampshire y en la Escuela de Economía de Londres, afirma que “el problema número uno de México consiste en tener una población insuficientemente educada. Por tanto, la prioridad más alta es buscar y conseguir la educación de calidad para todos”.¹¹⁷

3. Gestión cultural. Si conforme hemos apreciado es indispensable impulsar una cultura sólida en nuestro país para salir del estado lamentable¹¹⁸ en el que nos encontramos de corrupción, inseguridad, analfabetismo lector (dos libros por años es nuestro promedio de lectura, contra veinte en Europa; Carlos Monsiváis señaló que en México generalmente los universitarios sólo leen sus libros técnicos) y el analfabetismo científico (maestros y doctores que desconocen metodologías, epistemologías y lógicas) y analfabetismo humanístico ante la ignorancia de literatura, pintura, música clásica, escultura, aquí Pichardo Pagaza apela a realizar una revolución por la educación y los valores, luego entonces en consecuencia lógica es en este campo de la gestión cultural en donde debemos dirigir nuestros esfuerzos nacionales.

En lo general la gestión cultural es parte de la gobernanza que integra la acción del Estado con la de la ciudadanía autororganizada, consiste en dirigir nuestros esfuerzos hacia el cultivo de las cualidades del ser humano para superar nuestra condición humana y a nuestra comunidad.

Nos apoyaremos críticamente, por encontrar en la obra¹¹⁹ de la doctora en derecho María Elena Moreira una visión economicista, ella es periodista ecuatoriana con estudios en derechos humanos de la Universidad de Lund, Suiza, quien afirma que “la gestión cultural es la respuesta de un mundo globalizado a un nuevo concepto de cultura y al espacio cada vez más amplio y complejo que la actividad cultural ocupa en la sociedad. Este nuevo rol de la cultura exige la formación de individuos capacitados para encarar el manejo de las distintas facetas del proceso cultural”.

Resalta su importancia al señalar que el sector económico cultural se incrementa conforme el mayor desarrollo económico del país, así en los Estados Unidos, en el que se incluye el entretenimiento, es el primer sector de exportación, superando a la industria pesada, militar o aeronáutica representando el 2.5% del PIB, en Francia es del 3.7% y Brasil apenas el 0.8%.¹²⁰

Existen dos modelos dominantes en este campo: el centralista europeo como el francés o el de Alemania que subsidia y administra el 80% de la cultura de ese país y el norteamericano en el que el Estado no interviene mayormente, dejando las políticas de impulso a la cultura en manos del equivalente a nuestros municipios o

114 URSUA, Nicanor, AYESTARÁN, Ignacio y GONZÁLEZ, Juan de Dios, *Filosofía crítica de las ciencias sociales y humanas. Historia, metodología y fundamentación científica*, Ediciones Coyoacán, México, 2004, p. 68.

115 FERRATER MORA, J, *Diccionario de filosofía*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 2001, p. 764.

116 ORTEGA Y GASSET, José, *¿Qué es filosofía?*, Espasa Calpe, Madrid, 1995, pp. 83-86.

117 PICHARDO PAGAZA, Ignacio, *El camino de México, una revolución por la educación y los valores*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2011, p. 13.

118 Zygmunt BAUMAN nos señala que hay sociedades líquidas o débiles institucionalmente y sólidas o fuertes.

119 MOREIRA, Elena, *Gestión cultural. Herramienta para la democratización de los consumos naturales*, Longseller, Argentina, 2003, p. 9.

120 Opus cit., p. 77.

counties o los individuos. Así en EE. UU. “sólo uno de cada diez dólares invertidos en la cultura proviene del Estado, mientras que el 75% de los fondos proviene de contribuciones individuales, ni siquiera de corporaciones o fundaciones”.¹²¹

Señala Elena Moreira que es a partir de los años 60 y 80 en que la gestión cultural forma parte de las políticas públicas de los Estados, generando la necesidad de formar especialistas en este campo. Por nuestra parte sostenemos que se requiere que aplicando interdisciplinariamente los conocimientos y saberes de la administración, bellas artes, tecnología, ciencias sociales y humanidades, obtengamos los mejores resultados con los recursos disponibles siempre escasos ante las necesidades culturales.

Conforme lo anterior “su objetivo principal es establecer canales que promuevan la participación de las personas en la dinámica cultural, la cual, a la vez, retroalimenta y estimula los fenómenos creativos y los hábitos culturales”... tiene la responsabilidad de favorecer el desarrollo cultural en su calidad de mediador entre los fenómenos expresivos o creativos y los públicos que conforman la sociedad”.¹²²

Encuentra cuatro modificaciones recientes en este campo: a) ampliación del concepto de cultura por razones filosóficas, sociales, políticas y legales; b) las crisis de las apreciaciones políticas y de desarrollo desde los años 60; c) “la necesidad de políticas culturales que gestionen ámbitos más allá de la cultura artística, la tradicional y el patrimonio” y d) nuevos cambios teóricos y prácticos entre economía y cultura.

3.1. Los cambios en el concepto de cultura. A partir de la diferencia griega entre estado de naturaleza o natura y estado de la cultura, con las discusiones subsecuentes de cultura contra naturaleza, como en los filósofos cínicos que “proclamaron su oposición a todo lo que no fuera la simplicidad natural, considerándose la cultura como un signo de corrupción y decadencia”¹²³, o si es superior el estado de cultura al de naturaleza o viceversa por ejemplo en la obra de Juan Jacobo Rousseau de *Emilio o De la educación*, en donde se afirma que el ser humano es bueno por naturaleza y que la civilización lo pervierte, estamos ante el mito del “buen salvaje”.

Apreciamos que cada época construye su propio significado de cultura, así en Roma la cultura estará dominada por aquel pueblo que las legiones romanas conquistaron: el griego; posteriormente con el triunfo de la religión cristiana se impondrá la cultura judeocristiana, con las guerras religiosas al surgir el rompimiento con el papa por parte de Enrique VIII de Inglaterra el protestantismo se imponen, con la posterior visión de Max Weber de la importancia de esta religión para el desarrollo del capitalismo precisamente partiendo de ese país con su Revolución Industrial, el racionalismo cartesiano junto con el Iluminismo plantean el dominio de la razón sobre el dogma y la fe, el Romanticismo invoca al espíritu de los pueblos que es el que construye lenguajes y sistemas jurídicos y sociales, la modernidad presenta al dominio de la razón capitalista instrumental en la que prevalece el mito de que la razón y el mercado dará la felicidad a la humanidad y, finalmente, la posmodernidad que en reacción contra la anterior cuestionará supuestos logros que no han favorecido más que a una pequeña minoría y, en donde, se ampliará la brecha entre quienes tienen poder económico, político y capital cultural, aunado al problema ecológico y el de las armas atómicas que amenazan a la humanidad, así las promesas de la modernidad hoy se muestran falsas con los doscientos muertos en las guerras del siglo pasado en comparación con 16 millones del siglo XIX.

El reto de este siglo es construir una cultura de paz universal, conforme lo previó Emmanuel Kant en su obra *De la paz perpetua*, de otra manera es difícil que podamos sobrevivir como especie humana. Aparte de la anterior el desarrollo de una cultura ecológica forma parte de la lucha por la sobrevivencia de la humanidad, así el Informe de la ONU 2010 es por demás alarmante al respecto pues muestra que es casi nada lo que se está realizando en contra del calentamiento y de la contaminación. Los dos grandes gigantes Estados Unidos y China, quienes son los que más contaminan tienen políticas débiles en este campo, explicables porque el primero no desea dejar su papel de primera potencia del mundo y, el segundo para no detener su veloz carrera tecnológica y financiera, sin embargo es el destino de todos lo que está en grave riesgo.

Si desde las humanidades se afirma que la calidad humana tiene implícitamente una dignidad única por ser fin y no medio cualquier persona del mundo, hoy con el peligro ecocida¹²⁴ también la naturaleza debe tener un reconocimiento prioritario, recordando que es la Amazonia el gran pulmón del mundo.

En México en lo particular, aparte de lo señalado antes, requerimos llevar a cabo las revoluciones culturales¹²⁵

¹²¹ *Ibidem*, p. 82.

¹²² *Opus cit.*, pp. 13-14.

¹²³ FERRATER MORA, José, *Opus cit.*, p. 763.

¹²⁴ Es el doctor Luis TAMAYO, formado en Alemania y Francia, intelectual del Centro de investigaciones y Docencia en Humanidades de Morelos, el máximo especialista mexicano al respecto.

¹²⁵ GOLDMANN, Lucien, *La creación cultural en la sociedad moderna*, Ediciones Coyoacán, México, 2008, p. 7. El intelectual mexicano David RINCÓN PÉREZ atribuye, acertadamente en nuestro criterio, la paternidad del

de lectura para rebasar con mucho los dos libros anuales como promedio nacional, la de cambiar nuestro analfabetismo científico y humanístico desde el impulso de las ciencias del espíritu, humanidades¹²⁶ y duras o de la naturaleza, ética para combatir la corrupción y jurídica en contra de la inseguridad, impunidad y opacidad contando para esto con el apoyo de la cultura jurídica sólida e instituciones de igual manera, aquí la nos ayudan la sociología jurídica, epistemología y nuestra capacidad de reflexión, para pasar de una sociedad líquida a una sólida con paz y sin la guerra que ha ocasionado más de cincuenta mil muertos, la mayoría de ellos jóvenes de origen campesino que no tuvieron, muchas veces opciones laborales, ni oportunidades culturales y educativas.

concepto de cultura a los romanos y se apoya en CICERÓN quien “hablaba de *cultura animi*, el cultivo del espíritu”.

¹²⁶ CEBALLOS GARIBAY, Héctor, *La sabiduría de la novela*, Fontamara, México, 2011, p. 14. Retomando al genio búlgaro-francés TZVETAN TODOROV concuerda con él en sus palabras “Coloco a la literatura por encima de la filosofía y la ciencia...Y no es sólo que la literatura participa de la elucidación del mundo, sino que también le agrega belleza y, de esa manera, lo hace mejor”.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRABAJADOR Y LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE SUS DERECHOS EN ARGENTINA

Paula Costanza Sardegna

RESUMO

En el marco de la Teoría General y la Filosofía del Derecho, el Derecho Constitucional y, en particular el Derecho del Trabajo, el desarrollo de la teoría y praxis de los Derechos Humanos, ha llevado a plasmar primero en el ámbito del Derecho Internacional y luego en las Constituciones locales una serie de compromisos tanto de garantías de protección de los niños que implican no sólo la abstención por parte del Estado de actuar en perjuicio de aquéllos, sino también la obligación positiva de remover los obstáculos que interfieren en su desarrollo y de generar las condiciones para que éste florezca.

El mundo de los niños y adolescentes exige normas específicas e instituciones propias, dinámicas y permanentemente alertas a los cambios sociales que se generan.

Esta presentación es un aporte para la reflexión que pone en evidencia el peligro que implica el vaciamiento conceptual del que puede ser víctima el principio del "interés superior del niño" y todo lo que ello puede llegar a implicar en la tutela de los derechos del niño, niña, adolescente trabajador.

Palabras- chave: *Niño, niñas y adolescentes, Derecho del Trabajo, Interés Superior del Niño.*

THE INTERESTS OF THE CHILD LABOR AND EFFECTIVE PROTECTION OF RIGHTS IN ARGENTINA

ABSTRACT

As part of the General Theory and Philosophy of Law, Constitutional Law and in particular labor law, the development of theory and praxis of human rights has led to the first capture in the field of international law and then local constitutions in a series of commitments both guaranteed protection of children involve not only the abstention by the State to act to their detriment, but also a positive obligation to remove obstacles that interfere with their development and to generate the conditions for it to flourish.

The world of children and adolescents requires specific rules and institutions, dynamic and constantly alert to the social changes that are generated.

This presentation is a contribution to the reflection that highlights the danger of conceptual emptying may be a victim of the principle of "best interests" and all that it can imply in the protection of child rights , girl, young workers.

Key-words: *Children and adolescents, Labor Law, Interest of the Child.*

SUMÁRIO

I – INTRODUCCIÓN. II - EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO. III – TUTELA DEL NIÑO TRABAJADOR. IV – CONCEPTUALIZACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. a) Designación y denotación de los términos. b) Designación. c) Denotación. d) Interpretación. V – CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN ARGENTINA. VI – DISCRECIONALIDAD NO REGLADA. VACIAMIENTO CONCEPTUAL. VII – CONCLUSIÓN.

I – INTRODUCCIÓN

La incorporación del principio del interés superior del niño en la normativa internacional y nacional obedeció a la necesidad de morigerar una interpretación formalista o reglamentarista del derecho de los niños para evitar soluciones injustas que podrían derivar de aquélla.

Sin embargo, la forma en que este principio ha sido plasmado conduce a alimentar la discrecionalidad de la apreciación que se puede realizar sobre los hechos, lo que desemboca inevitablemente en un vaciamiento conceptual del término y en un incremento de la imprevisibilidad que genera nuevas situaciones de injusticia e inseguridad jurídica. Así entra en crisis el paradigma de protección integral.

El interés superior del niño es un principio inherente a todas las relaciones jurídicas, ya sean tanto del ámbito privado como público, interno o internacional, como de la legislación sustantiva o de la ritual.

Abordar el análisis del principio del interés superior de niño en el Derecho del Trabajo no resulta sencillo, máxime cuando el mismo puede ser analizado desde un plano teórico, pero también desde un punto de vista fáctico que coloca en jaque al paradigma de protección integral.

El desafío emprendido consiste en poner en evidencia el vaciamiento conceptual de que puede ser víctima este principio, y todo lo que ello puede llegar a implicar en la tutela de los derechos del niño trabajador y en todo el ordenamiento jurídico laboral.

Por eso nuestra preocupación no se limita a la determinación de la existencia o conocimiento del principio del interés superior del niño en el ámbito laboral, sino al concreto reconocimiento y aplicación de aquél como Principio General del Derecho del Trabajo, y a la justa apreciación de sus alcances y consecuencias frente a la cruda realidad del trabajo infantil.

El intento de una posible reconstrucción de la protección de los derechos del niño puede hacer peligrar la existencia misma de su obligación tutelar.

Y ello no sólo nos preocupa sino que también despierta inquietud porque son precisamente los Principios Generales de una disciplina los que cumplen una función de síntesis epistémica, por ser postulados que permiten conocer el contenido de una disciplina sin necesidad de indagar en cada una de sus normas¹²⁷.

Por ello, la paradoja se plantea cuando, con la intención de lograr un resultado justo, se acude a un principio general, en este caso “el interés superior del niño” y ante el vaciamiento conceptual del mismo se frustra la expectativa y se puede provocar un desenlace aun más injusto.

II - EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección.

El reconocimiento del niño como sujeto especial del derecho con reglas propias determina la necesidad de un análisis tópico de cada situación en la que aquéllos están involucrados. Su problemática no puede resolverse con la aplicación de normas generales tradicionales ni tampoco con las mismas instituciones que tienen por finalidad resolver los conflictos y problemas del mundo adulto.

Su mundo exige normas específicas e instituciones propias, dinámicas y permanentemente alertas a una realidad tan frágil como mutable.

A la luz de la filosofía del Derecho, el problema del trabajo infantil que tiene como protagonista a los niños -como víctimas- ofrece aspectos de interés que llegan en muchos casos a revelar que las respuestas tradicionales inspiradas en principios proteccionistas no siempre conducen a las mejores soluciones. Es más, en algunos casos, las respuestas emanadas de considerar a los niños como seres con derechos limitados condujeron a excluir a aquéllos de sus derechos haciéndolos sujetos invisibles y agravando problemas en lugar de superarlos.

La evaluación de la calidad de vida de los niños debe estar presente en la agenda de todos los países, ya sean desarrollados o en vías de desarrollo, en atención a que sus deseos pueden ser limitados o frustrados de por vida por privaciones y falta de educación debido a que sus expectativas deben ajustarse a condiciones de vida inferiores.

Los mecanismos de protección de los derechos de los niños son siempre complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todo individuo. Los niños gozan de una “supraprotección” o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

Las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de los Niños deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del “interés superior del niño”, al que nos abocaremos más adelante.

Ello por cuanto nos enfrentamos a una de las paradojas de la evolución del derecho de los niños, porque si bien se avanzó en el reconocimiento del carácter público de la protección de sus intereses, con el devenir del tiempo, se ha impuesto reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia. Ello con particular preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo.

Veremos como los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño revelan la presencia de la noción de “interés superior del niño”, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924, que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los “niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no sólo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las

127 SARDEGNA, P. C.: “Entropía de las normas laborales”, Edit. Eudeba, Buenos Aires, 2000, pág. 203.

Formas de Discriminación contra la Mujer¹²⁸.

III – TUTELA DEL NIÑO TRABAJADOR

Antes de conceptualizar el principio del “interés superior del niño” y señalar sus características y proyecciones nacionales e internacionales resulta imprescindible reseñar qué se entiende por trabajo infantil y la razón de ser de su tutela, ya que en dicha temática centraremos nuestro objeto de estudio.

Si bien, como veremos más adelante, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su primer artículo proyecta el ámbito de aplicación personal a todo ser humano desde su concepción y hasta los 18 años de edad, nosotros nos centraremos en la figura del trabajo infantil.

Por ello, a los efectos de este estudio y de las proyecciones del principio del interés superior del niño en situaciones de trabajo infantil, nos ocuparemos de la situación de los niños menores de 15 años.

Se ha optado por ese corte etario en función de la definición de la Organización Internacional del Trabajo que concibe al trabajo infantil como toda actividad que implique la participación de niños menores de 15 años en la producción y comercialización familiar de los bienes no destinados al autoconsumo o en la prestación de servicios a personas naturales o jurídicas, que les impidan el acceso, rendimiento y permanencia en la educación o se realicen en ambientes peligrosos, produzcan efectos negativos inmediatos o futuros, o se desarrollen en condiciones que afecten al desarrollo psicológico, físico, moral o social de los niños¹²⁹.

Constituye trabajo infantil toda actividad que obstaculizando el desarrollo físico, mental e intelectual, es desarrollado por niños, que obligados por las circunstancias o forzados por adultos, deben cubrir necesidades propias de supervivencia y/o contribuir a las de su grupo familiar.

El trabajo infantil constituye actualmente un problema preocupante, por dos razones:

por la gran cantidad de niños afectados y por las consecuencias negativas que ejercen las malas condiciones en las que se presta.

En nuestro país, como en casi toda Latinoamérica, al igual que en muchos otros países del mundo, el trabajo infantil se presenta como un problema complejo por su heterogeneidad, invisibilidad y dispersión, adquiriendo en cada lugar formas diversas.

Como características relevantes podemos destacar que:

- se da a más temprana edad en el campo que en la ciudad,
- se presta en mayor cantidad en el sector informal de la economía,
- se prolonga durante largas jornadas,
- se caracteriza por el pago inadecuado,
- se obstaculiza la concurrencia a la escuela o se limita el rendimiento escolar,
- se produce deserción estudiantil.

Existe hoy día un cambio de actitud frente al propio trabajo infantil.

Antes se concebía principalmente como un instrumento de socialización del niño, que le permitía adquirir unas calificaciones útiles para su futuro, pero ahora la familia lo considera cada vez más como un medio imprescindible para obtener ingresos monetarios complementarios.

Por ello nos interesa abordar esta temática a la luz del principio del interés superior del niño.

No somos indiferentes a la afirmación que algunos doctrinarios hacen respecto a que algunas clases de trabajo constituyen contribuciones útiles y positivas al desarrollo de un niño, ya que el trabajo puede ayudar a que aprendan acerca de la responsabilidad y a desarrollar habilidades específicas que los beneficiarán, tanto a ellos, como al resto de la sociedad.

No obstante, no podemos adoptar una mirada indiferente, en el mundo entero millones de niños realizan trabajos extremadamente peligrosos en condiciones perjudiciales, arriesgando así su salud, su educación, su desarrollo personal y social e incluso su vida.

Los trabajos más frecuentes en centros urbanos son: los trabajos domésticos, en empresas familiares y en la venta ambulante. En las zonas rurales generalmente acompañan a un familiar en tareas rurales.

El trabajo infantil es un problema con múltiples causas ya que influyen condicionantes no sólo socioeconómicos sino también culturales y familiares y por ello la visión del “interés superior del niño” puede cambiar radicalmente según el medio socio-cultural en el que se desenvuelve el niño.

Pueden así señalarse como causas, entre otras: la pobreza, la desocupación, la exclusión social, la marginalidad, la violencia intrafamiliar, la falta de educación, la onerosidad de los estudios y algunas tantas otras.

¹²⁸ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 5 y 16.

¹²⁹ Conforme pautas del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) – Sudamérica

Existe demanda de mano de obra infantil porque los niños suelen ser dóciles, obedientes, más baratos que los adultos y se puede prescindir fácilmente de ellos si las necesidades de personal fluctúan. No es necesario realizar inversiones a largo plazo en seguros o seguridad social y podría percibirse el trabajo infantil poco costoso como un elemento importante para las industrias que quieren tener una ventaja competitiva en los mercados nacionales e internacionales. Los niños están desprotegidos, no tienen poder y no defienden sus derechos como trabajadores. A menudo, las industrias que requieren mucha mano de obra trabajan con tecnología rudimentaria y se basan en actividades laboriosas o repetitivas durante muchas horas, prefieren utilizar niños.

Son variadas las condiciones en las que los niños prestan trabajo, entre ellas podemos señalar: trabajan y viven en la calle en malas condiciones; están generalmente sometidos a abusos psicológicos, verbales, físicos y sexuales; prestan su actividad habitualmente en lugares de trabajo peligrosos; en jornadas laborales superiores a los límites máximos establecidos por las legislaciones nacionales para un trabajador adulto y algunas veces se les satisface sin paga y otras con alguna suma pequeña.

No somos pocos los que consideramos que la mayoría de los efectos sociales negativos del trabajo infantil proceden de las condiciones de trabajo específicas que son adversas a la seguridad y el desarrollo de los niños de que se trata. Tal vez el argumento social más significativo contra el trabajo infantil consista en hacer ver que sus efectos son altamente discriminatorios y empeoran la situación de desventaja de personas y grupos que se cuentan ya entre los socialmente marginados, beneficiando en cambio a los ya privilegiados.

Por ello nos animamos a afirmar que el trabajo infantil es contrario a la democracia y a la justicia social.

El trabajo infantil trae a su vez una serie de consecuencias entre las que se pueden destacar no sólo las económicas sino también las sociales, morales, físicas y psíquicas.

Revisten trascendental importancia la desigualdad, la deserción escolar, la baja calidad en el aprendizaje, los peligros para la integridad y el desarrollo físico, las enfermedades, el retraso de crecimiento, los abusos psíquicos y emocionales, la desintegración familiar y el riesgo de recurrir a vías de mayor peligro como la violencia y la drogadicción.

En todos los casos, el trabajo de los niños potencia y amplifica su vulnerabilidad y los padecimientos que les imponen las condiciones en que viven.

El trabajo contribuye a conspirar contra su desarrollo personal, ya que entra en conflicto con la educación y sus logros en el aprendizaje, así como con el juego y el esparcimiento. Esto sucede porque el tiempo que los niños utilizan para trabajar es tiempo “robado” a actividades educativas y recreativas.

El trabajo infantil afecta no sólo su presente sino también sus posibilidades de desarrollo, limitando así sus oportunidades en el futuro y en el largo plazo, ya adultos, conduce a la reproducción de las condiciones de pobreza que originaron su prematura inserción laboral.

La Organización Internacional del Trabajo también ha definido como trabajo infantil algunos tipos de trabajo que la comunidad internacional ha declarado particularmente abominables al considerarlos “las peores formas de trabajo infantil”, a saber: la esclavitud, la explotación sexual, las actividades ilícitas y los trabajos peligrosos.

Los tres primeros son ilegales e incumben principalmente a las autoridades policiales. Los inspectores del trabajo tendrán que ocuparse en especial de la última categoría aunque, dado que forman parte de equipos más amplios y con un enfoque más general, deberán ocuparse de todos esos tipos de trabajo.

Si bien la pobreza crea las peores formas de trabajo infantil, las peores formas de trabajo infantil también dan origen a la pobreza...

Y la pobreza es el mayor enemigo de los Derechos Humanos.

IV – CONCEPTUALIZACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

a) Designación y denotación de los términos

Cuando se trata de determinar cuál es el significado de un término generalmente se alude a su designación (o intención) como aquel conjunto de propiedades que deben reunir las cosas o hechos para formar parte de esa clase; o a su denotación (o extensión) es decir a la clase de cosas o hechos nombradas por la palabra.

La designación y la denotación de una palabra están en función recíproca. Si la designación se amplía la denotación posible de la palabra se restringe, porque hay potencialmente menos objetos que reúnan un mayor número de propiedades definitorias. A la inversa, una exigencia menor en cuanto a la designación de la palabra, lleva a una extensión mayor de la denotación potencial de ella¹³⁰.

Pero el concepto con el que se asocia al principio del interés superior del niño reúne características peculiares. Frente a la vaga (amplia) designación del mismo tanto en el ámbito internacional como nacional, se incrementa la denotación (ejemplificación) de hechos comprendidos en su espectro.

130 NINO, S: “Introducción al análisis del Derecho”, 2da. Edición, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 252.

Denotar el principio de interés superior del niño ejemplificándolo en nuestra disciplina permite las más variadas y controvertidas posibilidades.

Como se echa de ver, la clase de hechos que pueden encuadrar en tal conceptualización es vastísima.

Denotar el concepto da lugar a múltiples variantes, ya que su designación permite las más diversas aplicaciones e interpretaciones.

Todo ello contribuye al vaciamiento conceptual del principio del “interés superior del niño”.

Este principio encierra así un concepto multívoco, que termina resultando también equívoco en cuanto a que puede ser esgrimido al invocar la defensa de intereses contrapuestos, pudiendo llegar en algunos casos hasta a poner en peligro el bienestar del niño.

b) Designación

Se concibe al “interés superior del niño” como aquel imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Este principio orientador transforma de manera sustancial el enfoque de los derechos de los niños.

Se considera que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista entendiéndolo como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales¹³¹.

El término "interés superior" hace referencia, en líneas generales, al bienestar del niño.

En ese sentido no hay dudas, pero ¿cuál es el bienestar del niño? ¿quién lo determina... sus padres, el Estado...?

Dicho bienestar depende de múltiples circunstancias personales, tales como la edad y el grado de madurez, la presencia o ausencia de los padres, el entorno del menor y sus experiencias y su situación económica.

A la luz de la premisa del interés superior se hace posible la revisión del concepto de menor como un ser "menos que los demás", casi inferior a los demás, que solamente superaba dicha circunstancia con la llegada a la mayoría de edad y cuya intervención y participación en la vida jurídica y en las decisiones que lo afectaban, mientras tanto era casi nula.

El reconocimiento jurídico del interés superior actúa como un principio con alcances tanto en el ámbito general de las políticas públicas, como en el ámbito de su operatividad, facultando para tomar decisiones que privilegian a los niños desde la perspectiva de sus derechos.

El interés superior, en el ámbito de una política pública, reconoce como objetivo central los derechos de los niños y promueve su protección a través de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales y, en el ámbito operativo, el interés superior florece en situaciones en las que se deben armonizar los derechos e intereses de los niños en una situación determinada de conflicto.

El interés superior da prevalencia a los derechos de los niños sobre los derechos de los demás y, le corresponde a la familia, al Estado y a la sociedad en su conjunto velar por la atención, cuidado y protección tanto de los niños como de sus derechos.

Es así como, este interés, debe ser una consideración primordial ya que es un criterio, no sólo de control de la sociedad, sino también de la calidad del ejercicio de los derechos y de las obligaciones para que se trate a los niños como personas plenas.

Y el Estado también tiene la responsabilidad de actuar oportunamente para garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños y dar prioridad al interés superior y proteger la realización y el reestablecimiento de los derechos vulnerados.

El principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo, hacia autoridades y familiares.

Pero se corre el riesgo, como ya hemos indicado, de convertirse en una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que podría llegar a constituir una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en función de un etéreo “interés superior” de tipo extra-jurídico.

Por ello consideramos que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en aquél no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.

Por estas y otras razones existen quienes lamentan que la Convención sobre los Derechos del Niño la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y

¹³¹ FERRAJOLI, L: “Derechos Fundamentales en Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, Ed. Trotta, España, 2001, p. 45.

se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

Este margen de discrecionalidad se contrapone con el paradigma de la "protección integral", el cual tiene como una de sus principales consecuencias normativas la contención del poder estatal limitando la discrecionalidad de las autoridades públicas en la relación Estado-niños¹³².

Sólo si se le da una función y un contenido que sea acorde al paradigma de la "protección integral" se podrán reducir los márgenes de discrecionalidad de la autoridad pública, y a su vez, asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños. De este modo, se contribuirá a consolidar este paradigma dando menos espacios para la actuación tutelar del Estado.

Por ello si bien la Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas y orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas; muchos cuestionan que la Convención lo recogiera porque consideran que su amplio margen a la discrecionalidad debilita la tutela efectiva de los derechos consagrados en aquella aunque se estipule que su interpretación y aplicación debe hacerse de acuerdo con las normas de la Convención y otras normas jurídico internacionales, así como también de las directrices del Comité de los Derechos del Niño¹³³.

La Convención le otorga a este principio el carácter de pauta rectora al indicar que: "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"¹³⁴.

"El Comité de Derechos del niño... ha establecido que el interés superior es uno de los Principios Generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio 'rector-guía' de ella"¹³⁵.

c) Denotación

En función de la definición puede advertirse como el contenido del interés superior sólo debería poder establecerse prestando la debida consideración a las circunstancias individuales de cada niño que debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que merece su situación personal.

Para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, consideramos que debería reunir al menos cuatro condiciones básicas:

- a) debe ser real, tener relación con las necesidades y aptitudes físicas y psicológicas del niño;
- b) debe ser independiente del criterio arbitrario de autoridades y familiares y su invocación no puede depender de la voluntad de estos últimos;
- c) debe ser relacional, pues la garantía de su protección se opera frente a la existencia de un interés en conflicto cuya ponderación debe efectuarse bajo su lineamiento;
- d) debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del niño.

Este interés superior debe operar como una garantía, debido a que toda decisión que tenga que ver con el niño, debe tener en cuenta primordialmente sus derechos, con base en el principio de la prelación.

Como ya hemos visto, si bien la Convención no proporciona una definición precisa del interés superior del menor, ni esboza explícitamente sus elementos comunes, sí establece en algunos de sus artículos su ponderación para acciones específicas intentando denotar el mismo.

Es así como en materia de adopción se establece que: "los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño"¹³⁶ y también que "los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos

132 GARCÍA MÉNDEZ, E. "Infancia, ley y Democracia: Una cuestión de Justicia", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, BELOFF, Mary (comps.) "Infancia, ley y democracia...", ps. 16 y 17.

133 Observación General núm. 6 (2005) sobre el trato a los menores no acompañados y separados fuera de su país de origen.

134 Artículo 3. 1 de la Convención.

135 CILLERO BRUÑOL, M.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño" en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, BELOFF, Mary (comps.), Infancia, "Ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" (1990-1998), Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998, p. 71.

136 Artículo 9. 1 de la Convención.

padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”¹³⁷.

También sobre el tema dispone que “los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”¹³⁸.

“Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”¹³⁹ y “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”¹⁴⁰.

También, en cuanto a la situación del niño privado de su libertad, la Convención hace primar el interés superior de aquél al disponer que: “los Estados Partes velarán porque... c) todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”¹⁴¹.

Y en materia de violación de normativa penal se ha estipulado que “a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: iii) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales”¹⁴².

Si bien el principio rector del interés superior de los derechos de los niños es fundamental para entender la coordinación de sus derechos y su integración con los demás no es suficiente.

Zermatten propone entender a éste como “un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”¹⁴³.

d) Interpretación

En fin, entendemos que se trata de una norma de interpretación y resolución de conflictos jurídicos, que sirve de directriz para la formulación de políticas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas al desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, tanto niños como adultos vinculados a aquél.

La interpretación de este principio en función de la protección integral no agregaría nada que ya no esté previsto específicamente en las normas jurídicas contenidas en la Convención. Esto hace necesario reinterpretar el principio y asignarle un contenido específico, que lo diferencie de las obligaciones originadas en las otras normas jurídicas previstas en la Convención.

Bruñol sostiene que “los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño”¹⁴⁴ y agrega que “cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el ‘interés superior del niño’ deberá regirse por la interpretación que se desprende de las disposiciones de la Convención”¹⁴⁵.

La noción del “interés superior del niño” ha sido una fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero adquiere un nuevo *status* al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención sobre los

¹³⁷ Artículo 9. 2 de la Convención.

¹³⁸ Artículo 18.1 de la Convención.

¹³⁹ Artículo 20.1 de la Convención.

¹⁴⁰ Artículo 21 de la Convención.

¹⁴¹ Artículo 37. c de la Convención.

¹⁴² Artículo 40. b. iii de la Convención.

¹⁴³ ZERMATTEN, J: “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo, 3-2003, pp. 1-30, especialmente, p. 15. http://www.childsrightrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf.

¹⁴⁴ CILLERO BRUÑOL, M., op. cit, p. 81.

¹⁴⁵ CILLERO BRUÑOL, M., op. cit., p. 71.

Derechos del Niño.

La Convención establece otras normas de resguardo de los derechos humanos del niño. Y es así como al “principio del interés superior del niño”¹⁴⁶ lo asiste el “principio de la autonomía progresiva”¹⁴⁷, “el derecho de participación”¹⁴⁸ “la libertad de expresión”¹⁴⁹, “el derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión”¹⁵⁰, “libertad de asociación y reunión”¹⁵¹ “el derecho de acceso a la información”¹⁵², “el derecho a la salud”¹⁵³, “el derecho a la educación”¹⁵⁴, entre otros.

En lo que se refiere al tema objeto de nuestro estudio -los niños que trabajan- la Convención establece en forma clara y precisa que: “1. los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”¹⁵⁵.

Insistimos en que este principio es de orden “interpretativo” ya que hace referencia a las nociones rectoras de carácter aclarativo y explicativo para que la persona que va a aplicar la norma resuelva los conflictos e inquietudes que se presenten en la aplicación de la ley en los casos particulares. Por ello insistimos en que está dirigido para orientar y resolver los conflictos en la realización de las políticas públicas de la infancia y su importancia consiste en que se impone la revisión de cada caso en particular como único e individual en un contexto histórico cultural concreto.

Al tratarse de un mecanismo que permite la resolución del conflicto dando privilegios a los derechos de los niños destacamos su rol en cuanto a la “prevalencia y jerarquía de derechos”, dando un interés especial a cada caso en particular garantizando los derechos de los niños sobre los derechos de los demás imponiendo además su “exigibilidad” ante las autoridades competentes.

Gatica y Chaimovic han señalado que “el llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”¹⁵⁶.

El principio del interés superior del niño podría operar así como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

V – CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN ARGENTINA

En el año 1990 la Argentina ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño y en 1994 con la Reforma Constitucional la incorpora a la Constitución Nacional. Recién en septiembre del año 2005 con la sanción de la ley 26.061 se comienza un proceso de conformación de un sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes por el que se adecuó la normativa interna a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Ley 26.061 conocida como de “Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” definida

146 Artículo 3.1 de la Convención.

147 Artículo 5 de la Convención.

148 Artículo 12 de la Convención.

149 Artículo 13 de la Convención.

150 Artículo 14 de la Convención.

151 Artículo 15 de la Convención.

152 Artículo 17 de la Convención.

153 Artículo 24 de la Convención.

154 Artículo 28 de la Convención.

155 Artículo 32 de la Convención.

156 GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia: “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en La Semana Jurídica, 13 al 19 de mayo, 2002.

desde el nuevo paradigma, plantea una institucionalidad basada en el reconocimiento y la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes y, a éstos, como sujetos activos de los mismos.

Respetar el principio de la no discriminación por situación social y la igualdad de todos en la titularidad de los derechos, el interés superior, la autonomía y la participación y la efectividad de las políticas públicas. En la base del sistema se encuentran las políticas universales, en un segundo nivel las de protección integral y, por último, las de protección excepcional con control judicial. Un cambio fundamental es que el niño es reconocido como sujeto de derechos y, en consecuencia, puede exigir al Estado políticas públicas, y éste se encuentra obligado a garantizarlas.

En consonancia con la ley 26.061 se creó la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo articulador, (COFENAF), Consejos de derechos de niños, niñas y adolescentes a nivel provincial, Coaliciones de ONGs., Observatorios de infancia, Consejos locales, Sistemas de protección local. También se ha avanzado en la descentralización de programas y espacios de atención. Falta la decisión de poner en funcionamiento la figura del Ombudsman de niños, Comités parlamentarios, Comisiones presupuestarias y los Comités interministeriales.

La ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes señala expresamente que “esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño¹⁵⁷.

El artículo 3 de la ley define al interés superior indicando que: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

De esta manera la normativa nacional resulta más precisa que la internacional.

En otro artículo¹⁵⁸ de la ley se establece la responsabilidad gubernamental indicando que “los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen”.

El Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en ocasión de la presentación de su tercer informe periódico de la Convención sobre los Derechos del niño, en virtud de su artículo 44 en el apartado h, “Medidas de protección Especial” (arts. 22; 38; 39; 40; 37 (b) – (b); y 32-36 de la Convención¹⁵⁹ se ocupó de la explotación económica dando cuenta de los avances respecto de la situación del trabajo infantil en la Argentina a pesar de poner de manifiesto que continúa siendo altamente preocupante la enorme cantidad de niños, niñas y adolescentes que trabajan y las condiciones en que esto sucede.

Asimismo se informa que en un estudio realizado por el Estado Argentino (Ministerio de Trabajo, Empleo y

157 Art. 1 ley 26.061: “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, niños y adolescentes”.

158 Art. 5 ley 26.061.

159 Suscripto por Lic. Nora Schulman, Lic. Daniela M. Zulcovsky y Lic. Cielo Salviolo.

Seguridad Social) se plantea que la forma predominante del trabajo infantil es la ayuda a los padres para los dos grupos de edad relevados -5 a 13 y 14 a 17 años-, en este último grupo aquellos que trabajan por su cuenta o para un patrón son altamente significativos y representan ambos la mitad de la muestra.

Las cifras arrojadas por este informe resultan alarmantes, si se considera que 4 millones de chicos menores de 17 años trabajan, cien mil de ellos en la recolección de basura. En la región del Noroeste Argentino, el 60% de las tareas de "cartoneo" lo realizan menores de 14 años. Además, el 21 % de las niñas y niños menores de 13 años realizan tareas domésticas 10 o más horas por semana.

Vale mencionar que en el 2009 se ha incrementado la edad mínima de trabajo, según lo sugerido por el Comité, a 15 años y que a partir de mayo de 2010 rige la norma desde los 16 años de edad.

También se han puesto en funcionamiento las COPRETI (Comisiones Provinciales para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil) y se conformó el Observatorio sobre Trabajo Infantil, entre otras medidas oportunas. Pero a pesar de estos avances, en el país no se respeta la prohibición de trabajar a los menores de 15 años, según la información oficial. Del mismo modo se desconocen las restricciones en el tipo de trabajo (por ejemplo en los trabajos forzados) y las obligaciones a la protección social que garantizan el derecho a trabajar de los adolescentes. El 91% de los adolescentes que trabajan lo hace sin que se cumplan las condiciones mínimas, como tener obra social o protección de una ART (Aseguradora de Riesgos del Trabajo), según los datos oficiales relevados en la EANNA.

En el mismo sentido inquieta la escasa capacidad gubernamental para controlar el cumplimiento de las normativas que prohíben el trabajo infantil.

En la Ciudad de Buenos Aires se ha denunciado en los últimos años una importante cantidad de talleres clandestinos, especialmente ligados a la industria textil. En ellos trabajan en condiciones de explotación o esclavitud, incluso personas menores de edad. También se registraron niños y niñas que permanecen viviendo allí junto a sus familiares en condiciones de abandono y hacinamiento.

Asimismo preocupan, las serias dificultades existentes para la puesta en agenda de la problemática del trabajo infantil y principalmente la invisibilización del trabajo doméstico de las niñas.

El Comité sugiere realizar mayores controles sobre los empleadores que contraten trabajo adolescente así como mejorar los sistemas de detección de trabajo clandestino y esclavo, entre otras cosas, a partir de la articulación de distintas áreas de gobierno con sindicatos, organizaciones no gubernamentales y cámaras empresarias.

Finalmente se debe destacar que, en octubre de 2009, se ha sancionado una asignación universal por hijo, que incluye a aquellos niños y niñas que no perciban otra asignación familiar y pertenezcan a grupos familiares desocupados o que se desempeñen en la actividad informal. Se detalló que hasta los 4 años se deberá cumplir con el control sanitario y la vacunación obligatoria, y a partir de los 5 años deberá acreditarse la concurrencia a establecimientos educativos públicos. Con esta medida, algunas familias verán modificadas sus condiciones de vida, lo cual incidiría en una probable disminución del trabajo infantil.

Sumada a la frágil implementación de la ley 26.061, la escasa información ha generado serias dificultades para la recopilación de datos. Y ello es grave porque la información impacta directamente sobre las políticas de infancia. En este aspecto, resulta imprescindible que el Estado Argentino genere, de manera inmediata, un sistema único de información específica que permita establecer mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

VI – DISCRECIONALIDAD NO REGLADA. VACIAMIENTO CONCEPTUAL

El principio del interés superior del niño, como ya hemos visto, tiene como propósito flexibilizar en parte la aplicación de las distintas instituciones reguladas para lograr con ello mayor plenitud y equidad en el cumplimiento de las finalidades para las que han sido previstas.

El interés superior del niño constituye el medio dentro del cual "vive" la norma jurídica. Es un estándar jurídico que se asimila a aquellos "respiraderos" o "conceptos válvula"¹⁶⁰.

Es un criterio elástico de decisión que viene coexistiendo con otros como, equidad, buena fe, la diligencia, el orden público y las buenas costumbres.

El juzgador actuará con la elasticidad que admita el caso concreto ¹⁶¹. Ello es lo que hace peligrar al mismo derecho debido al alto margen de discrecionalidad judicial no reglada que el mismo habilita.

La aplicación de los principios permite, tanto al operador jurídico como al creador de normas, incentivar la

¹⁶⁰ SPOTA, A.: "Tratado de Derecho Civil", Tº I, Parte General, Vol. 2, pág. 313.

¹⁶¹ SARDEGNA, M. A., "Ley de Contrato de Trabajo, Comentada, Anotada y Concordada", Edit. Universidad, novena edición, pág. 87.

imaginación creadora, la inventiva, al punto de poder recrear todo el sistema jurídico¹⁶².

Retomando conceptos vertidos *ut supra*, insistimos en que los Principios Generales del Derecho son una suerte de autorización o invitación que en nuestro sistema formula expresamente la ley positiva¹⁶³ para respaldar la libre creación del derecho por parte de los jueces.

Los amplios términos en que las cláusulas generales se enuncian hacen que su interpretación pueda ir cambiando y adaptándose a la realidad social en el que desempeñará un papel importante la discrecionalidad judicial.

Es así como el juez tiene legitimación para crear derecho, bajo ciertas circunstancias y con razonables condicionamientos, entre ellos, y fundamentalmente, una legítima interpretación del derecho positivo. La jerarquía del principio en el ordenamiento jurídico-positivo dependerá del grado de exteriorización que tuvo el mismo.

Es así como el principio del interés superior del niño queda instituido como medida para interpretar e integrar normas y contratos más allá de los textos y las cláusulas expresas y de su tenor literal.

Al reconocer la existencia de criterios éticos de validez jurídica, que imponen la sujeción de la norma positiva a principios superiores a ella, a cuya luz, el derecho deja de interpretarse y aplicarse rígidamente para hacerse más flexible y, en definitiva, más justo y progresivo, con toda la peligrosa vaguedad que implican estos términos y que ya denunciamos.

Se intenta por el mismo establecer una pauta de carácter ético que busque impedir un ejercicio abusivo de los derechos mediante el establecimiento de una conducta estándar que se revela como aprobada por la comunidad. Cumple así este principio con una función de informante de la totalidad de la regulación con características de postulado moral y jurídico. Vacío de contenido.

Como venimos insistiendo en este estudio, este principio, es una idea general que comprende, explica y respalda las obligaciones que emanan de su contenido, pero que las trasciende.

La falta de una correcta y adecuada definición, clara en su designación y concreta en su denotación, vacía conceptualmente al principio.

El vaciamiento conceptual del mismo hace peligrar la vigencia de un régimen especial destinado no sólo a reglar, sino especial y particularmente a tutelar los derechos del niño trabajador.

Es así como bajo la invocación del principio se puede fallar no sólo disintiendo con opiniones doctrinarias mayoritarias, sino también, ampliando previsiones legales, y lo que es aún más reprochable, ignorando principios generales, violando disposiciones laborales y tributarias, creando nuevas obligaciones, extendiendo los márgenes de responsabilidad, previendo sanciones agravadas y despenalizando delitos, entre otras felonías.

U otra posibilidad que tampoco se descarta: reconocer el desconocimiento del derecho o ignorar las normas vigentes.

De esta manera también, por medio de la desnaturalización de este principio, se incrementa la regresión entrópica por la que atraviesa nuestra disciplina¹⁶⁴.

VII – CONCLUSIÓN

La Convención representa una oportunidad para desarrollar un nuevo esquema de relación del niño con el Estado y las políticas sociales y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños y sus intereses en las políticas públicas.

Debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permitan oponerse a los abusos del poder y superen el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, garantizados también por el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención, ello por cuanto el concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad de vida.

Cualquier otra definición que identifique el interés superior con alcanzar la madurez; o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos y resta valor y eficacia a los derechos que se reconozcan.

Se trata de una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus

¹⁶² GARCIA MARTINEZ, R: “Los principios generales de la Ley de Contrato de Trabajo”, Rev. Derecho Laboral, 1985, pág. 269.

¹⁶³ Conf. art. 16 del Código Civil.

¹⁶⁴ SARDEGNA, P.C.: “Entropía de las normas laborales”, Tesis doctoral.

derechos y no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

El principio de legalidad apareció en los sistemas jurídicos de tradición europea, continental o romanista en una tendencia hacia la legislación como fuente única de derecho consolidada a través del proceso de codificación.

El principio de legalidad es concebido como aquél caracterizador del estado de derecho que supone el sometimiento de los poderes públicos y de los ciudadanos a la ley no siéndole oponible ningún otro derecho más fuerte.

El legalismo hace crisis y la hace también el positivismo riguroso. El sueño jacobino de unos códigos lacónicos y lapidarios con claras soluciones para todos los casos, como ideal burgués para empeñarse en el mundo de los negocios con una buena dosis de certidumbre, se desvanece¹⁶⁵.

Este principio que impuso a “Su Majestad la Ley” como límite a la arbitrariedad del poder, una vez instituido, con su tendencia rigorista y formalista, es puesto en jaque por “Su Señoría el Juez”.

No se puede negar la influencia que tienen los jueces sobre los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos no sólo a través de la reformulación de normas jurídicas generales, sino también mediante el control del procedimiento judicial.

A lo largo de este estudio hemos descripto y analizado como a través de un principio que se incorpora para reducir los márgenes de injusticia e inseguridad jurídica se puede terminar potenciando los mismos frente a la impredecibilidad de las decisiones judiciales.

Porque mientras que la concreción normativa o contractual disipa la inseguridad jurídica, las cláusulas generales dispensan al juez de acudir a cánones hermenéuticos.

El peligro se encuentra latente porque se trata de un principio general que abarca, por su propia naturaleza, un conjunto de derechos especiales, los de los niños.

Los amplios términos de su formulación hacen que su interpretación pueda ir cambiando de acuerdo a la realidad social. Es así como este principio general se va vaciando de contenido.

Si bien la indeterminación de la cláusula general va salvándose a través de la fijación de pautas o parámetros que van decantando una suerte de código de criterios típicos, que aunque no alcancen completa uniformidad, son generadores de seguridad jurídica¹⁶⁶, los jueces tienen la facultad de recurrir a distintas técnicas dialécticas para elaborar nuevas normas en sentido amplio y para hacerlo en forma no manifiesta ni evidente. Ellos son los encargados de ajustar el derecho a ciertos ideales racionales y axiológicos, preservando la sensación de seguridad jurídica.

Cuando los jueces apoyan sus decisiones en normas jurídicas lo hacen a través de juicios “de adhesión normativa” y que consisten en juicios valorativos que se inspiran en principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden jurídico¹⁶⁷.

Dejar las decisiones sujetas a lo que podríamos denominar “arte jurisprudencial” implicaría dejarlo sometido a convenciones o posiciones generalmente aceptadas por la clase de los juristas. Como hubo en el derecho romano “*regulae iures*” y “*responsa*” o en el derecho medieval “*brocardos*” y “*concilia*”, hay en una determinada ciencia del derecho reglas, máximas o directivas que se convierten en “convicciones” o “convenciones” en lo que algunos han llamado un “pensamiento jurídico institucional”.

Dejar al arbitrio judicial la posibilidad de imbricar las exigencias derivadas del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones conforme a las exigencias de un principio general vacío de contenido pone en peligro no sólo la seguridad jurídica sino la propia subsistencia de una disciplina que protege a los niños frente al abuso y explotación producto del trabajo infantil.

El fin principal del ser humano es la felicidad por lo que debemos asumir el compromiso de garantizar los derechos del niño y dotar cada vez con mayor contenido al principio del interés superior del niño atendiendo particular y especialmente a sus condiciones esenciales, aquellas propias de un “niño”.

165 DIEZ PICAZO, L. en prólogo a libro de WIEACKER, F: “El Principio General de la Buena Fe”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982, Trad. José Luis Carro, pág. 16.

166 MONTOYA MELGAR, A., op. cit., pág. 47 citando a SAFFIOTI, M.T.: “Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato”, Turín, 1999, pág. 111.

167 NINO, S.: “El lenguaje del derecho”. Ensayos en homenaje de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, 1982.

O CONCEITO DE CONSUMIDOR NO DIREITO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS TEORIAS FINALISTA, MAXIMALISTA E MISTA

Markus Samuel Leite Norat

RESUMO

Uma relação jurídica, para que possa ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, deverá apresentar três elementos: o subjetivo, o objetivo e o finalístico. Dessa maneira, estaremos diante de uma relação jurídica de consumo. O elemento subjetivo diz respeito aos pólos desta relação: o consumidor e o fornecedor.

Ao cuidar da explicação do conceito atribuído ao consumidor, pelo Código de Defesa do Consumidor, a doutrina consumerista entrou em discordância, quando se trata de determinar quem, e em quais circunstâncias, seria o “destinatário final” explicitado no artigo 2º do Código do Consumidor brasileiro.

A doutrina se dividiu ao ponto de instituir correntes doutrinárias divergentes para determinar o “destinatário final” que adquire ou utiliza o produto ou o serviço. A saber, existem três correntes doutrinárias, cada uma com sua própria teoria, para definir a conceituação de consumidor: a finalista, a maximalista e a mista.

O operador do Direito deve ter a adequada ciência sobre a conceituação do consumidor, para, assim, saber distinguir de forma correta, quando uma relação jurídica deverá ser tutelada pelo Direito Consumerista ou pelo Direito Civil.

Palavras-chave: *Direito do Consumidor, Conceito de Consumidor, Teoria Finalista, Teoria Maximalista, Teoria Mista.*

THE CONCEPT OF CONSUMER IN LAW: A COMPARISON BETWEEN THEORY FINALIST, MAXIMALIST AND MIXED

ABSTRACT

A legal relationship must submit three elements: the subjective, objective and finalistic, so you can be protected by the Code of Consumer Protection. Thus, we are faced with a legal relationship of consumption. The subjective element relates to the poles of this relationship: the consumer and the supplier.

By taking care of the explanation of the concept given to the consumer, the Consumer Protection Code, the consumerist doctrine came into disagreement when it comes to determining whom and under what circumstances, would be the "final destination" spelled out in Article 2 of the Code of Brazilian consumers.

The doctrine was divided to the point of introducing divergent doctrinal trends to determine the "ultimate consignee" who acquires or uses the product or service. Namely, there are three doctrinal streams, each with its own theory, to define the concept of consumer: the finalist, the maximalist and the mixed.

The operator must have the right to adequate science on the conceptualization of the consumer, to thus to distinguish accurately, when a legal relationship should be protected by law Consumerista or civil law.

Key-words: *Consumer Law, Consumer Concepts, Finalist Theory, Theory Maximalist, Theory Mixed.*

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Conceito de Consumidor; 2.1 A teoria finalista; 2.2 A teoria maximalista; 2.3 A teoria mista; 2.4 Consumidores equiparados; 2.4.1 A coletividade de pessoas; 2.4.2 Vítimas do evento; 2.5 Direitos básicos do consumidor; 3. Conceito de Fornecedor; 4. Conceito de Produto; 4.1 Produtos móveis ou imóveis; 4.2 Produtos materiais ou imateriais; 4.3 Produtos não duráveis; 4.4 Produtos duráveis; 5. Conceito de Serviço; 5.1 Serviço de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária; 5.2 Serviços públicos; APÊNDICES; REFERÊNCIAS.

1. Introdução

A ideia de regramento de comportamentos e obrigações a serem realizados durante e após as relações de consumo não é recente como alguns podem acreditar; podemos, pois, encontrar normas que tinham a intenção de proteger o consumidor em um dos mais antigos registros de documentos jurídicos que se tem notícia, o Código de Hammurabi.

Formulado pelo Rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), com o intento de “torná-lo glorioso entre os

reis”¹⁶⁸, o código adotava o princípio do “olho por olho, dente por dente”. Entre os preceitos legais 215 - 240, o Código de Hammurabi trazia leis que regulavam algumas categorias especiais de trabalhadores, assim como: médicos, veterinários, barbeiros, pedreiros, arquitetos, entre outros. Essas leis conferiam direitos e obrigações entre esses profissionais e àquelas pessoas que contratavam os seus serviços.

Embora os povos praticassem atividades comerciais desde o período da antiguidade, poucos desses tinham um direito que regulasse essas atividades. Diferentemente dos babilônicos que dispunham do Código de Hammurabi, “os fenícios, que são considerados um povo que praticou o comércio em larga escala, não possuíam regras especiais aplicáveis às relações comerciais”.¹⁶⁹ Já na Índia do século XIII a.C., encontramos o “sagrado” Código de Massú estabelecia punições para os casos de adulteração de alimentos.

Os gregos tinham normas que regiam o assunto, porém entre eles imperava um direito calcado nos costumes, com cuidados em preservar os direitos do consumidor. “Na Grécia, conforme lição extraída da *Constituição de Atenas*, de Aristóteles, também havia essa preocupação latente com a defesa do consumidor. Como explicitado pelo mestre estagirista, são também designados por sorteio os fiscais de mercado, cinco para o Pireu e cinco para a cidade; as leis atribuem-lhes os encargos atinentes às mercadorias em geral, a fim de que os produtos vendidos não contenham misturas nem sejam adulterados; são também designados por sorteio os fiscais das medidas, cinco para a cidade e cinco para o Pireu; ficam a seu encargo as medidas e os pesos em geral, a fim de que os vendedores utilizem os corretos; havia também os guardiães do trigo; eles se encarregam, em primeiro lugar, de que o trigo em grão colocado no mercado seja vendido honestamente; depois, de que os moleiros vendam a farinha por um preço correspondente ao da cevada, e de que os padeiros vendam os pães por um preço correspondente ao do trigo e com o seu peso na medida por eles prescrita (com efeito, a lei ordena que eles o fixem); são também designados por sorteio dez inspetores do comércio, aos quais se atribuem os encargos mercantis, devendo eles obrigar os comerciantes a trazerem para a cidade dois terços do trigo transportados para comercialização (...) o juro de uma dracma incidente sobre o capital de uma mina implicava uma taxa de 1% ao mês ou 12% ao ano.”¹⁷⁰

Em Roma, apesar do forte desenvolvimento jurídico promovido pelos romanos, eles também não dispunham de um ordenamento centralizado sobre o assunto. O Direito Comum, com algumas poucas exceções, é que regulava as relações de compra e venda entre eles. “Não se pode, porém, deixar de admitir que o *Ius Gentium* melhor se adaptava às atividades de comércio, chegando alguns autores a sustentar ser esse direito uma consequência do tráfico mercantil.”¹⁷¹

“Destacam-se ainda, no Império Romano, as práticas do controle de abastecimento de produtos, principalmente nas regiões conquistadas, bem como a decretação de congelamento de preços, no período de Deocleciano, uma vez que também nesse período se fazia sentir o processo inflacionário, gerado em grande parte pelo déficit do tesouro imperial na manutenção das hostes de ocupação.”¹⁷²

Versando efetivamente do movimento consumerista, como uma relação definida aos moldes atuais, seu desenvolvimento se deu ao mesmo passo em que os sindicatos lutavam por melhores condições de trabalho para os operários. De fato, os movimentos sindicalistas e consumeristas entrelaçaram-se a ponto de permitir o aparecimento, em 1891, nos Estados Unidos, da *New York Consumer's League*, atualmente designada como *Consumer's Union*, um instituto de conscientização aos consumidores sobre os seus direitos. Nessa mesma época, foram criados boicotes aos patrões, que eram considerados como “maus” patrões aos seus empregados. Eram considerados como “maus”, aqueles que estavam em desacordo com as mudanças sociais propostas pelos sindicatos e que não ofereciam condições dignas aos seus trabalhadores.

Como analisa Hélio Zaghetto Gama, “Um mau comerciante, que explorasse menores, velhos ou mulheres, ou que não se mostrasse razoável frente ao progresso dos direitos sociais, era execrado pelos sindicatos. Um curioso mecanismo de interligação entre as reivindicações trabalhistas e as aspirações dos consumidores gerou boicote aos maus fornecedores.”¹⁷³

Em 1960 surgiu a *IOCU – Organization of Consumers Unions*, que foi inicialmente constituída por

168 ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. São Paulo: Ática, 2001. p.25.

169 MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 33.

170 ARISTÓTELES. *Constituição de atenas*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 103-247. *Apud* FILOMENO, José Geraldo Brito, *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010. p. 3.

171 NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 89.

172 FILOMENO, José Geraldo Brito, *Op. cit.* p. 3-4.

173 GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 3.

organizações de cinco países: Austrália, Bélgica, Estados Unidos, Holanda e Reino Unido. Atualmente a IOCU é designada como *CI – Consumers International*, uma federação mundial de grupos de consumidores que atua em 115 países distribuídos por todos os continentes do Planeta e congrega mais de duzentas e vinte associações de proteção e defesa do consumidor. Inclusive, o Brasil é representado na *Consumers International* através do IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e pelo PROCON. A organização é reconhecida pela ONU – Organização das Nações Unidas.

Em 15 de março de 1962, o então presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, encaminha uma mensagem ao Congresso daquele país, reconhecendo os direitos do consumidor, onde considera, por definição, que todos nós somos consumidores, compondo, assim, o maior grupo econômico, e apesar de ser o único grupo importante, muitas vezes suas opiniões não são ouvidas.

Acompanhando esse entendimento, em 16 de abril de 1985 a Organização das Nações Unidas adota a Resolução 39-248, que constitui diretrizes universais para uma política de amparo ao consumidor e destaca a vulnerabilidade que o consumidor apresenta em suas relações com os fornecedores de produtos e serviços.

“A Resolução 39-248, em última análise, traçou uma política geral de proteção ao consumidor destinada aos Estados filiados, tendo em conta seus interesses e necessidades em todos os países e, particularmente, nos em desenvolvimento, reconhecendo que o consumidor enfrenta, amiúde, desequilíbrio em face da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação. Reconhece, ainda, que todos os consumidores devem ter o direito de acesso a produtos que não sejam perigosos, assim como o de promover um desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e seguro. Nela, basicamente, encontra-se a preocupação fundamental de: proteger o consumidor quanto a prejuízos à saúde e segurança, fomentar e proteger seus interesses econômicos, fornecer-lhe informações adequadas para capacitá-lo a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais, educá-lo, criar possibilidades de real ressarcimento, garantir a liberdade para formação de grupos de consumidores e outras organizações de relevância, e oportunidade para que essas organizações possam intervir nos processos decisórios a elas referentes.”¹⁷⁴

Nessa Resolução, notadamente, se evidencia a preocupação da Assembleia Geral da ONU em incumbir aos Estados o dever de constituir e aplicar políticas próprias para se perpetrar a defesa do consumidor, bem como adotar medidas que garantam a manutenção desses regramentos.

2. Conceito de Consumidor

A Constituição Federal do Brasil determina ao Estado promover a defesa ao consumidor, mas não define quem seria esse sujeito de direitos. Conceituação esta, que encontraremos a partir do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que traz, expressamente, em seu texto, o conceito de consumidor no artigo 2º, e completa essa conceituação nos artigos 17 e 29.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Além da conceituação expressa no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, importante se faz, para uma melhor explicitação, tomarmos definições do termo consumidor também a partir de dicionários da língua portuguesa e dicionários jurídicos.

O Dicionário Houaiss da língua portuguesa considera consumidor como sendo: “*adj.s.m.* que ou o que consome. 1 que ou aquele que adquire mercadorias, riquezas e serviços para uso próprio ou de sua família; comprador, freguês, cliente.”¹⁷⁵

O Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa traz o seguinte significado para consumidor: “*Adj.* 1.

174 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.* p. 6.

175 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 815.

Que consome. *S. m.* 2. Aquele ou aquilo que consome. 3. *Restr.* Aquele que compra para gastar em uso próprio.”¹⁷⁶

Para Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, temos a seguinte definição: “1. Pessoa física ou jurídica que adquire ou usa produto ou serviço como destinatário final. 2. Coletividade de pessoas que intervêm numa relação de consumo. 3. Aquele que consome. 4. O que compra produtos para uso próprio, sem intenção de revendê-los para obter lucro.”¹⁷⁷

Conforme Pedro Nunes, no Dicionário de Tecnologia Jurídica, a acepção de consumidor seria: “Aquele que adquire comercialmente todas as coisas necessárias à sua manutenção, ou que deseja possuir, segundo o seu status financeiro ou social; segundo a Teoria Finalista é o consumidor final sujeito ao princípio da vulnerabilidade.”¹⁷⁸

Assim, pode-se determinar que o consumidor possa ser uma pessoa física, uma pessoa jurídica ou, até mesmo, por meio de equiparação, a coletividade de pessoas, independente de serem determináveis ou não, que adquirem ou utilizam produtos ou serviços, para o seu próprio benefício ou de outrem.

Não podemos deixar de mencionar que, ao cuidar da explicação do conceito atribuído ao consumidor, pelo Código de Defesa do Consumidor, a doutrina consumerista entrou em discordância, quando se trata de determinar quem, e em quais circunstâncias, seria o “destinatário final” explicitado no artigo segundo do CDC.

A doutrina se dividiu ao ponto de instituir correntes doutrinárias divergentes para determinar o “destinatário final” que adquire ou utiliza o produto ou o serviço.

A saber, existem três correntes doutrinárias, cada uma com sua própria teoria, para definir a conceituação de consumidor: a finalista, a maximalista e a mista.

2.1 A teoria finalista

A corrente finalista defende a teoria que o consumidor – destinatário final seria apenas aquela pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou contrata o serviço para utilizar para si ou para outrem de forma que satisfaça uma necessidade privada, e que não haja, de maneira alguma, a utilização deste bem ou deste serviço com a finalidade de produzir, desenvolver atividade comercial ou mesmo profissional.

Os finalistas afirmam que, ao se adquirir um produto ou serviço com a finalidade de desenvolver uma atividade de produção, seja para compor o estabelecimento ou para revender o produto, mesmo que transformado, este não estaria utilizando o produto ou serviço como destinatário final.

Nesta conjuntura estaria se caracterizando a compra do produto ou a contratação do serviço para a produção ou comercialização, pois este seria destinado, tão somente, para a revenda, transformação ou incorporação ao estabelecimento, para que um consumidor – destinatário final adquira ou contrate com este profissional ou empresa.

“Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida ‘destinação final’ do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.”¹⁷⁹

De acordo com a corrente finalista, o comerciante e o profissional poderão ser considerados como consumidores, quando adquirirem produtos ou contratarem serviços para o uso não profissional, ou seja, que não tenham nenhuma ligação com a sua atividade produtiva. Desta maneira, estariam utilizando o produto ou o serviço para uso privado, por uma necessidade ou satisfação pessoal, de tal modo, poderiam ser considerados como vulneráveis.

176 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009. p. 533.

177 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 818. Volume 1.

178 NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 13. ed. rev., ampl. e atual. por Artur Rocha. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 290.

179 MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71.

2.2 A teoria maximalista

A corrente maximalista defende a teoria de que o consumidor – destinatário final seria toda e qualquer pessoa física ou jurídica que retira o produto ou o serviço do mercado e o utiliza como destinatário final.

Nesta corrente não importa se a pessoa adquire ou utiliza o produto ou serviço para o uso privado ou para o uso profissional, com a finalidade de obter o lucro.

Os maximalistas veem “nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2.º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2.º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para reutilizar e a destrói. Segundo esta teoria maximalista, a pergunta da vulnerabilidade *in concreto* não seria importante. Defende que, diante de métodos contratuais massificados, como o uso de contratos de adesão, todo e qualquer co-contratante seria considerado vulnerável.”¹⁸⁰

Os maximalistas defendem que será considerado como consumidor aquele que retire o produto ou serviço do mercado e que o utilize como destinatário final, sem importar se este produto ou serviço adquirido seja utilizado para satisfazer uma necessidade pessoal, ou para ser incorporado a um novo processo de produção.

Nota-se, portanto, que o elemento fático para definição do *status* de consumidor à pessoa física ou jurídica, nesta corrente, não se dará, pelo sujeito de direitos que adquiriu o produto ou o serviço. Este sujeito será definido como consumidor, tão somente, por realizar a compra do produto ou a contratação do serviço.

Cabe ainda, uma observação quanto a esta corrente: Se todas as pessoas, profissionais ou não, que adquirem ou utilizam um produto ou um serviço serão consideradas como consumidores, dessa maneira, somente uma pessoa que estiver vinculada ao processo de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização do produto que está sendo adquirido, não poderá ser considerada como consumidor.

2.3 A teoria mista

Esta corrente, também é conhecida como teoria finalista temperada ou teoria finalista aprofundada. Porém, não consideramos que esta teoria seria um mero aprofundamento da teoria finalista. É bem verdade que esta teoria mescla elementos da teoria finalista e também da teoria maximalista. Desta forma, consideramos errônea a denominação finalista temperada ou finalista aprofundada, sendo, pois, mais adequado denominá-la como teoria mista.

Nesta corrente doutrinária, o consumidor – destinatário final seria aquela pessoa que adquire o produto ou o serviço para o uso privado, porém, admitindo-se esta utilização em atividade de produção, com a finalidade de desenvolver atividade comercial ou profissional, desde que seja provada a vulnerabilidade desta pessoa física ou jurídica que está adquirindo o produto ou contratando o serviço.

“Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave é o da vulnerabilidade.”¹⁸¹

A teoria mista trata diferenciadamente aqueles que adquirem um produto ou serviço para utilizá-lo como forma de produção, pois estes adquirentes podem possuir tanta vulnerabilidade em relação ao produto ou serviço que está sendo adquirido, como qualquer outra pessoa que o utilizaria para satisfação de uma

180 MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. *Ibidem*. p. 71.

181 MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. *Ibidem*. p. 73.

necessidade própria.

Seria, por exemplo, a padaria que compra um veículo automotor para utilizá-lo na entrega das encomendas e este apresenta diversos vícios de produção; ou ainda, a empresa de entrega de correspondências que adquire um veículo para utilizar no transporte de mercadorias e este apresenta os mesmos problemas encontrados no automóvel adquirido pela padaria. Há de se notar que tanto o padeiro como a empresa de entrega de correspondências possuem habilidades distantes da produção de automóveis, portanto podem não ter o menor conhecimento técnico sobre veículos, da mesma maneira que qualquer outra pessoa que adquire o veículo para uso privado. Para a teoria mista, são todos igualmente vulneráveis neste aspecto.

Esta corrente, entre as três já mencionadas, apresenta mais concordância com o princípio fundamental do Código de Defesa do Consumidor, que é a proteção dos mais fracos perante os mais fortes, daqueles que são, portanto, notadamente, vulneráveis.

O Código do Consumidor brasileiro tem como elemento fático a proteção dos vulneráveis, em observância da boa-fé empregada na relação jurídica de consumo.

Seguindo a corrente finalista, o padeiro e a empresa de entrega de correspondências, sujeitos de direitos que utilizamos como exemplo neste item, mesmo sendo, visivelmente, as partes vulneráveis da relação jurídica estabelecida com a fabricante dos automóveis, não poderiam se utilizar do CDC para elucidar seu problema, pois não seriam considerados consumidores.

Assim sendo, fica evidenciado uma proteção incompleta do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pois não estaria atingindo o objetivo de harmonizar as relações jurídicas de consumo entre os sujeitos de direitos vulneráveis e os sujeitos que estão na posição de comando.

Se a corrente finalista não transmite uma proteção integral, a teoria maximalista, por sua vez, faz uma proteção demasiada, quando incumbe ao CDC uma tarefa que seria do Código Civil brasileiro: regulamentar a relação jurídica entre dois fornecedores, que devem ser tratados como iguais.

Destarte, não restam dúvidas de que a corrente que adota a teoria mista é a mais condizente com o intento e com os princípios que conduzem todo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a saber: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a aferição da boa-fé nas relações entre consumidores e fornecedores.

Portanto, a teoria mista, corrente da qual faço parte, determina de forma mais acertada o conceito de consumidor – destinatário final.

2.4 Consumidores equiparados

Até este momento, tratamos neste capítulo da explicitação do termo consumidor, quando conferido àquela pessoa individual, determinável, que, como destinatário final, adquire ou utiliza produto ou serviço.

Ocorre que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor vai mais além, e confere, também, à coletividade de pessoas e vítimas do evento o *status* de consumidor.

2.4.1 A coletividade de pessoas

O parágrafo único do artigo segundo do CDC decide que a coletividade de pessoas, determináveis ou não, que haja intervindo nas relações de consumo, são equiparáveis aos consumidores.

Assevera Filomeno que, “Dessa forma, além dos aspectos já tratados em passos anteriores, o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do Código do Consumidor é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a determinado produto ou serviço. Tal perspectiva é extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos e serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se assim, abstratamente, as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou, então, se já provado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis, circunstâncias essas pormenorizadamente previstas a partir do art. 8º e seguintes do Código do Consumidor, e, sobretudo pelo art. 81 e seguintes.”¹⁸²

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor reconhece que as pessoas, mesmo sem adquirir ou

182 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.* p. 39.

utilizar produto ou serviço como destinatário final, ou que estejam em grupos indetermináveis, podem estar em condição de vulnerabilidade às práticas comerciais cometidas pelos fornecedores.

Sendo assim, esse grupo de pessoas necessita ser defendido, amparado através das normas e princípios do CDC, de forma equiparada àqueles consumidores individuais e determináveis que participaram da relação jurídica de consumo, ou seja, adquiriram produtos ou serviços como destinatário final.

A coletividade de pessoas (consumidores equiparados), que, de algum modo, tiver sido prejudicada pelos atos cometidos pelos fornecedores goza de toda a garantia oferecida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Este regramento se completa com o artigo 29 do CDC, que também iguala aos consumidores, todas as pessoas, determináveis ou não, expostas a práticas comerciais abusivas.

“A leitura adequada do art. 29 permite, inclusive, uma afirmação muito simples e clara: não se trata de equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas às práticas. É mais do que isso. O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, toda a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática.”¹⁸³

A norma do referido artigo estabelece, portanto, que a coletividade de pessoas, mesmo que sejam representadas por órgãos de defesa do consumidor, podem ser amparadas através das diretrizes estabelecidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, para se defenderem dos atos abusivos praticados pelos fornecedores no meio social.

2.4.2 Vítimas do evento

Quando versa sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 17, trata como sendo consumidor, através de equiparação, todas as vítimas de um acidente de consumo.

Este consumidor equiparado, denominado como consumidor *bystander*, mesmo não tendo uma participação direta em uma determinada relação de consumo, pode tornar-se vítima de um evento danoso causado por um acidente de consumo e sofrer consequências da mesma forma como o consumidor que adquiriu o produto ou o serviço.

Sendo assim, basta que a pessoa física ou jurídica tenha sua segurança ou saúde atingida por um evento decorrente de um produto ou serviço, mesmo que não tenha adquirido ou utilizado este produto ou serviço, podendo até, esta pessoa, ser estranha à relação de consumo, para que seja igualada a condição de consumidor e tenha toda a proteção das normas e princípios presentes no Código de Defesa do Consumidor.

Como exemplo, tome a seguinte situação: um estudante que acaba de ser aprovado no vestibular de direito, encontra em cima da sua mesa de estudos um bilhete dos seus pais dizendo que ele fosse, o quanto antes, à concessionária de automóveis que fica localizada na avenida principal da cidade, pois eles haviam comprado um automóvel como prêmio pela sua aprovação no vestibular. O estudante apanha todos os seus documentos e vai até a concessionária buscar o seu automóvel novo. Ao sair da loja guiando o veículo, o estudante observa que a luz vermelha do semáforo acende, ele pisa no pedal do freio e constata que este não está funcionando, ele ainda tenta controlar o automóvel, porém a direção também não obedece aos seus comandos e o veículo vai de encontro a um ponto de ônibus, atingindo uma médica, um padeiro e um veterinário que estavam no local. Feita a perícia, constata-se que o veículo, apesar de novo, foi entregue ao consumidor sem uma peça que serve de encaixe ao pedal do freio e, além disso, com a barra de direção quebrada.

Neste caso, todas as pessoas atingidas pelo veículo são vítimas do acidente de consumo, sendo, portanto, consumidores equiparados ao estudante (o estudante, por sua vez, é consumidor porque seus pais adquiriram o veículo para lhe satisfazer um desejo ou uma necessidade). Todas essas pessoas (o estudante, a médica, o padeiro e o veterinário) podem reclamar os seus direitos junto ao fornecedor.

2.5 Direitos básicos do consumidor

Como forma de complementar a conceituação de consumidor, resolvemos adicionar neste capítulo, a

183 NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.

explanação sobre os direitos básicos do consumidor, como determina o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;(...)

(...) X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Portanto, nas relações jurídicas de consumo, devem ser observados esses direitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Na realidade, devemos interpretá-los como sendo o mínimo de direitos que o consumidor possui nas relações jurídicas de consumo.

3. Conceito de Fornecedor

Após explicitar a conceituação do consumidor, bem como das teorias sobre o assunto e das espécies de consumidor, definir-se-á agora o outro pólo da relação jurídica de consumo, o fornecedor.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor conceitua o fornecedor no artigo terceiro, e traz as definições para produto e para serviço em seus parágrafos, como observaremos a seguir:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Da mesma forma que procedemos na acepção do termo consumidor, tomaremos, para uma melhor explicitação, além da conceituação expressa no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, definições do termo fornecedor, também, a partir de dicionários da língua portuguesa e dicionários jurídicos.

O Dicionário Houaiss da língua portuguesa considera fornecedor como sendo: “*adj.s.m.* 1 que ou o que fornece (algo) 2 que ou aquele que abastece com regularidade (alguém) com algum produto, matéria-prima, água, gás, eletricidade etc. 3 que ou o que produz, que é fonte de; produtor.”¹⁸⁴

O Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa traz o seguinte significado para fornecedor: “*adj.* 1. Que fornece. *S. m.* 2. Aquele que fornece ou se obriga a fornecer mercadorias.”¹⁸⁵

¹⁸⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Op. cit.* p. 1376.

¹⁸⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.* p. 925.

Para Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, encontramos o seguinte sentido para fornecedor: “1. É a pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou ente despersonalizado, que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”¹⁸⁶

Segundo Pedro Nunes, em seu Dicionário de Tecnologia Jurídica, o conceito de fornecedor seria: “Aquele que fornece ou abastece de víveres ou mercadorias necessárias. Produtor.”¹⁸⁷

Nota-se que, entre os conceitos de fornecedor explicitados acima, incluindo o disposto pelo próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor, apenas o Dicionário Houaiss da língua portuguesa traz em sua definição do termo fornecedor, o pré-requisito essencial para se determinar a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, e os entes despersonalizados, como sendo um fornecedor: a habitualidade.

Importantíssimo se faz a expressa disposição no conceito de fornecedor: somente poderá ser determinado como sendo fornecedor, aquela pessoa que coloque produtos ou serviços no mercado de consumo de forma habitual.

Se, por exemplo, uma padaria que possua um veículo automotor e o utilize para transportar suas encomendas, decidir vender este veículo para uma pessoa particular, este estabelecimento não pode ser considerado como fornecedor nessa relação, pois ela não tem habitualidade de negociar a compra e venda de veículos automotores. A padaria tem a habitualidade, apenas, de produzir alimentos.

No exemplo supramencionado, inexistente um fornecedor nesta relação de consumo, portanto esta relação não poderá ser normatizada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, visto que o consumidor carece da presença do fornecedor para que exista a relação jurídica de consumo e para que esta seja regulada pelo CDC. Assim, esta relação deverá ser regida pelo Código Civil brasileiro.

Justamente pela obrigatoriedade da existência de um fornecedor para que o consumidor possa ser tutelado pelos efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é que a definição de fornecedor recebe tanta amplitude. O Código determina que fornecedor seria aquela pessoa que desempenha atividade de produzir, montar, criar, construir, transformar, importar, exportar, distribuir ou comercializar produtos ou prestar serviços. Sendo assim, é fornecedor aquele que coloca produtos ou serviços à disposição no mercado de consumo, desde que de forma habitual.

4. Conceito de Produto

Vamos tratar agora do produto, e em seguida do serviço, elementos objetivos da relação jurídica de consumo.

Produto é a consequência da produção, é a coisa que foi fabricada para ser colocada no mercado de consumo, tornando-se, por subsecutivo, o direito do consumidor e a obrigação do fornecedor no processo da relação jurídica de consumo. O parágrafo 1º artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor define produto como sendo: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” Devemos dizer aqui, ainda, que o produto pode ser novo ou usado.

Esta definição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor nos dá, inclusive, uma boa oportunidade de exemplificar, na prática, o motivo pelo qual o CDC deve ser tratado como *microsistema jurídico* (já tratamos mais detidamente este assunto no capítulo II desta obra), quando, o parágrafo primeiro do artigo 3º do CDC nos remete ao conceito de bem, originado do Código Civil brasileiro.

É verdade que o termo *bem* é mais abarcante que o termo *produto*, porém o Código do Consumidor, para possibilitar uma proteção ampla, sob todos os aspectos, determina que o produto aludido na matéria trate-se de qualquer bem. Sendo assim, para as relações jurídicas de consumo, bem tem o mesmo significado de produto, mesmo que móvel ou imóvel, material ou imaterial, durável ou não durável, novo ou usado.

Destarte, produto sendo tomado como qualquer bem, vamos, pois, elucidar a concepção do termo *bem*: *Bem* é uma coisa que pode ser útil e almejada, sendo suscetível de ser apropriada. “Assim, todos os bens são coisas, mas nem todas as coisas são bens. O sol, o mar, a lua são coisas, mas não são bens, porque não podem ser apropriados pelo homem.”¹⁸⁸ Na acepção consumerista, bem – produto deve ser entendido como o objeto da relação jurídica de consumo. Este objeto satisfaz a necessidade do consumidor que o adquire ou o utiliza como destinatário final.

¹⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 585. Volume 2.

¹⁸⁷ NUNES, Pedro. *Op. cit.* p. 556.

¹⁸⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Volume 1. p. 322.

O Código de Defesa do Consumidor trata de produto, também, no inciso I e II do artigo 26, quando trata do direito de reclamar dos vícios aparentes ou de fácil constatação dos produtos não duráveis e dos produtos duráveis.

4.1 Produtos móveis ou imóveis

A legislação consumerista considera o produto móvel ou imóvel como unívoco do bem móvel ou imóvel, sendo assim, vamos, pois, elucidar o produto móvel e o imóvel através do Código Civil de 2002:

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.¹⁸⁹

Assim, são produtos móveis aqueles que têm a capacidade de movimento próprio ou que possam ser transportados sem que lhe incida qualquer tipo de perda ou modificação; já os produtos imóveis não podem ser transportados, em caso contrário, sofrerão avarias em sua substância ou depreciação em sua destinação econômico-social.

4.2 Produtos materiais ou imateriais

Os produtos materiais são as coisas corpóreas, são os objetos que ocupam espaço no mundo físico, aqueles que nós podemos ver e tocar, como por exemplo, uma caneta, um livro, um sapato.

Os produtos imateriais são as coisas incorpóreas, nós não podemos sentir essas coisas fisicamente, elas não ocupam lugar no meio físico, são, portanto, produtos abstratos. Podemos citar como exemplo destes, vários produtos oferecidos pelas instituições financeiras, como o mútuo e a caução, ou mesmo produtos oferecidos por outras instituições, como a energia elétrica.

4.3 Produtos não duráveis

Podemos tomar a significação, dada pelo artigo 86 do Código Civil brasileiro, de bens consumíveis para definir o produto não durável: “São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.”¹⁹⁰

O objeto da relação de consumo denominado como produto não durável tem a mesma característica

189 BRASIL. *Novo Código Civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004. p. 77.

190 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil anotado e legislação complementar*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 96.

definida pelo Código Civil, é um produto que se exaure, naturalmente, pela sua própria utilização. Como por exemplo: alimentos, bebidas, produtos de higiene etc.

4.4 Produtos duráveis

O produto durável é aquele que, diferentemente do produto não durável, não se exaure pelo próprio uso. São bens que devem ser utilizados várias vezes por um longo decurso de tempo. Pode-se citar como exemplo de produto durável um automóvel, uma mesa, um computador, um livro, entre outros.

Ressalte-se que os produtos descartáveis são produtos duráveis. O produto descartável é destinado a ser utilizado uma única vez, porém este produto não se exaure pelo seu próprio uso; ele é aproveitado uma única vez porque é jogado no lixo após o uso. Assim sendo, este tipo de produto não se enquadra na definição de produto não durável, Portanto devemos caracterizá-lo como um produto durável. Por exemplo: garfo de plástico, guardanapo etc.

5. Conceito de Serviço

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor define, no parágrafo segundo do artigo 3º, serviço como sendo: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Para o Código, serviço é, portanto, aquela atividade que é fornecida mediante pagamento, ou seja, os serviços prestados sem remuneração não são regulados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Deve-se entender aqui que, por vezes o produto e o serviço são ofertados como se fossem gratuitos ao consumidor, mas na realidade o preço deste produto ou serviço está incumbido no valor de outro produto ou serviço que o consumidor deverá adquirir – É o pagamento indireto. Este tipo de serviço deve ser considerado como um serviço efetuado mediante pagamento, já que o consumidor, indiretamente, paga pelo serviço, portanto, tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Importante se faz ressaltar que, a prestação de serviços pode ou não vir acompanhada de um produto, mas quando o fornecedor se presta a vender um produto, este processo sempre acompanha a prestação de um serviço. Veja o exemplo: Quando o cabeleireiro corta o cabelo do consumidor, somente se verifica a prestação de serviço; porém quando o consumidor vai adquirir um automóvel, o vendedor presta serviço ao atendê-lo, ao fornecer-lhe o *test drive* etc.

O Código de Defesa do Consumidor divide os serviços em não duráveis e duráveis. Consideramos um serviço não durável aquele que se completa com uma prestação, sem a necessidade de prosseguimento nesta prestação. Um exemplo de uma prestação de serviço não durável é o corte de cabelo. Já o serviço durável é aquele que é prestado de forma contínua. Neste tipo de serviço é estabelecido um prazo para a sua prestação. Como por exemplo, o serviço de ensino prestado aos acadêmicos, por uma faculdade.

5.1 Serviço de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária

Mesmo com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor dispondo expressamente que as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, são serviços regidos pelo CDC, as instituições financeiras tentaram, através da Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, que propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2591, no ano de 2001, fundar a errônea ideia de que as atividades praticadas pelas instituições financeiras não deveriam ser reguladas pelo CDC.

Alegavam, à época, que o Sistema Financeiro Nacional, de acordo com o artigo 192 da Constituição Federal, não se tratava de matéria a ser regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, pois, este assunto só poderia ser tratado por uma Lei Complementar, e o Código do Consumidor trata-se de uma lei Ordinária. O resultado proferido pelo Supremo Tribunal Federal foi pela improcedência.

Vale ressaltar que, desde 29 de maio de 2003, a Emenda Constitucional nº 40 modificou a redação do *caput* do artigo 192 da Constituição Federal, e revogou seus parágrafos.

“No Egrégio Superior Tribunal de justiça, tal questão já se encontra totalmente pacificada, o que se

verifica do enunciado nº 297, da Súmula da Jurisprudência daquela excelsa Corte.”¹⁹¹

Neste entendimento, José Reinaldo de Lima Lopes completa: “É fora de dúvida que os serviços financeiros, bancários e securitários encontram-se sob as regras do Código de Defesa do Consumidor. Não só existe disposição expressa da Lei nº 8.078/90 sobre o assunto (art. 3º, § 2º), como a história da defesa do consumidor o confirma, quando verificamos que a proteção aos tomadores de crédito ao consumo foi das primeiras a ser criada. De outrolado, nas relações das instituições financeiras com seus ‘clientes’ podem-se ver duas categorias de agentes: os tomadores de empréstimos (*mutuários*) e os investidores (*depositantes*).”¹⁹²

Ora, não há o que se discutir neste assunto, visto que a simples observância das atividades prestadas por estas instituições financeiras não deixam a menor brecha para entendimento em contrário. Os bancos prestam serviços e oferecem produtos aos consumidores com habitualidade. Assim sendo, os bancos devem se submeter às regras estabelecidas pelo Código do Consumidor, exceto, com obviedade, quando a relação jurídica não se der entre uma instituição financeira – fornecedor e uma pessoa que se enquadre como consumidor.

5.2 Serviços públicos

A Constituição Federal determina que pertença aos órgãos públicos o dever de manter, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços públicos. Com o desígnio de obrigar a prestação adequada, contínua, eficiente e segura desses tipos de serviços, o Código de Defesa do Consumidor dispõe, no artigo 22, sobre a prestação dos serviços públicos:

Art. 22 Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Da mesma maneira que, no artigo terceiro, tratou da pessoa jurídica pública como fornecedor de produtos ou serviços, o Código do Consumidor traz, no artigo 22, regramentos para a prestação de serviços pelos órgãos públicos.

O Código atribui, sabidamente, a todas as pessoas, públicas ou privadas, que possam prestar serviços públicos, a responsabilidade pela qualidade do serviço que estejam fornecendo.

Assim sendo, aplica-se este dispositivo à União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e empresas privadas que, sob concessão, permissão ou qualquer outra forma, prestem serviços públicos aos consumidores.

Deve-se alertar aqui que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado àqueles serviços em que o consumidor pague por eles através de tarifa ou preço público.

Em se tratando de serviço remunerado através de tributos ou taxas, o Código não os regula. O pagamento de taxa decorre de obrigação tributária. Nesta situação, não estamos tratando de um consumidor, mas sim de um contribuinte.

APÊNDICES

PRINCIPAIS JURISPRUDÊNCIAS

Adiante, acompanharemos determinados entendimentos dos Tribunais de Justiça brasileiros, versando sobre o conceito de consumidor, adotando, para tanto, uma das teorias doutrinárias: finalista, maximalista ou

191 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 1. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 75.

192 LOPES, José Reinaldo de Lima. *in Consumidor e sistema financeiro*, artigo para revista *Direito do Consumidor*. Apud FILOMENO, José Geraldo Brito *in GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 50.

mista.

Embargos de declaração – Legitimidade recursal limitada às partes – Não cabimento de recurso interposto por amici curiae – Embargos de declaração opostos pelo procurador geral da república conhecidos – Alegação de contradição – Alteração da ementa do julgado – Restrição – Embargos providos. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: art. 3º, §2º, do CDC. Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, e Art. 170, V, da CF/1988. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente. (ADI 2591 ED – rel. Min. Eros Grau – Tribunal Pleno – j. 14/12/2006 – Dj 13/04/2007).

CONTRATO. SEGURO EMPRESARIAL. CDC.

É considerada consumidora, a teor do art. 2º da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a pessoa jurídica que contratou um seguro contra eventuais danos que venha a sofrer, dentre os quais roubo e furto de seu patrimônio. Na espécie, o contrato de seguro objetiva a proteção do seu próprio patrimônio e não dos clientes para os quais presta serviço. A proteção objeto do seguro não integra, de forma alguma, os serviços prestados por ela. Precedentes citados: REsp 193.327-MT, DJ 10/5/1999, e REsp 541.867-BA, DJ 16/5/2005. REsp 733.560-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/4/2006.

Apelação cível – Direito privado não especificado – Ação de cobrança cumulada com pedido de danos morais – Compra de caminhão particular – Relação jurídica de natureza civil – Em se tratando de relação jurídica de natureza civil, aplicável ao caso o disposto no art. 441 do Código Civil Brasileiro e não o Código de Defesa do Consumidor – Prazo de reclamação – Vícios ocultos – Do direito de reclamar por vícios ocultos, decai o adquirente no prazo de 30 dias, consoante art. 445, do Código Civil Brasileiro, passando o mesmo a contar da data de efetiva entrega do bem – Vício redibitório – Ausência de comprovação – Inexistindo efetiva comprovação da ocorrência dos fatos alegados, inviável a procedência dos pleitos – Hipótese em que o autor não comprovou, satisfatoriamente, a existência de vício oculto no caminhão adquirido, considerando, especialmente, que se trata de profissional do ramo de compra e venda de automóveis, estando acostumado aos procedimentos de avaliação técnica/mecânica e financeira dos bens que fomentam sua atividade profissional, bem como pelo fato de que o bem móvel adquirido possuía cerca de 20 anos de uso. Inteligência do art. 333, I do CPC. Apelo improvido (TJRS - 10ª Câm. Civ. – AC 70019621630 – rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz – j. 29/11/2007 – Dj. 13/12/2007 p.56).

CDC. COMPETÊNCIA. DANO MORAL. DOAÇÃO. SANGUE.

A recorrente alega que houve erro de diagnóstico do réu, que atestou ser ela portadora do vírus da hepatite tipo C, o que foi comunicado a todos os bancos de sangue do país, impedindo que ela doasse sangue. Promoveu ação de indenização de danos morais em seu domicílio, na qualidade de consumidora (art. 101, I, do CDC). Oposta exceção de incompetência, ela foi acolhida ao entendimento de não se cuidar de relação de consumo. Para o Min. Relator, o serviço traduz-se, exatamente, na retirada do sangue da doadora e, inegavelmente, ela toma o serviço como destinatária final no que se refere à relação exclusiva entre essas duas partes, relação que também integra uma outra entre o banco de sangue e aquele que irá utilizá-lo. É um caso atípico, mas, nem por isso, pode ser apartado da proteção consumerista. São dois os serviços prestados e relações de consumo, sendo que a primeira é uma em si mesma, a captação de sangue pelo banco, mas faz parte de uma segunda, o fornecimento de sangue pelo banco ao receptor. A primeira tem um custeio, sim, mas indireto, visto que pela segunda o banco é remunerado de uma forma ou de outra. Dessa maneira, pode, efetivamente, considerar-se a doadora como partícipe de uma relação de consumo em que ela, cedendo seu sangue, usa os serviços da empresa ré, uma

sociedade limitada, que, no próprio dizer do Tribunal recorrido, como receptora do sangue, vende ou doa. Na espécie, a captação de sangue é atividade contínua e permanente do hemocentro. É sua matéria-prima o sangue e seus derivados. Não se cuida de um serviço que foi prestado casual e esporadicamente, porém, na verdade, constante e indispensável ao comércio praticado pelo réu com a venda do sangue a hospitais e terceiros, gerando recursos e remunerando aquela coleta de sangue da autora que se fez, ainda que indiretamente. Nessas circunstâncias, enquadra-se a hipótese, adequadamente, no conceito do art. 2º do CDC, de sorte que o privilégio do foro do domicílio do consumidor, assegurado no art. 101, I, daquele código, é de ser aplicável ao caso. Diante disso, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, para declarar competente o foro da comarca onde originariamente ajuizada a demanda. REsp 540.922-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 15/9/2009. (4ª Turma) (Inf. 407)

COMPETÊNCIA. CONTRATAÇÃO. SERVIÇO. CRÉDITO. EMPRESA. RELAÇÃO.

CONSUMO.

O estabelecimento comercial, no caso, uma farmácia, celebrou contrato de prestação de serviço de pagamento por meio de cartão de crédito com a ré. Lastreada nesse contrato, vendeu, mediante cartão de crédito, depois de prévia consulta, medicamentos a um consumidor. Contudo a administradora do cartão não pagou a farmácia. Diante da recusa, à farmácia ajuizou uma ação cujo objetivo é o pagamento de dano moral, material, emergente e lucro cessante, bem como a devolução da importância relativa à compra dos medicamentos. A ação foi proposta no foro do Rio de Janeiro, sede da farmácia. Todavia a ré suscitou exceção de incompetência, ao fundamento de existir cláusula de eleição de foro. Acolhida a exceção, remeteram-se os autos à Comarca de São Paulo. A Seção, prosseguindo o julgamento, por maioria, entendeu ser a farmácia destinatária final do serviço de crédito, portanto é o Código de Defesa do Consumidor que rege a relação negocial entre as partes e, conseqüentemente, declarou inválida a cláusula de eleição de foro para privilegiar o foro do consumidor (art. 6º, VIII, do CDC). CC 41.056-SP, Rel. originário Min. Aldir Passarinho Junior, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/6/2004.

Código de Defesa do Consumidor – Destinatário final: conceito – Compra de adubo – Prescrição – Lucros cessantes. 1. A expressão “destinatário final”, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento (STJ - 3ª T. – REsp 208793/MT – j. 18/11/1999 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

CDC. CONTRATO. PESSOA JURÍDICA. FORO COMPETENTE. SERVIÇOS DE

SOFTWARE.

Para a determinação do foro competente para apreciar e julgar controvérsia referente a contrato entre pessoas jurídicas na utilização de serviços de suporte e manutenção de software, deve ser afastada a cláusula que prevê foro diverso do domicílio do autor da demanda, pela aplicação extensiva do conceito de consumidor, ex vi dos arts. 2º e 101, I, do CDC. A recorrente se enquadra em tal conceito porque os serviços prestados pela recorrida não são repassados aos consumidores da recorrente, sendo ela o destinatário final desses. Ela utiliza os serviços para controle interno de sua produção de alimentos. REsp 488.274-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/5/2003.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio (Org.). *Dicionário jurídico acquaviva*. São Paulo: Rideel, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil anotado e legislação complementar*. São Paulo: Atlas, 2004.

ALZUGARAY, Domingo; ALZUGARAY, Cátia (Editores). *A revolução industrial in The concise guiness encyclopédia*. Inglaterra: Guinness Publishing Ltd., 1993.

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. São Paulo: Ática, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. *Código civil*. – 4. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

_____. *Código civil dos estados unidos do Brasil (1916)*. Comentado por Clovis Bevilacqua e atualizado por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. 11. ed. São Paulo / Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves / Paulo de Azevedo, 1958. Volume IV.

_____. *Código de proteção e defesa do consumidor*. Nova ed. rev. atual. e ampl. com o Decreto número 2.181 de 20 de março de 1997. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

_____. *Constituição da república federativa do brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nos 1/1992 a 64/2010, pelo decreto legislativo n 186/2008 e pelas emendas constitucionais de revisão nos 1 a 6/1994*. – 32. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 1. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

COHEN, Dorothy. *Publicidad comercial*. México: Editora Diana, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. Volume 1.

_____, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. Volume 2.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História*. São Paulo: Ática, 2001. Volume Único.

FILOMENO, José Geraldo Brito, *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direito penal do consumidor: código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NORAT, Markus Samuel Leite. *Direito do consumidor: interpretação jurisprudencial*. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: CDAN, 2011.

_____, Markus Samuel Leite. *Direito do consumidor*. – Leme: Edijur, 2012.

_____, Markus Samuel Leite. *Direito do consumidor: oferta e publicidade*. – Leme: Anhanguera, 2010.

_____, Markus Samuel Leite. *Direito para concursos públicos*. – Leme: Edijur, 2012.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 13. ed. rev., ampl. e atual. por Artur Rocha. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SOARES, Paulo Brasil Dill. *Código do consumidor comentado*. 4. ed. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Volume 1.

VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 6. ed., São Paulo: Scipione, 1996.

UM MANIFESTO PELA DEMOCRACIA

Carla Maria Fernandes Brito Barros

RESUMO

O artigo em tela desenvolve-se a partir de um pensamento do filósofo francês Jacques Maritain, no qual referido autor aponta a democracia como sendo a mais alta realização do homem sobre a terra.

Nesse sentido, busca-se denotar a inexorável relação existente entre o estabelecimento de uma real democracia e a consagração dos valores relativos a igualdade e a liberdade, traçando-se um breve paralelo histórico com a organização social norte americana e tomando como premissa o fato de que a democracia não se esgota em uma espécie de modelo ou forma de governo, mas sim, constitui um verdadeiro *modus vivendi* coletivo, um ideal de relação social a ser buscado, de forma constante e perene, pelas sociedades civis de todo o mundo.

Não há pretensão de analisar, em profundidade, os caracteres da democracia ou definir, de forma conclusiva, os meios necessários a sua instituição, trata-se apenas de expor, em manifesto, um sentimento de reverência ao ideal democrático, por ser o único capaz de edificar a paz, o desenvolvimento social e a realização plena dos seres humanos, sendo, exatamente por isso, a mais excelsa das conquistas propiciadas pela razão.

Palavras-chave: *Democracia, igualdade, liberdade.*

MANIFESTO FOR DEMOCRACY

ABSTRACT

The article develops the screen from a thought of the French philosopher Jacques Maritain, in which the author points out that democracy as the highest achievement of man on earth.

Accordingly, we seek to denote the inexorable link between the establishment of real democracy and the enshrinement of values related to equality and freedom, tracing a brief historical parallel with the North American social organization and taking as its premise the fact that democracy does not end in a kind of model or form of government, but rather, is a real *modus vivendi* collective ideal of a social relationship to be searched, so constant and enduring, civil societies around the world.

There is no intention to analyze in depth the characters of democracy or set, conclusively, the means for its establishment, it is only to expose, in a manifesto, a feeling of reverence for the democratic ideal, being the only one capable to build peace, social development and fulfillment of human beings, and for this very reason, the most exalted of the achievements afforded by reason.

Key-words: *Democracy, equality, freedom.*

“A democracia é a mais alta realização terrena, daquilo que o animal racional é capaz sobre a terra...”¹⁹³

O homem, enquanto animal racional, se mostrou capaz de incontáveis maravilhas relativas a sua aptidão de conhecer e transformar o conhecimento em utilidade para espécie humana.

Todavia, passados mais de dois mil anos do nascimento histórico das civilizações, esse mesmo homem ainda busca mecanismos para estabelecer um modelo ideal de convivência entre os seres humanos, um modelo capaz de assegurar a paz social e, ao mesmo tempo, possibilitar o constante desenvolvimento da espécie.

Na verdade, o homem até identificou uma forma de materializar o que Kant¹⁹⁴ nominou de “A Paz Perpétua”, o fazendo pelo estabelecimento de uma real democracia¹⁹⁵ entre os membros do respectivo agrupamento humano.

193 MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado, trad. Alceu Amoroso Lima. 3ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959

194 KANT, Immanuel. A paz perpétua, trad. Marco Zigano. Porto Alegre/RS: L&PM Editores, 2008

195 **Devendo-se entender a democracia não apenas como um governo do povo (origem etimológica: *demos*=povo e *Kratia*=governo/poder), mas como um modo ideal de vivência coletiva, no qual cada cidadão exercita, livre e conjuntamente, o poder político ao qual se submete.**

Nada obstante isso, ao lançar ou volver os olhos pelas sendas da história se verifica que entre a identificação do meio e sua materialização residem séculos de história, guerras e opressão que, nitidamente, obstaram a consolidação do ideal democrático.

Pode-se afirmar que já na Grécia antiga se buscou edificar um *modus vivendi* hábil a otimizar a evolução daquela sociedade, plantando-se as primeiras sementes do que hoje conhecemos por democracia, e indicando, desde aquela época, o consenso e a participação popular na gestão da coletividade, como os caminhos mais profícuos para se estabelecer o bem comum e a própria manutenção da espécie humana¹⁹⁶.

Ocorre que, viver em democracia ou construir uma sociedade democrática constitui algo muito mais profundo e amplo do que, simplesmente, assegurar a participação popular no governo ou garantir que o povo delibere sobre o destino e a administração da sociedade.

O estabelecimento de um *modus vivendi* democrático reclama a necessária consolidação, no corpo político, de valores mínimos que fundamentem a estrutura social, em especial, os relativos a **igualdade** e a **liberdade**.

Isso porque, não há como se realizar uma democracia sem que o povo – seu elemento vivo – seja definido a partir de uma concepção isonômica, de uma ideia de não distinção entre os seres humanos.

Não há como um Estado se pretender democrático quando seu conceito de povo está restrito a um grupo de homens ou apenas uma parcela da sociedade. Sendo de se ressaltar, inclusive, que todos os exemplos de Estados totalitários ou déspotas que a história nos apresentou se fundaram em alguma falaciosa premissa de “ascendência ou hierarquia” relativa a um homem ou, a um grupo de homens, sobre os demais membros da sociedade.

Assim, *contrario sensu*, qualquer governo democrático deve ter ínsita a ideia de “povo” como uma expressão que alcança a todos os seres humanos, de forma indistinta, pois somente a realização concreta da igualdade repudia e, se coloca como contraponto, aos nefastos interesses de opressão, e ou, submissão, objetivado por alguns.

Nesse aspecto, nada importa a constatação acerca das diferenças de higidez psíquica ou de ideias existente entres os homens, ou mesmo o fato de que alguns possuem características físicas especiais ou débeis em relação a outros, importa apenas compreender que nenhum ser humano jamais deixará de ser uma pessoa integrante do respectivo povo, um ser constituído de razão e dignidade, o qual deve ser desta forma reconhecido e tratado pelos seus pares.

Não se pode olvidar que as maiores atrocidades e covardias perpetradas pelo homem contra o homem, ao largo da história, fincaram suas raízes em concepções discriminatórias e em dogmas vazios de superioridade, com base nos quais falaciosas distinções entre seres humanos foram propagadas, objetivando-se estabelecer hierarquia entre grupos sociais e mesmo entre os membros do respectivo agrupamento, como se fosse possível distinguir onde a natureza identificou.

Qualquer animal irracional, despido de todo poder que da razão resulta, jamais desconheceria um de seus pares, sequer teria dúvidas que se encontrava diante de um ser com idênticas características, mas o homem tentou e, ainda hoje tenta, distinguir o que não admite distinção, diferenciar e discriminar seres detentores de uma mesma humanidade, inata e inexorável.

Nesse sentido, e dando largo salto na história, se verifica que apenas com a formação dos Estados modernos, a democracia encontrou um contexto igualitário favorável a sua edificação, sendo os Estados Unidos da América – EUA, antes nominados Nova Inglaterra, os genuínos precursores no estabelecimento de um modelo real de sociedade democrática.

É que o fato de serem frutos exilados e perseguidos do absolutismo inglês - homens e mulheres compelidos a deixarem suas terras natais, como forma de garantir a sobrevivência de cada um, o direito de pensar e de expressar-se livremente - favoreceu a construção de uma organização social pautada na igualdade de seus membros, os quais se orientaram pelo objetivo comum de viver livremente e de se desenvolver de forma autônoma e pacífica.

A associação igualitária do referido agrupamento humano, estabeleceria, assim - a partir das deliberações conjuntas sobre a forma de gestão da coletividade e da unidade de propósito que os regia - um genuíno e concreto exemplo de governo democrático.

Referido modelo de organização social representou, no sec. XVIII, como explicita Alexis de Toqueville, citando L. Von Ranke, em sua obra *La democracia en América*: “...*uma revolución más profunda que ninguna de*

¹⁹⁶Em que pese a sólida divisão social da época (em castas) e a manifesta distinção entre homens-cidadãos e escravos ou estrangeiros tenha maculado a celebrada democracia ateniense.

*lãs que hasta entonces habia presenciado el mundo, una inversión total del principio que había venido rigiendo. Antes, todo el estado giraba en torno AL Rey, ungido por La gracia de Dios; ahora, imperaba la idea de que el poder vênia de abajo, Del pueblo...”*¹⁹⁷. *Afirmando, inclusive, que: “muchas gentes Del viejo continente enpezaron a pensar que aquélla la forma de gobierno más barata e más apetecible que podia organizar-se”*¹⁹⁸.

Assim o é porque a construção da democracia opera uma inevitável inversão de perspectiva na relação entre governantes e governados, trazendo para a base/povo não apenas a ideia de fonte de poder (outorgantes), como também, a de que todos os membros da sociedade são detentores de direito - em verdadeiro rechaço a concepção organicista tradicional do Estado, na qual o coletivismo (conjunto de interesses da coletividade ou de determinado grupo) sempre prepondera sobre os indivíduos que o integram -.

Nesses termos, o estabelecimento de uma verdadeira democracia impõe o resguardo de direitos individuais mínimos a todos os integrantes do corpo político, aos quais não se pode negar a condição de sujeito de direitos, sob a escusa de se materializar interesses coletivos.

Destarte, se tem que a mencionada organização social democrática revelou-se tão eficiente e sólida que, a despeito de não negar a supremacia do Reino Inglês, viabilizou a independência dos referidos agrupamentos sociais (colônias), culminando com a criação dos Estados Unidos da América - EUA, os quais se constituíram como um Estado Federal independente, pautado nos valores expoentes da democracia, conforme revelou Thomas Jefferson, em 1776, nas primeiras palavras da declaração de independência:

*“Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales; que a todos lês confiere su creador ciertos derechos inalienables entre los cuales están La vida, la libertad y La consecución de La felicidad; que para garantizar esos derechos, los nombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o a abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde em dichos principios, y a organizar sus poderes em aquella forma que a su juicio garantice mejor su seguridad e su felicidad”*¹⁹⁹.

Nesse diapasão, há que se reconhecer não ter sido apenas a situação de igualdade em que se encontravam – e que pretendiam manter – o elemento propulsor para estabelecimento da referida sociedade com bases democráticas, também a consagração da liberdade, como um valor intangível para aquele grupo social, constituiu aspecto determinante na edificação da mencionada democracia.

Isso porque, o sentido maior de se consolidar a igualdade entre os membros de qualquer grupo social, é exatamente o de viabilizar a livre participação de cada um na construção da sociedade que compõe, bem como na formação de sua própria evolução enquanto pessoa humana, limitada apenas pelo exercício da liberdade do outro, nos termos das restrições impostas, igualmente, a todos os integrantes da coletividade.

Certamente, não há democracia sem liberdade, pois ao subtrair a liberdade de um ou de uns, deixa-se de construir uma sociedade de todos, passa-se a admitir como legítima a possibilidade de opressão entres os membros do respectivo grupo, e opera-se, por conseguinte, a realização dos fins sociais em benefício, tão somente, da parcela opressora da sociedade.

Nesses termos, inclusive, Bobbio (citado por Celso Lafer na apresentação do Livro a Era dos Direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.VIII) defende que: *“no único caminho para o salto qualitativo da história...a passagem do reino da violência para o reino da não violência...estão presentes, tanto o valor da igualdade, que é uma dimensão do seu pacifismo social, quanto o da liberdade, que permeia a sua concepção de governança democrática. Esta requer não apenas a distribuição ex populi do poder – herança conceitual da democracia dos antigos – mas também a limitação do poder – herança conceitual da democracia dos modernos, que se baseia na dignidade ontológica da pessoa humana”*.

Assim, resta indubitável que o pacto político²⁰⁰ somente alcança seu real intento – de sobrevivência, desenvolvimento e pacificação da espécie humana – se consolidado em meio a uma realidade democrática, igualitária e livre, na qual todos os “signatários do contrato social” sejam ao mesmo tempo regentes e beneficiários do viver coletivo organizado.

¹⁹⁷TOCQUEVILLE, Alexis de. La Democracia en America, trad. Luis R. Cuéllar – México: FCE, 1957, p.16.

¹⁹⁸Op. cit, p. 16.

¹⁹⁹Op. cit, p. 15.

²⁰⁰ A expressão “Pacto político” faz aqui alusão ao contrato social idealizado por Rousseau em sua obra “O contrato social” de 1762 - seguindo a linha de pensamento de Hobbes – sob a forma de um contrato hipotético firmado para manutenção da civilização, a partir da manifestação da vontade geral do povo, de onde decorre a legitimidade do poder político exercido.

Todavia, em que pese a constatação de ser a democracia o *modus vivendi* que mais beneficia o desenvolvimento dos seres humanos e favorece o estabelecimento de uma sociedade pacífica e feliz, a história revela que mesmo os governos de raízes mais democráticas sofreram, e sofrem, constantes ameaças decorrentes do abuso de poder perpetrados por aqueles que, legitimamente, galgaram a administração do grupo social.

O próprio Aristóteles, ainda no sec. IV a.C., alertou, em sua obra “A Política”, para a possibilidade de distorção do modelo de governo adotado pelo grupo social, indicando como forma degradada da democracia, a demagogia.

Nesse sentido, a realidade histórica denotou uma forte tendência dos homens em abusar dos poderes que possuem, os quais, mesmo tendo chegado ao poder por meios democráticos, agem de forma a corrompê-lo, desviando os fins para o qual fora instituído e traindo a legitimidade popular que os colocara na gestão da sociedade.

Aqui vale lembrar a lição contratualista de John Locke²⁰¹ ao explicitar, em outras palavras, ter sido o Estado Civil “contratado” para otimizar os direitos naturais da pessoa humana. O que importa dizer que o Estado não existe *per se*, mas apenas para alcançar um fim maior, qual seja, assegurar o desenvolvimento máximo e pacífico das potencialidades de cada indivíduo dentro de um agrupamento social.

Nesse contexto, a afirmação dos direitos fundamentais do homem – que encontrou seu mais alto grau de positivação na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 - se apresenta como verdadeiro mecanismo de oposição e combate a degradação democrática operada pelo populismo ditatorial²⁰² e pela subserviência dos mais humildes²⁰³.

Explica Norberto Bobbio que “a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais”²⁰⁴.

No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari – jurista brasileiro – afirma que “O Estado democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana”²⁰⁵.

Destarte, o fato dos cidadãos serem, em qualquer real democracia, detentores de direitos, possibilita sua legítima insurreição diante do “príncipe” criminoso que viola o ideal democrático, dirigindo a sociedade sem observância ou respeito dos fins a que se destina.

Antes “quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a violação pelo Estado, era um direito, igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado”.²⁰⁶

Assim, são numerosos os casos em que os cidadãos se organizam, legitimamente, contra o Estado que lhe nega a realização do pacto político, que lhe furta a liberdade original, violenta sua dignidade ou não provém a paz social, utilizando em proveito próprio **o poder que somente lhe foi outorgado como instrumento para alcance do bem de todos.**

Todavia, mais que o pacífico manejo de ações judiciais, mais que a realização de piquetes e mobilizações pacíficas (resistência positivada), o povo tem ido às ruas, tem derrubado governos, tem exercido seu natural direito de resistência, utilizando a força contra quem, forçosamente, os subjugou.

A guisa de exemplo, atualmente chamam atenção do mundo as insurreições promovidas em diversos países do Médio Oriente – Líbia, Síria, Egito... – onde os cidadãos se opuseram pela força a longos períodos de ditadura, clamando pela realização de um governo onde, além das liberdades públicas negativas, sejam assegurados também direitos sociais (educação, trabalho, saúde...), nominados por Bobbio como “liberdades positivas” na medida em que viabilizam a autonomia do indivíduo enquanto tal.

201 LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil, trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

202 Que deve aqui ser entendido como o ato de adotar políticas demagógicas para conter a revolta ou desconfiança popular diante da realidade da corrupção.

203 Caracterizada no fato de os cidadãos mais simples se deixarem submeter pelo governo corrupto e corruptor, ante o simples suprimento de necessidades básicas.

204 Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier – 2004, p.01.

205 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 22ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva - 2001, p.147

206Bobbio, Op. cit. p. 31.

Destarte, se pode afirmar que, não apenas a democracia é o governo que melhor responde aos anseios populares, como também, que mais cedo ou mais tarde, conscientemente ou não, a sociedade caminha no sentido de estabelecê-lo, haja vista que o objetivo individual de felicidade acaba por impulsionar toda coletividade, naturalmente, a se insurgir contra as situações de opressão.

Nesse sentido, inclusive, filosofou Alexis de Tocqueville, afirmando que *“por doquiera se ha visto que los más diversos incidentes de la vida de los pueblos se inclinan em favor de la democracia. Todos los hombres la han ayudado com su esfuerzo: los que tenían el proyecto de colaborar para su advenimiento y los que no pensaban servirla; los que combatían por lla, y aun aquellos que se declaraban sus enemigos; todos fueron empujados confusamente hacia la misma via, y todos trabajaron em común, algunos a pesar suyo y otros sin advertirlo, como ciegos instrumentos em lãs manos de dios”*²⁰⁷.

A democracia é assim mais que uma forma de governo, mais que um modo de organização social fundado na participação/deliberação dos seus membros, a democracia constitui um modo de viver coletivo que objetiva, além do desenvolvimento pacífico do grupo social, a realização das potencialidades dos seus integrantes, aos quais deve ser assegurado o direito de buscar e escolher livremente o caminho da própria felicidade.

Ademais, a democracia constitui ainda, para além de um governo do povo fundado com objetivo precípua de realização dos direitos do homem, um ideal de convivência social a ser buscado e observado como verdadeira bússola indicativa da direção que devemos seguir.

Aspecto que releva de importância, ante a rápida evolução a que os cidadãos, não só dos Estados, mas do mundo, estão sujeitos e que **demandam um constante refazimento do pacto político original a fim de que as novas, numerosas e complexas relações humanas sejam resolvidas e disciplinadas, sem perder de vista os inafastáveis princípios e valores democráticos.**

Em outras palavras, não importa quão longe chegemos, até onde alcance e nos leve a evolução humana, relevante é que o ideal democrático acompanhe o homem nesse processo e que todas as alternativas e caminhos sejam fundados em premissas democráticas, únicas capazes de perpetuar, dignamente, a existência da espécie humana.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Renata Campetti. Direito Internacional Público e Privado. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. Trad. Denise Agostinetti. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 22ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, formas e poder de um estado eclesiástico e civil, trad. Rosina D' Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- KANT, Immanuel. A paz perpétua, trad. Marco Zigano. Porto Alegre/RS: L&PM Editores, 2008.
- LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil, trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2008
- MACHIAVELLI, Niccoló. O Príncipe, trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, coleção obra prima de cada autor.
- MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado, trad. Alceu Amoroso Lima. 3ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959
- RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

²⁰⁷Op. cit, p. 33.

Cognitio Juris

REVISTA JURÍDICA COGNITIO JURIS | JOÃO PESSOA – ANO II – NÚMERO 4 – ABRIL 2012 | ISSN 2236-3009

RUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato Social, trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Poquet, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. La democracia en America, trad. Luis R. Cuéllar – México: FCE, 1957.

Cognitio Juris

REVISTA JURÍDICA COGNITIO JURIS | JOÃO PESSOA – ANO II – NÚMERO 4 – ABRIL 2012 | ISSN 2236-3009

Cognitio Juris

ISSN 2236-3009

Ano II - Número 4 – João Pessoa – Brasil – Abril 2012

Direito Periódico CDU34(05) – <http://www.cognitiojuris.com>