

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

***UNESP – Universidade Estadual Paulista***

***UNESP – São Paulo State University***

**Reitor**

Prof. Dr. Sandro Roberto Valentini

**Vice-Reitor**

Prof. Dr. Sérgio Roberto Nobre

**Pró-Reitor de Pós-Graduação**

Prof. Dr. João Lima Sant’Anna Neto

**Pró-Reitor de Pesquisa**

Prof. Dr. Carlos Frederico de Oliveira Graeff

**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**Diretor**

Prof. Dr. Murilo Gasparido

**Vice-Diretora**

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Nanci Soares

**Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. José Duarte Neto

**Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

**Conselho do Programa de Pós Graduação**

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Kelly Cristina Canela

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Jete Jane Fiorati

Mestranda Ana Clara Tristão

Mestrando Eduardo Matheus Ferreira Lopes

*UNESP – Universidade Estadual Paulista*  
*UNESP – São Paulo State University*

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos UNESP.	Franca.	a. 23, n.38.	425 p.	2019.
-------------------------------------	---------	--------------	--------	-------

# **REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP**

## **Editor Chefe**

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

## **Conselho Editorial**

Alcir Gursen de Miranda (UFRR)	Jete Jane Fiorati (Unesp)
Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México)	João Paulo Capelotti (ISHS)
Alejandra Leonor Pascual (UNB)	José Duarte Neto (Unesp)
Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid)	José Luiz Borges Horta (UFMG)
André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp)	José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra)
Antônio Alberto Machado (Unesp)	Kelly Cristina Canela (Unesp)
Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP)	Lucas Abreu Barroso (UFES)
Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra)	Luciano Vaz Ferreira (UFRGS)
Belinda Pereira da Cunha (UFPB)	Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina)
Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp)	Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ)
Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR)	Luiz Fernando Coelho (UFPR)
Cleide Calgareo (Universidade de Caxias do Sul)	Maria Cristina V. Blanco Tarrega (UFG)
César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG)	Maria Inmaculada R. Tapia (Univ. Granada)
David Sanches Rubio (Univ. Sevilla)	Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid)
Débora Regina Pastana (UFU)	Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III – Madrid)
Domingos S. D. da Silveira (UFRS)	Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne)
Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP)	Pedro Sérgio dos Santos (UFG)
Eduardo Pordeus (UFCCG)	Paulo César Corrêa Borges (Unesp)
Ela Wiecko V. de Castilho (UNB)	Renato de A. O. Muçouçah (UFU)
Elisabete Maniglia (Unesp)	Ricardo Prestes Pazello (UFRPR)
Esteban Juan Peréz Alonso (Univ. Granada)	Riva Sobrado de Freitas (Unoesco)
Esther Pomares Cintas (Universidad Jaén)	Rodrigo Reis Mazzei (UFES)
Fabrizio Bertini Pasquot Polido (UFMG)	Sérgio Salomão Shecaira (USP)
Fernando V. Velásquez (Univ. S. Arboleda)	Vânia B. Rey Paz (UFISM)
Gilberto Bercovici (USP)	Vera Regina P. de Andrade (UFSC)
Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (FDV)	Victor Hugo de Almeida (Unesp)
Guilherme Gouveia (UFJF)	Yvete Flávio da Costa (Unesp)

## **Equipe Editorial**

Ana Clara Tristão (Unesp)  
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca)  
André Luis Pereira Spimieli (Unesp)  
Eduarda Camargo Sansão Unesp)  
Gabriel Moura Aguiar (Unesp)  
Giulia Tavares Murta (Unesp)  
Laura Rizzo (Unesp)  
Paula Santiago Soares (Unesp)  
Thales Braghini Leão (Unesp)  
Tiago Fernandes Guedes de Carvalho (Unesp)  
Sandra Aparecida Cintra Ferreira (Unesp)  
Victor Luiz Pereira de Andrade (Unesp)

**Publicação Semestral - Solicita-se permuta**

**Endereço para correspondência :**

Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 – Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca –SP  
Endereço eletrônico / e-mail - publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br /  
rej.unesp@gmail.com

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências  
Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 - 2019, 23-38  
eISSN 2179-5177.

## APRESENTAÇÃO

A Revista de Estudos Jurídicos Unesp (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, publica, em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos e resenhas, na linha editorial “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, com destaque para uma das linhas de pesquisa: 1) Cidadania Civil e Política e Sistemas normativos; 2) Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.

O PPGDireito/UNESP/Franca, com seu curso de mestrado e com as bases sólidas almejando o doutorado, está comprometido com a pesquisa jurídica de excelência e seu compartilhamento com toda a comunidade científica, brasileira e internacional, propiciando o fomento de novas pesquisas e, principalmente, a acessibilidade ao resultado de pesquisas, concluídas ou em andamento, com alto índice de exogenia representativa por autores e coautores vinculados a conceituados centros de excelência científica, mantendo-se no estrato Qualis Periódico B1.

Neste número 38, encontram-se artigos relacionados às três linhas de pesquisa do PPGDireito/UNESP/Franca. Quanto à distribuição dos 18 (dezoito) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, conforme as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 5 (cinco) artigos na LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 5 (cinco) artigos na LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 7 (sete) artigos na LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA; e 1 (uma) resenha”.

As contribuições internacionais foram significativas: 1 - CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN DESARROLLISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS, de Alejandro Rosillo Martínez (México); 2- PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE ALARMA POR LA COVID-19 EN ESPAÑA, de Agustín Ruiz Robledo (Espanha); e, EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS Y LOS JUBILADOS, de Ricardo Carlos Köhler (Argentina), Alexandre Edson Bononi.

Nossos agradecimentos a todos os colaboradores da REJ Unesp, pareceristas e membros do Conselho Editorial, que contribuíram sobremaneira para a qualificação do periódico, bem como a todos os pesquisadores e demais interessados na leitura e compartilhamento desta edição, cumprindo nossa função social como pesquisadores e cientistas, imprescindíveis nos tempos atuais.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges  
Editor-Chefe e Membro do Conselho do Programa de  
Pósgraduação em Direito da UNESP - Câmpus de Franca

## SUMÁRIO

### **LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS**

#### **CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN DESARROLLISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Alejandro Rosillo Martínez.....13

#### **A LINGUAGEM COMPETENTE: ASSERTIVIDADE GARANTIDA NA APLICAÇÃO DO DIREITO**

Clarice von Oertzen de Araujo.....43

#### **PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE ALARMA POR LA COVID-19 EN ESPAÑA**

Agustín Ruiz Robledo.....83

#### **TEORIAS DO PACIFISMO E DIREITOS HUMANOS: DA PAZ PERPÉTUA AOS PACIFISMOS JURÍDICO E POLÍTICO**

Andre Luiz Valim Vieira .....105

#### **ALGUNS MODELOS DE GESTÃO E DESTINAÇÃO DE BENS APREENDIDOS: LIÇÕES PARA O BRASIL**

Mylene Comploier .....131

### **LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS**

#### **EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS Y LOS JUBILADOS**

Ricardo Carlos Köhler

Alexandre Edson Bononi .....159

**O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA NO CONTEXTO DA POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DO BRASIL: MEDIDAS ESTRATÉGICAS PARA O DESENVOLVIMENTO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

André Viana Custódio

Rafael Bueno da Rosa Moreira .....167

**A PROTEÇÃO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR NA GIG ECONOMY: POR UMA NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS**

Antônio Lucas dos Santos da Mata

Saulo Nunes de Carvalho Almeida .....197

**SUCCESSÃO SOCIETÁRIA**

Saulo Bichara Mendonça

Jorge Luiz Lourenço das Flores .....217

**DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO: IMPACTOS PROMOVIDOS NA INSERÇÃO E PERMANÊNCIA DAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO**

Camyla Galeão de Azevedo

Ney Maranhão

Loiane Prado Verbicaro .....233

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA**

**O DESENVOLVIMENTO DA CIDADANIA NO BRASIL: O TRABALHO COMO INSTRUMENTAL DA EVOLUÇÃO DE DIREITOS E DA GARANTIA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA**

Marli M. Moraes da Costa

Andréa Pellegrini Fetzner .....261

<b>VEDAÇÃO DO RETROCESSO E HERANÇA INTERGERACIONAL</b> Marcelo Kokke.....	285
<b>DO ECOFEMINISMO AO ECOHUMANISMO</b> Suzane Girondi Culau Merlo Cleide Calgare .....	317
<b>TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD</b> Esteban Juan Pérez Alonso .....	335
<b>REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA EM QUESTÕES DE DIREITO E PROCESSO PENAL: A NECESSÁRIA LIBERTAÇÃO DA ÓTICA DO PROCESSO CIVIL, O JULGAMENTO DA QUESTÃO DE ORDEM 966.177/RS, STF E SEUS REFLEXOS NA SUSPENSÃO DOS PROCESSOS PENAIS E NOS MARCOS PRESCRICIONAIS</b> Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira.....	373
<b>A TUTELA DO EMIGRANTE BRASILEIRO: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A EVOLUÇÃO DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS ENVOLVENDO O BRASIL, DA DIÁSPORA BRASILEIRA A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO</b> Rafael Clementino Veríssimo Ferreira Deilton Ribeiro Brasil .....	387
<b>A GRATUIDADE DA JUSTIÇA E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO PROGRESSIVA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS – UMA ANÁLISE CARTESIANA DO FATO JURÍDICO</b> Vera Grion Maleronka Elcio Nacur Rezende.....	405

**RESENHA DO LIVRO “TUTELA DE EVIDÊNCIA, TEORIA DA COGNIÇÃO E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA” DE FRANCISCO RABELO DOURADO DE ANDRADE**

Adriano da Silva Ribeiro .....423

**LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS  
NORMATIVOS**



# CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN DESARROLLISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS

## *A REVIEW OF THE DEVELOPMENTAL CONCEPTION OF HUMAN RIGHTS*

Alejandro Rosillo Martínez\*

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 La concepción de historia en la modernidad hegemónica. 3 Teleología de los derechos humanos. 4 Una nueva comprensión de la dinámica histórica de Derechos Humanos. 5 El análisis de la historia en Ellacuría. 5.1 La historia como transmisión tradente. 5.2 La historia como actualización de posibilidades. 5.3 La historia como proceso creacional de posibilidades. 6. Conclusión. Referencias.

**RESUMEN:** Con base al pensamiento filosófico de Ignacio Ellacuría, se realiza una crítica a la concepción desarrollista en que se presenta la visión hegemónica de los derechos humanos, y también se propone una comprensión de su dinámica histórica más adecuada a asumir los procesos de lucha de los movimientos sociales en América Latina.

**Palabras-clave:** Filosofía de la liberación, Ellacuría, historia, derechos humanos, desarrollismo.

**ABSTRACT:** *Based on the philosophical thought of Ignacio Ellacuría, a critique is made of the developmentalist conception in which the hegemonic vision of human rights is presented, and also an understanding of its historical dynamics is better suited to assume the processes of struggle of social movements in Latin America.*

**Keywords:** *Philosophy of liberation, Ellacuría, history, human rights, developmentalism.*

## INTRODUCCIÓN

A Ignacio Ellacuría no suele considerársele un intelectual en el ámbito jurídico y en la bibliografía hegemónica de la Filosofía del Derecho es raro encontrar referencia al respecto. No obstante, en textos de pensadores jurídicos alternativos aparecen referencias a la filosofía de Ellacuría y, cabe reconocer, cada día son más frecuentes. Esto no es una mera coincidencia, sino una consecuencia basada en el contenido

---

\* Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

Artigo recebido em 21/07/2020 e aceito em 21/07/2020.

**Como citar:** MARTINEZ, Alejandro Rosillo. Crítica a la concepción desarrollista de los Derechos Humanos. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 13-41. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

mismo del pensamiento ellacuriano; cuando los juristas críticos se acercan a este pensamiento, descubren un conjunto de conceptos, categorías y análisis que les permiten enriquecer con fundamentos filosóficos diversas perspectivas del Derecho.

Señalamos lo anterior porque el pensamiento de Ignacio Ellacuría aporta diversas aperturas a la reflexión jurídica crítica. Partiendo de su filosofía de la realidad histórica y de la liberación, es posible desarrollar un pensamiento jurídico con bases reales y materiales enfocado a la denuncia del uso ideologizado del derecho y a la construcción de fundamentos para un uso alternativo de lo jurídico. Lo cual no es ajeno a las intenciones explícitas del propio Ellacuría, pues en un artículo inédito redactado en 1980 en respuesta a una pregunta formulada por la revista CETRAL, por ejemplo, señala la necesidad de desarrollar “una teoría revolucionaria o insurreccional de los derechos humanos” (ELLACURÍA, 2012, p. 296). Esta teoría para Ellacuría se basaría en el hecho de que los derechos se formulan a partir de situaciones de injusticia, y que lleva a las mayorías populares, y a los sectores oprimidos y explotados, a utilizar los derechos humanos en sus luchas de liberación, a pesar de que la doctrina hegemónica al respecto “ni ha nacido de sus problemas ni pretende resolverlos” (ELLACURÍA, 2012, p. 295). En este sentido, existe una serie de artículos en los cuales Ellacuría aborda el tema de manera explícita<sup>1</sup>, donde no sólo es un abordaje coyuntural sino que es desarrollado con estrecha conexión con su pensamiento filosófico y teológico.

En su pensamiento explícito sobre derechos humanos, Ellacuría no realiza una simple repetición de la teoría dominante sino que los reflexiona desde la filosofía de la realidad histórica. La materialidad de la historia, el *logos* histórico, el método de historización, la praxis histórica de liberación, entre otros conceptos, constituyen el marco teórico desde el cual Ellacuría colocaba el discurso de derechos humanos al servicio de las mayorías populares. Las ideas ellacurianas sobre derechos humanos son importantes piedras de apoyo para realizar una teoría crítica al respecto, que es harto necesaria en el contexto latinoamericano. Es común observar que diversos movimientos sociales siguen reproduciendo el discurso liberal de los derechos humanos siendo que, en lo general, no coincide con su praxis

---

<sup>1</sup> “El mal común y los derechos humanos”; “Hacia una conceptualización de los derechos humanos”; “Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”; “Historización del bien común y de los derechos humanos en una sociedad dividida” (Escritos Filosóficos, Tomo III. San Salvador: UCA Editores, 2001) y “Universidad, derechos humanos y mayorías populares” (Escritos Universitarios. San Salvador: UCA Editores, 1999).

ni sus objetivos. Por eso es importante construir una teoría que responda a las luchas de liberación y no meramente a los procesos de liberalización.

De los diversos temas que pueden ser desarrollados para una teoría crítica de derechos humanos – o una teoría revolucionaria – desde el pensamiento ellacuriano, en estas páginas presentaremos la siguiente: una nueva comprensión de la historia para superar la visión ilustrada que sigue estando presente en el análisis del desarrollo de derechos humanos.

## **1 LA CONCEPCIÓN DE HISTORIA EN LA MODERNIDAD HEGEMÓNICA**

No es usual pensar los derechos humanos desde la Filosofía de la historia, pues esta disciplina no goza de buena reputación en tiempos actuales, al ser considerada una reflexión lejana a los hechos y la realidad. No obstante, a pesar de su aparente negación, el pensamiento hegemónico, en función de su universalismo abstracto y su etnocentrismo, no pocas veces comprende la historia de derechos humanos desde una concepción teleológica e idealista. Por otro lado, esto nos da la pauta para sostener la importancia de pensar derechos humanos sin negar una concepción de la historia; de hecho, a pesar de su rechazo, la concepción hegemónica no puede evitarlo.

La manera en que Ellacuría repiensa derechos humanos afecta la concepción que de la historia se tiene. En otros lugares, hemos analizado la manera en que el método de historización de los conceptos se aplica en derechos humanos y se constituye en un principio de crítica al uso ideologizado que se les da (ROSILLO, 2009). Para esto, además de los elementos que en su momento establecimos, es necesaria una concepción diferente de la historia, que reconozca la materialidad de tal manera que supere las visiones idealistas y teleológicas. No es una cuestión menor, pues la comprensión hegemónica del desarrollo histórico de derechos humanos se basan en un pensamiento idealista, simplificante y que responde a un universalismo abstracto y etnocéntrico.

Como parte de su enclave como producto cultural de Occidente, derechos humanos se ha pensado desde una filosofía de la historia teleológica e idealista. Esta concepción de la historia tiene sus orígenes en la filosofía occidental en Agustín de Hipona. Él presenta la historia como un gran proceso de salvación que inicia con el pecado original para llegar al juicio final. El sentido profundo del acontecer histórico sólo se puede

concebir desde la fe. El conocimiento de los hechos históricos puede versar sobre la existencia y desarrollo de los distintos imperios, pero los principios que permiten interpretar estos hechos preceden de la revelación cristiana. En la *Ciudad de Dios*, Agustín de Hipona no realiza una obra histórica, sino una filosofía de la historia que tiene como finalidad discernir el significado moral y espiritual de los acontecimientos históricos. Gilber Rist (2002, p. 46) considera que la originalidad agustiniana al respecto, se basa en tres factores: (a) La filosofía de la historia agustiniana atañe al conjunto del género humano. (b) La relevancia de los acontecimientos históricos particulares se establece por su relación con el plan de Dios. (c) La historia obedece a una necesidad, a pesar de sus apariencias caóticas.

La filosofía de la historia de la Modernidad recoge en parte estos factores del pensamiento agustiniano, pero secularizándolos. Esta filosofía, surgida a partir del pensamiento de Herder y Kant y conducida a su máxima expresión por Hegel, concibe la historia como desarrollo, como un desenvolvimiento de lo que al principio potencialmente está en la naturaleza del ser humano, en el plan de la Naturaleza o en la lógica del Espíritu Absoluto. Si bien estas concepciones de la historia quisieron guiar la emancipación del ser humano, varios de estos autores buscaron otra instancia distinta a la praxis humana que asegurara el progreso de la historia.

Kant entiende la historia como un acontecer que supone que el proceso histórico consiste en un mecanismo de maduración de la propia naturaleza, la que con el paso del tiempo y con los seres humanos, logra una sociedad civil que administre el derecho. Por tanto, la filosofía de la historia busca encontrar la racionalidad que subyace en el curso de los acontecimientos históricos haciendo manifiesto el plan por el que se han producido (KANT, 1997, p. 41). Busca demostrar que, a pesar de las apariencias que se captan en un primer momento, la historia es un proceso racional en un doble sentido: se desarrolla según un plan inteligible y tiende a una meta que puede aprobar la razón moral. Si el pensamiento se limita a analizar los sucesos históricos individuales, sólo observará un conjunto caótico de acontecimientos aparentemente sin sentido y sin relación entre unos y otros; pero la filosofía debe pensar desde la especie humana; dejar a un lado a los individuos y ver la historia del género humano. En efecto, se observa el fondo moral de este tipo de especulación; se tiene presente un progreso ético al que se somete la historia, por lo que hay una justificación moral interior en ella. Según Kant, el ser humano posee las potencialidades naturales, algunas de las cuales apuntan al uso de su razón y se deben

desarrollar complemente en la especie y no en los individuos. La historia es el *progresivo* despliegue de disposiciones de la razón contenidas en los seres humanos.

Por su parte, Hegel es el primer filósofo que celebra de manera optimista y eufórica, la idea de que la historia universal va del Oriente al Occidente (HEGEL, 1946, p. 207), comprendiendo a Europa como el fin de la historia universal, y considerándola como el centro y el fin del mundo antiguo. Además, para él, la Europa del sur ha dejado de ser la portadora del Espíritu y el corazón de Europa se localiza en los países germano-anglosajones del norte. La filosofía de la historia es la consideración reflexiva de ésta, y es parte de la filosofía del Espíritu. En efecto, que la razón actúa en la historia es una proposición demostrada por la lógica. La historia mundial es un proceso racional, por el cual el Espíritu llega a una conciencia real de sí mismo como libertad; por tanto, es el *progreso* de la conciencia de la libertad. Pero esta conciencia se obtiene tan sólo a través de la mente humana; de ahí que sea el proceso por el cual el espíritu del mundo llega a explicitar la conciencia que tiene de sí mismo como libre (HEGEL, 1997, p. 282).

La historia es develación, despliegue dialéctico de una razón y de un logos. La teleología aparece al afirmar que la historia no es otra cosa que la progresiva develación o despliegue del Espíritu, un proceso que partiendo de la naturaleza ha de alcanzar el Espíritu Absoluto (HEGEL, 2004, p. 277). La filosofía de Hegel busca mostrar cómo el espíritu absoluto toma cuerpo en la vida práctica, cultural y política de la humanidad en su historia. Por eso la historia humana es la historia de la manifestación progresiva del Espíritu; se trata de “un progresivo despliegue y surgimiento de nuevas formas de concebir la realidad que son luego reemplazadas por la refutación que ejercen otras sobre ellas, que se van considerando más adecuadas” (BRAUER, 2005, p. 106).

En la historia del mundo los sujetos que intervienen son los pueblos, las totalidades son Estados. Pero para Hegel, el estado no es sólo el concepto jurídico, sino más bien una totalidad que existe en y a través de sus miembros; esto es porque el espíritu nacional existe sólo en y a través del estado. Por eso, la historia es el progreso de la conciencia de libertad donde los protagonistas son los Estados. En su avance hacia una completa y explícita autoconciencia, toma la forma de manifestaciones limitadas y unilaterales de sí mismo, de los diversos espíritus nacionales. Hegel supone que en cualquier época hay una nación determinada que

representa de forma especial el desarrollo del Espíritu, y sólo ocupa ese puesto una vez en la historia.

La historia universal es el desenvolvimiento del Espíritu, en un proceso que lo lleva a sus formas supremas; son las fases a través de las cuales el Espíritu alcanza su verdad y la conciencia de sí mismo (HEGEL, 1946, p. 134). Las formas de estas fases son los espíritus de los pueblos históricos, las determinaciones y su vida moral, de su constitución, de su arte, de su religión y de su ciencia. En el mundo oriental fueron el despotismo y la esclavitud la regla general, y por tanto la libertad se limitaba a un solo individuo. En el mundo grecorromano, aunque se conservó la institución de la esclavitud, se extendió el campo de la libertad a todos los ciudadanos. Entonces, las naciones germánicas de la Europa moderna terminaron el proceso de libertad universal. Para Hegel, fueron estos pueblos los que, bajo la influencia del cristianismo, llegaron a tener conciencia por primera vez de que el hombre es libre por el simple hecho de serlo.

Desde la perspectiva ellacuriana, el concepto de historia de la filosofía hegeliana es destacable por las consecuencias que acarrea para los marginados. Si Ellacuría opta por el *lugar-que-da-verdad* y por ser un pensamiento que se construye desde la periferia, entonces su postura ante esta idea desarrollista de la historia debe ser crítica, para mostrar el uso ideologizado que se le da en contra de los pueblos sometidos al centro hegemónico mundial. Es decir, si la historia es un desarrollo racional del Espíritu, entonces en el principio ya está contenido todo lo que va a ser su evolución a lo largo de los siglos. Por eso, en la historia no se inventaría nada, no habría novedad, ni los seres humanos tendrían posibilidad de intervenir responsablemente en la misma con su praxis, sino que un destino racional e inexorable estaría ya predeterminando todo lo que va a suceder en el presente y en el futuro. De ahí que se justifique la explotación y el colonialismo; la destrucción de un pueblo a costa de otro que se considera culturalmente superior.

## **2 TELEOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Según las dos filosofías que hemos descrito, la historia sería un proceso racional y teleológico, y por lo tanto se trataría de un proceso unitario. El fin de la historia se convierte en un ideal ético concretado en la realización de un estado ideal, predeterminado explícita o implícitamente de antemano; se coloca el fin de la historia en una realidad suprahumana

que para su logro parecería ser permitido pasar por encima de toda individualidad personal.

Hoy día es difícil suponer que alguien asuma expresamente una filosofía de la historia teleológica y metafísica. Las críticas que han recibido estas posturas, desde distintas corrientes de pensamiento, y la fuerza de la realidad que desmienten las predicciones del fin de la historia, han provocado que los pensadores busquen, de una u otra forma, deslindarse de ellas. No obstante, como ha señalado Antonio González, esta visión está muy presente, aún sin declararlo de manera explícita, en el sentido común y en el pensamiento dominante de Occidente; cita como un caso de ello los estudios morales de Jürgen Habermas sobre la base de la psicología evolutiva de Kohlberg, proyectados a la historia humana (GONZÁLEZ, 2005).

Por nuestra parte sostenemos, siguiendo la valoración que realiza González, que las lecturas hegemónicas sobre la historia de los derechos humanos contienen elementos de esas filosofías teleológicas de la historia, y que si bien algunas buscan evitarlas, al no asumir un concepto de la historia diferente terminan encasillados dentro de la misma perspectiva. Es decir, se realiza una lectura de la dinámica de la praxis relacionada con derechos humanos como un desarrollo histórico y lineal, dividido en generaciones, o en procesos de generalización y especificación.

Por otro lado, como hemos visto, las filosofías de la historia teleológicas se basan en un universalismo abstracto y eurocéntrico. Consideran que los valores, instituciones y leyes europeos son universales, y en el devenir histórico se considera a Europa como la actual punta de lanza del proceso. Es en ciertos elementos de una cultura determinada donde ubican el fin de la historia. Por eso, estas filosofías terminan siendo instrumentos de ideologización que han justificado la colonización y la explotación (WALLERSTEIN, 2007, p. 15).

La manera tradicional de narrar la dinámica histórica de derechos humanos es una expresión de esta teleología eurocéntrica, y ésta es una de las características que con mayor claridad muestra la manera en que la filosofía de la historia de la Modernidad hegemónica sigue presente, aunque no sea de manera expresa, en gran parte del pensamiento contemporáneo.

Es importante insistir que la filosofía de la historia idealista y teleológica no se presenta de manera explícita en autores contemporáneos. Al contrario, a través de sus textos encontramos afirmaciones donde buscan desligarse de este tipo de visión de la historia. No obstante, a pesar de su

desvinculación expresa, en sus discursos se siguen detectando resabios de ella. Por eso nuestro análisis no busca descalificar de manera total la lectura de la dinámica histórica de los derechos humanos que realizan estos autores, sino evidenciar la persistencia de una visión teleológica e idealista. Esto es importante porque dichos resabios hacen incompatible estas interpretaciones de la dinámica histórica de derechos humanos con la fundamentación y la comprensión compleja que hemos propuesto y, en cambio, abren la puerta al uso ideologizado. Entre los diversos ejemplos que podemos señalar, veamos la manera en que Pérez Luño narra esta evolución histórica.<sup>2</sup>

Enrique Pérez Luño, que ha asumido en su pensamiento y sus análisis la idea de las generaciones de derechos humanos, si bien se desmarca expresamente de asumir una filosofía de la historia idealista y teleológica, al afirmar que “[e]s evidente que el proceso de positivización de los derechos humanos no ha sido lineal” (PÉREZ, 2005, p. 132), por otro lado, encontramos diversos elementos que muestran lo contrario. Por ejemplo, el autor habla de una “línea evolutiva” y de una “mutación histórica” de los derechos humanos que ha determinado la aparición de sucesivas “generaciones” de derechos (PÉREZ, 1991, p. 205).

Su análisis deja a un lado las praxis concretas de liberación relacionadas con derechos humanos, y su dinámica histórica la concibe como una dialéctica entre el desarrollo de técnicas e ideas: “[L]a positivización (...) [es] el producto de una dialéctica constante entre el progresivo desarrollo en el plano técnico de los sistemas de positivación, y el paulatino afirmarse en el terreno ideológico de las ideas de la libertad y la dignidad humanas” (PÉREZ, 2005, p. 111). Señala, en este sentido, que desde la perspectiva ideológica se puede considerar que la afirmación de la libertad personal frente al poder ha sido una constante en el “devenir histórico” de la humanidad, hasta llegar a su exigencia en el orden jurídico-positivo. Este desarrollo lo describe de manera semejante a como Hegel lo hace respecto al Espíritu.

Pérez Luño afirma que en los pueblos orientales de la antigüedad se dan organizaciones políticas que desconocen los derechos personales, y se apoya explícitamente en Hegel, quien “caracterizó certeramente los imperios orientales del mundo antiguo como regímenes patriarcales en los que ‘el sujeto no ha adquirido todavía su derecho y lo que reina es más bien

---

<sup>2</sup> De manera semejante podrías analizar el pensamiento de Gregorio Peces-Barba (PECES-BARBA, 1999, p. 145-154), o de Otfried Höffe (HÖFFE, Otfried, 1992, p. 83-104). Por razones de espacio, y con fines ejemplificativos, abordamos sólo un autor.

un orden ético inmediato y desprovisto de leyes” (PÉREZ, 2005, p. 111). Luego, por supuesto, en Grecia “brota” el principio de individualidad que progresivamente va impregnando las instituciones sociales y desemboca en la Atenas del siglo V a.C. En el fondo del pensamiento del autor sigue presente la concepción potencia-acto de la filosofía de la historia teleológica e idealista. Parecería que las condiciones materiales no tienen que ver con los procesos de liberación, y las ideas *brotan* de alguna instancia humana que ya las contenía de manera potencial y que sólo requería el paso de la historia para que se mostrasen en acto.

A continuación, para este autor, Roma supuso un avance decisivo en el perfeccionamiento técnico de la positividad jurídica; en ella se reconoce la libertad del ciudadano, aunque no estuvo suficientemente garantizada por el poder público. Si bien la idea de libertad era uno de los principios que constituían la República romana, no obstante el estado podía disponer a final de cuentas de manera arbitraria de los individuos. En la siguiente etapa, con el cristianismo, hay un reconocimiento de la personalidad moral, haciendo suyos los aportes del humanismo iusnaturalista estoico (PÉREZ, 2005, p. 113).

La positivización de los derechos humanos comienza, para Pérez Luño, en la Edad Media europea, a través de documentos jurídicos que de forma fragmentaria recogen ciertos derechos fundamentales. Este liberalismo medieval es considerado por el autor como fermento del liberalismo moderno. Éste se inicia con el iusnaturalismo que reconoce los derechos subjetivos, y que se plasma en los diversos instrumentos jurídicos de las revoluciones burguesas y de la independencia de los Estados Unidos. No obstante, estos derechos se consideran como patrimonio del individuo en su condición presocial, y entonces proviene la lucha proletaria de los derechos económicos y sociales. Por último, se da el proceso de internacionalización, donde la positivación de derechos humanos ha rebasado el ámbito del derecho interno para plantearse también como una exigencia del derecho internacional.

Como puede verse, Pérez Luño asume y prolonga la línea histórica trazada por Hegel, y sustituye el Espíritu por los derechos humanos. Aunque no declara el fin de la historia, sí la proyecta hacia el logro de una comunidad internacional como la pensada por Kant en la *Paz perpetua*. La dinámica histórica de derechos humanos es finalmente presentada de manera lineal y progresiva; en efecto, las “generaciones” se asumen como un modelo histórico racional y lineal, donde unos derechos tan sólo

complementan a los anteriores: “[U]na tercera generación de derechos humanos complementadora de las fases anteriores” (PÉREZ, 1991, p. 206). En efecto, no es la praxis de liberación de las víctimas de los sistemas – sistemas reforzados por y fundamentados en los derechos vigentes– los que generan “nuevos derechos”, sino tan sólo una expansión de los derechos humanos, un paso de la potencia al acto. De ahí que sea fácil invisibilizar las praxis de liberación de sujetos concretos por “valores” y declarar que cada generación corresponde a un valor (PÉREZ, 1991, p. 210).

La exclusión de la mayor parte de la humanidad del disfrute de los derechos “de primera generación”, en muchas ocasiones provocada por el colonialismo y el tráfico de esclavos realizados por los propios sujetos que disfrutaban de esos derechos, no es visto como expresión de un sistema económico que estaba en ascenso, sino como una mera cuestión de “consciencia”: “El sujeto titular de los derechos de la primera generación carecía de **una auténtica consciencia** de carácter universal de los derechos humanos” (PÉREZ, 1991, p. 216).

En su análisis del dinamismo histórico de derechos humanos, Pérez Luño soslaya las limitantes que tiene para tal efecto la clasificación (o metáfora) de las generaciones. A pesar de ser una de las lecturas de la historia de derechos humanos más difundida, contiene una importante carga de ahistoricidad, de abstracción, que pasa por alto las condiciones materiales de la realidad histórica (SÁNCHEZ, 2010, p. 210).

La visión de las “generaciones” está también afectada por el eurocentrismo. Los derechos humanos se gestaron y se han desarrollado en Europa.<sup>3</sup> Las experiencias de liberación de otros pueblos no son tomadas en cuenta. Fuera de Europa, el autor sólo cita a las constituciones de India (1950) y de Argelia (1963), de las que considera, junto con otras constituciones generadas en países afectados por el proceso de descolonización, que se han tratado, “en muchos casos, de meras fórmulas de imitación cultural que no han tenido el debido reflejo en el orden práctico, debido generalmente a la falta de una estructura socio-económica que permitiera dar plena eficacia a los derechos sociales proclamados por la vía constitucional” (PÉREZ, 2005, p. 125). La punta de lanza de la historia

---

<sup>3</sup> De hecho, Pérez Luño comete el mismo error que Hegel al asumir como “europeo” al cristianismo, siendo éste una religión de origen semita. Por supuesto, como hemos visto, su forma de insertar al cristianismo dentro de la línea histórica eurocéntrica es considerar que su contribución a derechos humanos se basa en que “cristianizó” al humanismo iusnaturalismo estoico (¿no sería al revés, es decir, que se iusnaturalizó al cristianismo que siendo una religión con fuerte reflexión histórica se convirtió en una reflexión abstracta y universalista?). Para esto, véase DUSSEL, 1994, p. 173.

está en Occidente, en los países colonizadores, en la razón del centro del sistema-mundo; las praxis de liberación generadas en otros suelos, desde otras lógicas y racionalidades, y aún en contra de la expansión colonial de ese centro hegemónico, no son tomadas en cuenta para narrar el dinamismo histórico de derechos humanos.

### **3 UNA NUEVA COMPRENSIÓN DE LA DINÁMICA HISTÓRICA DE DERECHOS HUMANOS**

Siguiendo la ruta trazada por el pensamiento de Ellacuría, podemos obtener diversas razones que sustentan la necesidad de una Filosofía de la historia distinta. El interés de la Filosofía de la Liberación respecto a la historia se encuentra en la relación que guarda con la fundamentación de derechos humanos. Una fundamentación basada en el sujeto vivo, práxico e intersubjetivo<sup>4</sup> es incompatible con una concepción de la historia teleológica e idealista. Este tipo de visiones terminan soslayando la praxis humana, negando la intersubjetividad de los sujetos, y justificando la negación de la vida si la muerte del sujeto está en función del fin de la historia (HERRERA, 2005, p. 138).

En todas estas posturas se muestra una concepción teleológica e idealista de la historia, alimentada por un concepto abstracto del ser humano. De ahí que una visión distinta de la historia busque echar por tierra la creencia de que “la modernidad era la encarnación de los verdaderos valores universales, del universalismo, la modernidad no era meramente un bien moral sino una necesidad histórica” (WALLERSTEIN, 2007, p. 49).

Desde el pensamiento de Ellacuría se puede tomar, en parte, la crítica a la Modernidad hegemónica pero sin caer en un caos de arbitrariedad hermenéutica; en cambio, se debe asumir que la historia tiene dinamos propios, que existen sentidos históricos reales aunque no estén preterdeterminados; y que el progreso no está asegurado y su abstracción genera la falacia desarrollista. Esto porque las posibilidades que enfrenta la praxis humana no son meras “ocurrencias interpretativas”, sino que están ancladas en la realidad (GONZÁLEZ, 2005, p. 184). La fundamentación y la comprensión compleja de derechos humanos que asume la Filosofía de la Liberación requieren de una concepción de la historia que supere la falacia desarrollista –entendiendo “desarrollismo” como una posición ontológica por la que se piensa que el “desarrollo” que siguió Europa debe ser seguido miméticamente por todas las demás culturas–.

<sup>4</sup> Sobre esta fundamentación, véase ROSILLO, 2013.

La categoría del desarrollo o desarrollismo se hace presente en diversas lecturas de la dinámica histórica de los derechos humanos a través del eurocentrismo. Cabe señalar que, como afirma Amin, éste no es una teoría social acabada, pues no integra sus diferentes elementos en una visión global y coherente de la sociedad y de la historia; más bien es “un prejuicio que actúa como una fuerza deformante en las diversas teorías sociales propuestas. Ese prejuicio eurocéntrico echa mano de la reserva de elementos identificados, reteniendo uno y rechazando otro según las necesidades de la ideología del momento” (AMIN, 1989, p. 87). De ahí que su superación, como “prejuicio” en la lectura histórica de derechos humanos, sea parte de una teoría revolucionaria o crítica de derechos humanos.

Una comprensión distinta de la historia debe evitar que derechos humanos se vuelvan –o sigan siendo– herramientas de neocolonialismo, explotación y opresión. La filosofía ilustrada de la historia no es compatible con el lugar social que Ellacuría asume –*el-lugar-que-da-verdad*–, que es la perspectiva de las mayorías populares. Vale la pena referirnos a la famosa tesis IX en “Sobre el concepto de historia” de Walter Benjamin (2008, p. 44-45), donde utiliza al *Angelus Novus* del cuadro de Klee para denunciar cómo el progreso de la Modernidad invisibiliza a las víctimas que son su consecuencia y su costo (MATE, 2009, p. 165). Por eso, el concepto de historia que asuma una teoría revolucionaria de derechos humanos debe incluir y posibilitar la perspectiva de la víctima.

Aunado a lo anterior, sería imposible recuperar otros saberes y otras formas de construir los derechos humanos<sup>5</sup>, como lo proponía Ellacuría en relación con los pueblos indígenas, si se asumiera un concepto eurocéntrico de historia. Ya sea a través de un modelo de “generaciones” o de “procesos”, los hechos acontecidos fuera de Europa no son considerados relevantes para la dinámica histórica de derechos humanos. Esto genera un desperdicio de la experiencia y una forma de leer el pasado que impide repensar las luchas de liberación en el presente. Por otro lado, la concepción teleológica e idealista de la historia desconoce la importancia de la praxis humana para la protección de derechos humanos. Al ubicar el avance de la historia en relación con una instancia supra-humana (el Espíritu, la racionalidad, etc.), se cae en la generación de “garantías trascendentales”. En este sentido, al abordar las garantías de una conceptualización idealizada y descontextualizada de los derechos humanos, Joaquín Herrera habla de la garantía trascendental. Ésta tiene relación con la existencia de un “bien”

<sup>5</sup> Cf. ROSILLO, 2011; DE LA TORRE, 2014.

que está por encima de todo y desde el que es posible juzgar el contenido de la acción social. Pues bien, según esta garantía, existe una esfera ajena a la praxis humana que posibilita el despliegue de ese bien moral por entre todos los contenidos de la acción social.

La visión de la historia que hemos criticado es fundamento para un uso ideologizado de derechos humanos, pues “[l]os dominadores necesitan sentir que moral e históricamente se justifica que sean el grupo dominante” (WALLERSTEIN, 2007, p. 49). El pensamiento ellacuriano asume otro concepto de historia no sólo como una tarea intelectual, sino también como principio de desideologización, y para darle cabida en la dinámica histórica al sujeto vivo, práxico e intersubjetivo.

#### **4 EL ANÁLISIS DE LA HISTORIA EN ELLACURÍA**

Para Ellacuría la historia no es una suprarrealidad, sino que es la unidad dinámica de los individuos y de las realidades que están en curso histórico. La historia no surge, como afirmaría Hegel, del Espíritu Absoluto, sino de los individuos personales en cuanto forman cuerpo social y en cuanto pertenecen a la unidad real de la especie, a un *phylum*. Es decir, esta concepción no sustantiviza a la historia como lo hace Hegel; pero, por otro lado, tampoco es compatible con las lecturas marxistas que establecen un proceso de sustantivización de lo histórico, donde los individuos y sus acciones están determinados por el curso de la historia y su estructura dialéctica. Y es que lo esencial de la historia está en que exista una actualización de las posibilidades, más allá de la actuación de las potencias.

La realidad histórica no es, pues, un proceso sustantivizado donde los individuos son meros accidentes de la historia. La intervención del individuo es importante en la historia. Si bien es cierto que la historia tiene su propia estructura, no anula otras realidades ni se identifica con ellas, pero implica un conjunto sistemático de posibilidades, que en cada momento tiene una altura procesual precisa y frente a la cual las personas individuales se encuentran en una determinada situación, en un espacio y un tiempo. Así, el sujeto se encuentra inmerso también en los condicionamientos naturales que siguen presentes en la historia y en la propia condición individual.

La historia no está por encima de los individuos, sino por debajo de ellos como resultado de su carácter impersonal. Es decir, la

historia no es la que hace formalmente a las personas, sino que son las personas las que hacen la historia. El conjunto de posibilidades de vida ofrecidas es condición real de las opciones personales, y éstas son las que dan su carácter específico a la historia y que la llevan más allá de los condicionamientos y determinaciones naturales. Cuando los procesos históricos tienen un carácter *a-personal* (no impersonal, que es diferente) entonces se debe dejar de hablar de historia, y considerarlo como un puro proceso natural, un proceso de naturalización y de despersonalización (ELLACURÍA, 2001, p. 97-98).

La comprensión de la historia de Ellacuría, tanto de su materialidad como de sus dimensiones personal y social, plantea importantes cuestiones al pensamiento sobre derechos humanos. Diversas concepciones ubican a estos derechos dentro de una concepción idealista de la historia, desconociendo su calidad como productos históricos y como aperturas u obturaciones de posibilidades para la persona.

Ellacuría comienza el análisis de la historia afirmando su carácter material. La materialidad de la historia no es lo mismo que el materialismo histórico, que si bien lo incluye es sólo uno de sus aspectos. ¿Qué se entiende entonces por *materialidad de la historia*? Es una forma de comprender su realidad integral, superando el dualismo que señala que la historia es no-naturaleza y la naturaleza es no-historia; esto sería válido como algo diferenciativo y formal pero no en su totalidad real. Para Ellacuría, la historia surge y tiene su fundamento en la naturaleza material y se encuentra indisolublemente enlazada a ella. Sin naturaleza no podría existir la historia, aunque sin historia existiría la naturaleza. Es decir, la materialidad de la historia significa una presencia de la naturaleza material en la historia; en este sentido, reflexiona sobre esta materialidad en sus cuatro momentos básicos, con el fin de avanzar hacia una comprensión realista de la historia: la materia, el espacio, el tiempo y la vida. El tratamiento de cada uno de estos momentos se basa en el pensamiento zubiriano, aunque orientado a conceptualizar la materialidad de la historia (ELLACURÍA, 1999, p. 49).

Además de la materialidad de la historia, Ellacuría toma en cuenta otros dos componentes: lo social y lo personal. En efecto, es un hecho que en la historia intervienen tanto las personas como la sociedad. Sin dejar a un lado la materialidad, desarrolla con amplitud, y en diálogo con diversos autores, qué debe entenderse por sociedad y por persona. Esto es necesario si se acepta cierta dimensión personal y cierta dimensión social

de la historia. No se trata de una pretensión por realizar ni una sociología ni una antropología previas al abordaje de la historia, sino sólo destacar algunos caracteres fundamentales de la sociedad y de la persona humanas, con el fin de comprenderlos como componentes de la historia.

Teniendo como fundamento lo anterior, se construye la realidad formal de la historia o, en otros términos, la manera en que la realización de la realidad humana –tanto social como personalmente– se da históricamente, sin que signifique una idealización que niegue la materialidad o la presencia constante de la naturaleza, y sin pretender establecer un determinismo o una teleología. En efecto, para entrar a establecer qué es la historia en tanto que historia, Ignacio Ellacuría propone abordar su definición real desde tres características: como *transmisión tradente*, como *actualización de posibilidades*, y como *proceso creacional de posibilidades*.

#### **4.1 La historia como transmisión tradente**

El cuerpo material de la historia es puesto por el *phylum* humano a través de su carácter pluralizante, su carácter continuante y su carácter prospectivo. Tanto en la continuidad de la especie como en la sucesión histórica hay transmisión, pero entre ambas tienen importantes diferencias. Para el ser humano, a diferencia del animal, las cosas no son meros estímulos sino realidades; además de que el ser humano está en la realidad y realizándose, autodefiniéndose a sí mismo.

El ser humano es introducido a la vida en un peculiar “modo humano” de estar en la realidad. Comienza su vida apoyado en algo más que su propia sustantividad psico-orgánica y el medio biológico que lo rodea; se apoya en *una forma de estar en la realidad*. Esta manera de entregar la forma de estar en la realidad no se realiza de los generantes solos al generado, sino que al entregarla lo hacen como pertenecientes al cuerpo social. Esta entrega de un modo de estar en la realidad es posible debido a que el ser humano es una esencia abierta: “Toda vida humana comienza así montada sobre un modo de estar en la realidad, que le ha sido entregado. Sólo se puede entregar algo a una esencia abierta, la cual, por ser sentientemente abierta, necesita que, junto con la transmisión genética, se le entregue una forma de estar en la realidad” (ELLACURÍA, 1999, p. 496). Por su parte, Zubiri señala que “[e]l modo recibido de estar en la realidad, no en tanto que realidad efectiva, sino en tanto que principio de posibilidad de otros modos de estar en la realidad o de repetir el modo

recibido. En esto es en lo que formalmente consiste la tradición” (ZUBIRI, 2006, p. 89). En este sentido, se puede dar un concepto preciso de historia: en la historia se da una entrega de formas de realidad.

Lo anterior es sólo un primer paso en la comprensión de la historia, pues la tradición de formas de estar en la realidad es el mecanismo por excelencia de lo histórico; pero no es toda la historia, sino sólo un ingrediente formal de ella. Esto no quiere decir que lo biológico quede a un lado en la historia, pues la constitución biológica de la especie se hace presente en los problemas históricos (ZUBIRI, 2006, p. 77). La historia tiene una articulación precisa: es tanto transmisión como tradición, aunque la razón formal de lo histórico se encuentra en ésta y no en aquélla. Esto no debe interpretarse como una consideración tradicionalista de la historia, por lo cual Ellacuría habla mejor de “tradicionalidad” más que de “tradicionalidad”; la historia no implica una mera recepción sino que también es proyectiva. En el presente histórico, que es el momento real físico de la historia, está el pasado, pero también el futuro. Esta tradición, además, afecta a cada persona, y la afecta en su biografía; pero a la vez es lo que posibilita que haya vida personal y que esta vida pueda ser de cierta forma. De ahí que la propia vida tenga una dimensión forzosamente histórica, por realizarse en una determinada “tradicionalidad”. Al respecto, Zubiri señala:

El proceso histórico es concretamente tradición. No en el sentido de ser tradicional, sino en el mero sentido de ser entrega. La vida se transmite genéticamente, pero las formas de estar en la realidad se entregan. Y precisamente por eso, porque es tradición, es por lo que la vida humana no comienza en cero. Comienza siempre montada sobre un modo de estar en la realidad que le ha sido entregada. Y esto es formalmente la historia: tener un modo de estar en la realidad entregado por el progenitor. El carácter prospectivo de la especie es historia precisamente porque afecta a una esencia abierta, la cual produce como descendencia un animal de realidades no simplemente por transmisión genética, sino a una con ella, por una inexorable *traditio* de formas de estar en la realidad (ZUBIRI, 2006, p. 76).

La entrega de formas de realidad no se realiza de una vez por todas, sino que se desarrolla a lo largo de toda la vida. Las situaciones concretas le ofrecen al ser humano posibilidades precisas y acotadas de estar en la realidad. De ahí que la opción humana es absoluta en cuanto

opción, pero no lo es en cuanto a sus contenidos, pues estos están acotados y limitados. Es así que la libertad no es absoluta, sino que las opciones humanas se dan entre posibilidades reales muy precisas. Como estructura que es, la historia tiene diversos momentos: (a) El *momento constituyente* es aquel que da la forma de estar en la realidad, en la cual se va a instalar el viviente o el grupo humano. Además, los seres humanos y los pueblos *constituyen* tradición debido a que pueden modular los modos de estar en la realidad sobre lo recibido. (b) El segundo momento, el *momento continuante*, se basa en que la tradición continúa porque quien recibe la forma de estar en la realidad es una esencia sentientemente abierta. No sólo es continuante porque siga lo recibido, sino porque lo impulsa hacia adelante, lo cambia; por eso, este momento es todo menos repetición: “la repetición en la historia resulta así absolutamente imposible y la fidelidad histórica no puede lograrse más que en la forma del proseguimiento” (ELLACURÍA, 1999, p. 499). (c) El último y tercer momento, el *momento progreidente*, consiste en que la propia estructura de la tradición empuja hacia delante y lleva al cambio, y es un principio de dinamismo histórico.

Lo entregado y recibido en la tradición es social. La tradición afecta a las personas no sólo en lo personal, sino también como cuerpo social; por eso se puede afirmar que es el ser humano social quien se vuelve en *sujeto activo y pasivo de la tradición*. Lo destacable para la historia es lo que se transmite socialmente, pues, aunque en ella intervengan los individuos, su intervención sólo llega a ser histórica cuando, de un modo u otro, se convierte en social. Pero, hay que considerar que esto no conlleva a la sustantivización del cuerpo social: “Que el cuerpo social sea el sujeto de la tradición social no significa, sin embargo, que sea una especie de nueva macrosustantividad individual, pues las acciones las siguen haciendo los individuos; significa, tan sólo, que los individuos operantes lo hacen como integrantes del cuerpo social, como vinculados en los otros en tanto que otros” (ELLACURÍA, 1999, p. 505). Este carácter social de la tradición comprende dos principios de impersonalidad: primero, la historia está hecha por lo que queda objetivado de las acciones personales y no por su carácter personal e íntimo; y, segundo, la historia está hecha por sujetos integrados en el cuerpo social. La historia no surge sólo de la confluencia de las acciones de los individuos, sino de los individuos en cuanto constituyentes de un cuerpo social, que como tal no se reduce a la suma de los individuos. Esto no deja de lado la necesidad de acciones personales; en la realidad existe una constante influencia entre la persona y la historia. En el marco

de lo histórico social cabe una estricta tradición personal de entrega y recepción, y a la vez, las personas y sus acciones transmiten contenidos y realidad al cuerpo social y a la historia (ELLACURÍA, 1999, p. 506).

Por otra parte, comprendiendo así la historia, el sujeto de la tradición es el *phylum*. La historia no es una sustantividad que flote sobre los individuos y los grupos humanos, sino que es algo que ocurre en ellos y con ellos; ocurre de forma filética e impersonal aunque sin anular el carácter individual ni el carácter personal. De ahí que Ellacuría considere que el sujeto propio de la historia es el *phylum*, en cuanto éste forma cuerpo social como ámbito de lo impersonal. Los individuos intervienen en la historia, pero lo que interviene es su producto que entra a formar parte de una estructura, de la cual recibe su sentido real y no de la intención subjetiva con que fue producido. Como señala Zubiri, el sujeto de la historia es el *phylum* en cuanto tal, y este *phylum* histórico “puede afectar a o bien a cada uno de los individuos, y constituye entonces su biografía personal, o bien a una sociedad, y entonces tiene este carácter impersonal en el sentido de compuesto por personas que pueden ser únicas, pero que lo son no por el carácter de su persona, sino por aquello que hace y que aportan a la sociedad” (ZUBIRI, 2006, p. 83).

A través de esta concepción de lo histórico, Ellacuría busca superar el dualismo entre lo histórico y lo personal, sin que ninguno de los dos pierda su autonomía y formalidad. También busca superar las posturas idealistas que desatienden el aspecto filético e impersonal de la historia, como de las materialistas que minimizan el carácter individual y las acciones personales en ella (ELLACURÍA, 1999, p. 511).

En la dimensión histórica tienen cabida tanto la historia social como la biográfica, en virtud de que por el *phylum* del animal de realidad los miembros de la especie conviven (dimensión social), y por el que hay una tradición prospectiva (dimensión histórica), que ambas pueden presentarse en forma personal o impersonal. La especie y el cuerpo social no anulan la personalidad del individuo, y la historia social no excluye sino más bien reclama la presencia de la historia biográfica, pero en lo que ésta tiene de historia y no en lo que tiene de biografía personal. Hay que tomar en cuenta que de forma paralela lo que ocurre en la historia ocurre formalmente al cuerpo social; y esto condiciona lo que les ocurra a los individuos en cuanto pertenecientes al cuerpo social. Es a los individuos a los que les ocurren cosas y es en ellos por donde pasa el ocurrir histórico, pero es a los individuos que forman un cuerpo social y a los que la

pertenencia al cuerpo social les afecta intrínsecamente, a los que les afecta el ocurrir de la historia y lo que en la historia sucede.

## 4.2 La historia como actualización de posibilidades

La historia, además de ser transmisión tradente de formas de estar en la realidad, también es actualización de posibilidades. El modo de estar en la realidad que se entrega es un modo ofrecido y no impuesto, pues es un sistema de posibilidades no puramente lógicas sino reales, que dan un poder para hacer la propia vida y no imprimen una necesidad fija y unidireccional de realización de dicho poder. El ser humano puede crear posibilidades, pero se apoyará en otras que le han sido entregadas. Pero estas posibilidades no consisten en que estén dadas sino que no hay una conexión necesaria e inmediata entre las posibilidades y las acciones correspondientes, aunque éstas sólo pueden realizarse si han sido previamente posibilitadas: “Las posibilidades no dan el poder para optar, pero sí dan el poder optar; el poder para optar es algo que el individuo humano trae consigo, pero para poder optar con ese poder de opción se requieren estrictas posibilidades posibilitantes” (ELLACURÍA, 1999, p. 512). De ahí que las posibilidades necesiten del poder de opción para pasar a la acción y de ahí a la realización. Por eso, las posibilidades son las que dan paso a la vida humana y a la historia. Posibilidad, desde esta perspectiva, no es lo que cualquier potencia puede hacer, sino aquello que posibilitando positivamente no puede pasar a ser realidad sino por opción.

Como la historia es una estructura, las acciones que se ejecutan en ella no son aisladas sino que les corresponde una posición estructural. Esto define sus límites tanto de su realidad como de su sentido, pero no anula el carácter opcional ni posibilitante de lo histórico. Esto es importante pues *es en la apropiación y actualización de las posibilidades donde se define el carácter histórico de la acción humana*. La apropiación se da cuando a través de la opción se realizan las posibilidades. Toda opción tiene un momento físico de apropiación, y esto hace que la actividad humana de ser un *hecho* se convierta en un *suceso*: el suceso es el hecho en tanto realización de posibilidades. Por esto, las actividades humanas, sea cual fuese su índole, tienen un carácter histórico, por tratarse de una realización de posibilidades previamente apropiadas y en las que se han apoyado.

Lo dicho anteriormente no significa que la historia sea lo mismo que la sociedad y su dinamismo, pues si bien son inseparables no se

identifican, ya que lo formalmente histórico inicia cuando los momentos y los dinamismos de la sociedad se convierten en posibilidades, por muy modesto que sea el carácter de posibilidades con que se presenten y por muy modesto que sea el acto de apropiación, por el cual esas posibilidades pasen a ser realidades optadas. El dinamismo de la historia es, en dicho sentido, un dinamismo de possibilitación. Se trata de la entrega de formas de vida que se convierten para el ser humano en posibilidades de realización tanto biográfica como social.

### **4.3 La historia como proceso creacional de posibilidades**

Desde la actualización de posibilidades, la realización histórica puede considerarse como una *cuasi-creación*. Se trata de creación porque se llevan a cabo acciones desde unas posibilidades y unas capacidades que a su vez ya han sido actualizadas previamente; es una creatividad histórica, pues se crea desde algo dado, pero que requiere del ser humano en su apertura a lo real y por encima de los condicionamientos naturales. Se da una verdadera producción de algo que realmente no era aún, es decir, de capacidades. Existe un aumento constante de posibilidades, un enriquecimiento y complicación del sistema de posibilidades. Son posibilidades nuevas que no eran tales ni de manera germinal, ni veladamente, debido a que ni siquiera eran “posibles” realmente.

La historia del ser humano, entonces, se realiza a sí mismo actualizando sus propias capacidades; entonces la capacitación es un proceso por el que se va incorporando al sujeto en cuestión un poder posibilitar. De ahí que sólo sea verdadera y formalmente histórico aquello que surja a la realidad por actualización procesual de posibilidades:

[E]l aire con su carácter de naturaleza es hoy una posibilidad histórica actualizada por el proceso de capacitación que la humanidad ha ido teniendo, es una posibilidad de vuelo, sin que haya cambiado para nada su estructura potencial y física. Y es que la nuda realidad, sin cambiar la estructura de sus notas, puede, no por sí misma, pero sí desde sí misma, ofrecer distintas posibilidades, que se constituyen como posibilidades no solo para un sujeto histórico, sino por la procesual capacitación de ese sujeto histórico (ELLACURÍA, 1999, p. 554).

El proceso histórico es abierto porque al ser humano no le son dadas de una vez todas las posibilidades. La novedad histórica radica en

la historia misma como proceso productor y del sujeto de esa historia, que tiene reales capacidades que antes no tenía. Y es que la actualización de las posibilidades entregadas impulsa al ser humano hacia la constitución de otras, hasta crear un nuevo sistema de posibilidades. Ellacuría insiste que el carácter creativo de la historia radica formalmente en las capacidades que el ser humano va adquiriendo a través del proceso y que le otorgan un mayor poder creacional y de actividad transformadora.

El que la historia sea un proceso creacional de capacidades nos lleva a una conclusión sumamente importante: lo histórico no es maduración de lo que estaba en germen ni develación de lo que estaba oculto. No cabe aquí la interpretación aristotélica de la potencia-acto, ni teleológica o idealista, que tanto ha dominado en la filosofía de la historia. Como ejemplifica Zubiri, “todo lo que distingue al hombre de Cromagnon tenía probablemente las mismas potencias que el hombre de hoy, pero tenía un sistema de posibilidades distinto en virtud del cual el hombre de hoy puede viajar en avión y el hombre de Cromagnon no podía hacerlo” (ZUBIRI, 2006, p. 87).

## CONCLUSIÓN

El concepto de historia que propone Ellacuría, en estrecha conexión con el pensamiento de Zubiri, permite denunciar las agresiones contra pueblos y culturas que han solido justificarse, en parte, por las filosofías teleológicas e idealistas de la historia. Los derechos humanos se presentan en muchas ocasiones, como hemos insistido, en elementos de esta ideología. Se utilizan para establecer la única racionalidad válida para el desarrollo y progreso en la historia; lo que nos lleva a caer en una *inversión ideológica* ya que “la mayor violación que existe contra los derechos humanos consiste en impedir a una cultura, a un grupo o a determinados individuos dentro de sus grupos y/o culturas, que puedan reivindicar su idea de dignidad, sea impidiéndoselo por norma o no creando las condiciones para su respeto y puesta en práctica” (HERRERA, 2000, p. 63). Bajo esta perspectiva, derechos humanos no son instrumentos para las praxis de liberación de las comunidades de victimizados, sino instrumentos de una ideología que aboga por el fin de la historia, buscando eternizar las relaciones sociales hegemónicas, y a soslayar las causas reales y materiales que generan constantemente luchas de liberación en la historia.

El pensamiento hegemónico de Occidente no evalúa honradamente su pasado ni su progreso. Si no fuera por las consecuencias que esto conlleva, parecería que hay una carga de inocencia. Ellacuría critica a los teóricos del “progreso” porque enfocan “la cuestión sin percatarse que el ‘progreso’ es una abstracción” (ELLACURÍA, 2000, p. 268). La idea de derechos humanos sufre de esto, en especial cuando se utiliza su historiografía como un instrumento ideológico para justificar el capitalismo, presentándolo como “un capitalismo bueno”, que con el paso del tiempo y la expansión de los derechos (primera, segunda, tercera generaciones...) se ha vuelto “menos salvaje” y se ha “humanizado”. Esto justifica la imposición y la discriminación, pues como señala Helio Gallardo, “el fondo de esta discusión es la crítica de las nociones de ‘progreso’ y ‘desarrollo’ en cuanto indicadores ideológicos de una filosofía de la historia que permite discriminar seres humanos: a quienes se oponen a este progreso (indígenas y pueblos-culturas atrasados), a quienes lo alternativizan (socialistas, comunistas, utópicos, luchadores por la paz, etc.) o a quienes son identificados como ‘enemigos’ (terroristas, comunistas, portadores de sentimientos atávicos o tribales como el reclamo de solidaridad, críticos del ‘progreso’, etc.) y tratarlos como objetos y cosas” (GALLARDO, 2006, p. 167).

Dicha forma de ver la dinámica histórica de derechos humanos está influenciada por la filosofía de la historia de la Modernidad. En este contexto, derechos humanos son concebidos como productos racionales que desde su nacimiento formal en las luchas burguesas del siglo XVIII tienen contenidos *en sí mismos* todo lo que han de dar; lo único que se necesita es que pasen de la potencia al acto a través de la historia. Así se lee la historia como un proceso lineal sin contradicciones de fondo: los derechos sociales no son considerados como la afirmación de un sector que se veía explotado por aquellos sectores que se habían empoderado a través de la afirmación de los derechos liberales, ni los derechos culturales y de los pueblos se comprenden como el empoderamiento de los pueblos a quienes el colonialismos –y ahora el neocolonialismo– les había negado su dignidad. Se invisibilizan las praxis de liberación y los seres humanos concretos que buscan modificar las tramas de poder para lograr un mejor acceso a los bienes necesarios para satisfacer sus necesidades para la producción y reproducción de vida. Hemos visto cómo se afirma que se tratan tan sólo de procesos contenidos en la propia naturaleza o en la racionalidad de los derechos, y la historia se da como despliegue a través de procesos

de generalización, de positivización y de especificación de los mismos derechos originados en el siglo XVIII por las revoluciones burguesas.

Lo que se termina sosteniendo, desde el esquema teleológico e idealista de la historia, es que el sujeto de los derechos humanos es el *ser humano* en abstracto, trátase de los derechos liberales, de los derechos sociales o de los derechos culturales, y se relega la importancia de la praxis y la creatividad del sujeto corporal y vivo, y de las comunidades concretas de vida, para comprender la dinámica histórica. Paradójicamente, este liberalismo del sujeto abstracto termina siendo funcional al totalitarismo del mercado, pues desde la manera en que está estructurado el actual sistema-mundo, y considerando la materialidad de la historia, la única libertad plena es quien pueda ejecutarla como libertad en el mercado.

Por medio de dicho humanismo abstracto se inscribe a derechos humanos en una instancia suprahumana, semejante al Espíritu Absoluto de Hegel. Al contrario, como hemos visto, la historia es entendida por Ellacuría desde la *praxis humana* y los conceptos de capacitación y posibilitación. Es el ser humano en su integralidad, a través de la *praxis histórica*, quien toma sobre sus hombros el hacerse cargo de la realidad. Esto guarda relación con la siguiente afirmación de Zubiri: “No es la persona para la historia, sino la historia para la persona. La historia es la que es absorbida en y por la persona; no es la persona absorbida por la historia” (ZUBIRI, 2006, p. 165). De ahí el rechazo a colocar a derechos humanos fuera de la materialidad de la historia, sin que esto signifique un acotamiento a la creatividad humana.

Es importante señalar que, como muestra José Sols (1999, p. 223), el concepto zubiriano de “posibilitación” guarda relación con el de “praxis” utilizado por Ellacuría. Para Zubiri (1995, P. 225-245), la posibilitación se funda no en la nuda realidad sino en la realidad-sentido; con lo cual cualquier dinamismo de posibilitación hace más suya a la realidad humana ya que se constituye desde sí misma con las cosas y, por lo tanto, toda posibilitación se funda en la autoposesión de las personas. Ellacuría asume esta perspectiva pero va más allá, al considerar que no todo proceso de posibilitación se constituye en una verdadera praxis de transformación. La dirección del proceso histórico no está determinado naturalmente, y no cualquier conjunto de opciones va a dar lo más pleno de la realidad. Desde la situación sociopolítica que reflexiona Ellacuría, le es claro, ante la realidad histórica marcada por la injusticia, la exclusión y la opresión, que no se puede concebir un progreso histórico de forma

optimista e idealista. Tras esta constatación es necesario pasar de la mera posibilidad a la praxis, para asumir la tarea de construir la verdad de la realidad; la verdad de la realidad no es lo ya hecho, sino que el ser humano debe volverse a lo que está haciendo y a lo que está por hacer. Sin olvidar que el ser humano está abierto a la realidad, y al hacerse cargo de ella, muestra que las posibilidades para abrirse y “cuasi-crear” algo nuevo.

La realidad histórica no se predice, sino que se produce, se crea a partir de la praxis humana sobre la base del sistema de *posibilidades* determinado por cada situación y momento del proceso histórico. En la historia no están dadas todas las posibilidades de una vez por todas, sino que la actualización de esas posibilidades empuja al ser humano a la constitución de otras, incluso a la creación de un nuevo sistema de posibilidades. Por eso, es importante reconocer la pluralidad de la praxis como característica de la dinámica histórica, pues es así como el ser humano se hace cargo de la realidad y actúa sobre ella para transformarla (ELLACURÍA, 1999, p. 596).

La praxis no es reducible a la naturaleza o a la razón, pues la historia es algo que va dando de sí misma. Pero nada nos asegura que la apropiación de posibilidades sea la más adecuada para la instauración de la justicia, de humanización y personalización. Recuérdese que la historia es la que está en juego por la apropiación de unas u otras posibilidades, apropiación que va a suponer la existencia de unas capacidades y la no existencia de otras. Por eso, la praxis no es liberadora en sí misma. El ser humano se va configurando históricamente en virtud de las posibilidades que en cada momento recibe y se apropia. En este sentido, la realidad histórica puede ser principio de libertad, humanización y liberación, pero también de alineación, dominación y opresión.

La historia es concebida, desde esta perspectiva, como un proceso discontinuo y sometido a retrocesos y estancamientos, de adquisición de capacidades por parte del sujeto humano, y de actualización de posibilidades en la realidad social e histórica. Este proceso no se presenta como algo necesario, con lógica interna o con un *telos* que marque la superioridad moral de una civilización o cultura. Se trata de un proceso contingente, frágil y sometido a pérdidas y retrocesos. La historia es siempre un proceso creativo y abierto: “El destino de la historia es algo que la historia se va dando a sí misma: se va dando sus propias posibilidades, se va dando sus propias capacidades (...) y se van dando –o al menos se puede llegar a dar– su propia figura histórica” (ELLACURÍA, 1993, p. 561). En este

sentido, lo que define una época histórica es la *altura procesual*, es decir, el determinado sistema de posibilidades que en el proceso de la realidad histórica condiciona el carácter de las acciones humanas.

Esta concepción de la historia es más apta para comprender la dinámica histórica de derechos humanos. Si la historia “no es simplemente transmisión de vida, no es simple herencia, sino transmisión de una vida que no puede ser vivida más que en formas distintas de estar en la realidad” (ZUBIRI, 2006, p. 75), entonces los derechos deben comprenderse no como elementos ajenos a un modo de estar en la realidad. La actualización y apropiación de posibilidades, y la creación de capacidades, es el marco desde el que comprendemos la dinámica histórica de derechos humanos desde las praxis de liberación. No estamos ante una cuestión que pueda comprenderse adecuadamente a través de afirmar un proceso de generaciones o de expansión y despliegue de una racionalidad, sino que los derechos humanos se ubican en distintas alturas procesales debido a que la praxis humana responde a problemas y racionalidades diversas. De ahí que ubicar, por ejemplo, los derechos culturales de los pueblos como derechos de “tercera generación” o producto de un “proceso de internacionalización” es invisibilizar –y por lo tanto también desperdiciar– las luchas históricas generadas fuera del ámbito europeo.

A partir de lo analizado, el concepto de “progreso” debe rechazarse ya que, como lo ha entendido la Modernidad, es una abstracción que justifica la generación de víctimas por parte de los sistemas. Ellacuría señala que éste “es, efectivamente, una abstracción. Prescinde o ignora –para el caso práctico es lo mismo –que la multitudinaria y gravísima realidad del tercer mundo se presenta realmente en su concreto conjunto total en términos de revolución” (ELLACURÍA, 2000, p. 268).

Comprender la dinámica de los derechos humanos desde la concepción de historia que propone Ellacuría, posibilita superar la falacia desarrollista y el eurocentrismo. Conlleva a comprender que derechos humanos responden a procesos de praxis históricas de liberación, donde se dan la apropiación de posibilidades y la generación de capacidades. Por eso, se rechaza una única línea histórica, sino se aceptan diversas alturas procesales donde, desde diferentes racionalidades y realidades, se generan distintas demandas y reivindicaciones de las comunidades de victimizados en búsqueda de posibilitar la producción, reproducción y desarrollo de su vida. La dinámica histórica de los derechos no responde a generaciones que se complementan entre sí, ni a la expansión de la racionalidad interna

de un concepto, sino a la posibilidad y generación de capacidades que la praxis histórica de liberación de los pueblos pueda dar de sí. En este contexto, se entiende la siguiente afirmación de Ellacuría sobre el uso de derechos humanos por parte de los pueblos indígenas:

Desde luego la realidad indígena ofrece una perspectiva peculiar para la reconstrucción de un mundo nuevo y para la invención de un nuevo sistema histórico de derecho, porque a su condición de mayorías oprimidas añade la peculiaridad de una tradición que puede poner en tela de juicio derechos que ideológicamente se acepten como derechos humanos universales o naturales. No sólo en su misma existencia muestran la verdad de lo que es la doctrina y la práctica de los derechos humanos sino que en su autodeterminación insurreccional podrían construir una nueva constelación de valores. Introyectarles a través del esquema de los derechos humanos el esquema axiológico y el estilo de vida de la civilización occidental puede ser una gran injusticia y es, desde luego, un radical empobrecimiento de lo que puede dar de sí el hombre y la humanidad en su múltiples y diferenciadas realizaciones históricas (ELLACURÍA, 2012, p. 296).

Por otro lado, la clásica división en “generaciones” puede ser leída críticamente desde esta visión de la historia. Si desechemos las perspectivas que la muestran como una racionalidad a la que la historia responde —una racionalidad que justifica a las víctimas del “progreso”—, entonces nos ayuda a tomar conciencia de que los derechos humanos no son algo estático, sino dinámico en el seno mismo del Occidente, y que son productos de conflictos y surgimientos constantes de nuevos sujetos intersubjetivos, de comunidades de victimizados que realizan praxis de liberación en búsqueda de modificar las tramas de poder para acceder a los bienes que les permitirán producir, reproducir y desarrollar su vida.

## REFERÊNCIAS

AMIN, S. **El eurocentrismo**: crítica de una ideología. México: Siglo XXI, 1989.

BENJAMIN, W. **Tesis sobre la historia y otros fragmentos**. México: Itaca-UACM, 2008.

BRAUER, D. La filosofía idealista de la historia. *In*: MATE, R. (Ed.). **Filosofía de la historia**. Madrid: Trotta, 2005, p. 85-118.

DE LA TORRE RANGEL, J. A. **Tradición iberoamericana de derechos humanos**. México: Porrúa-ELD, 2014.

DUSSEL, E. **1492**: el encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad. La Paz: Plural Editores, 1994.

ELLACURÍA, I. Persona y comunidad. *In: Escritos Filosóficos*, Tomo III. San Salvador: UCA Editores, 2001, p. 65-114.

ELLACURÍA, I. **Escritos Universitarios**. San Salvador: UCA Editores, 1999.

ELLACURÍA, I. Progreso y revolución. *In: Escritos Teológicos*, Tomo I, San Salvador: UCA Editores, 2000.

ELLACURÍA, I. Respuesta a CETRAL [Mayorías oprimidas, reivindicaciones indígenas en Centroamérica y el problema de los derechos humanos]. *In: SENENT, J. A. (Ed.). La lucha por la justicia*. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989). Bilbao: Universidad de Deusto, 2012, p. 293-298.

ELLACURÍA, I. **Utopía y profetismo, Mysterium Liberationis**. Conceptos fundamentales de la teología de la liberación, Tomo I, San Salvador: UCA Editores, 1993, p. 393-442.

ELLACURÍA, I. **Filosofía de la realidad histórica**. San Salvador: UCA Editores, 1999.

GALLARDO, H. **Siglo XXI**: producir un mundo. San José: Editorial Arlekin, 2006.

GONZÁLEZ, A. Ignacio Ellacuría Filósofo: su relación con Zubiri. *In: AA.VV. Vascos universales del siglo XX*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005, p. 177-199.

HEGEL, G.W.F. **Enciclopedia de las ciencias filosóficas**. México: Porrúa, 1997.

HEGEL, G.W.F. **Filosofía del derecho**. México: Casa Juan Pablos, 2004.

HEGEL, G.W.F. **Lecciones sobre la filosofía de la historia universal**, Tomo I, Buenos Aires: Revista de Occidente, 1946.

HERRERA FLORES, J. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. *In*: HERRERA FLORES, J. (Coord.). **El vuelo de Anteo**. Derechos humanos y crítica a la razón liberal, Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 19-78.

HERRERA FLORES, J. **Los derechos humanos como productos culturales**. Crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005.

HÖFFE, O. **Estudios sobre teoría del derecho y otros ensayos**. México: Fontamara, 1992.

KANT, I. **Filosofía de la historia**. México: FCE, 1997.

MATE, R. **Medianoche en la historia**. Comentarios a las tesis de Walter Benjamin “Sobre el concepto de historia”. Madrid: Trotta, 2009.

PECES-BARBA, G. **Curso de derechos fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1999.

PÉREZ LUÑO, A. E. Las generaciones de derechos fundamentales. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, La Rioja, n. 10, p. 203-207, sept. / dec. 1991.

PÉREZ LUÑO, A. E. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Tecnos: Madrid, 2005.

RIST, G. **El desarrollo**: historia de una creencia occidental. Madrid: Catarata-UCM, Madrid, 2002.

ROSILLO MARTÍNEZ, A. **Derechos humanos desde el pensamiento de Ignacio Ellacuría**. Madrid: Dykinson, 2009.

ROSILLO MARTÍNEZ, A. **Fundamentación de derechos humanos desde América Latina**. México: Editorial Ítaca, 2013.

ROSILLO MARTÍNEZ, A. **Los inicios de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos**, San Luis Potosí-Aguascalientes: UASLP-CENEJUS, 2011.

SÁNCHEZ RUBIO, D. En torno a la historización y las generaciones de derechos humanos. *In*: SENENT, J. A. (Coord.), **Ignacio Ellacuría**. 20 años después. Actas del Congreso Internacional. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2010, p. 203-214.

SOLS LUCIA, J. **La teología histórica de Ignacio Ellacuría**. Madrid: Trotta, 1999.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Universalismo europeo**. El discurso del poder. México: Siglo XXI, 2007.

ZUBIRI, X. **Estructura dinámica de la realidad**. Madrid: Alianza Editorial-Fundación Xavier Zubiri, 1995.

ZUBIRI, X. **Tres dimensiones del ser humano**: individual, social, histórica. Madrid: Alianza Editorial-Fundación Xavier Zubiri, 2006.



# A LINGUAGEM COMPETENTE: ASSERTIVIDADE GARANTIDA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

## THE COMPETENT LANGUAGE: WARRANTED ASSERTIBILITY IN JUDICIAL DECISION

Clarice von Oertzen de Araujo\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 As características do *Constructivismo Lógico-Semântico*. 2.1 Linguagem e realidade. 2.2 Linguagem objeto e metalinguagem. 2.3 Conceitos jurídicos e subsunção. 2.4 A distinção entre evento e fato jurídico 3. As características do *Pragmatismo*. 3.1 William James, Charles Sanders Peirce e os efeitos concebíveis. 3.2 John Dewey e a lógica da investigação. 4 O Constructivismo Lógico-Semântico em direção ao Pragmatismo. 4.1 Assertividade garantida e linguagem competente. 5 Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Este artigo procura estabelecer correlações entre a doutrina do Construtivismo Lógico-Semântico e o Pragmatismo, mediante o método de pesquisa bibliográfica. A abordagem é desenvolvida a partir de certos pontos de comparação que foram definidos entre ambos os métodos de investigação do fenômeno jurídico: (i) o aspecto “construtivista” no Construtivismo Lógico-Semântico; (ii) o tratamento dos conceitos jurídicos oferecidos por ambas as doutrinas; (iii) a extensão da noção de linguagem competente, estabelecida pelo Construtivismo Lógico-Semântico, no sentido da teoria da investigação, proposta por John Dewey, a fim de concluir que o uso da linguagem competente para a construção dos factos jurídicos corresponde ao conceito de asserções garantidas formulado pelo pragmatismo deweyano.

**Palavras-chave:** constructivismo lógico-semântico; linguagem competente; assertividade garantida; pragmatismo; John Dewey.

**ABSTRACT:** This article seeks to establish correlations between the doctrine of Logical-Semantic Constructivism and Pragmatism, by means of the bibliographic research method. The approach is developed from certain points of comparison that have been defined between both methods of investigation of the juridical phenomenon: (i) what is the “constructivist” aspect in Logical-Semantic Constructivism; (ii) the treatment of the legal concepts offered by both doctrines; (iii) the extension of the notion of competent language, established by Logical-Semantic Constructivism, in the direction of the theory of inquiry, proposed by John Dewey, in order to conclude that the use of competent language for the construction of legal facts corresponds to the concept of warranted assertions formulated by the deweyan pragmatism.

---

\* Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1992); mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997); doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003) e Livre-docência em Direito pela Universidade de São Paulo (2008). Professora Concursada do Departamento de Teoria Geral do Direito e do Estado da PUC/SP. Professora do Programa de Estudos Pós-graduação em Direito da PUC/SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito e Metodologia, atuando principalmente nos seguintes temas: pragmatismo jurídico, semiótica legal, incidência e aplicação do Direito.

Artigo recebido em 19/06/2019 e aceito em 15/10/2020.

**Como citar:** ARAUJO, Clarice von Oertzen de. A linguagem competente: assertividade garantida na aplicação do Direito. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 23, n. 38, p. 43-81. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*Keywords: logical-semantic constructivism; competent language; warranted assertibility; pragmatism; John Dewey.*

## INTRODUÇÃO

O Constructivismo Lógico-Semântico se caracteriza como uma metodologia de investigação do fenômeno jurídico que alcançou ampla aceitação e aplicação no ambiente acadêmico e institucional. Atualmente, o interesse pelo desenvolvimento do aspecto pragmático que essa metodologia propõe vem experimentando um aumento significativo. A pretensão deste artigo é contribuir com a ampliação dessa investigação, propondo correlações entre a noção de linguagem competente proposta pelo Constructivismo Lógico-Semântico e a assertividade garantida estabelecida pela lógica experimental de John Dewey. O funcionamento cotidiano do nosso ordenamento jurídico volta-se essencialmente para os aspectos práticos ligados à exploração da linguagem nos casos particulares que envolvem situações fáticas específicas. A dimensão pragmática da linguagem é uma característica que correlaciona intensamente a linguística e a filosofia, e se propõe a estudar os usos e efeitos da linguagem em seus respectivos contextos de realização discursiva, comunicativa e social.

O raciocínio jurídico pragmático é útil porque oferece uma abordagem flexível, embora sofisticada, para pensar sobre problemas jurídicos. Este tipo de análise dá aos advogados e outros no domínio jurídico a perspectiva e as ferramentas para selecionar mais eficazmente entre uma variedade de raciocínios e capacidades de comunicação, na medida em que problemas jurídicos complexos são enfrentados. Em vez de raciocinar mecanicamente, empregando os mesmos paradigmas formais de raciocínio (ou lógica) sempre que se enfrenta um problema jurídico, pensar pragmaticamente permite maior flexibilidade e agilidade na seleção de competências e estratégias que melhor ajudarão a realização das atividades envolvidas na prática jurídica, com sutileza e precisão.

Nas mais diversas situações conflitivas, fatos jurídicos não surgem prontos. Quando não há nenhuma controvérsia envolvida, os fatos jurídicos são objeto de um consenso entre as partes relacionadas em diversas relações sociais regradas pelo direito. Entretanto, quando há controvérsia, fica claramente estabelecida a diferença entre alegações e fatos jurídicos. Estes últimos devem, para gozar de plena eficácia, ser estabelecidos de forma incontroversa. Quando discussões judiciais surgem, com frequência os fatos jurídicos serão objeto de investigação e prova, a fim de se estabelecer

culpa, responsabilidade, regime jurídico, direitos e deveres entre as partes envolvidas. Desta forma, os fatos jurídicos são objeto de uma construção, eles devem ser constituídos em linguagem competente. E qual linguagem seria esta? Seria a linguagem prescrita pelo direito positivo para a prova dos fatos. Trata-se de uma questão epistemológica.

O que se pretende neste artigo é estabelecer correlações entre a teoria da investigação de John Dewey, que propôs a expressão ‘asserção garantida’ (*warranted assertion*) e os processos de aplicação do direito. Embora guardem certas diferenças, as investigações científicas e a aplicação das normas jurídicas possuem também certas similaridades, dentre as quais se destacam a sua natureza empírica, contínua (não são atos instantâneos), procedimental, e coletiva, na medida em que ocorrem no âmbito de uma comunidade de intérpretes. A própria forma procedimental destas investigações é o que proporciona que seu desfecho produza asserções garantidas. Quando surge a dúvida e a controvérsia, formas de comprovação a priori dos fatos científicos ou dos fatos jurídicos não funcionam bem nos respectivos ambientes em que os procedimentos se desenvolvem. As convicções individuais não são suficientes para fazer avançar, seja a investigação científica, seja a aplicação do direito. O estabelecimento de certos consensos é fundamental para que os processos avancem.

Em comum entre as investigações de natureza científica e a aplicação do direito se verifica a evolução que ocorre a partir de um contexto inicial de dúvida ou conflito em busca de um estado final, no qual se estabeleça uma crença. Em ambas as situações se parte de um estado inicial inquietante e indeterminado, em direção a uma solução objetiva. Também se faz necessária a conjugação de certos elementos empíricos com um sistema de conceitos, a fim de se verificar se as provas produzidas serão capazes de estabelecer as consequências adequadas para a tomada de decisões. Na medida em que tais consequências forem reputadas suficientes, será possível afirmar que o problema ou o conflito poderá ser resolvido. É neste sentido que se procura relacionar o sentido de assertividade garantida (*warranted assertibility*) com o conceito de uso competente da linguagem do Direito Positivo para a construção dos fatos jurídicos. O que há de comum entre uma asserção garantida e um fato jurídico devidamente provado é a sua aptidão para eliminar a dúvida e estabelecer uma crença capaz de fazer a investigação avançar.

A primeira seção explica as características importantes do Constructivismo Lógico-Semântico, como a correlação entre o Direito

Positivo, a linguagem e a realidade, a proposta relativista em relação à verdade, e as concepções de linguagem objeto e metalinguagem, como camadas de organização linguística que ocorrem tanto em nível inter-sistêmico, quando a Ciência do Direito descreve o Direito Positivo, como no nível intrasistêmico, nas sucessivas etapas da positivação jurídica. Também se enfrenta a proposta de tratamento do constructivismo para os conceitos legais, mediante o emprego da subsunção legal entre norma e caso. Por fim, os fatos jurídicos também são tratados em sua condição de construções da linguagem.

Na segunda sessão se discute as características gerais do pragmatismo, destacando o tratamento instrumental e consequencialista dos conceitos, conforme as propostas de Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey. A lógica da investigação formulada por John Dewey é tratada em maior profundidade e detalhamento, em razão de se estabelecer como parâmetro para a comparação com o Constructivismo Lógico-Semântico.

A terceira sessão estabelece uma comparação dos tratamentos da aplicação do direito oferecidos pelo Constructivismo Lógico-Semântico e pelos ensaios que relatam as opiniões de John Dewey sobre o direito, reunidos em uma coletânea denominada *My Philosophy of Law (1941)*. Nesse tópico se estabelece a possibilidade de extensão da noção constructivista de ‘linguagem competente’ para abranger a construção de fatos jurídicos, determinados como asserções garantidas que revelam o uso competente dos standards de prova legal, nos respectivos contextos de positivação do Direito.

## **1 AS CARACTERÍSTICAS DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO**

Este tópico pretende apresentar as características do Constructivismo Lógico-Semântico como um método de construção de rigoroso conhecimento científico acerca do Direito Positivo. Não se esgota a descrição do constructivismo. O que se pretende é ressaltar as características da doutrina que proporcionam a formulação da hipótese que associa a linguagem competente para a constituição dos fatos jurídicos com a noção de assertividade garantida estabelecida na pesquisa científica, segundo a lógica da investigação formulada por John Dewey. O que se busca é tornar compreensível a associação que se propõe entre a definição

constructivista de fato jurídico e o conceito de asserção garantida elaborada no pragmatismo deweyano.

## 1.1 Linguagem e realidade

O constructivismo, originalmente representado pelos mais ilustres membros do Círculo de Viena, propôs, sobretudo, métodos rigorosos de construção de linguagens que pudessem garantir a precisão do discurso científico e matemático, a fim de estabelecer uma demarcação clara entre ciência e metafísica. A adoção do rigor metodológico para a emissão de proposições estabeleceu a consistência da atribuição de sentido aos enunciados, evitando o vazio significativo que contaminava os enunciados próprios da metafísica. A construção de estruturas sintáticas precisas e sistemáticas das linguagens formais (lógicas) caracterizou o desenvolvimento da semântica lógica, a fim de formular mais acuradamente a doutrina do empirismo. Podemos verificar este reflexo no avanço desenvolvido pelo Constructivismo Lógico-Semântico, uma vez que a proposta, adotando um padrão eminentemente analítico de linguagem, isola o fenômeno jurídico em sua dimensão linguística (CARVALHO, 2003, p. 164). O método do constructivismo preconiza o exame da extensão semântica dos vocábulos, bem como a sua classificação e função no interior do ordenamento jurídico.

Os avanços alcançados pela evolução da lógica, da linguística e da semiótica tornaram pacífica a conclusão de que a linguagem é o mais importante sistema de signos, pois é a partir dele que outros sistemas de comunicação se constroem. A linguagem verbal é a única que comporta a possibilidade de seu uso para falar de outros sistemas semióticos. Benveniste afirma que a “linguagem é a expressão simbólica por excelência e todos os outros sistemas de comunicação são dela derivados e a supõem” (BENVENISTE, 1966, p. 28). No mesmo sentido a afirmação de Jakobson, para quem “a linguagem é de fato o próprio fundamento da cultura. Em relação à linguagem, todos os outros sistemas de símbolos são acessórios ou derivados” (JAKOBSON, 1991, p. 18).

Assumindo essa premissa, o Constructivismo Lógico-Semântico analisa o Direito como um sistema de linguagem artificialmente elaborado<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Umberto Eco (1997, 402) trata a linguagem jurídica como um *léxico especializado* ou convenção linguística particular. Leia-se: “Será preferível indicar como os objetivos da pesquisa semiológica se especificam em direção aos léxicos e subcódigos: dos estereótipos da linguagem a todo o sistema retórico, a que já dedicamos alguns capítulos deste livro, e pouco a pouco até as convenções linguísticas particulares – léxicos

procurando demonstrar como o fenômeno jurídico pode ser estudado na condição de fenômeno semiótico. Em seu diálogo com a Teoria Comunicacional do Direito, o Constructivismo Lógico-Semântico enxerga a dinâmica social como uma rede intrincada de permutas de mensagens que refletem entendimentos parciais ou perfeitos entre os agentes, em graus diferenciados de complexidade, a depender do repertório e dos valores assumidos por cada agente da comunicação legal.

Nesta altura, cumpre ressaltar que, considerando a postura hermenêutica do intérprete, o Constructivismo Lógico-Semântico assume uma posição relativista em relação aos temas da verdade e da justiça. Explica Paulo de Barros Carvalho:

A relatividade do saber não admite definições terminativas, fortes o suficiente para conduzir o intérprete por espaços seguros e inequívocos. Os valores que ingressam na apreciação dos fenômenos, especialmente os sociais, impedem o saber definitivo e o conhecimento absoluto. (...) No plano do conhecimento do mundo, contudo, em que o ser humano é protagonista único, as coisas são bem diferentes. Tratando-se de um ser carente, cheio de imperfeições, prisioneiro da matéria de que é constituído, vigora o relativismo dos conceitos e oscilação dos correspondentes valores. Sua história é a luta pelas conquistas, pelos avanços, pela realização de ideais, sempre mutantes, em razão das necessidades materiais, espirituais e sociais por que passa. Inexistem aqui as verdades absolutas, as conquistas definitivas, e as soluções imutáveis. Aliás, as ciências evoluem precisamente porque não são perfeitas, irremediavelmente vinculadas às ingentes limitações do homem. Este, por sua vez, tem a missão de resistir às dificuldades da experiência, transformando-a em objetos culturais, segundo os valores que sua filosofia lhe propõe (CARVALHO, 2018, p. 3).

Segundo o relativismo, “os aspectos inerentes aos sujeitos que supostamente determinam o que é a verdade ‘para eles’ podem incluir o contexto histórico, cultural, social, linguístico, psicológico ou ainda a própria constituição sensorial” (BLACKBURN, 1997, p. 342). A configuração psicológica dos indivíduos é modelada por inúmeras forças, dentre as quais as mais relevantes seriam as forças políticas, econômicas,

---

especializados (políticos, *jurídicos*, - todo um setor de grande importância para o estudo das comunicações de massa) e mesmo até o estudo de léxicos de grupo (pregões de mascates, línguas secretas e jargões, linguagem coloquial)”.

sociais e culturais. Para o relativismo, as contingências que envolvem o sujeito afetam a sua relação com as crenças que sustenta.

Efetivamente, a premissa constructivista assegura que o intercuro verbal permeia todos os sistemas de comunicação. A asserção encontra amparo no direito positivo brasileiro, em enunciado constitucional. As manifestações oficiais do direito positivo são a criação e a revogação das leis, caracterizando a evolução do ordenamento jurídico. A produção de leis como textos prescritivos é uma forma de comunicação de massa (SILVA, 2006, p. 209)<sup>2</sup>. Para assegurar a eficácia do ordenamento, o direito positivo estabelece a língua oficial, na qual deve o legislador se pronunciar, a fim de assegurar a eficácia do intercuro de mensagens prescritivas. É o que determina o enunciado a seguir transcrito:

Art. 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

Na sequência da positivação, tem-se a Lei Complementar 95/98, que dispõe sobre a técnica legislativa, evidenciando a forma linguística de manifestação do Direito Positivo e destacando aspectos da redação que devem ser observados pelo legislador, conforme se depreende da leitura do seguinte dispositivo:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

- a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
- b) usar frases curtas e concisas;
- c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;
- d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;
- e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico.

---

<sup>2</sup> Não se ignora que o texto constitucional reconhece a língua dos povos indígenas em seu art. 231. Entretanto, embora a língua e a cultura indígenas sejam valores reconhecidos e sua preservação venha recomendada pelo dispositivo constitucional, são se revelam como cultura de massa. O que o art. 231 manifesta é o reconhecimento e a conservação da identidade étnica dos índios.

Com as comprovações empíricas acima apresentadas, nada se opõe à concepção do Direito como fenômeno linguístico – de natureza prescritiva – que comunica aos seus destinatários/usuários padrões de conduta social. Tais pautas de comportamento utilizam a linguagem escrita de uma forma hegemônica. No Direito, diversos procedimentos orais, como depoimentos pessoais ou de testemunhas, são reduzidos a termos escritos. A evolução das tecnologias torna cada vez mais escassas as manifestações meramente orais, tais como contratos verbais. Não foi outra a conclusão de Alfredo Augusto Becker (1999, p. 51):

O mundo jurídico é um mundo mesquinho. Ele substitui o mundo dos fatos reais por um universo de palavras. Onde há uma floresta amazônica, o legislador determina que deva existir uma flor de papel. Tudo se converte em papel e em signos gráficos no papel: as palavras. Os próprios juristas passam a vida a investigar palavras, a escrever palavras a propósito de palavras.

Nesse sentido, o Direito pode ser considerado como um código artificial, na medida em que comunica padrões de comportamento lhes atribuindo valores: os comportamentos desejados são qualificados pelo direito como ‘obrigatórios’ ou ‘permitidos’ – comportamentos legais. Os indesejáveis são qualificados de ‘proibidos’ – comportamentos ilegais – e a sua prática sujeita os infratores à aplicação de sanções. Esta valoração, ao qualificar as condutas como legais ou ilegais consubstanciará o *bit*<sup>3</sup> mais importante e também mais comum no direito: legalidade/ilegalidade, licitude/ilicitude.

A construção sistemática de uma dogmática do direito tributário a partir do sistema constitucional tributário também é recomendada pelo Constructivismo Lógico-Semântico, mediante a demonstração das relações de derivação e de posituação entre princípios tributários e as demais normas, escalonadas em patamares inferiores ao nível constitucional do ordenamento jurídico.

Outro aspecto que o Constructivismo Lógico-Semântico traz da herança do Círculo de Viena, além da concepção do Direito Positivo

<sup>3</sup> “Bit. Na teoria da comunicação, o bit é a unidade de medida da quantidade de informação. O termo ‘bit’ (diz-se também ‘binit’) é uma abreviação da expressão inglesa ‘binary digit’. Os dados, nos sistemas de informação mecânica e eletrônica, como o computador, são representados somente por dois estados possíveis; é, portanto, uma notação binária que se emprega para ilustrar essas indicações. (...) Se se considera um código, ou sistema de signos, suscetível de servir de base à transmissão de uma mensagem, esse código, comportando dois sinais possíveis, ambos igualmente prováveis, (0 e 1, p. ex.), tem uma capacidade de 1 bit cada vez que é utilizado (DUBOIS, 1998, p. 90).

como construção do ser humano, é o entendimento da função reconstrutiva do saber jurídico, expresso em enunciados descritivos da Ciência do Direito. Para o constructivismo “a ciência é uma construção conceptual, um conjunto de conceitos dispostos segundo certas conexões ideais, estruturados segundo princípios ordenadores que os subordinam a uma unidade sistemática” (VILANOVA, 2003, p. 4).

Segundo a doutrina, a verdade, como atributo de proposições, é um predicado que não se atribui às normas jurídicas, expressas em enunciados prescritivos. A construção de condições para a definição da verdade e sua verificação são procedimentos atribuídos ao discurso descritivo do ordenamento jurídico, característico da Ciência do Direito<sup>4</sup>. Assim, a comprovação de proposições verdadeiras demanda o recurso à experiência, à verificação empírica, que trará o resultado da confirmação<sup>5</sup>. Neste sentido, a qualificação da norma jurídica independe da experiência. Por exemplo: pode haver uma prescrição municipal que determine ser proibido pisar a grama de um parque. Trata-se de norma válida. Entretanto, não será relevante se os destinatários, frequentadores do parque, pisam ou não a grama. A norma continuará válida e só perderá esse atributo quando outra norma posterior revogar a primeira<sup>6</sup>. Portanto, há diferença entre a validade das normas jurídicas e a verdade das proposições descritivas jurídicas.

Ainda tratando da teoria da norma jurídica elaborada pelo constructivismo, a concepção da Regra Matriz de Incidência Tributária, com as inúmeras aplicações práticas, levadas a cabo tanto pela literatura jurídica como pela jurisprudência, evidenciaram a enorme influência que este recurso lógico e diagramático exerceu. Assim a define o seu autor, Paulo de Barros Carvalho:

---

<sup>4</sup> Com efeito, o constructivismo lógico semântico revela, em sua essência, a tradição da filosofia construtiva, conforme explica Simon Blackburn (1997, p. 305): “O interesse central do Círculo de Viena era a unidade da ciência e o delineamento correto do método científico. A ideia era que isso acabaria por funcionar como uma solução final das disputas dos metafísicos. A tarefa da filosofia construtiva tornou-se a análise da estrutura das teorias e da linguagem científica”.

<sup>5</sup> Neste sentido, o recurso aos fatores extralinguísticos decorrentes do princípio do empirismo implica em classificar a confirmação da verdade dos enunciados descritivos da Ciência do Direito na categoria dos enunciados sintéticos, adotando-se a nomenclatura proposta por Rudolf Carnap (HUISMAN, 2001, p. 192). O que Lourival Vilanova confirma, ao afirmar que as proposições normativas do Direito são sintéticas (2016, p. 147).

<sup>6</sup> Exemplo colhido em reunião do Grupo de Estudos de Paulo de Barros Carvalho veiculado no Youtube em 10/11/2017. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=hKez0vaLdtY>. Acesso em 23/02/2019.

Acontece que a estrutura da regra matriz já é uma construção lógica, com a hipótese ou antecedente e o mandamento ou consequente expressos nas variáveis representadas por signos formais unidos por constantes (CARVALHO, 2018, p. 12).

Podemos afirmar, com base em Charles Morris, que o emprego da Regra Matriz de Incidência Tributária ilustra o emprego de uma “regra semântica” (*semantical rule*<sup>7</sup>) capaz de determinar a natureza jurídica de um tributo. Ao empregar a regra matriz para o exame uma lei tributária que institua ou majore um tributo, o intérprete será capaz de estabelecer em quais situações pode adotar os termos ‘imposto’, ‘taxa’ e ‘contribuição’ para se referir às imposições tributárias (CARVALHO, 2012, p. 419). A investigação empreendida com o recurso à regra matriz será descritiva ou prescritiva, a depender da linguagem de que o intérprete seja titular. A investigação pode ser empreendida em texto científico, crítico de uma inovação legislativa. Mas pode ocorrer também em substrato de linguagem prescritiva, nos atos de aplicação da lei, levados a efeito por órgãos competentes, dotados de competência administrativa ou judicial.

## 1.2 Linguagem objeto e metalinguagem

A diferenciação entre linguagem-objeto e metalinguagem, como camadas de linguagem que se referem ao ordenamento jurídico e ao sistema construído pela Ciência do Direito, respectivamente, caracteriza outra aplicação da semântica lógica ao fenômeno jurídico. Na expressão de Paulo de Barros Carvalho (2003, p. 162):

De um lado, como linguagem objeto, temos determinada ordem jurídico-normativa, operando num ponto do tempo histórico e sobre dado espaço territorial; de outro, como metalinguagem descritiva, a Ciência do Direito em sentido estrito ou Dogmática Jurídica, voltada somente a compreender e relatar sua linguagem-objeto.

Tendo em conta que “metalinguística” e “metalinguagem” não são expressões equivalentes para a Lógica Simbólica, cumpre elucidar que a concepção lógica (Tarski) dos conceitos de linguagem-objeto e metalinguagem não é a que está em foco no interior dos ordenamentos

<sup>7</sup> “Unlike the formation and transformation rules, which deal with certain sign combination and their relations, ‘semantical rule’ designates within semiotic a rule which determines under which conditions a sign is applicable to an object or situation; such rules correlate signs and situations denotable by the signs” (MORRIS, 1971, p. 36).

jurídicos, uma vez que (i) os sistemas de Direito Positivo não se subordinam ao critério de não contradição e terceiro excluído; (ii) as proposições prescritivas não se sujeitam à valência verdade/falsidade, mas sim aos valores de validade/invalidade; e (iii) a linguagem do Direito Positivo é semanticamente aberta, em razão da prescritividade de seus conceitos e da aptidão de incidência das normas, que demanda uma saturação dos conceitos e dos tipos normativos com os dados empíricos provenientes dos casos concretos.

Ainda que demonstrada a existência desses dois substratos linguísticos diversos, caracterizados pela sobreposição de dois sistemas, quais sejam, o sistema de Direito Positivo e o sistema da Ciência do Direito, refletindo a relação linguagem-objeto/metalinguagem como um fenômeno intersistêmico, é importante ressaltar que ocorre um outro tipo de relacionamento entre linguagem-objeto e metalinguagem, desta vez na forma intrasistêmica, no interior do sistema do Direito Positivo, que trabalha com a derivação ou organização hierárquica dos preceitos normativos e com critérios de interpretação para a solução e/ou eliminação de contradições no interior da linguagem prescritiva.

Os exemplos são fornecidos por Lourival Vilanova:

Dir-se-ia que uma proposição jurídica que dispõe sobre outra proposição jurídica (regras jurídicas de reenvio, regras de processo de construção de outras normas, regras jurídicas que normam o espaço e o tempo de incidência de outras normas – retrotraiamento ou protraiamento de incidência, proposições normativas que estatuem o sentido ou o uso de nomes no interior do sistema jurídico, ou que prescrevem como se deve encontrar o significado de um nome ou de uma proposição no contexto de significação do sistema) seja uma meta-proposição relativamente às proposições normativas ou proposições-objeto. É possível praticar a meta-linguagem acerca de uma linguagem dada fazendo uso do mesmo sistema de linguagem (VILANOVA, 2016, p. 143).  
(...)

Sintaticamente, as regras que estatuem sobre a composição ou formação de proposições são de nível meta-linguístico. No sistema de direito, todavia, elas estão no mesmo nível das proposições a formar. São, é certo, normas-de-normas, mas situam-se no interior do sistema do direito: são direito positivo (VILANOVA, 2016, p. 161).

As operações metalinguísticas estão na essência dos fenômenos semióticos, uma vez que o interpretante é concebido como um signo melhor desenvolvido em relação àquele outro ao qual se refere. Com efeito, vem no mesmo sentido o comentário de Umberto Eco sobre a existência de uma linguagem crítica capaz de legitimar ou não as boas interpretações de um texto:

Digo que a noção de interpretação requer que um segmento de linguagem possa ser usado como interpretante de um outro segmento da mesma linguagem. No fundo, esse é o princípio peirciano de interpretância e de semiose ilimitada. (...)

Uma metalinguagem crítica não é uma linguagem diferente de sua linguagem-objeto. É uma porção da mesma linguagem-objeto, e nesse sentido é uma função que toda e qualquer linguagem desenvolve ao falar de si mesma (ECO, 1995, p. 16).

A possibilidade de produção metalinguística no interior da ordem normativa compreende assim a concepção da positivação normativa como um fluxo contínuo, em grau crescente de concretude, na busca da finalidade essencial do Direito. Tal função está na essência da própria possibilidade de organização hierárquica das normas e são essas operações que possibilitam a geração de novos signos normativos, viabilizando a incidência e a aplicação.

Um profícuo exemplo da função metalinguística dentro do próprio sistema do Direito Positivo Brasileiro é o princípio do devido processo legal, prescrito no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Destinado à tutela dos direitos e garantias individuais, o citado princípio, tomando-os como linguagem-objeto, atua na condição metalinguística.

De forma geral também os princípios possuem uma operacionalidade metalinguística, na medida em que orientam a criação e a aplicação de normas jurídicas de inferior hierarquia. Atuando na condição de supra critério, exercem uma função metalinguística.

Em outro exemplo: um processo judicial, seguindo todas as etapas recursais permitidas pelo sistema de Direito Positivo, ilustra fielmente o desenvolvimento da relação linguagem-objeto/metalinguagem no interior do ordenamento jurídico. Uma sentença, ao decidir em primeira instância sobre a procedência ou improcedência do pedido formulado na ação proposta, toma a petição inicial e a contestação, assim como toda

a argumentação expendida pelas partes processuais, como linguagem-objeto. Na sequência, ao ser formulado o recurso interposto pela parte vencida em primeiro grau, esta tomará a sentença monocrática como linguagem-objeto. O acórdão que decide sobre o cabimento e o mérito do recurso o toma como sua linguagem-objeto e tem, em relação ao recurso interposto, um caráter metalinguístico. E assim, sucessivamente, os exames jurisdicionais da cadeia de recursos cuja interposição for permitida pelo processo civil pátrio constituirão, sucessivamente, novos pares relacionais de linguagem-objeto/metalinguagem.

Pelo processo da metalinguagem a doutrina e a jurisprudência constroem uma linguagem paralela àquela do desempenho do Poder Legislativo, procurando descrever o funcionamento do sistema, eliminando os seus ruídos, harmonizando ou decidindo os conflitos normativos e sociais. É justamente a absorção do ruído que produz no aspecto semântico da informação uma programação para ações futuras.

### **1.3 Conceitos jurídicos e subsunção**

Outro aspecto relevante para a investigação promovida neste artigo é a forma segundo a qual o Constructivismo Lógico- Semântico lida com a formulação e aplicação dos conceitos jurídicos. Como se verá mais adiante, o tratamento conferido aos conceitos é uma característica marcante do pragmatismo, o que justifica a exploração da questão sob a perspectiva constructivista. Importa verificar quais são os pressupostos filosóficos (VILANOVA, 2003, p. 1) que são adotados para a definição dos conceitos.

O método do Constructivismo Lógico herda de Husserl a intuição como forma de pensamento que “ascende ao plano do substrato ideal que o real implica” (VILANOVA, 2003, p. 75). Ao discorrer sobre o conceito de direito, Lourival Vilanova explica que um conceito fundamental demarca logicamente um setor definido da objetividade, se caracteriza como forma de enquadramento de cada região ontológica.

Ao adotar a fenomenologia e o logicismo de Husserl, o Constructivismo procede ao retorno às formas clássicas, assumindo a interpretação dos conceitos que segue a proposta de Aristóteles. Os conceitos são idênticos às essências (ABBAGNANO, 1998, p. 166). Neste sentido, por exemplo, o conceito de direito seria logicamente independente da experiência, ele seria a condição de possibilidade da experiência jurídica (VILANOVA, 2003, p. 69).

O conceito fundamental se constitui como pressuposto *a priori*, sobre o qual repousa toda a construção de uma ciência, uma vez que limita logicamente uma região ôntica ou um setor definido de objetividade. O método de obtenção do conceito seria a apreensão intuitiva (VILANOVA, 2003, v.1, p. 6). Esta “aprioridade” do conceito fundamental decorre das condições transcendentais do conhecimento que foram estabelecidas pela filosofia kantiana. Para que um conceito fundamental realize a sua função unificadora é necessário que possua validade universal, e deve ter uma órbita de validade ou aplicação que permita que todos os objetos que apresentem aquele complexo de notas que o definem possam ser a ele subsumidos. Neste sentido, o conceito se relaciona mais ao aspecto conotativo que ao denotativo das definições. Os conceitos retêm somente os elementos comuns, notas universais e necessárias ou essências que se encontram na multiplicidade de objetos e fatos singulares que caracterizam os dados da experiência.

O que ocorre quando se dá a operação de subsunção ou de incidência de uma norma jurídica? Para que uma norma incida, deve ocorrer o fato descrito em sua hipótese. Quando este fato ocorre, sendo ele ainda de natureza social, se estiver representado em linguagem (igualmente social), uma norma incide, por se verificar a similitude entre as características do fato ocorrido e os predicados selecionados pelo legislador ao elaborar a hipótese normativa. Desde que a lei que prescreve a norma esteja em vigor, e verificando-se esta concorrência entre os aspectos do fato e da descrição hipotética, ocorre a subsunção. Neste sentido concorda Celso Ribeiro Bastos, ao tratar da hermenêutica e interpretação constitucional. Afirmo o autor:

Como parte inicial do processo interpretativo tem-se a seleção da norma aplicável à hipótese de que se cogita. Assim, frente a determinado caso concreto, ter-se-á de procurar, na vastidão do ordenamento jurídico, a norma aplicável, que regula a espécie submetida à apreciação. Poder-se-ia denominar este processo de subsunção da norma, porquanto é na verdade mais voltado para o caso concreto (BASTOS, 1997, p. 33).

Lourival Vilanova também se refere ao *caráter seletivo do descritor* de uma norma jurídica. Leia-se:

Vê-se, no descritor da norma não se acha proposição empírica, relatando ou narrando o comportamento efetivo ou descrevendo um fato. Certo, há alguma similitude entre proposição cognoscente do real e proposição tipificadora de

uma classe ou conjunto de fatos condicionantes da realização de certas consequências. Ambas são seletivas. Quer nas ciências reais-naturais, quer nas ciências reais-sociais, como demonstrou H. Rickert.

Diremos: os conceitos, quer normativos, quer empírico-naturais ou empírico-sociais, são seletores de propriedades. Nem tudo do real tem acolhida no universo das proposições. No campo do direito, especialmente, a hipótese apesar de sua descritividade, *é qualificadora normativa do fático*”.

(...) Então concluímos: a hipótese, que é proposição descritiva de situação objetiva possível, é construção valorativamente tecida, com dados-de-fato, *incidente* na realidade e não coincidente com a realidade (VILANOVA, 1997, p. 88).

Demarcada a forma de tratamento que o constructivismo dispensa à elaboração e aplicação dos conceitos, trata-se a seguir o exame da distinção estabelecida pela doutrina entre os eventos e os fatos. Fatos são concebidos como construções linguísticas elaboradas mediante a intersecção de substratos de linguagens que (i) ocorrem no cotidiano, como é o caso da linguagem social e (ii) possuem uma natureza técnica, como é o caso da linguagem do Direito Positivo. Este cruzamento dos substratos linguísticos constrói os fatos jurídicos, que caracterizam um terceiro substrato de linguagem: a facticidade jurídica (CARVALHO, 2008, p. 14).

#### **1.4 A distinção entre evento e fato jurídico**

O método constructivista adota a distinção desenvolvida pela filosofia da linguagem entre o *evento* e o *fato linguístico*.

Tércio Sampaio Ferraz afirma que “ ‘fato’ não é pois *algo* concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade. A possibilidade de se usar o elemento ‘é fato que’ depende, porém, de regras estruturais. Pode ser usado para o passado e presente, mas não para o futuro”. Para este autor, portanto, a afirmação de um determinado fato implica a utilização competente da língua (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 280).

Por sua vez, adverte Paulo de Barros Carvalho que “com o mero evento, sem que adquira expressão em linguagem competente, transformando-se em fato, não há que se falar em fenômeno da incidência jurídica. A percussão da norma pressupõe relato em linguagem própria: é a linguagem do direito constituindo a realidade jurídica” (CARVALHO, 2008, p. 12 – os destaques são do original).

Assim, é possível entender porque o Constructivismo Lógico-Semântico não trata dos fatos como entidades “reais”, mas os concebe na condição de articulações linguísticas acerca da realidade. Segundo Habermas (1997, p. 117), os fatos constituem aquilo que objetivamente podemos afirmar. Os objetos da experiência são aquilo acerca do que fazemos afirmações.

A transformação das relações sociais em relações jurídicas surge como o efeito, a consequência produzida pela aplicação do direito. É esclarecedor a este respeito o pensamento de Lourival Vilanova, quando afirma:

Em rigor, direitos, facultamentos, poderes, pretensões, autorizações e seus correspectivos contrários, encontram-se no momento *efectual*, quer dizer: depois da *incidência* da parte da norma que qualifica o dado-de-fato como *fato jurídico* vem o efeito, justamente a relação S’RS” , a relação jurídica em sentido técnico. E se se encontram compondo o fato jurídico, como pressupostos constituintes dele, operam como ‘causa’ de efectual relação jurídica. Assim, a relação jurídica mesma pode aqui figurar no tópico de antecedente, ali no tópico de consequente (VILANOVA 1992, p. 592).

Por isso o Constructivismo Lógico-Semântico propõe para a aplicação do direito a coexistência de três substratos de linguagem: Um primeiro, composto por linguagem social, que represente o evento real, traduzindo-o em fato; um segundo que é o das próprias normas gerais e abstratas, a linguagem do Direito Positivo, portadora de enunciados conotativos<sup>8</sup> que se referem aos arquétipos de fatos sociais (*fattispecie*), permitindo a sua identificação e tipificação legal; e finalmente um terceiro, produto da intersecção dos dois primeiros, traduzindo o fato social em *fato jurídico*.

O constructivismo propõe que a realidade jurídica é uma construção linguística resultante do emprego da linguagem do direito posto sobre o tecido dos fatos e relações sociais. A articulação competente desses substratos de linguagem é o processo de aplicação no direito, requerendo a presença humana, uma vez que as normas não incidem por

<sup>8</sup> Entre os linguistas e os lógicos há uma distinção sobre o emprego da oposição entre *conotação* e *denotação*, a qual vem da lógica escolástica. A questão gira em torno do caráter vago do conceito de conotação. Uma breve síntese sobre a controvérsia pode ser encontrada em DUBOIS (1998, p. 142) e LALANDE (1999, p. 184). O emprego que fazemos de *conotação* nesta obra é o mesmo que lhe atribui Stuart Mill, para quem conotar exprime “o modo pelo qual um nome concreto geral serve para designar os atributos que estão implícitos no seu significado”.

força própria. A manipulação adequada e a sobreposição das linguagens é manifestação inequívoca do princípio da intertextualidade no percurso da aplicação normativa.

## **2 AS CARACTERÍSTICAS DO PRAGMATISMO**

O pragmatismo não se define exatamente como um movimento filosófico. Ele seria melhor caracterizado como um conjunto de correntes filosóficas desenvolvidas nos Estados Unidos e na Inglaterra, com desdobramentos que assumiram diferentes nomes em outros países. Nesse contexto é possível afirmar que houve um pragmatismo italiano do qual participaram Mario Calderoni (1879-1914), Giovanni Papini (1881-1956) e Giovanni Vailati (1863-1909). Entretanto, este artigo destacar somente a doutrina proposta por seus mais notáveis fundadores americanos, durante o fim do século XIX e início do século XX, para, na sequência, ressaltarmos a proposta de John Dewey, com sua formulação de uma lógica da investigação, a fim de estabelecermos as relações entre a formulação de ‘assertividade garantida’, concebida por Dewey, e a constituição dos fatos jurídicos em linguagem competente, formulada pelo Constructivismo Lógico-Semântico.

### **2.1 William James, Charles Sanders Peirce e os efeitos concebíveis**

Segundo um de seus fundadores, William James (2006, p. 46), o pragmatismo não é uma novidade: pensadores como Sócrates, Aristóteles, Locke, Berkeley e Hume flertavam com a ideia de que a realidade é aquilo que sabemos dela. O combate às razões a priori, à abstração, aos princípios firmados e aos sistemas fechados foi o prelúdio do que seria o método pragmático.

Historicamente, o termo “pragmático” foi usado em várias acepções, mas desde seus primeiros empregos esporádicos apareceram dois sentidos fundamentais: o de conhecimento útil e o de conhecimento real. Sobre sua origem, se diz que a expressão é atribuída geralmente ao historiador grego Políbio, no sentido de história instrutiva, destinada a dirigir a conduta (LALANDE, 1999, p. 1285). Nicola Abbagnano (1998, p. 783) registra que o adjetivo, para Políbio, distinguia a história pragmática, que cuida dos fatos, da história que fala da genealogia das famílias e da

fundação das cidades. A história pragmática, para o grego, tinha utilidade maior para ensinar como o homem deve proceder na vida social.

Modernamente, o pragmatismo, como filosofia, foi desenvolvido a partir do final do século XIX. As duas principais correntes do pragmatismo surgiram de um grupo de pensadores americanos que ironicamente denominou suas reuniões de “Clube Metafísico”. Dois de seus maiores pensadores, Charles Sanders Peirce e William James, eram homens religiosos e acreditavam no pragmatismo como uma forma de combate ao racionalismo e ao empirismo vulgar.

Todos determinavam a verdade de uma proposição por suas consequências práticas (WAAL, 2005, p. 51-79). Contudo, divergiam em pontos fundamentais: Peirce pregava um pragmatismo de vertente realista; James, de caráter nominalista. Retomaram, segundo Comte-Sponville (2003, p. 610), o debate que permeou toda a Idade Média – a chamada “querela dos universais”, em que se buscava saber qual espécie de realidade se deve atribuir às ideias gerais: se são reais (realismo) ou meras palavras (nominalismo). O nominalismo afirma que conceitos genéricos, como a beleza, o bem, o animal, o homem etc., são nada mais do que nomes (nomina) ou meras palavras (flatus vocis)<sup>9</sup>. Já o realismo assevera a existência dos universais antes da coisa (ante rem). Nele os conceitos gerais existem em si mesmos, ao modo das ideias de Platão (JUNG, 2003, p. 40). Como veremos adiante, Peirce era realista, dada sua visão de crença e realidade (PEIRCE, 1998, p. 312-343).

A vertente jamesiana corresponde à maior parte do que se entende por pragmatismo. E, aqui, nos deteremos mais longamente nela, porque as críticas costumam ser feitas ao pragmatismo jamesiano e não ao de Peirce. Ao tratar do assunto em *Tipos Psicológicos*, C. G. Jung, em nenhum momento, cita Peirce, mas deixa vastos comentários sobre James e Schiller. Gérard Durozoi e André Roussel (1993, p. 376) citam James como o filósofo pragmático americano mais importante. Quando Johannes Hessen (2003, p. 40-42) faz crítica aos ceticistas, inclui o pragmatismo nesta categoria e sequer cita Peirce. Expõe que James é considerado o verdadeiro fundador do pragmatismo (inclusive do nome) e que o pragmatismo equipara os conceitos “verdadeiro” e “útil”, ainda que, para isso, trate como verdadeira uma suposição sabidamente falsa. Dito isso, “o erro fundamental do pragmatismo consiste em não enxergar a esfera lógica”.

Para os europeus, como Bertrand Russel, faltaria “evolução” para um pragmatista, no sentido de que a filosofia servia “justamente para

<sup>9</sup> “Sopros de voz”, em tradução livre.

o pensador deixar de ser um [pragmatista]”. Críticos do pragmatismo o acusam de saber se um filme era bom ou não pela sua bilheteria (WAAL, 2005, p. 20). Estudos do pragmatismo costumam lembrar da verdade “pela utilidade” nietzschiana (SHOOK, 2002, p. 8; WAAL, 2005, p. 23), quando se diz que o verdadeiro é o que é vantajoso para nosso pensamento. O francês André Comte-Sponville (2003, p. 466) utiliza seu tom ácido para dizer que, conforme critérios pragmáticos, o nazismo seria verdadeiro se Hitler tivesse ganho a guerra. Irônico, continua: “Mas também podemos, como Charles Sanders Peirce e William James, considerá-lo uma filosofia da ciência e da democracia. O fato de se tratar de dois filósofos americanos não deveria servir de refutação”. A verdade como êxito, em um empirismo radical, é, sem dúvida, jamesiana.

As bases do pragmatismo listadas por Eisenberg e Pogrebischi (2002) também remetem mais a James do que a Peirce (contextualismo, consequencialismo, antifundacionalismo). Ser pragmatista contextualista implica que toda e qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais. Por sua vez, o consequencialismo requer que toda e qualquer proposição seja testada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis. E, por fim, o antifundacionalismo consiste na rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais e dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento.

Charles Sanders Peirce expôs as ideias basilares do pragmatismo no texto “Como tornar nossas ideias claras”, em 1878, embora nele não tenha empregado o termo. William James o mencionou pela primeira vez em “Philosophical Conceptions and Practical Results”, em 1898. No texto “O que é o pragmatismo”, de 1905, Peirce renuncia ao nome original e utiliza o termo “pragmaticismo”. Peirce pode ter criado o pragmatismo com James (e Oliver Wendell Holmes,<sup>10</sup> entre outros, no Clube Metafísico), mas não é certo afirmar tê-lo criado depois. O fato de James ter adotado (“patenteado”) a palavra antes fez com que Peirce adotasse outro nome, pragmaticismo, mas isso não retira a sua originalidade na formulação da ideia.

William James sustenta que uma ideia é verdadeira na medida em que acreditar nela é proveitoso para nossas vidas (EISENBERG; POGREBINSCHI, 2002). Giovanni Papini,<sup>11</sup> contemporâneo de James,

<sup>10</sup> Oliver Wendell Holmes foi membro da Suprema Corte estadunidense.

<sup>11</sup> Vide na sua autobiografia “Um homem acabado”, em especial no Capítulo XXVII.

também escreveu que a vontade de acreditar cria a verdade, e o verdadeiro é o útil. A subversão ou subjugação da verdade não faz parte da concepção de Peirce.<sup>12</sup>

Peirce não se valia de suposições sabidamente falsas, pois sua preocupação era justamente eliminar a metafísica e suas premissas insustentáveis. Se ser pragmatista significasse ser utilitarista, Peirce teria que abandonar a ideia de verdade e justiça que tanto perseguia<sup>13</sup>. Afirmar que Peirce não enxerga a esfera lógica é uma crítica facilmente refutável, uma vez que escolheu o termo Semiótica para denominar sua Lógica, sendo esta a paixão que o animou durante toda a vida (SANTAELLA, 2006, p. 17).

Outra prova da influência maior de James é que o pragmatismo jurídico o tem como sua base filosófica. O pragmatismo hoje é associado a Richard Rorty e sua filosofia anti-realista. O pragmatismo jurídico desenvolvido por Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo não buscava precisamente a verdade, mas uma crença justificada pela necessidade social (EISENBERG; POGREBINSCHI, 2002, p. 107-111). O poder do legislador (em sentido estrito) passa ao juiz criador, que considera o contexto, e procura a melhor decisão sem estar preso em uma moldura kelseniana. No seu livro *Para além do Direito*, Richard Posner (2009, p. 422) inicia um capítulo dizendo: “Afinal, o que o pragmatismo tem a oferecer ao direito?”, mostrando sua postura pragmatista inclusive ao fazer doutrina. É firme ao dizer que o juiz pragmatista usa o direito como instrumento para fins sociais. O foco está em perguntar sempre qual das resoluções possíveis terá as melhores consequências sociais, no sentido de custos e benefícios.

James é marcado pelo lado psicológico e individual. Sua vertente do pragmatismo, o “practicalismo”, acabou sendo a principal. Peirce aperfeiçoou a máxima pragmática com sua semiótica, dizendo que tudo o que se pode pensar sobre algo é parte do conceito desse algo racionalmente. Mantinha assim sua posição realista, adversa à de James (WAAL, 2005, p. 131). Conforme Maria de Lourdes Bacha (1998, p. 37), o pragmatismo peirceano não é utilitarismo porque a ação não é a meta da vida. Peirce refuta a ideia de vivermos simplesmente da ação como ação, uma vez que

---

PAPINI, Giovanni. *Um uomo finito*. Florença: Libreria dela voce, 1913. Disponível em: [http://archive.org/stream/unuomofinito\\_00papiuoft/unuomofinito00papiuoft\\_djvu.txt](http://archive.org/stream/unuomofinito_00papiuoft/unuomofinito00papiuoft_djvu.txt). Acesso em: 07/03/2019.

<sup>12</sup> Mussolini jamais poderia ser associado a Peirce. Já James e Papini foram a base intelectual do ditador (WAAL, 2005, p. 110).

<sup>13</sup> Para Peirce, o fim último da ciência é a verdade, mas o fim último da verdade é o admirável. Na busca da verdade, sustentada pela Ética ou autocontrole e autocorreção, a meta da ciência é corporificar, dar razoabilidade concreta ao admirável (SANTAELLA, 1992, p. 114).

esta postura implica negar o propósito racional da ação e o aperfeiçoamento, ao longo do tempo, do pensamento que determina a conduta.

George Browne Rego (2012, p. 268) comenta a crítica de Popper aos enunciados categóricos do historicismo: tais enunciados são insusceptíveis de refutação. Os efeitos concebíveis ou consequências práticas ficam longe do utilitarismo e perto de uma investigação de desdobramentos experimentais, resultantes de ações deliberadamente controladas sobre o objeto. A aceitação da imprevisão não submete o pesquisador a um saber fragilizado, porém o obriga a tomar certas atitudes diante de seus objetos de estudo e conceituações, tais como a estipulação e a redefinição.

Segundo Shook (2002, p. 12 e p. 19), apesar das inúmeras diferenças entre os autores basilares, havia alguns pontos centrais em que todos concordavam: o conhecimento era oriundo da experiência (característica do empirismo), a mente transforma a experiência em objeto de conhecimento; e a crença, obtida a partir da experiência, nos possibilita prever e controlar nosso ambiente. Também concordam que a realidade é muito mais ampla do que a totalidade de objetos de conhecimento reais e possíveis, o que nos dá margem a prever o imprevisível. E o mais importante: o significado de um juízo é uma função de suas consequências práticas concebíveis. As consequências, portanto, definem o objeto e não o contrário. Se não há diferença prática, não há diferença. Discussões como a “transsubstancialidade” tornam-se inúteis, posto o objeto ser a concepção de seus efeitos. “Peso” é simplesmente a força que faz os corpos caírem. Como dizer que não sabemos o que é o peso, mas conhecemos todos os seus efeitos?

## **2.2 John Dewey e a lógica da investigação**

Formulando a crítica ao racionalismo, o pragmatismo estabeleceu, com a evolução das concepções de comunicação, linguagem, pensamento e discurso, uma ponte entre essência e existência. Os significados, sob o nome de formas e essências, tinham sido estabelecidos, muitas vezes, além e acima da existência espacial e temporal, invulneráveis às vicissitudes.

Para Dewey, a força reguladora dos significados jurídicos oferece uma ilustração conveniente:

Um policial de trânsito levanta a mão ou apita. Seus atos funcionam como um sinal para direcionar os movimentos. Mas são mais do que estímulos episódicos. O gesto incorpora uma regra de ação social. Seu significado próximo são suas consequências próximas na coordenação de movimentos de

peças e veículos; seu significado ulterior e permanente – sua essência - é sua consequência na direção da segurança dos movimentos sociais. Não observar os sinais do policial submete um indivíduo às penas de prisão ou multa. A essência incorporada no apito do policial não é uma realidade oculta, sobreposta a um fluxo físico ou sensual que lhe confere forma; não se trata de uma misteriosa subsistência de algum modo abrigada dentro de um evento psíquico. Sua essência é a regra, abrangente e persistente, o hábito padronizado de interação social para o qual o apito é usado. O padrão, arquétipo, que constitui a essência do apito como um ruído particular, é um arranjo ordenado dos movimentos de pessoas e veículos estabelecidos pelo acordo social como sua consequência. Esse significado é independente da paisagem psíquica, das sensações e imagens, tanto do policial como dos outros interessados. Mas nem por isso se trata de um fantasma espiritual atemporal, ou de uma subsistência lógica pálida que se divorcia dos acontecimentos (1998, v. 2, p. 59).

Ao discorrer sobre a lógica, em sua obra “Reconstrução da Filosofia”, Dewey afirma ser a lógica um tema de profunda importância em razão de seus fundamentos empíricos e aplicações experimentais. Os problemas lógicos se relacionam com as possibilidades de desenvolvimento e emprego de métodos inteligentes, em investigações que guardem uma relação com a reconstrução deliberada da experiência (DEWEY, 2011, p. 123). Para Dewey, a investigação consiste em uma transformação controlada ou dirigida de uma situação indeterminada em outra que seja tão determinada em suas notas distintivas e relações constitutivas que converta a situação original em um todo unificado. Assim, o pressuposto da investigação seria a indeterminação, a incerteza a desordem e a perturbação de uma dada situação, de forma a convertê-la em uma dúvida. O resultado da investigação seria a determinação da situação. Para o filósofo a investigação e o raciocínio lógico e científico possuem caráter instrumental. Dewey define o *instrumentalismo* da forma seguinte:

uma tentativa de estabelecer uma teoria lógica precisa dos conceitos, dos juízos e das inferências em suas diversas formas, considerando primeiramente como o pensamento funciona na determinação experimental de suas consequências futuras (DEWEY, 2007, p. 236).

Ele via as ideias, os pensamentos, os sistemas e teorias como instrumentos a serviço de uma reorganização ativa dos ambientes que eram

o objeto de interesse das investigações. A concepção de Dewey propunha as ideias como “planos de ação”, como juízos do que deveria ser feito para resolver um problema relacionado a uma situação específica. Portanto, se a ação fosse executada e o problema resolvido, a ideia ou hipótese seria considerada bem sucedida, por ter sido verificada e reputada verdadeira. A “verdade” a esse respeito seria determinada situacionalmente, em aparente desacordo com a visão de Peirce, que propunha a verdade como ideal regulativo, apto a inspirar uma comunidade de cientistas num processo contínuo de investigação. Para os parâmetros de Dewey, se as pesquisas nos conduzem a nossos propósitos, são verdadeiras. Se nos desviam deles, são falsas. Entretanto, considerar a verdade como satisfação das necessidades e das condições sob as quais nascem as ideias e os métodos não se reduz a um caráter emocional ou subjetivo, revelando um bem-estar privado (DEWEY, 2011, p. 137). A satisfação deve obedecer a critérios públicos e coletivos. Porque a experiência, para Dewey, não é concebida em sentido subjetivo, mas como interação entre um organismo e seu ambiente.

Para Dewey o conhecimento se revela não somente como um conjunto sistematizado de ideias, informações e fundamentos, mas implica a formulação de soluções práticas de situações problemáticas, mediante a elaboração de investigações controladas. As soluções práticas são obtidas pelo uso do método científico. Método este que tem caráter essencialmente lógico e experimental.

Ao se referir à lógica formal, que habitualmente adota o raciocínio dedutivo, Dewey (DEWEY, 1924) a chama de ‘Lógica dos Antecedentes’<sup>14</sup>. A lógica clássica tradicionalmente exerceu manifesta influência nas investigações acerca do raciocínio jurídico e, notadamente, judicial. Mas o que Dewey salienta, ao formular a sua própria concepção de lógica instrumental (lógica da investigação), é o seguinte:

Do ponto de vista geral, a atitude pragmática consiste em desviar o olhar das primeiras coisas, princípios, “categorias”, supostas necessidades e olhar para as últimas coisas, frutos, consequências, fatos (DEWEY 1998, p. 7).

---

<sup>14</sup> A recomendação formulada por Dewey de que o raciocínio legal deveria empregar uma lógica de consequências, em vez de antecedentes, foi em si parte da sua própria Teoria da Valoração. Em um longo ensaio, com o qual contribuiu para a *International Encyclopedia of Unified Science*, em linguagem bastante abstrata e com poucas ilustrações, Dewey apresentou uma análise dos significados tradicionais do valor, de sua própria concepção das proposições valorativas e do processo de valoração. Embora a discussão faça apenas algumas referências a valorações legais e suas implicações não sejam muito claras, o ensaio foi significativo de várias maneiras para a jurisprudência e para uma ciência empírica do direito (Vide Patterson, 1950, p. 700).

Aos olhos de Dewey, a racionalidade não se acha vinculada a quaisquer princípios ou modelos intelectuais independentes da investigação. Não há premissas definitivas, princípios a priori ou axiomas evidentes por si mesmos, aos quais uma pesquisa esteja subordinada, desde antes do seu início. A utilidade das operações lógicas reside em suas consequências para investigações que virão a seguir, no futuro. A expressão “*a priori*” apenas pode ser adotada operativamente, quando se adota a sua possível utilidade futura.

Explica Caio Costa Cabral:

Dewey não admite a ideia segundo a qual as formas lógicas existiriam a priori. Tais formas, segundo o filósofo, são intrinsecamente postulados gerados a partir dos métodos de inquirição postos em prática, e estão à disposição do investigador, servindo como seus instrumentos (CABRAL, 2014, p. 175).

A lógica da investigação, portanto, possui um caráter evolutivo, o que leva a que seus postulados estejam sujeitos a mudanças e revisões que acompanham o progresso da ciência e do conhecimento.

Expostas as características gerais do constructivismo e do pragmatismo, relevantes para a demonstração das correlações propostas neste artigo, a próxima seção procura estabelecer uma rota de correlações entre estes métodos e seu aproveitamento para a exploração do fenômeno jurídico.

### **3 O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO EM DIREÇÃO AO PRAGMATISMO**

O Constructivismo Lógico-Semântico considera que a natureza prescritiva da linguagem do direito manifesta a sua dimensão pragmática (CARVALHO, 2008, p. 9). Por esta razão, elegeu-se o processo de aplicação das normas jurídicas como o ponto de intersecção e diálogo entre os métodos de investigação do fenômeno jurídico concebidos pelo Constructivismo Lógico-Semântico e o Pragmatismo proposto por John Dewey, em sua lógica da investigação, com a qual formulou os conceitos de assertividade e asserção garantidas. As razões que justificam esta escolha serão apresentadas a seguir.

Explorar o conceito de aplicação da lei implica manejar o ordenamento jurídico como fenômeno intersubjetivo. Desde já é muito

importante, para o tratamento dos processos de positivação, de interpretação e de aplicação do Direito, o afastamento da premissa filosófica denominada “solipsismo metodológico”. Porque a adoção deste pressuposto se revela incompatível com a investigação do fenômeno jurídico segundo os métodos do constructivismo ou do pragmatismo. Ambos os métodos trabalham o direito posto como manifestação cultural e semiótica.

O solipsismo metodológico adota a perspectiva de que os processos cognitivos devem ser abstraídos do ambiente em que o sujeito se encontra (BLACKBURN, 1997, p. 367). Trata-se de uma doutrina segundo a qual efetivamente só existem o eu e suas sensações. Os outros entes – tais como seres humanos e objetos – comparecem apenas como participantes da única mente pensante. Refletem meras impressões, sem existência própria, embora sejam, frequentemente, considerados uma possibilidade intelectual (HOUAISS, 2001). Dewey, ao tratar da linguagem, negou a possibilidade de uma “linguagem privada” e, portanto, a possibilidade de significado em um mundo solipsista (DEWEY, 1998, p. 213). Ele apontou que a falha do pensamento moderno foi desconhecer que o mundo de experiência interior é dependente da linguagem - que é um produto social e operacional – e este fator provocou a tensão subjetivista, solipsista e egoísta na filosofia moderna.

O filósofo discutiu os processos comunicacionais considerando-os inseridos em contextos de interações sociais. Os significados foram compreendidos pelo uso compartilhado da linguagem, como forma de ação, o que caracterizou sua crítica às abordagens mentalistas e solipsistas. No mesmo sentido, Charles Sanders Peirce também refutava o solipsismo, ao negar que qualquer teste de certeza pudesse ser obtido de uma consciência individual:

O mesmo formalismo aparece no critério cartesiano, que equivale a isto: “É verdade o que quer que seja de que eu esteja claramente convencido”. Se eu estivesse realmente convencido teria terminado o raciocínio e não requereria qualquer teste de certeza. Mas, então, fazer dos indivíduos singulares juizes absolutos da verdade é muito pernicioso. O resultado é que os metafísicos concordarão que a metafísica atingiu um grau de certeza muito para lá do das ciências físicas – só que não conseguem concordar em nada mais. Nas ciências nas quais os homens chegam a acordo, quando se avança com uma teoria ela é considerada como estando à experiência, até que esse acordo seja alcançado. Depois de ser alcançado, a questão da certeza torna-se uma questão

ociosa, porque ninguém ficou com dúvidas sobre ela. Nós, individualmente, não podemos, com razoabilidade, esperar atingir a filosofia última que perseguimos. Apenas a podemos procurar, portanto, para a *comunidade* dos filósofos. Consequentemente, se mentes disciplinadas e sinceras examinarem uma teoria e se recusarem a aceitá-la, isso deveria criar dúvidas na mente do próprio autor da teoria” (*apud* MURPHY, 1993, p. 21 – grifo nosso).

Ao tomarmos o direito positivo como uma forma de manifestação da linguagem técnica, como fizemos na primeira seção, assumimos a intersubjetividade como pressuposto do funcionamento de todas as atividades semióticas. Não é possível que um indivíduo, sozinho, interprete um fenômeno semiótico<sup>15</sup>. Se pensarmos que os enunciados legais são de natureza linguística, a premissa se torna ainda mais evidente. A língua tem a natureza de um código, trata-se de uma convenção social. Um falante é falante justamente porque *pertence a uma comunidade linguística*. Um ato de fala significa uma apropriação e articulação individual da língua, revelando seu uso. Para que se materialize e tenha sentido, o ato de fala deve respeitar o pacto lexical. As línguas não são atualizadas em seus respectivos repertórios lexicais em função de atos de fala individualmente considerados, mas em razão de usos inovadores e frequentes de determinadas expressões, aptos a revelar que novos sentidos são reiteradamente atribuídos aos vocábulos<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Charles Morris nos fornece este fundamento ao afirmar: “Uma linguagem no sentido semiótico pleno do termo é qualquer conjunto intersubjetivo de veículos do signo cujo uso é determinado por regras sintáticas, semânticas e pragmáticas” (MORRIS, 1976, p. 58 – grifo nosso).

<sup>16</sup> Peirce já sustentava esta natureza geral dos símbolos ao afirmar: “Os símbolos crescem. Retiram seu ser do desenvolvimento de outros signos, especialmente dos ícones, ou de signos misturados que compartilham da natureza dos ícones e símbolos. Só pensamos com signos. (...) Um símbolo, uma vez existindo, espalha-se entre as pessoas. No uso e na prática, seu significado cresce. Palavras como *força, riqueza, casamento* veiculam-nos significados bem distintos dos veiculados para nossos antepassados bárbaros. O símbolo pode, como a esfinge de Emerson, dizer ao homem: De teu olho sou um olhar”. (PEIRCE, 1999, p. 75). No mesmo sentido Charles Morris afirma: “A interpretação torna-se especialmente complexa e os resultados individuais e sociais especialmente importantes, no caso dos signos linguísticos. Em termos de pragmática, um signo linguístico é usado em combinações com outros signos mediante as respostas de uma comunidade a outra e a seu meio ambiente. Compreender uma língua é empregar apenas aquelas combinações e transformações de signos não proibidas pelos usos do grupo social em questão, denotar objetos e situações como fazem os membros desse grupo, ter as expectativas que os outros têm quando certos veículos do signo são empregados, e exprimir as expressões próprias de alguém como fazem os outros: em resumo, compreender uma língua ou usá-la corretamente é seguir as regras de uso (sintáticas, semânticas e pragmáticas) corrente na comunidade social dada (MORRIS, 1976, p. 58).

Quando se pensa na atividade dos legisladores como atividade de enunciação, observando a concepção de fontes do direito proposta pelo Constructivismo Lógico-Semântico, não se pode pensar numa criação individual, que desconsidere a natureza convencional da língua. O citado artigo 11 da Lei Complementar 95/98 também comprova que o uso do sentido comum das palavras é tido em alta conta para a finalidade de obtenção de clareza na redação das leis – clareza com a qual o legislador deve se dirigir a todos os destinatários das mensagens legais, sejam eles indivíduos ou instituições. O próprio Charles Sanders Peirce salienta a importância da comunidade de investigadores e do caráter coletivo da ciência, ao afirmar que “o progresso da ciência não pode ir muito longe a não ser que conte com colaboração ou, em termos mais precisos, nenhuma mente pode dar um passo sem a ajuda de outras mentes” (PEIRCE, 1999, p. 39). Nada nos autoriza a supor que seria diferente a evolução da ciência do direito ou da filosofia do direito. Direito é fenômeno social, intersubjetivo.

Com a intersubjetividade e com a generalidade do direito concorda Lourival Vilanova, que afirma:

O meu querer individual, o meu fim pessoal, os motivos pessoalíssimos sem os quais não ajo, que se vertem copiosamente no ato moral, na prece, na criação artística, no afeto paternal ou filial, na amizade e no amor, não entram assim prodigamente no direito. Ingressa meu ato dentro de formas típicas, pré-moldadas, ou antepostas à minha subjetividade interior (VILANOVA, 2003, vol. 1, p. 362).

Estabelecida a premissa da intersubjetividade, passamos a examinar como o Constructivismo Lógico-Semântico trabalha com a aplicação das normas jurídicas. Salientando a inadequação da distinção entre a incidência jurídica e a atividade de aplicação, Paulo de Barros Carvalho se manifesta nos termos seguintes:

Agora, é importante dizer que não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito determina. As normas não incidem por força própria (CARVALHO, 2008, p. 11).

Aplicação é o ato mediante o qual alguém interpreta a amplitude do preceito legal, fazendo-o incidir no caso particular e sacando, assim, a norma individual (CARVALHO, 2008, p. 255).

A partir dessa definição, pretendemos estabelecer a aproximação com a proposta de pragmatismo formulada por John Dewey e sua

teoria lógica da investigação. A atividade de investigação é definida por Dewey como “uma transformação controlada e dirigida de uma situação indeterminada a outra que é tão determinada em suas distinções e relações constitutivas que converte os elementos da situação original em um todo unificado” (DEWEY, 1950, p. 123).

Adotando a premissa constructivista segundo a qual as normas não incidem por força própria, a aplicação do direito, como seu processo de concretização, traz uma semelhança estrutural com o processo de investigação concebido por Dewey. A realidade social se apresenta como uma malha de relações em curso. Em decorrência dos regramentos jurídicos determinadas porções desta realidade serão segmentadas, a fim de ingressarem na composição de uma “realidade jurídica” que possui uma sintaxe específica e prescritiva. Estes recortes serão feitos pelos operadores do direito, quer sejam eles cidadãos, relatando em linguagem competente o cumprimento de seus deveres jurídicos, ou praticando a celebração de contratos que manifestam a confluência de seus interesses, agentes públicos produzindo atos administrativos para regular as relações com o Poder Público, ou ainda magistrados, prolatando decisões judiciais que decidem conflitos intersubjetivos.

Quanto mais longo for o curso da positivação, mais a situação caminha partindo da situação social combinada com os textos legais, em direção a uma definição concreta, refletida na produção de normas individuais. Para Dewey, a aplicação da lei diz respeito aos métodos pelos quais a lei pode se tornar efetiva (*apud* MORRIS, 2002, p. 515). O filósofo pragmata também possui uma definição para a aplicação do direito:

A segunda parte da afirmação envolve a conclusão de que aquilo que é chamado de *aplicação* não é algo que acontece *após* uma regra ou lei, ou estatuto ser estabelecido, mas é uma parte necessária deles; de fato, é uma parte tão necessária que, em casos dados, só podemos julgar o que a lei é, na verdade, dizendo como ela opera e quais são seus efeitos nas e sobre as atividades humanas que estão em andamento. Para propósitos especiais, o significado de ‘aplicabilidade’ pode ser restringido de maneira muito mais técnica. Mas do ponto de vista que pode ser chamado de filosófico, a aplicação deve ser considerada amplamente. Um dado ajuste legal é aquilo que ele *faz*, e aquilo que faz reside no campo de modificar e/ou manter as atividades humanas enquanto interesses em andamento. Sem aplicação, há pedaços de papel ou vozes no

ar, mas nada que possa ser chamado de lei (*apud* MORRIS; Clarence, 2002, p. 517).

Considerando a definição de Dewey para a aplicação da lei e respondendo à pergunta por ele formulada, mediante a adoção do método proposto pelo Constructivismo Lógico- Semântico, procuraremos responder. O que a aplicação *faz*? Ora, ela produz fatos e relações jurídicas, manifesta o processo de concretização do direito e suas consequências. A aplicação parte dos fatos sociais. Sobre eles se projeta. Ao se lançar sobre a realidade social, a aplicação da lei, promovida por agentes humanos no desempenho de suas atividades, extrai dos eventos, mediante o efeito seletivo dos conceitos jurídicos, a parcela que passará a constituir os fatos jurídicos. Assim, o Constructivismo Lógico-Semântico descreve a formação dos fatos jurídicos como uma *construção*, obtida em razão da manipulação bem sucedida da linguagem técnica do direito positivo.

O constructivismo considera os fenômenos culturais como eminentemente semióticos. A utilização da semiótica como método de pesquisa adotado pelo Constructivismo Lógico-Semântico equipara o fenômeno da incidência das leis ao processo de aplicação jurídica. Para descrever a aplicação, o constructivismo desenvolveu a diferença entre os conceitos de linguagem social e linguagem do Direito Positivo, definindo os fatos jurídicos como consequências do uso bem sucedido da “linguagem competente”.

Para Dewey a juridicidade também decorre da aplicação, como seu efeito ou consequência. São palavras do filósofo:

Quando os homens se envolvem uns com os outros, eles não estão cientes, no início, das responsabilidades envolvidas no negócio; as leis, no sentido jurídico, são declarações explícitas do que antes estava apenas implícito nos costumes, ou seja, são o reconhecimento formal dos direitos e deveres que estavam praticamente implícitos na aceitação dos costumes (DEWEY, 1950, p. 30-31).

Os materiais dos regulamentos legais são transações que ocorrem nas atividades ordinárias de seres humanos e grupos de seres humanos; transações de um determinado tipo que são estabelecidas à parte da lei. Quando certos aspectos e fases dessas transações são legalmente formalizados, surgem conceitos como contravenções, crimes, danos, contratos e assim por diante. Esses conceitos formais surgem de transações atuais; eles não são impressos a partir de cima ou de uma fonte externa *a priori*. Mas uma vez formados,

eles também são *formativos*; regulam o comportamento adequado nas atividades das quais surgiram. Todos esses conceitos legais formais são operacionais por natureza. Formulam e definem formas de operar para aqueles envolvidos em transações nas quais entram como ‘partes’ certo número de pessoas ou grupos, e os modos de operação seguidos por aqueles com jurisdição para decidir se as formas estabelecidas foram cumpridas, juntamente com as consequências existenciais da falta de observância. As formas em questão não são fixas e eternas. Mudam, embora em geral muito lentamente, com a mudança das transações usuais em que indivíduos e grupos estão envolvidos e com a mudança que ocorre nas consequências dessas transações (DEWEY, 1950, 119-120).

Ou seja, segundo o pragmatismo de Dewey, os conceitos jurídicos possuem natureza formativa, de modo que não existem *a priori*, mas surgem dos costumes e com eles evoluem e produzem efeitos. Conceitos jurídicos como formas se revelam após a aplicação das leis. Para Dewey também é imprescindível a atividade da aplicação, a fim de que os conceitos jurídicos produzam os seus efeitos típicos, revelados pelo uso reiterado. Conceitos jurídicos são formas cujos efeitos são a conformação do material social em fatos e relações jurídicas. O efeito destas formas se manifesta *a posteriori*, em suas consequências. O material social não possuía a forma jurídica antes da aplicação. A aplicação dos conceitos legais, portanto, proporciona uma forma jurídica para o que antes compunha um contínuo social, homogêneo. A forma jurídica serve à finalidade específica de regular as relações sociais e evitar os conflitos intersubjetivos. Para Dewey, as formas legais e estéticas possuem um caráter exemplar para a justificação de sua lógica como teoria da investigação (DEWEY, 1950, p. 412). Os exemplos propõem uma lógica relativa às consequências, e não aos antecedentes, uma lógica de previsão de probabilidades, em vez de dedução de certezas. Para os propósitos de uma lógica de investigação que aponta consequências prováveis, os princípios gerais podem ser apenas ferramentas, justificadas pelo trabalho que realizam.

Ao criticar a aplicação como um procedimento de raciocínio silogístico, Dewey ressalta que nenhum advogado pensa em solucionar o problema legal trazido pelo cliente mediante a adoção de um silogismo. Tendo em mãos o caso trazido, o advogado começa a antecipar em sua mente algumas conclusões vagas, ainda em formas alternativas. Depois então ele passa a traçar cursos possíveis de raciocínio legal, na procura

pelos princípios e dados que poderiam suportar as conclusões possíveis, sopesando qual delas estaria melhor fundamentada pela combinação de normas e fatos. Um advogado busca então *construir* a sua premissa menor, que será dada pelos fatos jurídicos (DEWEY, 1998, v. 1, p. 359).

### 3.1 Assertividade garantida e linguagem competente

Em sua lógica da investigação Dewey adota uma diferença entre o que se denomina uma afirmação e aquilo que se entende por uma asserção. Em verdade, esta diferença não surge em Dewey, ela remonta a Peirce, o fundador do pragmatismo, que assim definiu a asserção:

Um ato de asserção pressupõe que, formulando-se uma proposição, uma pessoa realize um ato que a torna passível de sofrer as penalidades da lei social (ou, de qualquer forma, as da lei moral) no caso desse ato não ser verdadeiro, a menos que essa pessoa tenha uma justificativa definida e suficiente; e um ato de assentimento é um ato da mente através do qual a pessoa se esforça por imprimir sobre sua disposição os significados da proposição, de modo que ela governe sua conduta, incluindo o pensamento subjacente à conduta, sendo que este hábito está sempre em disponibilidade para ser rompido caso surjam razões para que assim se faça (PEIRCE, 1999, p. 80).

Ora, uma asserção pertence à mesma classe de fenômenos como ir a um tabelião e prestar uma declaração juramentada, lavrar uma escritura, assinar uma nota, cuja essência está no fato de nos colocarmos voluntariamente numa situação tal que sobrevirão penalidades a menos que alguma proposição seja verdadeira (Peirce, 1999, p. 167).

A diferença entre afirmação e asserção empregada na epistemologia de Dewey é bem semelhante:

Segundo as ideias expostas no último capítulo, podemos considerar o juízo como o resultado estabelecido da investigação. Ele se relaciona com os objetos finais que emergem da investigação em seu caráter conclusivo. O juízo nesse sentido é diferente das *proposições*. O conteúdo destas últimas é intermediário e representativo e é transmitido por símbolos; enquanto o juízo, a que se chega finalmente, tem uma significação existencial direta. Os termos *afirmação* e *asserção* são empregados no discurso atual de forma intercambiável. Mas há uma diferença, que deveria ter reconhecimento linguístico, entre o status lógico de materiais intermediários que são empregados para uso em conexão

com o que eles podem levar como meios, dos materiais que foram preparados para serem finais. Empregarei o termo *asserção* para designar a última condição e *afirmação* para a primeira (DEWEY 1998, v. 2, p. 194).

A construção linguística do fato jurídico como o recorte do tecido social relatado em linguagem competente guarda afinidade com o que Dewey denomina “asserção garantida” (*warranted assertion*). O filósofo substituiu os termos “crença” e “conhecimento” por “asserção garantida” (*warrant assertion*) ou “assertividade garantida (*warranted assertability*). Para ele ‘conhecimento’ e ‘crença’ são expressões que padecem de ambiguidade. ‘Crença’ poderia se referir ao objeto ou ao estado da crença, que poderia ser subjetivo; subjetividade que se procura evitar no emprego do método científico. Quanto a ‘conhecimento’, a confusão poderia se instalar entre o resultado de uma investigação satisfatória levada a bom termo ou à finalidade ou objeto da investigação. Quando o conhecimento é tomado como um termo abstrato geral, relacionado à investigação, significa “assertividade garantida” (DEWEY, 1998, vol. 2, p. 161).

Porque um fato jurídico constituído segundo os critérios de teoria das provas pode ser considerado uma asserção garantida? A razão é que a observância do ônus da prova para sua construção retira da construção do fato jurídico qualquer excesso de subjetividade, conferindo à sua constituição a possibilidade de verificação pública. O fato jurídico será válido para todas as suas finalidades, a quem quer que seja exibido. A sua condição de asserção garantida resguarda sua utilidade para todas as eventualidades futuras.

Portanto, a assertividade garantida representa aquilo que o Construtivismo trata como efeitos produzidos pela linguagem competente. Em seara legal, para tratarmos da linguagem competente, a comprovação de cada fato jurídico, decorrente da aplicação, depende dos respectivos meios de prova estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico. Quando os meios de prova são observados, diz-se então que o fato está *comprovado*. Comparando o processo da aplicação jurídica com a lógica da investigação de Dewey, um fato jurídico devidamente comprovado tem o status de uma asserção garantida. Todas estas correlações fazem imenso sentido se levarmos em conta que as distinções estabelecidas por Dewey levaram em conta justamente os procedimentos jurídicos (WAAL, 2007, p. 170)!

Dewey não chegou a equiparar os processos de raciocínio legal e de aplicação do direito com as investigações conduzidas pelo método

científico. Ele os considerava muito comprometidos com o estabelecimento de conclusões particulares e parciais. O que fez foi ilustrar, apesar dessas diferenças, um aspecto específico: o pensamento, na verdade, parte de uma situação mais ou menos confusa, que é vaga e ambígua em relação à conclusão que indica, e a formação de premissas maiores e menores ocorre de forma precária e experimental, no curso da análise do problema, e tendo em vista regras conhecidas e anteriormente estabelecidas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Constructivismo Lógico-Semântico é “constructivista” no sentido de construir uma linguagem científica rigorosa para a Ciência do Direito. Mediante a adoção de processos de elucidação, os termos adotados pelo intérprete são definidos de forma a estabelecer um discurso preciso e unívoco. O constructivismo também assume a premissa de que o Direito é um fenômeno linguístico, concebido a partir de cadeias de enunciações que, com observância do processo legislativo, estabelecem o Direito Positivo como um conjunto de textos prescritivos.

Ao estabelecer suas premissas linguísticas, o constructivismo reconhece o encadeamento de camadas de linguagem organizadas na forma de linguagem-objeto e metalinguagem. A metalinguagem é a forma de linguagem adotada pela Ciência do Direito, em caráter descritivo, a fim de descrever o Direito Positivo. Mas também se verifica a relação entre linguagem objeto e metalinguagem no interior do ordenamento jurídico, ao nos depararmos com as normas que falam sobre outras normas, como é o caso das regras de reenvio, das normas-de-normas, ou das regras que determinam o retrotraiamento e o protraiamento de outras regras.

No que diz respeito ao tratamento dos conceitos, quer nos parecer que o Constructivismo Lógico-Semântico adota o ponto de vista das formas lógicas. Os conceitos são entendidos como formas lógicas a priori, eles reúnem de forma conotativa as propriedades essenciais dos objetos que podem ser classificados como pertencentes à classe de objetos definida pelo conceito.

Por sua vez, o pragmatismo enquanto teoria do conhecimento trata do teor dos conceitos como conteúdos produzidos *a posteriori* pela experiência, pela prática da investigação. Para o pragmatista John Dewey, os conceitos são significados que se revelam após a aplicação. Neste

compasso, os conceitos jurídicos são formativos. Conceitos jurídicos têm suas leis reveladas por seu uso reiterado.

Segundo Dewey, todas as formas lógicas (com suas propriedades características) surgem dentro das operações de investigação e são voltadas ao seu controle, de modo que esta possa produzir asserções garantidas. A concepção de Dewey implica mais do que revelar as formas lógicas a partir da prática do método científico. Porque além de revelar as formas lógicas, os processos de investigação também as produzem. Assim, para Dewey, a sistematização lógica, tendo em vista a maior generalidade e consistência das proposições, caracteriza uma instrumentalidade apta a promover e facilitar a clareza da investigação. Mas não constitui finalidade em si mesma.

John Dewey também tratou dos procedimentos legais e do raciocínio jurídico em alguns trechos de sua extensa obra. Por isso a aproximação entre o Constructivismo Lógico-Semântico e o pragmatismo de John Dewey se deu a partir de uma correlação entre os processos de investigação da ciência e o processo de aplicação do direito. O foco da preocupação de Dewey acerca da aplicação caracterizou-se pela observação de seus resultados. Ao se responder a indagação sobre os efeitos da aplicação, adotando-se o método constructivista, se conclui que o efeito da aplicação do direito é a produção dos fatos jurídicos.

Entretanto, a aplicação do direito e a decorrente formação dos fatos jurídicos gerados não se dá de modo informal. Para que os fatos jurídicos sejam produzidos a sua construção se dá em linguagem competente, ou seja, na linguagem exigida pelo Direito Positivo, de acordo com a teoria das provas. Este conceito de linguagem competente autorizou outra correlação com a obra de John Dewey, quando o filósofo trata das asserções garantidas, formuladas de acordo com certos cânones da investigação, selecionados pelo intérprete para a elaboração de uma hipótese de solução do problema que ocasionou a investigação.

Assim como a “assertividade garantida” assegura a consistência das soluções de pesquisa e proporciona a sua utilidade em futuras investigações, a linguagem competente prescrita pelo ordenamento jurídico é a condicionante para o reconhecimento dos fatos jurídicos

produzidos nos processos de aplicação do Direito Positivo, assegurando a sua utilidade para todos os efeitos que deverão produzir.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: **Matins Fontes**, 1998.

ARAÚJO, C. O. **Semiótica do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BACHA, M. L. **A teoria da investigação de C. S. Peirce**. São Paulo: Cena Um, 1998.

BASTOS, C. R. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BECKER, A. A. **Carnaval Tributário**. 2. ed. São Paulo: **Lejus**, 1999.

BENVENISTE, E. **Problèmes de linguistique générale**. Paris: Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1966.

BLACKBURN, S. **Dicionário Oxford de filosofia**. Trad. Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

CABRAL, C. C. A teoria da investigação de John Dewey: lógica e conhecimento. In *Cognitio-Estudos*. **Revista Eletrônica de Filosofia**, São Paulo, v. 11, n. 2, jul/dez 2014.

CARVALHO, P. B. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 98, p. 159-180, 2003.

CARVALHO, P. B. Constructivismo Lógico-Semântico. In: CARVALHO, P. B. (org.). **Constructivismo Lógico-Semântico**. v. 2. São Paulo: Noeses, 2018.

CARVALHO, P. B. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: **Saraiva**, 2012.

CARVALHO, P. B. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMTE-SPONVILLE, A. **Dicionário filosófico**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DEWEY, J. **Reconstrução em Filosofia**. 1ª edição. Tradução Marsely De Marco Martins Dantas. São Paulo: Ícone, 2011.

DEWEY, J. O desenvolvimento do pragmatismo americano. *In: Scientiae Studia*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 227-243, 2007.

DEWEY, J. **Pragmatism, Education, Democracy**. Indianapolis: Indiana University Press, 1998. (The Essential Dewey, v. 1.)

DEWEY, J. **The Essencial Dewey**. Volume 2. Ethics, Logic, Psychology. Edited by Larry A. Hickman and Thomas M. Alexander, Indiana University Press, 1998.

DEWEY, J. **Logica**: teoría de la investigación. Prólogo y versión española de Eugenio Imaz. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1950.

DEWEY, J. Logical method and law. **The Philosophical Review**, Durham, v. 33, n. 6, nov. 1924.

DUBOIS J. et al. **Dicionário de Lingüística**. São Paulo: Cultrix, 1998.

DUROZOI, G.; ROUSSEL, A. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Marina Appenzeller. Campinas: Papyrus, 1993.

ECO, U. **A estrutura ausente**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

ECO, U. **Os limites da interpretação**. Tradução: Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1995.

EISENBERG, J.; POGREBINSCHI, T. Pragmatismo, direito e política. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 62, mar. 2002.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HABERMAS, J. **Teoría da la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997.

HEBRARD, A.; MERCAU, H.; BADENES, A. La teoría lógica de Dewey y la ***lógica formal***. In: VII Jornadas de Investigación en Filosofía, 2008, La Plata. **Anais...** La Plata: Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 2008. Disponible en: [http://www.fuentesmemoria.fahce.unlp.edu.ar/trab\\_eventos/ev.429/ev.429.pdf](http://www.fuentesmemoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.429/ev.429.pdf) – Acesso em: 08 mar. 2019.

HESSEN, J. **Teoria do conhecimento**. Tradução João Vergílio Gallerani Cuter. 2. ed. **São Paulo: Martins Fontes, 2003.**

HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUISMAN, D. **Dicionário dos filósofos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JAKOBSON, R. **Lingüística e comunicação**. 10. ed. Tradução: Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Ed. Cultrix, 1991.

JAKOBSON, R. **Obras Selectas**, Madrid: Editorial Gredos, 1988.

JAKOBSON, R. **Lingüística. Poética. Cinema**. São Paulo: Perspectiva, 1970.

JAMES, W. **Pragmatismo**. Tradução: Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JUNG, C. G. **Tipos psicológicos**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

LALANDE, A. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. Tradução: Fátima Sá Correia; Maria Emília V. Aguiar; José Eduardo Torres; Maria Gorete de Souza. 3. ed. **São Paulo: Martins Fontes, 1999.**

MORRIS, C. **Fundamentos da Teoria dos Signos**. Tradução: Paulo Alcoforado e Milton José Pinto. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.

MORRIS, C. **Writings on the General Theory of Signs**. Paris: Mouton The Hague, 1971.

MORRIS, C. (org.). **Os grandes filósofos do Direito**. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MURPHY, J. **O pragmatismo. De Peirce a Davidson**. Tradutor Jorge Costa. Coimbra: Edições ASA, 1993.

PAPINI, G. **Um homem finito**. Florença: Libreria dela voce, 1913.  
Disponível em: [http://archive.org/stream/unuomofinito00papiuoft/unuomofinito00\\_papiuoft\\_djvu.txt](http://archive.org/stream/unuomofinito00papiuoft/unuomofinito00_papiuoft_djvu.txt). Acesso em: 7 mar. 2019.

PATERSON, E. W. **John Dewey and the Law: Theories of Legal Reasoning and Valuation**. American Bar Association Journal, Chicago, v. 36, n. 619, 1950.

PEIRCE, C. S. **Semiótica**. 3. ed. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1999.

PEIRCE, C. S. **Antologia filosófica**. Prefácio, seleção tradução e notas de António Machuco Rosa. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998.

POSNER, R. **Para além do direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

REGO, G. B. Reflexos políticos e jurídicos da falseabilidade de Karl Popper e do falibilismo de Charles Sanders Peirce no método do direito. **Revista Duc In Altum - Caderno de Direito**, Recife, v. 4, n. 6, jul./dez. 2012.

SANTAELLA, L. **O que é semiótica**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2006.

SANTAELLA, L. **A assinatura das coisas: Peirce e a literatura**. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1992.

SILVA, J. A. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SHOOK, J. R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Tradução: Fabio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

VILANOVA, L. Lógica, Ciência do Direito e Direito. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.) **Lógica e Direito**. São Paulo: Editora Noeses, 2016.

VILANOVA, L. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003. (v. 1.)

VILANOVA, L. **As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILANOVA, L. Analítica do dever-ser. *In*: LAFER, C.; FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Direito Política Filosofia Poesia: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, em seu octogésimo aniversário**. São Paulo, Saraiva, 1992.

WAAL, C. **Sobre pragmatismo**. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues.  
São Paulo: Loyola, 2005.



# PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE ALARMA POR LA COVID-19 EN ESPAÑA

## CONSTITUTIONAL ISSUES OF THE ALARM STATE FOR COVID-19 IN SPAIN

Agustín Ruiz Robledo\*

**SUMARIO:** 1 Introducción: el origen de las dificultades jurídicas por la distinción constitucional entre tres tipos de situaciones de crisis. 2 Las medidas no discutidas. 3 Las medidas discutidas. 3.1 El derecho a la educación. 3.2 La libertad de empresa 3.3 La libertad religiosa 4 Las medidas más difíciles: las limitaciones a la libertad de circulación. 4.1 El derecho de residencia 4.2 El derecho a entrar y salir de España. 4.3 La libertad de desplazamiento. 4.4 Los derechos de reunión y manifestación. 5. Conclusiones. Referencias.

**RESUMEN:** El Real Decreto 463/2020 de declaración el estado de alarma ha originado en España una amplia polémica, tanto académica como política, sobre si su texto respeta la prohibición de suspender derechos fundamentales que establece la Constitución. En este artículo se estudia si verdaderamente los distintos derechos afectados han sido suspendidos temporalmente o solo limitados. Para realizarlo, se distinguen tres grupos de derechos: los que generalmente se consideran que solo se han limitado; los que no es complicado considerar que se han limitado y el gran caso difícil de la libertad de circulación y su proyección en distintos derechos. La conclusión es que ni siquiera en ese caso se ha producido una suspensión. Ahora bien, también en el artículo se defiende que, dado que cuando se reguló en 1981 el estado de alarma no se puede imaginar una pandemia de las dimensiones de la de la COVID-19, sería conveniente hacer algunos cambios legislativos para garantizar mejor los derechos de los ciudadanos y el control de los poderes públicos bajo el estado de alarma.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales. Estado de alarma. Gobierno. Interpretación constitucional. Poder Legislativo. Tribunal Constitucional.

**ABSTRACT:** *The Royal Decree 463/2020 declaring the state of alarm has originated in Spain an extensive controversy both academic and political on whether its text respects the prohibition of suspending fundamental rights established by the Constitution. In this article, I study whether the different rights affected have been temporarily suspended or only limited. In order to do so, three groups of rights are distinguished: those generally considered to have been only limited; those that are not complicated to find to have been limited and the great difficult case of freedom of movement. The conclusion is that even then there has been no suspension. However, the article also argues that, given that a pandemic on the scale of the COVID-19 could not be imagined when the state of emergency was regulated in 1981, it would be appropriate to make some legislative changes to guarantee better the rights of citizens and the control of public authorities under the state of emergency.*

\* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

Artigo recebido em 09/11/2020 e aceito em 09/11/2020.

**Como citar:** ROBLEDOS, Agustín Ruiz. Problemas constitucionales del estado de alarma por la COVID-19 en España. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 83-104. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*Keywords: Fundamental rights. State of alarm. Government. Constitutional interpretation. Legislative power. Constitutional Court.*

## **INTRODUCCIÓN: EL ORIGEN DE LAS DIFICULTADES JURÍDICAS POR LA DISTINCIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE TRES TIPOS DE SITUACIONES DE CRISIS.**

Cuando en febrero y marzo de 2020 la COVID-19 se expandió por el Mundo y todos los Estados tuvieron que tomar medidas excepcionales para luchar contra ella, España parecía con suficientes instrumentos jurídicos para realizar esa tarea, a diferencia del Reino Unido o Irlanda que tuvieron que aprobar rápidamente leyes especiales<sup>1</sup>. Así, la Constitución española de 1978 no solo prevé un Derecho de excepción para situaciones de crisis que no se puedan abordar con los poderes ordinarios de las instituciones –como ya hizo de forma pionera nuestra Constitución de 1812- sino que dentro de este derecho de crisis se establecen tres posibilidades, especificación poco común en el Derecho comparado: los estados de alarma, de excepción y de sitio (art. 116). La Ley Orgánica 3/1981, de 1 de junio, que desarrolla ese mandato constitucional [en adelante LOEAES] establece que el estado de alarma se declarará cuando se produzcan catástrofes públicas, incluidas las crisis sanitarias; el estado de excepción, cuando se altere el orden público; mientras que el estado de sitio queda reservado para cuando se produzca una insurrección “o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional” (art. 32).

Por esta especialización de los estados de crisis, cuando a partir del 9 de marzo de 2020 el Gobierno admitió que no se podía luchar contra la expansión de la COVID-19 solo con legislación sanitaria ordinaria, entre las que destacaba la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de sanidad pública, no hubo muchas dudas de que el estado que debería de proclamarse era el estado de alarma. Y así lo hizo el Gobierno en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, “por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”<sup>2</sup>. La medida fue respaldada por la sociedad,

<sup>1</sup> En el Reino Unido La *Coronavirus Act 2020* se tramitó en menos de una semana (del 19 al 25 de marzo de 2020), incluido el *Royal Assent* (UNITED KINGDOM, 2020). Por su parte, la irlandesa *Health (Preservation and Protection and other Emergency Measures in the Public Interest) Act 2020* solo necesitó dos días de tramitación, el 19 y 20 de marzo (IRELAND, 2020). Para una amplia panorámica del Derecho de crisis adoptado por los distintos Estados es muy útil consultar la recopilación del Centre for Civil and Political Rights de Ginebra:

(CCPR, 2020). Para España, cfr. (BALLE, 1989; 1990).

<sup>2</sup> Como es de sobra conocido, la OMS denomina a la enfermedad que asola el Mundo,

los especialistas y los propios partidos políticos, que prácticamente por unanimidad apoyaron el estado de alarma, primero con las declaraciones de sus líderes y posteriormente con su voto positivo en el Congreso de los Diputados para prorrogar el estado de alarma<sup>3</sup>.

Sin embargo, el análisis del contenido concreto de ese Real Decreto 463/2020 enseguida dio lugar a un amplio debate académico sobre si se desbordaban los límites del estado de alarma porque algunas de sus medidas podrían suponer una suspensión temporal de derechos fundamentales, acción que el artículo 55 de la Constitución solo permite que se adopte en los estados de excepción y sitio, como el propio Tribunal Constitucional tiene declarado: “a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (artículo 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio” (ESPAÑA, 2016)<sup>4</sup>. En el ámbito político, Vox hizo suya esta tesis de la necesidad de declarar el estado de excepción para darle respaldo jurídico a las medidas del Decreto, lo que le llevó a votar en contra en la segunda y siguientes prórrogas del estado de alarma y a presentar un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional<sup>5</sup>.

---

descubierta en 2019, COVID-19, acróstico en inglés de “Coronavirus Disease”, que en español es femenino: la enfermedad del coronavirus. Sin embargo, muchas veces se usa con el artículo masculino, como en el título de este Decreto-ley, debido a cierta confusión originada porque el agente que causa esa enfermedad es masculino, el coronavirus SARS-CoV-2. El artículo 1 de este D-L es una buena muestra de ese malentendido: “la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19”. También ha podido confundir el hecho de que para el oído español “the COVID-19” suena como masculino. La Fundación del Español Urgente aconseja usar la COVID, pero también admite el COVID, dado su amplio uso, que sin embargo va disminuyendo, hasta el punto de que el mismo Presidente del Gobierno usa ya el femenino en sus intervenciones públicas. Lo que no se acaba de comprender es que si el Gobierno español prefiere usar el masculino en los títulos de las normas que aprueba, luego en sus textos no siempre mantenga ese criterio, como sucede a partir del Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma cuya exposición de motivos usa en unos párrafos el masculino y en otros, el femenino. A diferencia del Gobierno español, la Unión Europea y la mayoría de las Comunidades Autónomas usan el femenino, como puede observarse hojeando el espléndido *Código COVID-19: Derecho Europeo, Estatal y Autonómico* preparado por el Boletín Oficial del Estado (PERAL, 2020).

<sup>3</sup> La votación de la prórroga del estado de alarma en el Congreso de Diputados se produjo el día 25 de marzo y obtuvo 321 votos a favor, 0 en contra y 28 abstenciones, abstenciones que provinieron de los partidos soberanistas de ERC, JxCat, EH Bildu, la CUP y el BNG (ESPAÑA, 2020).

<sup>4</sup> FJ 8. Para la diversidad de posturas doctrinales, puede verse la amplia recopilación del Observatorio de Derecho Público y Constitucional y COVID-19 en España: <https://derechocovid.com/expertos-repatorios>.

<sup>5</sup> Recurso de inconstitucionalidad n.º 2054-2020, contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la

En lo que sigue, me centraré en determinar si las medidas que contiene el decreto de alarma son una limitación de derechos fundamentales (y por tanto perfectamente constitucionales) o si se trata de una suspensión temporal, lo que supondría una violación de la Constitución ya que para su adopción debería de haberse adoptado el estado de excepción, que no puede declarar el Gobierno por sí mismo, sino que necesita autorización previa del Congreso. Dejo, por tanto, completamente fuera de mi análisis otros aspectos de la forma en que el Gobierno español enfocó la lucha contra la pandemia y que en España originó y origina todavía muchos debates, tanto académicos como políticos: desde los aspectos de gestión concreta (suministros de material, momento en que se adoptaron las medidas, etc.) hasta medidas económicas paralelas (ayudas a empresas y particulares), sin olvidar la catarata de disposiciones dictadas por el Gobierno que han puesto a prueba el principio de seguridad jurídica, con abundancia de actos legislativos del Gobierno estatal (decretos-leyes), fielmente replicados por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas que relegan completamente el *iter legis* ordinario<sup>6</sup>.

## 1 LAS MEDIDAS NO DISCUTIDAS

El Real Decreto 463/2020 declarando el estado de alarma durante 15 días, consta de veinte artículos en los que se pretende regular tanto el nuevo orden de competencias de los poderes públicos (se establece que el Gobierno es la “autoridad competente”, superponiéndose por tanto al

---

gestión de la situación de crisis ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo; el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. El TC lo admitió por providencia de 6 de mayo de 2020 (ESPAÑA, 2020b). Su texto íntegro lo ha hecho público Vox (FUENTES; TORRA, 2020).

<sup>6</sup> Superaría la extensión de cualquier nota intentar dar un pálido reflejo de estos debates; a los que personalmente no he sido ajeno, con artículos en la prensa e intervenciones en la radio. La mayoría los he recogido en mi blog *La mirada de Argos* (ROBLEDO, [2020b]). Para intentar analizar con cierta perspectiva científica la actuación de los poderes públicos españoles creo que son de gran utilidad dos magníficas fuentes de información internacionales:

<sup>1</sup> El *Stringency Index of the Blavatnik School of Government* (Universidad de Oxford) que compara cronológicamente 17 medidas empleadas por más de 160 Estados durante la pandemia (BLAVATNIK SCHOOL OF GOVERNMENT, 2020).

<sup>2</sup> El *Sustainable Development Report 2020* de la Universidad de Cambridge, que tiene un apartado especialmente dedicado a las repuestas que los Estado de la OCDE han dado a la pandemia, en el que la gestión del Gobierno español no parece muy bien valorada. (SACHS; et al, 2020)

orden competencial ordinario del Estado autonómico<sup>7)</sup> como una serie de medidas restrictivas de las actividades de los ciudadanos que, según la exposición de motivos del Real Decreto, son congruentes con el estado de alarma porque “no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental”.

El Decreto 463/2020 agrupa estas medidas restrictivas de las actividades de los particulares en ocho artículos según afecten a: la circulación de personas (art. 7), las requisas de bienes (art. 8), la educación (art. 9), la actividad comercial (art. 10), los lugares de culto (art. 11), el suministro de bienes y servicios (art. 13), los transportes (art. 14), y el abastecimiento alimentario (art. 15). De estos ocho grupos de medidas, las de los artículos 8, 13, 14 y 15 no presentan especiales problemas para considerar que se trata de limitaciones de derechos. Hay un amplio consenso para admitir que en el estado de alarma “las autoridades competentes” pueden practicar requisas temporales de bienes necesarios para combatir la COVID-19, impartir órdenes a las empresas para asegurar el abastecimiento del mercado o intervenir transitoriamente industrias; incluso imponer prestaciones personales obligatorias en los casos que resulte necesario para proteger la salud pública. El recurso de inconstitucionalidad de Vox no impugna estos artículos, que en buena medida pueden considerarse avalados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en la ya citada Sentencia 83/2016, de 28 de abril, estableció que entre las medidas que el Gobierno puede adoptar en el estado de alarma se encuentran:

la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias; la intervención y la ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier clase, con excepción de domicilios privados; la limitación o el racionamiento del uso de servicios o del consumo de artículos de primera necesidad; la adopción de las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por una paralización de los servicios esenciales para la comunidad cuando no se garanticen los

---

<sup>7</sup> No analizaré aquí los problemas de legalidad que esta *parte orgánica* del estado de alarma puede tener dado que, en general, las fuerzas políticas la han aceptado, pero me parece discutible que si la LOEAES establece que la “autoridad competente” será el Gobierno y “por delegación de este el Presidente de la Comunidad Autónoma” (art. 7), el Decreto 463/2020 pueda establecer, tras la retórica declaración de que “la autoridad competente será el Gobierno”, que “serán autoridades competentes delegadas” los ministros de Defensa, Interior, Transportes y Sanidad (art. 4.4), así como el “Comité de Situación” (art. 4.4).

## **2 LAS MEDIDAS DISCUTIDAS**

De los cuatro grupos de medidas en los que se duda de si se trata de limitaciones o suspensiones hay tres en los que, en mi opinión, tenemos argumentos suficientes para considerar, con relativa facilidad, que son únicamente limitaciones:

### **2.1 El derecho a la educación**

La escolarización de los menores es parte esencial del contenido a la educación, tal y como tiene establecido el Tribunal Constitucional en estos términos: la escolarización “integra el contenido de la dimensión prestacional del derecho de los niños a la educación” (STC 133/2010 de 2 de diciembre, FJ 7). Por eso, como el artículo 9 del Decreto 463/2020 declara que “se suspende la actividad educativa prestacional” se ha argumentado que se suspende el derecho a la educación en el estado de alarma. Sin embargo, el propio artículo 9 añade en su apartado segundo: “se mantendrán las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y on line”. Además, ni siquiera se ha suspendido la escolarización porque, por una razón tan evidente como evitar los contagios, lo que hace el Decreto es cambiar la forma de escolarizar a los menores: tanto antes como durante el estado de alarma cada niño está adscrito a un colegio, solo que la pandemia ha obligado a cambiar la relación que podemos llamar física, de contacto directo entre profesores y alumnos, a una relación a distancia, vía telemática, que es posible gracias a las nuevas tecnologías, como demuestran los miles de cursos on line que ya se venían impartiendo, hasta el punto de existir centros educativos (incluso universidades) que solo ofrecen enseñanza virtual. Un problema distinto, que excede el ámbito del Derecho constitucional, es que algunos alumnos se hayan visto más perjudicados que otros por no tener ordenador o acceso a Internet en sus domicilios, la conocida brecha digital que según UNICEF afectaría a unos 100.000 hogares españoles (NEGUERUELA; TORRES, 2020).

## 2.2 La libertad de empresa

El artículo 10 del Decreto 463/2020 suspende la apertura al público de locales y establecimientos comerciales, salvo los considerados esenciales por suministrar bienes de primera necesidad (alimentación, farmacias, ópticas, estancos, prensa, informática, etc.). No hay duda de que se afecta así la libertad de empresa (con un impacto en la caída del PIB español sin precedentes históricos). Pero ni esta libertad, garantizada en el artículo 38 de la Constitución, ni la libertad de elección de profesión, recogida en el artículo 3, quedan suspendidas. Ello es así porque todos los españoles y los extranjeros residentes en España no pierden su capacidad de crear empresas y elegir profesión, aunque su puesta en práctica pueda demorarse por un motivo ajeno a cualquier motivación política como es la pandemia.

Otro elemento del contenido esencial de la libertad de empresa es la capacidad de organización que consiste, según el Tribunal Constitucional, en “establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado” (STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 2). Pues bien, muchas empresas no se ven afectadas en esa capacidad de organización en cuanto el Decreto les permite mantener abiertos al público sus establecimientos. Las empresas obligadas a cerrar sus establecimientos pueden seguir vendiendo sus productos por Internet o por teléfono. Por eso, se puede argumentar que se les ha limitado esa capacidad, pero no suprimida completamente.

Hay un tercer grupo de empresas que no han tenido esa oportunidad de vender sus productos ni siquiera a distancia: en el sector servicios sí que se han dado muchos casos de imposibilidad de desarrollar su actividad ordinaria, como le ha sucedido a los hoteles y alojamientos turísticos (salvo los declarados esenciales), bares y cafeterías; discotecas y lugares de ocio nocturno, etc.; también a las empresas relacionadas con el ocio cultural y espectáculos, como cines, teatros, organización de festivales, toros, fútbol, etc. Aunque se trata de una muy fuerte limitación de su capacidad de organización, no se trata de una suspensión de su libertad de empresa porque los dueños y gestores mantienen el control de sus empresas: pueden venderlas, planear reformas en sus locales, organizar su estrategia para cuando se levante la orden de cierre, etc.

### 2.3 La libertad religiosa

El artículo 11 del Real Decreto 463/2020 es respetuoso con la libertad religiosa porque establece que la asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias religiosas “incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro”. Ahora bien, debido a que el artículo 7 de ese mismo Real Decreto no incluye entre los motivos para circular por las vías públicas la asistencia a estos actos, se ha podido argumentar que se ha suspendido la libertad de culto (HERNÁNDEZ, 2020)<sup>8</sup>. Sin embargo, sin necesidad de argumentar que no se ha prohibido la libertad religiosa, dado que cada uno puede seguir profesando la religión que libremente desee, tampoco se ha suspendido uno de sus elementos esenciales, la libertad de culto y no solo porque -como ha recomendado la Conferencia Episcopal- se haya podido seguir el desarrollo de las misas y el de cualquier otro acto religioso por las retransmisiones en televisión o en *streaming* en Internet, sino porque es posible otra interpretación del artículo 7: la asistencia a los lugares de culto puede considerarse incluida dentro del apartado 1.h) que permite la circulación por las vías para realizar “cualquier otra actividad de análogo naturaleza”. Dicho esto, durante la vigencia del estado de alarma se han producido algunas controversias en la aplicación de esa norma en cuanto la policía ha entendido que ciertos servicios religiosos no cumplían adecuadamente las medidas de seguridad y ordenaron su finalización y el desalojo de los templos, decisiones que si bien fueron acatadas, posteriormente fueron recurridas ante los tribunales, incluso con denuncias contra las autoridades gubernativas por el delito de interrupción de cultos religiosos<sup>9</sup>. También la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19 se encuentra recurrida, tanto ante el TC como judicialmente<sup>10</sup>. Sea cual sean las decisiones judiciales tanto sobre las

<sup>8</sup> Cr, además del recurso de inconstitucionalidad de Vox ya citado en nota 5.

<sup>9</sup> La Asociación de Abogados Cristianos ha sido especialmente activa en estas denuncias por el delito de “interrupción de culto” recogido en el artículo 523 del Código Penal, incluso en algunos casos ha interpuesto querellas, varias de las cuales han sido admitidas. Puede verse la relación de estas actividades ante los tribunales en su página web (ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS CRISTIANOS, 2020).

<sup>10</sup> Ya en la nota 5 me he referido al RI en el que se recurre esta Orden. Para los recursos ordinarios contra ella, y en general, para obtener una buena información de los

actuaciones policiales como sobre la Orden, lo cierto es que se trata de problemas subconstitucionales y de legalidad ordinaria en el sentido de que no se discute si el Decreto 463/2020 suspendió o limitó la libertad de culto, sino si esos actos administrativos se han dictado conforme al Decreto o por el contrario lo han mal interpretado y al hacerlo, han vulnerado la libertad de culto.

### **3 LAS MEDIDAS MÁS DIFÍCILES: LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN**

El artículo siete es el único en que el mismo Real Decreto 463/2020 se refiere a una “limitación” de un derecho fundamental, concretamente a “la libertad de circulación de las personas”. Sin duda, es el artículo que presenta mayor dificultad a la hora de decidir si su contenido limita o suspende algún derecho fundamental. En especial, se discute si el confinamiento -a falta de mejor palabra, usaré la habitual para referirme a la situación creada por el artículo 7- suspende las libertades de residencia y circulación, garantizadas por el artículo 19 de la Constitución, así como los derechos de reunión y manifestación, protegidos por el artículo 21. Abordemos con cierto detenimiento estos cuatro aspectos del artículo 7:

#### **3.1 El derecho de residencia**

Si la libertad de residencia es -en palabras del Tribunal Constitucional- “el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente” (STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 7), entonces podemos argumentar que en el estado de alarma no se suspende el derecho de residencia permanente pues todo el mundo mantiene intacta la capacidad de cambiar de lugar de residencia, si bien el traslado efectivo o mudanza puede retrasarse temporalmente. Nótese que el Decreto para nada atribuye al Gobierno el poder de fijar transitoriamente la residencia de personas determinadas en un “territorio adecuado a sus condiciones personales”, como sí permite el artículo 20.5 de la LOEAES cuando en el estado de excepción se suspende el derecho de residencia. Incluso en el supuesto extremo de una persona que tuviera organizada su mudanza en fecha de vigencia del estado de alarma,

---

múltiples recursos judiciales que la actuación de los poderes públicos está originando, vid. (SÁNCHEZ, 2020).

podría realizarla acogiéndose al apartado 7.1.d) con una interpretación *favor libertatis* de su texto.

Sí es cierto que el Decreto suspende la libertad de residencia temporal en cuanto prohíbe que las personas puedan trasladarse al lugar de su elección (el supuesto típico de irse de vacaciones) durante la vigencia del estado de alarma, pero como mantienen la capacidad para cambiar de residencia permanente, sería exorbitante concluir que el derecho de residencia está suspendido, solo limitado.

### **3.2 El derecho a entrar y salir de España**

El Real Decreto 463/2020 no menciona expresamente al “derecho de entrar y salir libremente en España en los términos que la ley establezca” (art. 19 CE), pero evidentemente le afecta, sobre todo en cuanto a “salir”: si las personas tienen que estar confinadas, no pueden abandonar el país. Ahora bien, se trata de una limitación y no de una suspensión en cuanto es posible considerar que le son aplicables los supuestos del artículo 7, por lo que los españoles y los extranjeros que los deseen podrían salir de España para incorporarse a su residencia habitual en el extranjero, a su puesto de trabajo, a cuidar a una persona vulnerable, etc. Esta parece ser la interpretación que le da al Decreto la Orden INT/248/2020, de 16 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante el restablecimiento temporal de controles fronterizos, pues especifica expresamente que los españoles podrán entrar en territorio nacional, sin agregar ningún requisito, y no se establece ninguna prohibición sobre su salida. El propio tenor literal del artículo 19 de la Constitución ayuda a interpretar que se trata de una limitación: “Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”. *A contrario sensu*, sí por motivos sanitarios.

### **3.3 La libertad de desplazamiento**

La libertad de circulación supone la libertad de los españoles -y de los extranjeros residentes legalmente- de poder desplazarse libremente por España sin injerencias de los poderes públicos, salvo habilitación legal constitucionalmente justificada (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3). Si ese es el contenido esencial del derecho, una primera interpretación que puede hacerse del artículo 7 del Decreto 463/2020 es que suspende esta libertad

porque impone la prohibición general de salir de la residencia habitual, para añadir a continuación unas excepciones en las que se permite salir<sup>11</sup>. Es más, estaríamos en presencia de una auténtica privación de libertad, no impuesta de forma concreta por un juez, sino derivada de una decisión política. Su encaje lógico no sería el artículo 11 a) de la LOEAES, sino el 20.1 que, enumerando las medidas del estado de excepción, establece: “Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo diecinueve de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir”.

En refuerzo de esa tesis, se ha alegado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 6 de noviembre de 1980, caso *Guzzardi c. Italia*, en la que se condena a Italia por confinar a una persona en la isla de Asinara, aunque el confinado podía desplazarse por los 51 km<sup>2</sup> de su superficie. Ese confinamiento, tomado como una “medida especial” de lucha contra la Mafia por un Tribunal a petición del Ministerio del Interior, suponía una violación de la libertad que garantiza el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>12</sup>. El TEDH también considera que se priva de libertad a una persona si se le impone un arresto domiciliario de seis días, aunque se le permita salir de su casa para adquirir medicamentos y otros productos indispensables, además de poder asistir a actos religiosos, como era el caso de un guardia civil al que su superior le impuso ese castigo por cometer una infracción disciplinaria (STEDH de 2 de noviembre de 2006, caso *Dacosta Silva c. España*). Y desde luego, un “aislamiento obligatorio” o la “colocación involuntaria de ciudadanos en un hospital” constituyen una “privación de libertad” a efectos del artículo 5.1 de la Convención, como es el internamiento obligatorio de un enfermo de SIDA en un hospital (STEDH de 25 de enero de 2005, caso *Enhorn c. Suecia*).

Sin embargo, me parece que esa jurisprudencia del TEDH nos permite interpretar el “confinamiento” español de una forma completamente distinta. Empecemos por señalar un primer dato: Grecia, Italia, Francia, Portugal y la gran mayoría de los Estado de Europa Occidental, firmantes del CEDH, han establecido el confinamiento de los residentes en sus respectivos territorios y, sin embargo, ninguno de ellos se ha dirigido al

<sup>11</sup> Cfr., por toda la doctrina que mantiene esta opinión (GARCÍA, 2020).

<sup>12</sup> Para la aplicación de la STEDH *Guzzardi* al estado de alarma puede verse el escrito de 19 de abril de 2020 de varios juristas al Defensor del Pueblo pidiéndole que presente un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 463/2020 (MARTÍNEZ; et al, 2020).

Secretario General del Consejo de Europa para, usando el artículo 15 del CEDH, informarle de que en su territorio se iba a dejar de aplicar temporalmente el artículo 5 del Convenio<sup>13</sup>. De donde cabe deducir que estos Estados han considerado que esa jurisprudencia del TEDH no les suponía la obligación de citar el artículo 15 para imponer el confinamiento. Veámosla un poco más detenidamente para ver si nosotros llegamos a esa misma conclusión para España.

La STEDH *Guzzardi* afirma que “entre privación y restricción de libertad hay una diferencia de grado o intensidad más que de naturaleza o esencia” (Párr. 93) con lo cual ya no se puede mantener que el hecho de que se establezca una prohibición general de circular por las vías pública es ya una supresión de la libertad de circulación, con independencia de las excepciones que luego se admitan. Más bien, habrá que hacer como hizo el TEDH en esta sentencia: estudiar sus características con detenimiento para concluir si se trata o no de una privación de libertad. Este análisis casuístico, que llevó al TEDH considerar privaciones de libertad los casos mencionados de *Guzzardi*, *Dacosta Silva* y *Enhorn*, también le llevó a un resultado distinto en su STEDH de 23 de febrero de 2017, caso *De Tommaso c. Italia*: aquí estimó que la residencia obligatoria en su domicilio por dos años que un Tribunal de Bari dictó contra Angelo de Tommaso como una medida de seguridad por su peligrosidad social (le constaban antecedentes mafiosos y ya había sido condenado por tráfico de drogas) no era estrictamente una privación de libertad ya que el demandante podía salir por el día de su casa y no se le prohibían sus contactos sociales, como sí que sucedía en el caso de *Guzzardi*.

Pues bien, en mi particular análisis de la situación de confinamiento en el estado de alarma español no podemos hablar de una privación de libertad en el sentido del artículo 5 del CEDH no ya porque en general no lo sientan así los españoles –que diariamente han podido salir de sus casas por múltiples motivos- sino por varias razones jurídicas que permiten argumentar que el Decreto establece una limitación de la libertad de circulación, pero no su privación: a) la razón del confinamiento español era proteger el derecho a la vida de todos los ciudadanos, y no controlar a nadie en particular como era el caso *Guzzardi*; b) la decisión fue tomada

<sup>13</sup> La relación de Altas Partes contratantes que se ha dirigido al Secretario General del Consejo de Europa puede consultarse en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/6211135> 4. A 30 de julio todos los Estado que han usado este artículo para adoptar medidas contra la COVID-19 son de Europa Oriental. Esta ausencia de estados occidentales no ha dejado de ser criticada por algunos académicos; vid, por ejemplo, (GREENE, 2020).

por el Gobierno con carácter general y prorrogada por el Congreso; c) el artículo 7.1 del Decreto tiene nada menos que ocho apartados que permiten circular por las calles, lista que ni siquiera es cerrada, ya que el último de esos apartados se refiere a “una situación análoga”.

Por otra parte, si volvemos a leer el artículo 20.1 de la LOEAES veremos que, cuando en el estado de excepción se suspende la libertad de circulación, la autoridad gubernativa tiene una importante competencia que el Decreto 463/2020 no recoge: la de señalar “el itinerario a seguir” a los viandantes. Una razón más para considerar que el Decreto únicamente limita el derecho de circulación. De paso, también, para considerar que es muy probable que ciertas multas que, según la prensa, se han impuesto a transeúntes por no adquirir sus alimentos en la tienda más cercana a sus domicilios serán anuladas si son recurridas ante los tribunales. En fin, a la vista de las medidas menos estrictas adoptadas por otros Estados, como la posibilidad de salir a correr en solitario, se podría discutir si el Decreto ha respetado el principio de proporcionalidad para limitar el derecho de circulación, pero me parece que ahí hay un ámbito técnico sanitario en el que difícilmente puede entrar el jurista. Baste pensar que en un momento de saturación de las urgencias y las UCIs hospitalarias cualquier ingreso de una persona lesionada mientras corre supone una complicación que no se da en circunstancias normales. Dicho con las palabras del propio Tribunal Constitucional:

En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981 [...] En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia

sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente” (ESPAÑA, 2020c) (FJ. 4).

### 3.4 Los derechos de reunión y manifestación

Al establecer el confinamiento de los residentes en sus casas y autorizar solo su salida por los ocho motivos del artículo 7.1, el Decreto 463/2020 está también afectando a los derechos de reunión y manifestación. Es más, como para nada se mencionan estos derechos entre las causas que permiten salir de casa, se puede argumentar que estos derechos se han suspendido. Sin embargo, podemos hacer un razonamiento similar al que se hizo más arriba al analizar la libertad de cultos: como los derechos de reunión y manifestación no se puede suspender en el estado de alarma, el principio de supremacía de la Constitución nos obliga a interpretar que entre las actividades análogas del artículo 7.1 h) se incluyen los desplazamientos para ejercer estos derechos.

Entendiendo, claro está, que el riesgo de contagio es una de las “razones fundadas” del artículo 11 de la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión, que permiten a la autoridad gubernativa suspender la manifestación o proponer el cambio de fecha o de itinerario. Creo que esta ha sido la práctica durante el estado de alarma, especialmente en relación con las manifestaciones para celebrar el 1 de mayo que fueron en general prohibidas por las autoridades gubernativas por poner en riesgo la salud de los asistentes.

Por eso, cuando se recurrieron esas prohibiciones, unas fueron ratificadas por los tribunales (Galicia, por ejemplo) y otras anuladas y se autorizaron las manifestaciones (Aragón)<sup>14</sup>. Con cierta sorpresa entre los especialistas, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo que se interpuso contra la Sentencia gallega por considerar que no presentaba ninguna nueva cuestión sobre la que no se hubiera ya pronunciado el Tribunal Constitucional. Ahora bien, en su auto de inadmisión (de una extensión poco habitual, 29 páginas) advirtió, primero, que en el estado de alarma no se pueden suspender derechos y, después, que

La discusión sobre si el decreto de declaración del estado de alarma supone o no, de facto, y por derivación de la

---

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sec. 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo, 136/2020, de 28 de abril de 2020 y Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sec. 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo, 151/2020, de 29 de abril.

limitación de la libertad deambulatoria del art. 19 CE, una limitación excesiva o incluso una suspensión del derecho de manifestación no puede ser abordada, ni siquiera a efectos dialécticos en este momento procesal, ni siquiera en este recurso de amparo (ESPAÑA, 2020c)<sup>15</sup>.

## CONCLUSIONES

Por todo lo razonado, creo que las medidas recogidas en el Real Decreto 463/2020 se pueden adoptar en el estado de alarma pues limitan derechos fundamentales, pero no los suspenden. Ahora bien, como el propio Tribunal Constitucional señala en el Auto 40/2020 que se ha citado más arriba, la pandemia del coronavirus SARS-CoV-2 ha adquirido unas dimensiones desconocidas hasta la fecha y que eran imprevisibles cuando el legislador reguló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981. Por eso, creo que debería modificarse la LOEAES para reforzar y aclarar la cobertura legal de las medidas adoptadas. A mi juicio, la legislación española sobre el Derecho de crisis mejoraría con tres reformas<sup>16</sup>:

1. La prohibición general de circular por todas las vías de España, que hemos venido en llamar confinamiento se subsume en el artículo 11.a) de la LOEAES que literalmente permite a los decretos de alarma: “Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”<sup>17</sup>. Evidentemente, sería mucho mejor que, como mínimo, previera lo que prevé el Decreto legislativo vasco 1/2017, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Gestión de Emergencias, que en su artículo 8.2 dispone el “confinamiento de personas en sus domicilios o en lugares seguros”. Por eso, sería conveniente que las Cortes Generales aprobaran un nuevo artículo 11 bis de la LOEAES en el que se detallaran las bases legales de las medidas que la experiencia de este estado de alarma nos ha enseñado. Podría ser del siguiente tenor:

<sup>15</sup> FJ 4. Me parecen más convincentes los razonamientos doctrinales que consideran que el recurso de amparo sí que plantea a un problema nuevo (el derecho de manifestación en caso de estado de alarma por crisis sanitaria). Vid. (BAAMONDE; QUIROGA, 2020).

<sup>16</sup> Sigo aquí, con variaciones solo de estilo, las propuestas que he realizado en (ROBLEDO, 2020a).

<sup>17</sup> Por esa parquedad del artículo 11 de la LOEAES se ha podido decir que el Decreto de alarma es inconstitucional porque de hecho lo que hace es complementar ese artículo, de tal forma que establece “limitaciones al contenido esencial de un derecho fundamental sin tener naturaleza de ley orgánica, innovando límites a la libertad de circulación no previstos en la Ley Orgánica 4/1981” (MALAVÉ, 2020, p. 8).

En el caso de riesgo de pandemia en todo, o gran parte del territorio nacional, el decreto de declaración de alarma o los sucesivos que lo prorrogue, podrá:

a) establecer el confinamiento de todos los residentes en España, especificando las situaciones en las que será posible circular por las vías y las formas en que debe ejercerse los derechos de reunión y manifestación en estas circunstancias.

b) ordenar la suspensión de todas las actividades educativas; adoptando las medidas necesarias para ejercer el derecho a la educación.

c) suspender la apertura de los comercios y cualquier establecimiento abierto al público, especificando los que podrán continuar abiertos por ofrecer productos o servicios esenciales.

d) suspender la apertura de fábricas y centros de producción, especificando los que podrán continuar abiertos por producir bienes de primera necesidad.

2. El estado de alarma de 2020 ha puesto de relieve otros problemas que merecen una mejor regulación en la LOEAES, como puede ser incluir una regulación de las sanciones que pueden imponerse por el incumplimiento de las medidas ordenadas (el artículo 11 se limita a una remisión a “lo dispuesto en las leyes”). También sería conveniente regular la forma en la que la informática y, muy especialmente, las aplicaciones móviles pueden contribuir a la lucha contra la pandemia, lo que obligará a una meditada regulación para no suspender el derecho a la intimidad<sup>18</sup>. Con carácter general, habría que pensar también fórmulas que no hicieran necesario la gran cantidad de decretos-leyes que han aprobado tanto el Gobierno central como los autonómicos, con grave quebrantamiento de la separación de poderes. Quizás redactar otro artículo en la LOEAES que permitiera a los decretos de estado de alarma excepciones temporales a la legislación ordinaria, enumerando los casos y supuestos en que podrían hacerlo. Por decirlo en forma telegráfica, sería incluir en la LOEAES muchas de las disposiciones que ahora están en los decretos-leyes y que, por su vigencia temporal, habrá que volver a adoptar si vuelve una pandemia tan grave como esta de la COVID-19. Aunque siempre nos puede quedar el consuelo de pensar que, dado el precedente de la gripe española, esta nueva epidemia puede tardar un siglo en llegar.

3. Los tribunales han tenido que resolver un problema que no estaba específicamente resuelto por el legislador: cuál es el tribunal

---

<sup>18</sup> Cfr. (MAHAMUT, 2020).

encargado de controlar los decretos del estado de alarma<sup>19</sup>. En 2010, a raíz del recurso que interpuso la Unión Sindical de Controladores Aéreos contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, el Tribunal Supremo declaró su falta de jurisdicción porque con la aprobación de la prórroga por parte del Congreso el Decreto quedaba “fuera del genérico ámbito delimitado para el control jurisdiccional en el artículo 106.1 CE, y tampoco tiene encaje dentro del concreto ámbito de conocimiento que para la jurisdicción contencioso-administrativa delimitan los artículos 1 y 2 LJCA” (ESPAÑA, 2011). Tesis que fue acogida por la sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril, que llegó a calificarlo de “disposición con rango o valor de ley”. Y que el Tribunal Supremo ha vuelto a mantener cuando se ha impugnado el Decreto 463/2020, si bien ahora matiza que

Lo que se acaba de expresar no excluiría que en aquellas situaciones en las que, no se haya producido la dación de cuenta al Congreso o no haya recaído la autorización de prórroga parlamentaria que exige el artículo 116.2 CE, la forma de decreto que revista la declaración de alarma pudiera recobrar su relieve a efectos de nuestro control jurisdiccional. Aunque el decreto de declaración de la alarma proceda del Gobierno como órgano constitucional, su control correspondería a esta Sala, como permite el artículo 2 a) de la LJCA. (ESPAÑA, 2020d)

Con esta matización del Tribunal Supremo, nos encontramos con una norma con una posición verdaderamente extraña en el ordenamiento jurídico: el *fuero* de un decreto de declaración del estado de alarma no depende de sí mismo, depende de si el Congreso autoriza su prórroga. En ese caso, le correspondería al Tribunal Constitucional, pero si no fuera necesaria la prórroga (imaginemos unas lluvias torrenciales que obliguen a declarar el estado de alarma por diez días en una provincia cualquiera) entonces su control de legalidad sería competencia del Tribunal Supremo. Para evitar este poco lógico resultado -y por otros motivos en los que ahora no puedo detenerme, como es que el control consiste en una labor tan típica de la jurisdicción ordinaria como comprobar si el decreto respeta

<sup>19</sup> Los motivos a favor del control de los decretos del estado de alarma por el Tribunal Supremo los he expuesto, con otros cuatro compañeros, de forma amplia en el Dictamen de 27 de abril de 2020, en torno a la competencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo para la tramitación y resolución del Recurso núm. 001/0000099/2020 (REVORIO, Javier Díaz; et al, 2020). De forma más breve: (ROBLEDO, 2020c).

la LOEAES- me atrevo a proponer que se modifique el artículo 12.1 de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que dentro de las funciones que le corresponden a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo su primer apartado establezca: “a) Los actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno, incluidos los decretos de declaración del estado de alarma”.

## REFERÊNCIAS

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS CRISTIANOS.

**Abogados Cristianos lleva ante la justicia las interrupciones de ceremonias religiosas realizadas por la Policía durante el Estado de Alarma.** Madrid; Valladolid: AEAC, 9 abr. 2020. Disponible en: <https://abogadoscristianos.es/abogados-cristianos-lleva-ante-la-justicia-las-interrupciones-de-ceremonias-religiosas-realizadas-por-la-policia-durante-el-estado-de-alarma/>. Acceso en: 4 nov. 2020.

BAAMONDE, M. E. C.; QUIROGA, M. A. Derecho de manifestación del sindicato y estado de alarma en la emergencia de COVID-19.: ATC núm. 40/2020, de 30 de abril. **Revista de Jurisprudencia Laboral**, Madrid, n. 5, 2020. Disponible en: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/articulo.php?lang=en&id=ANU-L-2020-00000000968#footnote-2](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?lang=en&id=ANU-L-2020-00000000968#footnote-2). Acceso en: 30 jul. 2020.

BALLE, J. M. L. Los estados de alarma, excepción y sitio. **Revista de Derecho Político**, Madrid, n. 30, p. 23-54, 1989; n. 31, p. 27-67, 1990.

BLAVATNIK SCHOOL OF GOVERNMENT. **Coronavirus Government Response Tracker.** Oxford: University of Oxford, 2020. Disponible en: <https://www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/coronavirus-government-response-tracker>. Acceso en: 4 nov. 2020.

CCPR. **Tracking tool: impact of States of emergencies on civil and political rights.** Geneva: Centre for Civil and Political Rights, 1 abr. 2020. Disponible en: <http://ccprcentre.org/ccprpages/tracking-tool-impact-of-states-of-emergencies-on-civil-and-political-rights>. Acceso en: 4 nov. 2020.

ESPAÑA. Congreso de los Diputados. **El Congreso autoriza la prórroga del estado de alarma hasta el 12 de abril para hacer frente al COVID-19.** Madrid: Congreso de los Diputados, 25 mar. 2020a. Disponible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/SalaPrensa/NotPre?\\_piref73\\_7706063\\_73\\_1337373\\_1337373.next\\_page=/wc/detalleNotaSalaPrensa?idNotaSalaPrensa=35409&mostrarvolver=N](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/SalaPrensa/NotPre?_piref73_7706063_73_1337373_1337373.next_page=/wc/detalleNotaSalaPrensa?idNotaSalaPrensa=35409&mostrarvolver=N). Acceso en: 4 nov. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España (Pleno). Recurso de Amparo 4703-2012. Los recurrentes en amparo promovieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto que declaró el estado de alarma con ocasión de la huelga de controladores aéreos de 2010, el acuerdo de Consejo de Ministros por el que se solicitaba autorización del Congreso de los Diputados para prorrogar dicho estado y el posterior Real Decreto de prórroga. El Tribunal Supremo inadmitió el recurso al entender que las resoluciones recurridas no eran fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa. Recurrentes: Pedro María Gragera et al. Presidente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, 28 de abril de 2016. **Sistema HJ**: Boletín Oficial del Estado, n. 131, 31 mayo 2016. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24935>. Acceso en: 4 nov. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España (Pleno). Recurso de inconstitucionalidad n.º 2054-2020, contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo; el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Ponente: Antonio Ortega Fuentes et al. Presidente: Juan José González Rivas, 6 de mayo de 2020. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 128, p. 31793, 8 mayo 2020b. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-4875>. Acceso en: 4 nov. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España (Sección 1.). Recurso de amparo n. 2056-2020. Inadmite a trámite el recurso de amparo 2056-2020, promovido por la Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) en proceso contencioso-administrativo sobre ejercicio del derecho de manifestación. Ponente: Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT). Presidente: Juan José González Rivas, 30 de abril de 2020. **VLex**: Boletín Oficial del Estado, [abr.] 2020c. Disponible en: <https://tc.vlex.es/vid/844954011>. Acceso en: 4 nov. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Supremo de España (Sección 4.). Recurso de reposición n. 99/2020. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. Presidente: Luis María Díez-Picazo Giménez, 4 mayo 2020. **CENDOJ**: [mayo] 2020d. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ee23a58112d68659/20200508>. Acceso en: 4 nov. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Supremo de España (Sección 8.). Recurso n. 553/2010. Ponente: Nicolás Antonio Maurandi Guillen. Relator: [s. n.], 9 mar. 2011. **CENDOJ**: [mar.] 2011. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/36931660cfac6855/20110414>. Acceso en: 4 nov. 2020.

FUENTES, A. O.; TORRA, J. J. A. **Recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de España**. Madrid: Vox España, [28 abr.] 2020. Disponible en: <https://www.voxespana.es/wp-content/uploads/2020/04/recurso-inconstitucionalidad-estado-alarma-VOX.pdf>. Acceso en: 4 nov. 2020.

GARCÍA, F. J. A. Estado de alarma o de excepción. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. XL, 2020. p. 308-328.

GREENE, A. States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic. **Blog Strasbourg Observers**, Gante, abr. 2020. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic/>. Acceso en: 30 jul. 2020.

HERNÁNDEZ, J. H. Libertad de culto y estado de alarma. **Blog Iurifacil**, A Coruña, mayo 2020. Disponible en: <https://iurifacil.com/libertad-de-culto-y-estado-de-alarma/>. Acceso en: 30 jul. 2020.

IRELAND. **Health (Preservation and Protection and other Emergency Measures in the Public Interest) Act 2020**. Act 1 of 2020. *DublIn*: Government; Dáil Éireann, 20 mar. 2020. Disponible en: <https://www.oireachtas.ie/en/bills/bill/2020/3/>. Acceso en: 4 nov. 2020.

MAHAMUT, R. G. Covid-19 and Data Protection in Spain: an overview. **Blogdroiteuropéen**, Paris, jun. 2020. Disponible en: <https://blogdroiteuropeen.com/2020/06/29/covid-19-and-data-protection-in-spain-an-overview-by-rosario-garcia-mahamut/>. Acceso en: 30 jul. 2020.

MALAVÉ, G. E. Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9620, Sección Tribuna, p. 8, 24 abr. 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDCwNDI7W yIKLizPw8WyMDIwMDEwMzkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAB5UOBgDocumento1AAAWKE>. Acceso en: 30 jul. 2020.

MARTÍNEZ, S. N. D. L.; et al. **Merced al Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo (BOE de 14 de marzo de 2020), y a propuesta de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, del Ministro de Sanidad, de la Ministra de Defensa, y de los Ministros del Interior, y de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, el Consejo de Ministros acordó la declaración en todo el territorio nacional el estado de alarma, al objeto de la hacer frente con mayor eficacia a la emergencia de salud pública, “grave y excepcional” ocasionada por el COVID-19.** Madrid: 19 abr. 2020. Disponible en: <https://confilegal.com/wp-content/uploads/2020/04/QUEJA-ANTE-EL-DEFENSOR-DEL-PUEBLO.pdf>. Acceso en: 4 nov. 2020.

NEGUERUELA, A.; TORRES, B. La brecha digital impacta en la educación, **Blog de UNICEF**, abr. 2020. Disponible en: <https://www.unicef.es/educa/blog/covid-19-brecha-educativa>. Acceso en: 30 jul. 2020.

PERAL, A. M. M. **COVID-19: Derecho Europeo y Estatal.** Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 4 nov. 2020. (Códigos electrónicos). Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/codigo.php?id=355](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355). Acceso en: 4 nov. 2020.

REVORIO, J. D.; et al. **Dictamen:** que en torno a la competencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo para la tramitación y resolución del Recurso núm. 001 / 0000099 / 2020, emiten los abajo firmantes. Madrid: 20 minutos, 27 abr. 2020. Disponible en: <https://www.20minutos.es/uploads/files/2020/04/29/Asunto%20Curro-%20Dictamen%20Firmado%20.pdf>. Acceso en: 4 nov. 2020.

ROBLEDO, A. R. Dos controles judiciales mejor que uno. **Diario de Sevilla**, Sevilla, 1 mayo 2020a. Disponible en: [https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/controles-juridicos-mejor\\_0\\_1460553987.html](https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/controles-juridicos-mejor_0_1460553987.html). Acceso en: 4 nov. 2020.

ROBLEDO, A. R. **La mirada de Argos**: ideas y divagaciones de Agustín Ruiz Robledo. Madrid, [2020b]. Disponible en: <https://aruizrobledo.blogspot.com>. Acceso en: 4 nov. 2020.

ROBLEDO, A. R. Los derechos en riesgo: conviene una reforma legal. *In*: GIRELA, Miguel Ángel Recuerda (dir.). **Antes de la próxima pandemia**. Pamplona: Aranzadi, 2020c.

SACHS, J.; et al. **Sustainable Development Report 2020**. Cambridge: Cambridge University Press, 30 jun. 2020. Disponible en: <https://sdgindex.org/reports/sustainable-development-report-2020/>. Acceso en: 4 nov. 2020.

SÁNCHEZ, D. F. G. El estado de alarma y las medidas contra el coronavirus ante jueces y tribunales. **La Ley**, Madrid, n. 9655, 3 jul. 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/06/17/el-estado-de-alarma-y-las-medidas-contr-el-coronavirus-ante-jueces-y-tribunales>. Acceso en: 30 jul. 2020.

UNITED KINGDOM. **Coronavirus Act 2020**. London: Senate, mar. 2020. Disponible en: <https://services.parliament.uk/bills/2019-21/coronavirus.html>. Acceso en: 4 nov. 2020.

# TEORIAS DO PACIFISMO E DIREITOS HUMANOS: DA PAZ PERPÉTUA AOS PACIFISMOS JURÍDICO E POLÍTICO

## *THEORIES OF PACIFISM AND HUMAN RIGHTS: FROM PERPETUAL PEACE TO LEGAL AND POLITICAL PACIFISMS*

Andre Luiz Valim Vieira\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Conceito e formas de pacifismo. 3 O pensamento pacifista moderno e a Paz Perpétua de Kant. 4 Pacifismo jurídico e pacifismo político. 5 Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo se propõe ao estudo das teorias e doutrinas acerca do pacifismo e das pesquisas para a paz. Dessa forma, pretendemos demonstrar como o pacifismo e suas teorias nas ciências do direito, da política e das relações internacionais têm evoluído desde o século XVI até o século XX culminando com o pacifismo político e o pacifismo jurídico. Para isso precisaremos revisitar o conceito e as formas de pacifismo e os entendimentos sobre os temas da paz nos principais pensadores políticos e filósofos. A classificação das teorias e das formas de exercício e fundamentação do pacifismo serão imprescindíveis para que possamos entender de que forma as teorias da paz e das doutrinas do pacifismo perfectibilizam as conquistas históricas dos direitos humanos e garantias dos direitos fundamentais contra a guerra e a violência.

**Palavras-chave:** Pacifismo. Direitos humanos. Kant. Pacifismo jurídico. Pacifismo político.

**ABSTRACT:** *This article proposes to study theories and doctrines about pacifism and research for peace. Thus, we intend to demonstrate how pacifism and its theories in the sciences of law, politics and international relations have evolved from the sixteenth century to the 20th century culminating in political pacifism and legal pacifism. For this we will need to revisit the concept and forms of pacifism and understandings on the themes of peace in the main political thinkers and philosophers. The classification of theories and forms of exercise and foundation of pacifism will be indispensable for us to understand how the theories of peace and doctrines of pacifism perfectibilize the historical achievements of human rights and guarantees of fundamental rights against war and violence.*

**Keywords:** *Pacifism. Human rights. Kant. Legal pacifism. Political pacifism.*

---

<sup>1</sup> \*Advogado. Bacharel e Mestre em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista (Franca/SP). Doutor em Ciências Sociais (Relações Internacionais) pela UNESP - Universidade Estadual Paulista (Marília/SP).

Artigo recebido em 18/02/2020 e aceito em 04/11/2020.

**Como citar:** VIEIRA, Andre Luiz Valim. Teorias do pacifismo e direitos humanos: da paz perpétua aos pacifismos jurídico e político. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 105-128. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado das pesquisas científicas desenvolvidas junto ao Doutorado do Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais (Relações Internacionais) da Universidade Estadual Paulista (*Câmpus* de Marília / SP). Propomo-nos a analisar os temas relativos ao pacifismo. O pacifismo enquanto teoria política de confronto e oposição à guerra e a violência, no âmbito interno dos estados constitucionais bem como nas relações entre as nações.

A similitude entre os temas de paz e a teoria do pacifismo envolve para a maioria dos teóricos, necessariamente, perpassar pelo tema da guerra nas teorias políticas e nas relações internacionais. Para muitos teóricos a paz nada mais significa que a ausência de guerra, todavia, procuraremos demonstrar os escritos sobre a paz e seus diversos conceitos e tipos. Não somente a paz como ausência de guerra, mas a paz ativa enquanto possibilidade de construção e manutenção.

Com isso, ao finalizar este artigo, pretendemos aclarar as teorias sobre o pacifismo destacando o pacifismo político e o pacifismo jurídico enquanto doutrinas dos temas da paz. Os temas da paz e das teorias do pacifismo e dos *peace research* ganharam destaque a partir da segunda metade do século XX quando constatado que a Segunda Grande Guerra Mundial e seus acordos de paz foram insuficientes para evitar a ocorrência de conflitos internacionais e a incidência de inúmeros conflitos locais e regionais. Com a Guerra Fria e a iminência de conflitos atômicos em estado suspensivo pelas potências incentivaram os escritos e discussões sobre os temas da paz e a necessidade de construção teórica do pacifismo como uma hipótese real e efetiva para os riscos da violência e dos confrontos internos (guerras civis) ou as disputas internacionais (guerras entre as nações).

Nossos referenciais teóricos e metodológicos, ou seja, o estado da arte ou estado do conhecimento na presente pesquisa de revisão bibliográfica, enquanto análise de discurso em seu aspecto qualitativo, estruturam-se sob as construções teóricas realizadas por Norberto Bobbio e Rafael Salatini quando tratam sobre o tema da paz e do pacifismo e confronto com o tema da guerra na teoria política; passando pela paz perpétua de Immanuel Kant e sua significação imperativa a partir da construção racional de métodos e preceitos para a construção de uma paz duradoura e eficaz.

O exercício do pacifismo e dos temas da paz juntamente com teorias e práticas de ações não-violentas consubstanciam – ao nosso entender – o

instrumental mais eficaz para a conquista de direitos. Pretendemos assim aclarar as teorias sobre o pacifismo destacando o pacifismo político e o pacifismo jurídico enquanto doutrinas dos temas da paz estruturadas em teóricos como Hans Kelsen e Luigi Ferrajoli.

## 1 CONCEITO E FORMAS DE PACIFISMO

Deve haver um lugar dentro do seu coração  
Onde a paz brilhe mais que uma lembrança  
Sem a luz que ela traz já nem se consegue mais  
Encontrar o caminho da esperança  
Sinta, chega o tempo de enxugar o pranto dos homens  
Se fazendo irmão, estendendo a mão  
Só o amor muda o que já se fez  
E a força da paz junta todos outra vez  
Venha, já é hora de acender a chama da vida  
E fazer a terra inteira feliz  
(música: A Paz, Roupas Nova)

Se a palavra paz traz inúmeros sinônimos, significados e conotações ao utilizar o termo pacifismo é imperioso a delimitação do espaço e a identificação sobre o qual se discorre, sob pena de não conseguirmos trazer compreensão ao sentido empregado pela linguagem. Relata-nos Ricardo Seitenfus que a palavra pacifismo, como utilizada atualmente, foi cunhada por Émile Arnaud, somente no início do século XX (*apud* FAGUET, 1908). Já Robert Holmes afirma que o termo pacifismo foi utilizado pela primeira vez em 1901, por um autor russo chamado Ivan Novikoff (HOLMES, 2017, p. 241). Vanessa Matijascic acrescenta ainda mais interesse a essa busca da origem do termo pacifismo quando afirma do surgimento desta designação a partir do conjunto de ideias da busca pela paz no Congresso Universal da Paz, em 1901, em Glasgow. (MATIJASCIC, 2018, p. 37).

Enfim, buscando a literatura política e as principais obras sobre o tema não conseguimos chegar a uma conclusão ou uma certeza sobre a origem do local e da data em que o termo pacifismo passou a ser empregado. Nem mesmo em que momento histórico ou em que contexto sua utilização e conceituação teve o surgimento que mais se aproxima das temáticas atuais dessa designação. Por essa razão, passamos à conceituação de pacifismo. Para o Dicionário de Política o termo pacifismo pode ser entendido como:

[...] uma doutrina, ou até mesmo só um conjunto de ideias ou de atitudes, bem como o movimento correspondente, marcados por estas duas características: a) condenação

da guerra como meio apto para resolver as contendas internacionais; b) consideração da paz permanente ou perpétua entre os Estados como um objetivo possível e desejável. O Pacifismo é contrário tanto ao belicismo, isto é, a todas as doutrinas que exaltam a guerra como fator de progresso moral, social e técnico, quanto ao imperialismo, isto é, à doutrina que não exclui a paz mesmo permanente, mas quer alcançá-la mediante a conquista ou a sujeição dos mais débeis, política e economicamente, pelos mais fortes. (BOBBIO, 1992, p. 875)

Nem todos os movimentos que empreendem a paz ou se propõe à sua utilização podem ser denominados como movimentos pacifistas. O pacifismo não é uma doutrina ou teoria de determinados grupos políticos ou sociais. Não se harmoniza com a violência e nem com a guerras, não faz deferência a totalitarismos ou a absolutismos; nem mesmo a democracias específicas. Não é monopólio de determinado povo ou país. É uma iniciativa plural, aberta e livre. Liberdade que é, por si só, inerente ao exercício do pacifismo.

O pacifismo recebe especial atenção da teoria política e dos estudiosos da ciências sociais na medida em que no século XX passa a se destacar como movimento de reivindicação de direitos e formas de exercício de inconformidade, protestos e enfrentamentos sociais organizados, porém, com um elemento que o diferencia dos demais e dos séculos pretéritos – objeto de nosso estudo no segundo capítulo desta tese – que é a combinação com a não-violência. Dessa forma, ganham destaque iniciativas propostas por Mohandas Gandhi, que resultaram na independência da Índia e se iniciaram efetivamente com a Marcha do Sal em 1930 e 1931; as de Rosa Parks e Martin Luther King, em 1955, nos Estados Unidos pelos direitos civis e contra a discriminação de negros; isto apenas para ficarmos nos acontecimentos mais conhecidos e sem contar inúmeros outros levantes pacifistas.

Robert Holmes diz ser a *metaética* do pacifismo o caminho do meio entre o absoluto e o relativo, podendo este ter características de universalismo ou de pragmatismo (HOLMES, 2017, p. 241), contextualizando ainda o pacifismo como uma filosofia política da não-violência. Retornando agora ao tema do pacifismo e sua classificação Norberto Bobbio, de forma lúcida e objetiva nos esclarece da possibilidade de exercício de mais de uma forma de pacifismo. Pacifismo não significa passividade. Explica-nos o jusfilósofo italiano que:

[...] as doutrinas pacifistas podem dividir-se em passivas e ativas, conforme considerem a meta final, a paz, como resultado de uma evolução fatal da sociedade humana ou como consequência do esforço inteligente e organizado do homem com vistas a um fim desejado. (BOBBIO, 1992, p. 876)

Os defensores do pacifismo passivo compreendem o exercício da paz como uma meta final dos destinos humanos e da sociedade. Algo como um futuro previamente determinado do passar do tempo e das modificações ocorridas na sociedade organizada. Um pensamento muito belo e esperançoso, todavia, muito distante da realidade das transformações da sociedade e dos conflitos que rasgam todos os dias os direitos e a vida dos indivíduos.

A segunda corrente de pensamento pacifista ou denominada de pacifismo ativo – este o utilizado por Gandhi em suas preleções, explicações e práticas sobre a *Satyagraha* – propõe-se a ser uma teoria da ação e não apenas da imaginação. Fundamenta-se no primado do esforço individual e coletivo em que a paz é ponto central das iniciativas. A paz é, por assim dizer, o “pêndulo de Newton” do pacifismo ativo; isto é, a energia que faz a movimentação dos corpos – diga-se, nas ciências humanas, de pessoas e cidadãos – na busca de seus desideratos e propósitos sociais.

O pacifismo ativo, portanto, é aquele que – em nosso entender – melhor se harmoniza e se completa com o entendimento do pacifismo como uma doutrina política de organização, reivindicação e garantia de direitos juntamente com as medidas não-violentas. Rafael Salatini nos explica a escolha metodológica de Norberto Bobbio pelo pacifismo ativo, inclusive tecendo importantes considerações sobre subespécies ou tipos de pacifismo ativo:

Dividido o pacifismo em pacifismo passivo e ativo, Bobbio privilegiará em seus textos o tema do pacifismo ativo, dividindo especialmente este último em três subformas de pacifismo (que analisará em diversos textos posteriores): (i) o pacifismo instrumental, voltado para os meios que se usam para fazer a guerra, (ii) o pacifismo institucional, voltado para as instituições que a tornam possível, e (iii) o pacifismo finalístico, voltado para o próprio homem, cada um dos quais, por sua vez, subdividido em duas formas. (SALATINI, 2017, p. 60)

Celso Lafer da mesma forma destaca o pacifismo bobbiano como um pacifismo ativo com três realidades distintas: o primeiro a da ação

sobre os meios: pacifismo instrumental. A da ação sobre as instituições ou pacifismo institucional. A terceira a da ação sobre os seres humanos: pacifismo finalista ou ético (LAFER, 2013, p. 314).

No pacifismo instrumental o levante pela paz seria mediante a abolição de meios de exercício de violência, neste caso, as armas. Assim, não seria possível a guerra se os sujeitos do poder e de controle não mais tivessem meios de dominação. O pacifismo instrumental busca na realização pessoal e individual da paz a matriz da movimentação pacifista. Rejeitando-se e abolindo os métodos e meios violentos o pacifismo instrumental tem um fundamento valorativo centrado na ética do comportamento do sujeito. O pacifismo instrumental para ganhar força e capacidade de modificação da realidade necessita de uma coletividade de pessoas e de ações organizadas. Quanto maior seu número diretamente proporcional será sua capacidade de alcançar os objetivos pretendidos. Por essa lógica se explica que:

No Pacifismo instrumental convém distinguir a ação orientada à destruição ou à drástica limitação dos instrumentos bélicos (doutrina e política do desarmamento), da ação tendente a substituir os meios violentos pelos não violentos e, conseqüentemente, a obter, por outros meios, o mesmo resultado (teoria e prática da não-violência, em particular a doutrina do Satyagraha de Ghandi). (BOBBIO, 1992, p. 877).

O pacifismo ativo do tipo instrumental é aquele que se utiliza do pacifismo como uma forma de eliminação da violência. Consiste em uma escolha pessoal centrada na ética de opção por não se valer da violência. O pacifismo instrumental abandona todas as hipóteses e alternativas que se utilizem de formas violentas ou de opressão. Tecendo maiores detalhes Celso Lafer elucidada que:

O pacifismo instrumental almeja, de um lado, eliminar ou pelo menos reduzir os armamentos que são os meios de condução da guerra. Estimula, ao mesmo tempo, através das técnicas da solução pacífica de controvérsias, a prática da não violência e a eliminação do uso da força armada no plano internacional, abrindo espaço nas modalidades da mediação, da conciliação, da arbitragem, da solução judicial, para a figura do terceiro em prol da paz, que constrói o entendimento que as partes, por si só, não são capazes de alcançar. (LAFER, 2013. P. 314)

O pacifismo institucional, segundo Bobbio, seria uma categoria mais ampla, na qual estariam presentes o pacifismo democrático e o pacifismo socialista (BOBBIO, 2000, p. 529). Representa o pacifismo ativo em que a missão de realização da paz toma o Estado e suas instituições e dignatários como alvos contra o qual deve o pacifismo realizar seu enfrentamento direto. Cada um independente do outro, conforme sua vinculação político-ideológica, ambos se voltariam contra o Estado, todavia, com diferentes objetivos. O pacifismo democrático lutaria contra o Estado despótico, ou seja, uma forma particular de Estado. Enquanto o pacifismo socialista pregaria o confronto contra todo Estado de natureza capitalista, isto é, em que houvesse a dominação de uma classe sobre a outra.

Há ainda outra forma de pacifismo institucional, do século XVIII, muito característico do pensamento liberal, segundo o qual o *esprit de commerce* seria o responsável pelo alcance da paz nas relações internacionais quando o domínio das trocas e do livre-comércio suplantasse as guerras: o pacifismo mercantil (BOBBIO, 2000, p. 530). Todos os três se assemelhavam ao considerar a paz como o resultado de um processo histórico, predeterminado e progressivo, da sociedade organizadas. Nesse entendimento, o pacifismo institucional – independente da conotação ideológica e da motivação política – é o que mais se aproximaria da ideia do pacifismo passivo dantes relatado.

Já o pacifismo democrático não visa à eliminação do Estado, mas a sua transformação, de modo que o poder dos governantes seja controlado pelos governados. Sejam estes cidadãos que desejam participar da atividade política e direcional do governo com o estabelecimento de democracia; seja a utilização do levante popular para a derrocada do sistema capitalista e domínio social da economia e do Estado. Embora muito mais distante se revela um pacifismo ativo institucional àquele que se vale de métodos violentos de revolução ou de tomada do poder, isto porque, a questão da revolução socialista, o problema e o questionamento não são sobre os fins e sim sobre os meios. (BOBBIO, 1999, p. 108). Pois, tem-se o uso da violência e esta é incompatível com o pacifismo.

Sobre o pacifismo finalístico afirma Bobbio:

No Pacifismo finalístico juntam-se, enfim, quer o Pacifismo ético-religioso que tem em vista a conversão e transformação moral do homem, o homem novo, quer o Pacifismo científico, que tem em vista neutralizar ou canalizar em outras direções o instinto de agressão; junta-se aí tanto o Pacifismo dos

sacerdotes e dos moralistas, quanto o dos homens da ciência.  
(BOBBIO, 1992, p. 877)

Muito mais ousado revelar-se-ia o chamado pacifismo ético, ao considerar que causa dos males da guerra seria encontrada no instinto humano (BOBBIO, 2000, p. 533). Logo, somente com o controle das paixões e exercícios altruísticos, alcançar-se-ia a paz. Somente a educação – moral, ética, religiosa, instrutiva – seria capaz de transformar o ser de modo que não considerasse mais o outro como inimigo. Seriam as propostas que envolvem a educação para a paz.

Bobbio esclarece ainda que as três formas de Pacifismo se dispõem numa ordem progressiva de maior complexidade e profundidade: “[...] a primeira finca-se no plano das técnicas específicas; a segunda estende-se ao plano da organização social global; a terceira vai mais além, até o homem” (BOBBIO, 1992, p. 878).

Aron traz três tipos diferentes de paz. A paz potência, que tem relação direta com o com os vários tipos de relações de força, pode ter conotações de: equilíbrio, hegemonia e império. A paz impotência como é o exemplo a guerra fria, sem uma declaração formal de conflito ou atos de confronto diretos que não ultrapassem a mera ameaça. E a paz satisfação, aquela obtida pela conveniência e pela aceitação de qualquer paz, é melhor que toda e qualquer guerra. As tipologias da paz como potência para Raymond Aron tomam as seguintes ideias:

(...) num espaço histórico dado, ou as forças das unidades políticas estão em equilíbrio, ou estão dominadas por uma dentre elas, ou então são superadas a tal ponto pelas forças de uma unidade que todas as demais perdem sua autonomia e tendem a desaparecer como centros de decisão política.  
(ARON, 1986).

A paz nas relações internacionais e nas ações de contato entre os Estados seriam formas de dominação. Enquanto as forças se mostrassem equivalentes, e harmônicas haveria equilíbrio entre elas. Quando uma se destacasse e controlasse as demais, haveria a paz hegemônica. E, por último, a paz como império. A força de uma unidade política seria responsável pela manutenção da paz entre as demais, pois estas perderiam parte de sua capacidade de escolha e decisão pelo destacamento de uma em relação às demais.

Sem esgotar o tema, porém, demonstrando sua habilidade em tecer teorias políticas sobre a paz Norberto Bobbio relata ainda o pacifismo

iluminista, o pacifismo positivista e o pacifismo socialista; todos tendo por base as diversas filosofias da história modernas. De modo cirúrgico nos orienta que para o pacifismo iluminista “[...] não haverá verdadeira paz senão quando os povos tiverem tomado posse do poder estatal”, o pacifismo positivista, segundo o qual “[...] não haverá verdadeira paz senão quando a organização militar da sociedade no seu conjunto não tiver desaparecido diante do avanço do industrialismo”, e o pacifismo socialista, segundo o qual “[...] não haverá verdadeira paz senão quando a sociedade dominada por grupos minoritários, que só podem conservar o poder exercendo a violência fora e dentro dos limites do Estado, por uma nova forma de sociedade” (BOBBIO *apud* SALATINI, 2017, p. 61).

O pacifismo enquanto movimento político e ideológico cujo objetivo é a busca pela manutenção da paz se consolidou e cada vez mais ganha destaque. Com o passar das décadas vai se tornando conhecido pelos acadêmicos, pelos políticos, pelos juristas, pelos internacionalistas e pelo cidadão comum. Conhecimento que cada vez mais capacita o pacifismo a enfrentamentos e conquistas maiores.

O pacifismo possui relação direta com os direitos humanos por visar à garantias do direito à vida, à liberdade e a todos os demais direitos fundamentais de conquistas históricas sob o primado da dignidade da pessoa humana. Considerando, todavia, nossa realidade sociojurídica atual centrada sob o pensamento kantiano da razão e do direito se revela imprescindível compreendermos as ideias de Kant a respeito das formas de construção da paz.

## **2 O PENSAMENTO PACIFISTA MODERNO E A PAZ PERPÉTUA DE KANT.**

É preciso amor  
Pra poder pulsar  
É preciso paz pra poder sorrir  
É preciso a chuva para florir  
(música: Tocando em Frente, Renato Teixeira e Almir Satter)

O pensamento pacifista moderno, do século XVI ao XIX, divide-se em três grandes correntes, segundo Rafael Salatini (2013a, p. 142): a teoria do irenismo cristão, onde a paz se fundamenta nos ensinamentos cristãos; teoria da cidade pacífica ideal, onde uma cidade perfeita não encontra razões para atacar outras; e, por fim, a teoria do federalismo

internacional em que a paz surge de um acordo internacional entre nações. Nesta última teoria se localiza obras como “Direito de Guerra e Paz” de Hugo Grócio, de 1625; “Elementos de Direito Natural”, de G. W. Leibniz, por volta de 1670; e, as obras que procuraram teorizar a paz perpétua cuja principal referência é “Sobre a Paz Perpétua”, 1795, de Immanuel Kant. Esta última concepção desenvolvida pelos “teóricos iluministas da paz perpétua” (SALATINI, 2013a, p. 144).

A primeira corrente se caracteriza por uma concepção religiosa; a segunda por um entendimento moral; e, a terceira via pela concepção política, em que a paz perpétua seria o resultado de um acordo político entre governantes. Todas elas tiveram fundamental importância na construção do tema da paz que resultaram na proposta kantiana em seus escritos sobre a possibilidade de alcance de uma paz durável.

Conforme destacamos anteriormente outros autores se propuseram a discutir hipóteses e formas de alcançar uma paz perpétua. Dentre esses, Kant foi aquele cujas teses alcançaram maior destaque sem, contudo, desconsiderar as colaborações de cada autor em sua época. Rafael Salatini destaca duas dessas concepções:

Se quiséssemos propor uma comparação sumária das proposições de Saint-Pierre e Rousseau acerca da paz perpétua, poderíamos afirmar que, embora ambos defendessem o modelo federativo como solução para os flagelos – e em especial a guerra – encontrados no sistema internacional, o primeiro propunha, como meio para alcançá-lo, a pura vontade dos governantes, ao passo que o segundo advogava o uso da força. (SALATINI, 2013a, p. 144)

Se pensadores anteriores como Saint-Pierre pregavam o voluntarismo, a vontade do soberano como condição para o alcance da paz; Rousseau defendia o uso da força; Kant avança em sua proposta de paz entre as nações se utilizando da razão e firmando suas bases estruturais a partir do direito internacional. Por essa razão que para Bobbio o pensamento kantiano atribui à paz perpétua “o valor de fim último ao qual tende o curso histórico da humanidade” (BOBBIO, 2017, p. 224), ocupando um lugar central na sua filosofia da história.

Para Rafael Salatini “[...] a teoria da paz perpétua kantiana se baseia numa ampla filosofia da história progressista, que segue do estado de natureza, passando pela sociedade civil e pela sociedade civil internacional, à sociedade cosmopolita.” (SALATINI, 2013a, p. 152). Não resta dúvida de que “[...] Kant entendia a Paz como um motivo fundamental ligado

não apenas ao pensamento político, mas ao pensamento como um todo” (HÖFFE, 2005, p. 302).

Kant pretendia que se pusesse fim a cada um dos empecilhos práticos que impediam a pacificação das relações internacionais em sua época (o período final das monarquias absolutas). Tratam-se todos, portanto, de artigos de natureza prática e valor histórico. (SALATINI, 2013a, p. 151)

Norberto Bobbio explica de forma clara as bases conceituais que aproximam e diferenciam Kant e Hobbes:

O sistema conceitual dentro do qual Kant constrói a sua teoria da paz perpétua é o dos jusnaturalistas, cujos conceitos fundamentais são o estado de natureza, que é um estado não jurídico ou de direito provisório (como o chama Kant), e, enquanto tal, é um estado de guerra permanente, ou potencial ou efetiva, do qual a humanidade deve sair; o contrato social e/ou de união, mediante o qual os indivíduos, de comum acordo, decidem sair do estado de natureza para constituir um estado jurídico, ou de direito peremptório e, somente enquanto tal, capaz de garantir a paz e em seguida da paz, eventualmente (mas não necessariamente), outros bens, como a liberdade, a propriedade, a igualdade. (BOBBIO, 2017, p. 225)

A obra Paz Perpétua de Immanuel Kant se divide em duas seções: a primeira apresenta os artigos preliminares em número de seis; a segunda, os artigos definitivos necessários para a construção dessa paz, em total de três. Além de um artigo secreto, ao final.

Os artigos preliminares estabelecem: 1) Não deve considerar-se como válido nenhum tratado de paz que se tenha feito com a reserva secreta de elementos para uma guerra futura; 2) Nenhum Estado independente (grande ou pequeno, aqui tanto faz) poderá ser adquirido por outro mediante herança, troca, compra ou doação; 3) Os exércitos permanentes (*miles perpetuus*) devem, com o tempo, de todo desaparecer; 4) Não se devem emitir dívidas públicas em relação aos assuntos de política exterior; 5) Nenhum Estado se deve imiscuir pela força na constituição e no governo de outro Estado; e, 6) Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tomem impossível a confiança mútua na paz futura, como por exemplo, o emprego no outro Estado de assassinos (percussores), envenenadores (*venefici*), a ruptura da capitulação, a instigação à traição (*perduellio*), etc.

Esses artigos são chamados “preliminares” justamente porque não representam em si a instituição da paz perpétua, mas apenas a predisposição para ela. Em outras palavras, consistem numa condição necessária, mas não suficiente, para a realização do projeto da paz perpétua. Isso porque, bem observado, representam apenas a eliminação dos meios de guerra, mas não a eliminação de seu fim. (SALATINI, 2013a, p. 151).

O primeiro artigo fala sobre os tratados de paz e o condicionamento de sua validade à instituição entre as partes desde que não seja o acordo uma simulação disfarçada de paz em que se esconde a intenção do conflito e da guerra. Todo tratado firmado entre nações que se propõe a realizar a paz não pode servir de argumento ou motivo para eventuais intenções beligerantes.

A construção de um projeto de paz pressupõe que o indivíduo saia do estado de natureza de uma regra de prudência (imperativo hipotético), como em Hobbes para uma norma normal (imperativo categórico) no projeto kantiano. Transita-se, assim, de uma estrutura do estado de natureza para a sociedade civil mediante um contrato baseado em regras deontológicas, ou seja, de dever-ser.

Por fim, também para Kant, o que contrapõe a sociedade civil ao estado de natureza é o seu caráter de sociedade jurídica, no seu sentido dúplice de sociedade regulada pelo direito, mais precisamente por um direito peremptório, cuja observância é confiada ao exercício legítimo do poder coativo; e de sociedade capaz de, em virtude da coação legal, garantir o direito originário de todo homem, que é o direito de liberdade. (BOBBIO, 2017, p. 226)

Afirma o filósofo de Königsberg no início da seção que contém os artigos preliminares:

O estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (*status naturalis*), o qual é antes um estado de guerra, isto é, um estado em que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre todavia uma ameaça constante. Deve, pois, instaurar-se o estado de paz; a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz

e, se um vizinho não proporcionar segurança a outro (o que só pode acontecer num estado legal). (KANT, 2008, p. 10)

O pacifismo enquanto doutrina política construída teoricamente por vários autores encontra em Kant sua pedra fundamental. Após o pensamento kantiano toda teoria que considera uma paz duradoura, perpétua e universal pode encontrar guarida nas teorias pacifistas. “A essência do projeto kantiano de paz perpétua pode ser resumida, destarte, na paulatina supressão, primeiramente dos meios que levam à guerra (artigos preliminares), e, depois, do próprio fim da guerra (artigos definitivos)” (SALATINI, 2013a, p. 152).

Por essa razão que Kant enumera, na segunda seção, os artigos definitivos como sendo: 1) A Constituição civil em cada Estado deve ser republicana. 2) O direito das gentes deve fundar-se numa federação de Estados livres. 3) O direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal. Ao fim, ainda inclui um artigo secreto onde se fixa: As máximas dos filósofos sobre as condições de possibilidade da paz pública devem ser tomadas em consideração pelos Estados preparados para a guerra.

Perceba-se que cada um dos artigos definitivos derroga a finalidade da guerra em cada um dos níveis da filosofia kantiana, permitindo-se uma visão geral da paz, envolvendo não apenas os Estados, mas também os indivíduos, nacional e internacionalmente. (SALATINI, 2013a, p. 153)

Ao tratar da constituição civil e sua feitura como republicana Kant – no primeiro artigo definitivo – estabelece:

A constituição fundada, primeiro, segundo os princípios da liberdade dos membros de uma sociedade (enquanto homens); em segundo lugar, em conformidade com os princípios da dependência de todos em relação a uma única legislação comum (enquanto súbditos); e, em terceiro lugar, segundo a lei da igualdade dos mesmos (enquanto cidadãos), é a única que deriva da ideia do contrato originário, em que se deve fundar toda a legislação jurídica de um povo – é a constituição republicana. (KANT, 2008, p. 11)

Tecendo uma leitura do pensamento de Kant, Bobbio chega à mesma conclusão de que:

Kant entende, neste contexto, uma constituição fundada sobre os três princípios: da liberdade dos cidadãos (da liberdade

externa e negativa); da dependência destes por uma única legislação inspirada na ideia do contrato originário; e da igualdade (bem entendida apenas como formal ou jurídica) de todos. (BOBBIO, 2017, p. 230)

Constatamos no pensamento kantiano uma sucessão de condições e requisitos que se presentes devem levar à consolidação de uma paz que se permaneceria ao longo dos tempos, mantendo a sua perpetuidade. Compõem a teoria da paz perpétua kantiana (SALATINI, 2013a, p. 153/154): Em primeiro lugar deve ser instituída uma sociedade civil com a *forma de governo republicana* com uma divisão clara entre o legislativo e o executivo. Depois, junto a sociedade internacional deveria ser instruído o *princípio federativo* onde os Estados deveriam se conduzir segundo regras de direito internacional conformando uma república mundial. Para, enfim, na sociedade cosmopolita instituir o *princípio da hospitalidade*.

[...] Kant não é um revolucionário para o qual todos os meios são válidos para atingir-se o fim, fato este que ocorre quando a diversidade do mundo é negada e erige-se uma única crença como verdadeira, fenômeno característico dos regimes totalitários. Kant aponta o direito como mecanismo propiciador da mudança; podemos classifica-lo como um revolucionário jurídico. Na concepção kantiana, a transformação do estado de guerra das relações internacionais em um estado de paz dar-se-á por meio do Direito. (BITTAR, 2012, p. 640)

A saída do estado de natureza e da situação de conflito contra todos e da guerra não significa uma união em um estado universal, algo impossível pelas diversas realidades. Mais racional e plausível é a união entre os Estados construindo assim um uma confederação ou um federalismo internacional.

As propostas de Kant para a construção de condições que resultem em uma paz perpétua, firmadas em bases racionais e em normas jurídicas que imponham limites à atuação dos governantes e à ganância dos Estados compõem um quadro que resulta, posteriormente, na construção da paz não mais como mero projeto teórico ou primado da moral e da religiosidade. Ao contrário, apresenta uma realidade factível de ser realizada internamente quanto internacionalmente.

“O projeto para a paz perpétua não é concebido por Kant como uma utopia. Nada é mais estranho à mente de Kant que o pensamento utópico” (BOBBIO, 2017, p. 233). De modo diverso, as contribuições

de Kant construídas a partir do seu projeto filosófico de paz perpétua contribuem para uma construção racional dos materiais que compõem o edifício da paz. Sobre essa importância nos diz Póker:

[...] a Paz deve referir-se a uma determinada situação de convivência entre atores sociais no plano nacional e internacional, na qual as relações entre eles sejam reguladas por leis do direito racional, elaboradas a partir do princípio kantiano da dignidade, com o objetivo de promover justiça social e emancipação a todos os concernidos. (PÓKER, 2018, p. 222)

Fixadas as premissas necessárias para a paz como propostas por Immanuel Kant e como explicadas até o momento neste trabalho a paz com a qual advogamos e defendemos não existe pela ausência de guerras. É a paz ativa. Aquela que serve de fundamento ao exercício do pacifismo: contra a violência, todavia, plenamente exercitável como um direito humano.

A construção das ideias de paz e a sistematização do pacifismo e das pesquisas para a paz demonstram a guerra como um mal absoluto. Não significa, contudo, afirmar que a paz é um bem absoluto. É sim um bem necessário, mas não suficiente para se evitar a guerra e o uso da violência. Junto ao projeto de construção do pacifismo político, portanto, deve se acrescentar outra condição para sua realização: o pacifismo jurídico.

### **3 PACIFISMO JURÍDICO E PACIFISMO POLÍTICO.**

Eu te desejo a paz de uma andorinha  
No voo perfeito contemplando o mar  
E que a fê movedora de qualquer montanha  
Te renove sempre e te faça sonhar  
(Te Desejo Vida, Flávia Wenceslau)

O pacifismo jurídico encontra seus expoentes nas doutrinas de Norberto Bobbio, Hans Kelsen e Luigi Ferrajoli. Consiste na doutrina da paz alcançável por meio do Direito e da norma jurídica internacional enquanto fenômeno de eliminação dos conflitos.

Há vários séculos a guerra e o direito fazem concorrência entre si. Cada um sucessivamente nas formas cada vez mais vastas, parecendo querer dirigir o mundo. E o direito parece estar vencendo. Cada vez mais os Estados concordam em submeter suas relações às regras jurídicas. Tradicionalmente,

uma ordem jurídica refletia uma ordem política e não o inverso. (DELMAS, 1996, p. 125)

Rafael Salatini ilumina entendimento do pacifismo jurídico, reiteradamente defendido por Bobbio, como aquela forma de paz que fora defendida numa pequena obra kelseniana de 1944, onde se explica da paz através do direito (*peace through law*) a partir de dois níveis sobre os quais se estabelece a ordem jurídica: preventivo e repressivo (SALATINI, 2017, p. 61).

Logo, o pacifismo jurídico e o pacifismo político embora possam parecer a qualquer neófito das ciências políticas ou das relações internacionais como duas formas distintas e distantes constatamos uma maior proximidade entre ambas. Quando, porém, tratamos de pacifismo político podemos encontrar as mais diversas concepções acerca de sua necessidade, de sua realidade, e de sua possibilidade. Contudo, para efeitos de limitação metodológica da presente pesquisa, optamos por adotar e expor o pacifismo político enquanto construção teórica elaborada especialmente por Norberto Bobbio.

Hoje existe a convicção de que as integrações econômicas e jurídicas dos Estados podem esgotar as fontes da guerra (DELMAS, 1996, p. 16). Se durante muito tempo houve uma economia da guerra e sua defesa intransigente do conflito como mola propulsora do desenvolvimento, no século XXI, a economia da paz ganha novos contornos. Em tempos não muito distantes em que o Direito, os legisladores, os juristas e as normas positivas visavam justificar e permitir através da legalidade a ocorrência de guerras e uso autorizado da violência o pacifismo jurídico vem na contramão afirmando da necessidade do direito para a realização da paz. “O pacifismo jurídico é aquele que considera a guerra efeito de um estado sem direito, de um estado, portanto, no qual não existem normas eficazes para a regulação dos conflitos.” (BOBBIO *apud* SALATINI, 2011, p. 338).

O pacifismo jurídico encontra em Hans Kelsen um dos seus primeiros e principais expoentes. O pensador austríaco diz que paz é um estado caracterizado pela ausência de força (KELSEN, 2011, p. 03). Não a ausência total e incondicionada de força, que se aproximaria muito mais do anarquismo. A paz, para Kelsen, ocorre quando a força é retirada do indivíduo e transferida à sociedade, ou seja, à ordem social vigente. No plano internacional, entretanto, essa transferência ocorre além das instituições nacionais: a uma organização responsável pela manutenção da paz.

Logo, o uso da força seria autorizado em determinadas medidas e condições por sujeitos específicos e como medida de retribuição normatizada por meio da sanção. “A característica essencial do direito como ordem coercitiva é estabelecer o monopólio comunitário da força” (KELSEN, 2011, p. 03), de modo que a ação violenta e com a utilização da força por ferramenta da comunidade organizada seria uma forma de encontrar a pacificação social.

Essa característica de uso da força, todavia, não é a marca predominante da sociedade atual. Nas sociedades primitivas, a força como forma de retribuição social ao delito já era restrita a uma pequena quantidade de sujeitos. O que realmente caracterizaria o Estado é a retirada da força das mãos dos indivíduos e sua transferência a um órgão central, nascendo assim mediante o poder executivo central uma comunidade jurídica. E, por conseguinte, a possibilidade de pacificação social.

Nas palavras de Kelsen, “[...] o Estado moderno é o tipo mais perfeito de ordem social que instaura o monopólio comunitário da força” e sua perfeição se deve à centralização do emprego da força (que não deve ser confundida com sua monopolização)” (KELSEN, 2011, p. 04). O jurista austríaco trabalha, primordialmente, com uma fórmula para a paz baseada em duas premissas: a paz como resultante da apreciação judicial compulsória dos conflitos e disputas internacionais; e, como ação da responsabilização individual das violações ao direito internacional e à manutenção da própria paz.

A primeira proposta de Kelsen da criação de uma corte judicial internacional dotada de jurisdição além das fronteiras nacionais de soberania para resolução do conflito entre Estados. Essa entidade seria dotada de capacidade de processo e julgamento juntamente com a força executiva e coercitiva para cumprimento de suas decisões perante as nações em disputa. Tarefa esta hoje, em parte, atribuída aos órgãos da Organização das Unidas e à Corte Internacional de Justiça.

A segunda medida sugerida por Kelsen é a criação de um tribunal internacional para julgamento dos crimes de guerra, ou seja, ações de governantes e estadistas que atentem contra a paz e os direitos humanos (crimes contra a humanidade) com assunção pessoal e responsabilidade de julgamento e execução penal ao responsabilizado. Seguindo esse modelo temos o Tribunal Penal Internacional, criada pelo Estatuto de Roma. O Brasil se sujeita à jurisdição do Tribunal Penal Internacional desde

a vigência do Estatuto de Roma através do Decreto nº. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Luigi Ferrajoli propõe um outro caminho ao pacifismo jurídico. Para ele o direito deve ser uma ferramenta crítica frente a guerra. Não considera a paz como uma consequência inevitável do vencedor sobre o vencido, mas antes como um processo aberto, conflitivo e cercado de encruzilhadas e encontros onde o ponto de vista garantista se opõe às formas de barbárie e de poderes concentrados e absolutos. Ele se mostra contrário àquilo que chamou de “normalização constitucional da guerra”.

A questão acerca da legalidade ou não da guerra tem a ver com problemas de valoração também encontra guarida no pensamento de Ferrajoli. A teoria do garantismo integra também o pacifismo jurídico do pensador italiano. Afirma que o problema da legalidade ou ilegalidade de uma guerra é uma questão jurídica que depende da existência ou não de normas de direito positivo que a proíbam ou autorizem. Uma guerra pode ser autorizada pelo direito interno ou internacional, ser lícita, em mesmo assim ser considerada injusta. Isto por que os juízos em termos de legalidade são juízos de fato; enquanto que os juízos sobre a justiça são juízos de valor (FERRAJOLI, 2004, p. 28).

Após a Segunda Guerra Mundial, e com o a estratificação da Organização das Nações Unidas, a guerra passa a ser concebida como uma atitude ilegal e reprovável na esfera jurídica internacional. Por essa razão, Ferrajoli tece severas críticas em relação à Guerra do Golfo (ou por ele chamada de “Guerra da ONU”) e o uso legítimo da força. Em sua opinião, no cenário atual, para a guerra entre Estados, por apresentar intrínsecas características destrutivas, não se admitem justificações morais ou políticas (FERRAJOLI, 2004, p. 31).

Por exemplo, o uso de baixa força ou de meios de força de baixa letalidade são previstos em normativas internacionais como a Carta da Organização das Nações Unidas. O direito, consiste em decidir, o uso regulado ou controlado da força, com suas formas, garantias e procedimentos (FERRAJOLI, 2004, p. 33).

Bobbio constrói seu entendimento de pacifismo jurídico da seguinte forma:

Para o pacifismo jurídico, o remédio por excelência é a instituição do superestado ou Estado mundial. Aquilo que torna inevitável o uso da força no plano internacional é a falta de uma autoridade superior a cada um dos Estados que seja capaz de decidir quem tem razão e quem está errado

e de impor a própria decisão com a força. Por isso o único caminho para eliminar as guerras é a instituição dessa autoridade superior, que não pode ser outra coisa senão um Estado único e universal acima de todos os Estados existentes. (apud ZOLO, 2013, p. 324)

Tratando-se agora de uma perspectiva internacionalista, segundo Rafael Salatini, os textos de Norberto Bobbio identificam três formas de pacifismo político quando analisada a questão da guerra e, especialmente, a guerra atômica ao qual o mundo esteve sob constante ameaças durante muitas décadas do século XX (SALATINI, 2011, p. 336). São elas: o pacifismo instrumental (desarmamento atômico), o pacifismo institucional (organização jurídica) e o pacifismo moral, como os remédios possíveis para o fenômeno da guerra atômica.

A utopia jurídica se esforça em vão para aplicar a esses conflitos a providência pragmática que a favorece tão bem em outro lugar. É que ela ignora a natureza da guerra. A guerra e a paz não são um processo jurídico. A guerra é política por excelência. (DELMAS, 1996, p. 18)

Norberto Bobbio vai tratar do tema da paz como algo relevante na esfera internacional. O pacifismo político se mostra como uma realidade tangível quando o terceiro ausente se utiliza de meios políticos e internacionais, da diplomacia e das sanções econômicas e não militares, como possibilidades de construções de uma ordem internacional não conflitiva.

O empenho em prol da paz e a crítica à guerra se inserem coerentemente no percurso de Bobbio, estudioso do Direito e da Política. Dizem respeito a um dos seus temas recorrentes que é o de eliminar ou, pelo menos, limitar, da melhor maneira possível, a violência como meio de resolver conflitos, seja entre indivíduos e grupos no interior de um estado – daí a sua defesa do governo das leis e das regras do jogo da democracia, que “conta cabeças e não corta cabeças” - seja entre estados. [...] Daí o seu pacifismo. (LAFER, 2013, p. 307)

Bobbio consegue com magistral desenvoltura transitar pelo terreno do pacifismo jurídico e do pacifismo político costurando uma união perfeita de seus conceitos e preceitos.

Bobbio vai identificar uma modalidade de pacifismo que é o pacifismo político democrático. O pacifismo político

democrático marcou o pensamento de Bobbio, tanto que vê umnexo básico entre democracia e direitos humanos no plano interno e paz no plano internacional, reconhecendo, no entanto, com realismo, que uma das dificuldades da consolidação deste processo de construção da paz reside na heterogeneidade do sistema internacional, com a presença de estados com formas não democráticas de governo. O pacifismo político democrático tem vínculos com o pacifismo jurídico, que considera a guerra o efeito de uma situação na qual não existem normas eficazes para a regulação dos conflitos. A paz pelo direito, de inspiração kelseniana – e Kelsen é um dos clássicos de Bobbio não só no campo jurídico como no campo da teoria democrática – também marcou Bobbio. (LAFER, 2013, p. 313)

Esse entendimento, todavia, predominante do âmbito do direito e das organizações internacionais com base em Kant da necessidade de criação de ordem jurídica internacional de Estados soberanos como objetivo de manutenção da paz encontra ressalva nas falas de Philippe Delmas. Sua crítica resulta de que:

É uma ideia perigosa acreditar que a multiplicação das regulamentações e dos compromissos solenes forme lentamente uma espécie de Estado de direito mundial. (...) Alguns veem tal força neste império jurídico que profetizam a substituição da democracia pelo Estado de Direito, novo Deus tutelar. Essa utopia jurídica testemunha a confusão entre instrumentos da administração e uma organização política. (DELMAS, 1996, p. 136)

Uma vez mais Luigi Ferrajoli se mostra um realista quando discorre que o que se precisa das organizações internacionais – ele mesmo em seu *Razones Jurídicas del Pacifismo* tece várias críticas às formas com quais foram tratadas as Guerras do Golfo e dos Balcãs – não é uma ação positiva de governo, senão um papel negativo de garantias, através de vínculos e limites aos poderes políticos dos Estados e aos poderes econômicos do mercado (FERRAJOLI, 2004, p. 61). Esses limites são a garantia da paz e dos direitos fundamentais e anteriormente ainda a garantia de que não é lícito realizar a guerra ou crimes contra a humanidade. Acrescentando ainda, em segundo lugar, as prestações necessárias para garantia dos mínimos vitais. Em sua visão essas são as funções de garantia que definem e esgotam a esfera pública internacional (Ibidem, p. 62).

Por isso, concluindo a terceira parte desse trabalho pudemos compreender a paz não como tão somente a ausência de guerra. O pacifismo político ativo juntamente com o pacifismo jurídico que possibilita a existência da paz e como um direito humano à paz, a sustentação dos demais direitos. O avanço das pesquisas científicas sobre a paz (*peace research* ou polemologia) no século XX possibilitou ao pacifismo sua afirmação e fortalecimento como doutrina política de combate à guerra e às formas de violência.

O pacifismo ativo e os temas da paz se posicionam na atualidade – mesmo no século XXI – através das doutrinas e pensamentos do pacifismo político e do pacifismo jurídico como consectários lógicos e programáticos centrados na razão e nas leis para a garantia, existência e exercício dos direitos humanos. Tema que nunca cessa e necessita de muitas discussões e lutas para seus avanços e impeditivas de seus retrocessos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pacifismo então representa um conjunto de ideias, pensamentos, fundamentações, doutrinas e atitudes que rejeitam o uso da guerra e entendem a paz como uma construção possível e realizável, internamente ou internacionalmente. O pacifismo no século XX ganha maior destaque e curiosidade acadêmica e científica como um movimento de reivindicação de direitos e formas de exercício de inconformidade, protestos e enfrentamentos sociais organizados, todavia, com um elemento que o diferencia dos demais e dos séculos pretéritos que é a rejeição da violência com a ideia de práticas não-violentas. O pacifismo seria então uma filosofia política da não-violência.

Não um pacifismo passivo ou natural como consequência do desenvolvimento histórico da humanidade. Ao contrário, como uma teoria e doutrina de ação. A proposta de um pacifismo ativo, ou seja, a paz como um esforço racional e pretendido nas ações da sociedade.

O pacifismo ativo, portanto, é aquele que melhor se harmoniza com o entendimento do pacifismo como uma doutrina política de organização, reivindicação e garantia de direitos humanos e fundamentais juntamente com a negação da guerra e da violência e por medidas não-violentas. O pacifismo ativo como idealizado por Bobbio e debatido por Rafael Salatini pode ser de forma: instrumental, institucional ou finalístico. Raymond Aron, no entanto, classifica a paz como: potência, impotência e

a paz satisfação. Bobbio ainda cita outras classificações como: pacifismo iluminista, o pacifismo positivista e o pacifismo socialista.

O pensamento pacifista no século XX como um objetivo a ser alcançado por todas as nações e em todas as nações se fundamenta, sobretudo, no pressuposto da paz como concepção política, isto é, em que a paz perpétua seria o resultado de um acordo político entre governantes. A teoria da paz perpétua de Kant propõe a paz entre as nações se utilizando da razão e firmando suas bases estruturais a partir do direito internacional.

A construção das ideias de paz e a sistematização do pacifismo e das pesquisas para a paz demonstram a guerra como um mal absoluto e que deve ser evitado. A paz se conceberia então como uma busca por todas as nações. A doutrina da paz alcançável por meio do Direito e da norma jurídica internacional enquanto fenômeno de eliminação dos conflitos. A proposta de paz nas relações internacionais tem em Kelsen um dos principais teóricos. O pacifismo jurídico se aproxima do pacifismo político desejando o mesmo fim.

Se em tempos anteriores o Direito, os legisladores, os juristas e as normas positivas visavam justificar e permitir através da legalidade a ocorrência de guerras (*jus ad bellum*) e uso autorizado da violência o pacifismo jurídico vem na contramão afirmando da necessidade do direito para a realização da paz. A paz seria resultado de duas premissas: resultante da apreciação judicial compulsória dos conflitos e disputas internacionais; e, como ação da responsabilização individual das violações ao direito internacional e à manutenção da própria paz.

Luigi Ferrajoli igualmente discute o pacifismo jurídico, mas por uma outra via. Para ele o direito deve ser uma ferramenta crítica frente à guerra. Pois, não considera a paz como uma consequência inevitável do vencedor sobre o vencido, mas sim como um processo aberto, conflitivo onde pensamento garantista deve ser um limitador as às formas de barbárie e aos poderes concentrados e absolutos.

Todo movimento pacifista que se prega como defensor da paz deve ter por meta sua movimentação política e social sem, todavia, a permissividade do uso da violência. Essa deve ser evitada e não integrar quaisquer medidas de prática ou teoria. A apologia à violência não é capaz de produzir verdadeiramente a paz senão quando adjetivada como não-violência.

## REFERÊNCIAS

ARON, R. **Paz e Guerra entre as Nações**. Tradução: Sergio Bath. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. **Curso de Filosofia do Direito**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, N. **As Ideologias e o Poder em Crise**. Tradução: João Ferreira. 04 ed. Brasília, Editora UnB, 1999.

BOBBIO, N. Introdução a Para a Paz Perpétua de Immanuel Kant. *In: Brazilian Journal of International Relations*, Marília, v. 6, n. 1, jan./abr. 2017. Tradução: Erica Salatini.

BOBBIO, N. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e a lição dos clássicos**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. v. 2. Brasília: UnB, 1992.

DELMAS, P. **O Belo Futuro da Guerra**. Tradução: Sérgio Guimarães. Rio de Janeiro: Record, 1996.

FAGUET, E. **Le Pacifisme**. Paris: Societé Française d’Imprimiere e de Librairie, 1908.

FERRAJOLLI, L. **Razones Jurídicas del Pacifismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

HÖFFE, O. **A Democracia no Mundo de Hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLMES, R. L. **Pacifism: A Philosophy of Nonviolence**. New York. Bloomsbury Academy, 2017.

KANT, I. **A Paz Perpétua: Um projecto filosófico**. Tradutor: Arthur Mourão. Covilhão, 2008.

KELSEN, H. **A Paz pelo Direito**. Tradução: Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LAFER, C. Paz e Guerra no Terceiro Milênio: Os ideais de Bobbio, balanço e perspectivas. *In*: TOSI, G. (Org.). **Norberto Bobbio: Democracia, Direitos Humanos, Guerra e Paz**. João Pessoa, Edita da UFPB, 2013.

MATIJASCIC, V. B. Pesquisas para a Paz e o Ativismo da Cultura da Paz. *In*: SALATINI, R.; DIAS, L. F. (Org.). **Paz e tolerância**. Marília: Cultura Acadêmica, 2018. (Reflexões sobre a paz, v. 2.)

POKER, J. G. A. B. Direitos Culturais, Universalismo e Movimentos Sociais: O futuro dos direitos humanos. *In*: SALATINI, R.; DIAS, L. F. (Org.). **Paz e tolerância**. Marília: Cultura Acadêmica, 2018. (Reflexões sobre a paz, v. 2.)

SALATINI, R. Introdução aos Escritos Sobre a Paz de Norberto Bobbio. *In*: **Revista Videre**. v. 10, n. 18, Dourados, 2017.

SALATINI, R. O Tema da Paz Perpétua. *In*: **Brazilian Journal of International Relations**. v. 2, ed. 1, Marília, jan./abr. 2013a.

SALATINI, R. Rousseau e as Relações Internacionais. *In*: **Pacifismo e Relações Internacionais: Teoria e Prática**. Dourados: UFGD Editora, 2013b.

ZOLO, D. Luzes e Sombras do Pacifismo Jurídico de Norberto Bobbio. *In*: TOSI, G. (Org.). **Norberto Bobbio: Democracia, Direitos Humanos, Guerra e Paz**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013

**LINHA II CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA**



# ALGUNS MODELOS DE GESTÃO E DESTINAÇÃO DE BENS APREENDIDOS: LIÇÕES PARA O BRASIL

## BEST PRACTICES ON MANAGEMENT AND DISPOSITION OF FORFEITED AND SEIZED PROPERTY

Mylene Comploier\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Portugal e o Projeto Fenix. 3 O modelo italiano de gestão de bens. 4 O modelo francês de gestão de bens – a AGRASC. 5 Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O artigo se dedica a trazer à baila alguns modelos internacionais bem-sucedidos de gestão e destinação de bens apreendidos. Há algumas décadas, diversos organismos internacionais chegaram à conclusão que a pena de prisão não tem o efeito e o alcance desejado sobre determinados tipos de delito, tais como a criminalidade organizada transnacional, delitos de terrorismo e criminalidade econômica em geral, notadamente os crimes de corrupção. Diante desse quadro, o confisco de bens adquire uma importância fundamental no combate a esse tipo de criminalidade. Neste período, o Brasil também incorporou algumas dessas diretrizes internacionais, interiorizando em seu arcabouço legislativo certas medidas que tem por escopo a asfixia financeira das organizações criminosas. Ocorre que, a partir do momento em que estes bens são apreendidos, passam eles à responsabilidade estatal – e isso acaba por gerar inúmeros problemas quanto à gestão, problemas estes que não são afetos à rotina do sistema de justiça. Deste modo, útil neste momento trazer à colação experiências internacionais bem sucedidas já postas em prática quanto ao modo de gerir e dispor de tais recursos, não com o escopo de apontar um ou outro modelo como ideal, mas com o objetivo de trazer o tema à debate, notadamente porque se discute no Brasil a possibilidade – ou não - de se criar uma agência para a gestão desses ativos.

**Palavras-chave:** Corrupção. Criminalidade organizada transnacional e econômica. Gestão e destinação de bens apreendidos. Recuperação de ativos.

**ABSTRACT:** *The article is dedicated to bringing to light some successful international models of management and allocation of seized assets. A number of international bodies have come to the conclusion several decades ago that imprisonment does not have the desired effect and scope on certain types of offense, such as transnational organized crime, terrorist offenses and economic crime in general, notably corruption crimes. Faced with this situation, confiscation of assets is of fundamental importance in combating this type of crime. In this period, Brazil has also incorporated some of these international guidelines, internalizing in its legislative framework*

\* Mestre e doutoranda em Direito. Promotora de Justiça no Ministério Público de São Paulo. Professora convidada da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Representa o Ministério Público de São Paulo em ações da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção) e no FOCCOSP (Forum de Combate à Corrupção de São Paulo).

Artigo recebido em 26/08/2018 e aceito em 08/04/2020.

**Como citar:** COMPLOIER, Mylene. Alguns modelos de gestão e destinação de bens apreendidos: lições para o Brasil. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 131-157. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*certain measures that have as scope the financial asphyxia of criminal organizations. It happens that, once these assets are seized, they become the responsibility of the state - and this generates innumerable problems regarding management, problems that are not affected by the routine of the justice system. It is therefore useful at this time to bring to the forefront successful international experiences already put into practice as to how to manage and dispose of such resources, not with the scope of pointing to either model as an ideal, but with the aim of bringing the theme to the debate, notably because it is discussed in Brazil the possibility - or not - of creating an agency for the management of these assets*

**Keywords:** *Asset recovering. Management and disposition of forfeited and seized property. Transnational organized crime. White-collar crime. Corruption.*

## INTRODUÇÃO

O crime organizado não é um fenômeno recente; remonta às origens da história da civilização. Para Ana Luiza Almeida Ferro, “a trajetória da criminalidade acompanhou a própria evolução das sociedades e suas civilizações” (FERRO, 2009, p. 16). No entanto, embora a existência das organizações criminosas seja um fenômeno antigo (FERRO, 2009, p. 69) o fato é que a partir da década de 80, observou-se o surgimento de um novo modelo para o crime organizado e para a criminalidade econômica em geral, em razão da fácil circulação de pessoas e bens pelo globo terrestre (MENDRONI, 2012, p. 52). A globalização<sup>1</sup> e as condições dela advindas também possibilitaram e facilitaram a expansão da criminalidade a níveis transnacionais.

Constitui uma das características das organizações criminosas o interesse e a busca desenfreada pelo lucro. Uma campanha lançada pelo United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) em julho de 2012 (UNITED NATIONS, [2012]), que objetivou a conscientização para o alcance e os custos do crime organizado transnacional, estimou que, além de ser uma ameaça para a paz, a segurança humana e a prosperidade, os custos econômicos e sociais de dito problema internacional são imensos - seus lucros são estimados em 870 bilhões de dólares ao ano. O estudo apontou que há uma estimativa que estes valores sejam equivalentes a 1,5% do PIB mundial ou a 7% das exportações mundiais de mercadorias.

Esse formato de atividade criminosa, estruturada, com dimensões extraterritoriais e tendo o lucro como escopo, passou a ser encarado

---

<sup>1</sup> Mario Murteira define globalização como “o processo que tem conduzido ao condicionamento crescente das políticas econômicas nacionais pela esfera mega econômica, ao mesmo tempo que se adensam as relações de interdependência, dominação e dependência entre os actores transnacionais e nacionais, incluindo os próprios governos nacionais que procuram por em prática as suas estratégias no mercado global”. (MURTEIRA, 2003, p. 54).

como ameaça às sociedades, que demandaram estratégia verdadeiramente mundial para enfrentá-la, ante a ineficácia do modelo de repressão criminal até então vigente.

Nessa nova realidade mundial, os instrumentos penais e processuais penais clássicos são insuficientes para reprimir as formas de criminalidade estruturada. Registre-se que essa classe de crimes possui um claro perfil econômico e está ligada, intimamente, à obtenção de grandes lucros pelos seus autores<sup>2</sup>. A pena de prisão mostra-se, por si só, insuficiente para coibir outras práticas criminosas e ineficaz para desarticular tais estruturas. Há que se alcançar também o sufocamento econômico dessas organizações. Se não, de posse de seus bens e valores angariados com as atividades ilícitas, as organizações se reestruturam, corrompem agentes públicos e reinvestem o dinheiro que não foi perdido<sup>3</sup>.

O adequado desenvolvimento de um sistema para investigar e apreender tais valores atua como óbice ao investimento de ganhos ilegais no cometimento de novos crimes, reprimindo a retroalimentação das organizações criminosas. É nesse sentido que Euclides Dâmaso Simões e José Luis F. Trindade, ao analisar a perda ampliada e a *actio in rem* do Direito Português, fazem referência aos “remédios fortes para patologias graves” (SIMÕES; TRINDADE, [2014], p. 1) que devem ser aplicáveis a esse tipo de criminalidade.

Observa-se, então, o surgimento de uma nova política criminal mundial focada na privação dos ganhos decorrentes das atividades ilícitas (MORO, 2010, p. 16). Nessa nova política criminal, de alcance internacional, medidas como o confisco de bens, a criminalização da lavagem de dinheiro e a cooperação internacional são componentes essenciais.

Na observação de João Conde Correia, “a luta contra a criminalidade é, cada vez mais, um problema internacional e exige ‘o

<sup>2</sup> Para Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade, “uma das características principais da criminalidade actual, especialmente da criminalidade organizada, é a da sua vocação para gerar elevados proventos económicos. As organizações criminosas, pelo menos aquelas de que trata a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”) tem o lucro por escopo: “Por grupo criminoso organizado deverá entender-se um grupo estruturado de três ou mais pessoas que existe durante certo tempo e actue concertadamente com o propósito de cometer um ou mais crimes graves ou crimes tipificados nos termos da presente convenção com vista a obter, directa ou indirectamente, um benefício de ordem material“ [art. 2º, a).” (SIMÕES; TRINDADE, [2014], p. 1)

<sup>3</sup> Conforme observado por João Conde Correia, é “só dessa forma, através da sua asfixia económica, será possível lutar contra certos tipos de criminalidade grave, impedir que eles fortifiquem, reinvestam os seus lucros, que diversifiquem as suas operações e atividades ilícitas, colocando em perigo a própria sobrevivência do Estado do direito.” (CORREIA, 2012, p. 22).

emprego de métodos modernos e eficazes a nível internacional’, consistindo um deles em privar o delinquente dos produtos do crime” (CORREIA, 2012, p. 25). Isso por que

[...] o dinheiro, ainda que proveniente de fonte ilícita gera poder. Esse poder poderá ser utilizado como mecanismo de influência junto das instituições, tornando a acumulação de capital em mãos criminosas num perigo larvar, com potencialidade para minar as estruturas basilares do nosso Estado de Direito e ainda financiar crimes como tráfico de pessoas ou de estupefacientes. (RODRIGUES, 2013, p. 96)

Busca-se, desta forma, inverter a tendência mundial do direito penal, que focava a reação punitiva quase que exclusivamente sobre a pena corporal e relegava a segundo plano a perda ou confisco dos instrumentos utilizados para a prática do crime bem como dos bens ou produtos gerados pela atividade criminosa.

No cenário mundial, as formas de contenção do crime organizado ganharam espaço na pauta internacional e diversos organismos se debruçaram sobre o tema. Por conseguinte, vários diplomas tendo como pano de fundo essa temática foram assinados por inúmeros países.

Tais instrumentos reforçam a importância da adoção de medidas concretas para o combate eficaz às organizações criminosas, à corrupção e à lavagem de dinheiro, posto que tais delitos têm, muitas vezes, alcance transnacional. Em diversos desses diplomas é reforçada a ideia de que a contenção das organizações criminosas passa, necessariamente, pelo congelamento de seus ativos financeiros e não mais tão somente pela prisão de seus componentes.

Já nesse sentido, a ‘Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas’, mais conhecida como Convenção de Viena, de 1988, promulgada em 1991, prevê que os países signatários deverão adotar medidas necessárias para incluírem em suas legislações não somente o confisco de bens, matérias e instrumentos destinados à prática do crime (o que já era previsto no ordenamento pátrio pelo Código Penal), mas também o confisco preventivo aplicável ao produto do crime quando este houver sido misturado com bens adquiridos de fontes lícitas. Prevê também que cada parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco.

Outro diploma de destaque é a Convenção de Estrasburgo de 1990, elaborada pelo Conselho da Europa, que versou sobre lavagem de dinheiro, seguimento, embargo e confisco dos produtos do crime. Os signatários comprometeram-se a criminalizar a lavagem de dinheiro e a estabelecer medidas legais de embargo e de confisco. Também trouxe algumas novidades, como a sugestão de ampliação de crimes antecedentes à lavagem a outros crimes que geram proveito econômico, afastando a exclusividade do narcotráfico disposta na Convenção de Viena.

Mais uma vez, outra convenção demonstra atenção em relação à questão dos bens ilícitos, qual seja a Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transacional, também conhecida como “Convenção de Palermo – 2000”, marco internacional no combate ao Crime Organizado, que entrou em vigor no Brasil em 2004. Prevê que os estados signatários devem adotar medidas para implementação do confisco de bens e produtos relacionados ao crime organizado.

Por fim, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida, trouxe importantes inovações quanto à questão do produto do crime ou equipamentos utilizados na sua prática. O Capítulo V da referida convenção é dedicado exclusivamente ao tema “Recuperação de Ativos”. Há artigos destinados à prevenção e detecção de transferências do produto do delito; medidas para recuperação direta de bens; mecanismos de recuperação de bens mediante a cooperação internacional para fins de confisco, dentre outros. Prevê, por fim, a necessidade de tornar crime o enriquecimento ilícito, o que será, quando de sua efetivação, um verdadeiro divisor de águas no combate à corrupção e à criminalidade organizada.

Diante dos diplomas internacionais acima elencados, percebe-se que a recuperação de ativos é medida tida como uníssona no espectro mundial como fundamental para o enfrentamento da criminalidade organizada e representa uma nova política de atuação recomendada fortemente aos países signatários de tais tratados e convenções.

Para se alcançar tal recuperação de ativos é imprescindível concentrar esforços em novas formas de investigação, que abranjam não apenas verificação quanto à materialidade e autoria de um crime, mas também quanto aos bens angariados com a infração e sua respectiva localização, para que sejam acautelados a tempo, desde que presentes os requisitos legais para tanto.

Esse novo enfoque trouxe, também, novos problemas, notadamente de aplicabilidade prática quanto à gestão dos bens acautelados. Nesse sentido, Ricardo Andrade Saadi e Diogo de Oliveira Machado pontuam, sobre os problemas decorrentes da apreensão de bens que “a medida, por óbvio, traz ônus ao Estado: se retira o patrimônio da esfera individual, assume para si a tarefa de administrá-lo.” (SAADI; MACHADO, 2017, p. 485-519).

Deste modo, essa nova política criminal deve, imperiosamente, vir acompanhada de discussões de caráter eminentemente prático sobre a gestão desses bens. A partir das inovações legislativas que miraram na privação dos proventos do crime, surgiram outras questões, relacionadas à administração desse patrimônio: o que fazer com tais bens? Como geri-los adequadamente? É possível a nomeação de um Administrador? Caso seja possível, pode ser ele pessoa jurídica? Como fixar sua remuneração? Teria ele que contratar um seguro para garantir a integridade do valor do bem? É esse administrador responsável pelos custos com a manutenção do bem? É responsável também pelo recolhimento dos impostos?

Caso não recaia o depósito em poder do próprio investigado, o que deve ser evitado, a responsabilidade pela manutenção e conservação dos bens acautelados passa a ser do Estado. Este, então, deve bem gerir este conjunto patrimonial, pois, assim, ao final da ação, caso o réu seja condenado, o valor angariado em leilão não sofrerá grande redução devido à depreciação, gerando maior benefício ao tesouro; e caso seja absolvido, tais bens poderão ser devolvidos em boas condições, em valor igual ou próximo do estado em que se encontravam quando da apreensão.

O Poder Judiciário assume essa nova responsabilidade e enfrenta inúmeras dificuldades na gestão dessa massa de bens. Atualmente observam-se depósitos, delegacias e pátios abarrotados, com condições inadequadas para armazenamento (SAADI, 2011, p. 14).

É um ônus novo para o Poder Judiciário, com o qual nunca precisou lidar até então. Sequer há parâmetros legislativos adequados para tais questões.

Vislumbra-se, pois, que vivemos um segundo momento nesse processo, no qual lacunas legislativas são escancaradas e precisam ser supridas com urgência.

Muitos debates estão em curso no país sobre essas questões postas, tais como o Projeto de Lei 2902/2011<sup>4</sup>, que reorganiza o capítulo

<sup>4</sup> Essa proposta de modificação legislativa, resultado do Estudo da Fundação Getúlio Vargas foi apresentada pelo Ministro da Justiça ao Congresso e recebeu o

das medidas assecuratórias e traz dispositivos sobre a administração de bens acautelados; o Projeto de Lei que institui a Ação Civil de Extinção de Domínio e possibilita a perda alargada, o Projeto Bidal<sup>5</sup>, bem como propostas para a criação de uma agência de administração de bens acautelados.

De todo o interesse, pois, o debate do tema, eis que esse ônus é novo para o Poder Judiciário e sua realidade estrutural, mas não pode ser relegado a segundo plano, sob pena de, em um futuro breve, o Estado se ver condenado a pagar indenizações por má gestão dos bens que decidiu acautelar.

Portanto, diante da importância crescente do tema, traremos à colação alguns modelos de gestão e destinação de bens apreendidos adotados por outros países. A descrição não terá a pretensão de apontar este ou aquele modelo como adequado, mas apenas de trazer à baila alguns parâmetros para reflexão a fim de ilustrar como outros países pretenderam dar solução - ou pelo menos encaminhamento - à questão dos bens apreendidos par que quicá, futuramente, possamos avançar na discussão de um protótipo para o modelo nacional de gestão, com as necessárias adaptações ao nosso sistema federativo, bem como às dimensões continentais do Brasil.

## 1 PORTUGAL E O PROJETO FENIX

Portugal, no que tange ao espectro legislativo, acompanhou os movimentos internacionais no sentido de focar na perda dos produtos e vantagens do crime como forma de repressão criminal mais eficiente. Nesses termos, editou, a título de exemplo, a Lei nº 5/2002, que instituiu a “perda ampliada” (CORREIA, 2012, p. 8-9).

Dados referentes à recuperação de ativos ainda permaneciam incipientes, o que foi constatado pelos relatórios de avaliação do GRECO e do GAFI sobre Portugal, nos quais foram tecidas críticas quanto à escassez de resultados. Com vistas a dar maior eficácia à recuperação de ativos, a

---

número PL 2902/2011, atualmente apensado ao PL 8045/2010 (Código de Processo Penal) (BRASIL, [2012]a).

<sup>5</sup> Ricardo Andrade Saadi e Diogo de Oliveira Machado (2017, p. 502) esclarecem que “o Projeto BIDAS constitui um programa de assistência técnica que sugere mecanismos de aprimoramento do sistema de identificação, localização e administração de ativos de origem ilícita sob o poder do Estado. O Projeto tem por escopo estabelecer normas de governança e transparência na gestão dos bens, para que sejam administrados de modo a alcançar efetividade produtiva, com diretrizes sobre pontos críticos para o sucesso, tanto do ponto de vista organizacional quanto do fundamento normativo-legal que sustentará uma administração responsável desses ativos.”

Procuradoria-Geral da República de Portugal se candidatou em 2009 ao “Projecto Fenix” (CORREIA, 2012, p. 9)<sup>6</sup>.

O “Projecto Fenix” teve como missão reforçar o sistema de reação penal sobre a perda ou confisco dos instrumentos e produtos do crime. A inversão da tendência de aplicação da sanção penal para o eixo de recuperação de ativos permitiu servir essencialmente a três objetivos (PORTUGAL, [2011]d):

(i) - de prevenção geral e especial, demonstrando que o “crime não compensa”, não rende benefícios;

(ii) – de evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novos crimes, propiciando, pelo contrário, a sua aplicação na indenização das vítimas e no apetrechamento das instituições de combate ao crime;

(iii) – de reduzir os riscos de concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de lucros ilícitos nas atividades empresariais.

O projeto se iniciou com o envio de um questionário às entidades e organismos ligados à problemática da gestão de bens, com o intuito de realizar um diagnóstico da situação então existente (MONTEIRO, 2010, p. 1).

Efetuada o diagnóstico, foram realizados workshops e reuniões de parceiros, com elaboração, ao final, dos seguintes produtos: um “Manual de Boas Práticas” para a realização de investigações financeiras, que permitam a apreensão e perda dos instrumentos e produtos das atividades criminosas, e para a conservação, venda ou outra destinação rentável dos mesmos; e um “Reportório de Canais Dedicados de Comunicação”, de entidades envolvidas no processo de recuperação de ativos, tendo em vista facilitarem a circulação célere de informação e a transmissão de pedidos de auxílio quer ao nível interno quer internacional (PORTUGAL, [2011] b; PORTUGAL, [2011]e).

Foram pontuadas, durante o projeto, as seguintes dificuldades práticas quanto à conservação e destino dos bens apreendidos (PORTUGAL, [2011]c):

- 6.1. Deterioração e desvalorização dos bens decorrente da morosidade excessiva entre a verificação dos factos e a decisão judicial de perda;
- 6.2. Condições deficientes de guarda e armazenamento de bens apreendidos;
- 6.3. Custos acrescidos para o Estado, na guarda e conservação de bens apreendidos,

---

<sup>6</sup> Segundo mencionado pelo autor, “foram parceiros nesse projecto a Polícia Judiciária e, no plano externo, a Fiscalía General, de Espanha, e o Gabinete de Recuperação de Activos (BOOM) dos Países Baixos.”

sem o respectivo retorno com a venda; 6.4. Pouca eficácia e fracos resultados na venda de bens declarados perdidos; 6.5. Reduzida utilização de bens apreendidos antes da decisão judicial transitada sobre o seu destino; 6.6. Insuficiente definição dos regimes legais relativos à conservação e destino dos bens apreendidos, com o consequente aumento de complexidade e de incerteza prática.

Como se depreende da leitura do Manual, Portugal e Brasil muito tinham em comum quanto à problemática relacionada à conservação e gestão dos bens apreendidos. Ambos os países se ressentiam de uma morosidade excessiva para as decisões judiciais, o que acaba por refletir em desvalorização dos bens apreendidos. Ambos também não possuíam condições adequadas de guarda e armazenamento dos bens, além de se constatar uma baixa eficácia no resultado final, quando à declaração de perdimento.

A realização de um diagnóstico em muito contribuiu para proporcionar uma mudança de paradigma, atentando-se para boas práticas na gestão desses bens, tanto no âmbito interno como no âmbito externo. Foi o que aconteceu com Portugal, que a partir dessa constatação pode melhorar o seu sistema.

O referido manual também pontuou exemplos de boas práticas. Ressaltou a importância de uma investigação financeira eficaz e rápida; a necessidade de aprofundar a cooperação internacional e a importância da instituição de um Gabinete de Recuperação de Ativos que centralizasse a investigação financeira e patrimonial pelo menos em relação a determinadas categorias de crimes, assim como a criação de um organismo autônomo destinado à guarda e administração de bens apreendidos e/ou perdidos em favor do Estado (PORTUGAL, [2011]c, p. 13).

Foi, esse, o primeiro passo para a criação do Gabinete de Recuperação e Gestão de Ativos de Portugal, instituído pela lei Lei n.º 45/2011, de 24 de junho (PORTUGAL, [2011]a). Pretendeu-se a estruturação de um gabinete com “estruturas multidisciplinares, leves e ágeis, vocacionadas para gerar receitas e não para consumir receitas”, na explicação de Euclides Dâmaso Simões, ao explicar a história da recuperação de ativos em Portugal (SIMÕES, 2014, p. 2).

A lei em comento estrutura o Gabinete de Administração de Bens da seguinte forma:

Artigo 10.º Administração de bens

1 - A administração dos bens apreendidos ou recuperados, no âmbito de processos nacionais ou de actos de cooperação judiciária internacional, é assegurada por um gabinete do Instituto de Gestão Financeira e de Infra-Estruturas da Justiça, I. P. (IGFIJ, I. P.), designado Gabinete de Administração de Bens (GAB).

2 - Compete ao conselho directivo do IGFIJ, I. P., a prática de todos os actos de administração e gestão do GAB.

3 - No exercício dos seus poderes de administração compete ao GAB:

a) Proteger, conservar e gerir os bens recuperados ou à guarda do Estado;

b) Determinar a venda, a afectação ao serviço público ou a destruição dos bens mencionados na alínea anterior, desde que salvaguardado o cumprimento da regulamentação comunitária aplicável;

c) Exercer as demais competências que lhe sejam legalmente atribuídas.

4 - O GAB exerce as suas funções no estrito respeito pelo princípio da transparência, visando a gestão racional e eficiente dos bens administrados e, se possível, o seu incremento patrimonial.

5 - O GAB procede ao exame, à descrição e ao registo da avaliação do bem para efeitos de fixação do valor de eventual indemnização.

6 - O GAB fornece ao GRA dados estatísticos para os efeitos do n.º 2 do artigo 3.º

Recentemente, em artigo publicado, Hélio Rigor Rodrigues (2013, p. 81) pontua que a “atenção que os Órgãos da Administração da Justiça portugueses dispensam à privação dos bens de origem criminosa é, ainda hoje, claramente insuficiente, mas reconhece o grande avanço após o desenvolvimento do ‘Projecto Fenix’, com a criação do Gabinete de Gestão de Ativos.” E o mesmo autor arremata (2013, p. 82):

Com a Lei 45/2011, de 24 de Junho, que criou o Gabinete de Recuperação de Activos, estas dificuldades fazem parte do passado. Portugal está agora dotado de um organismo altamente especializado, composto por uma equipa multidisciplinar, com competência para realizar investigações patrimoniais complexas. Esta Lei criou igualmente o Gabinete de Administração de Bens, que tem como tarefa conservar os bens apreendidos, garantindo assim dever de custódia que cabe ao Estado.

Interessante pontuar que, com esta construção legislativa, a natureza jurídica do GRA é a de um órgão de polícia criminal, com as inerentes prerrogativas e deveres. Nesse sentido, explica Hélio Rigor Rodrigues (2013, p. 87) que “garante-se, deste modo, que poderá executar os actos necessários e urgentes destinados a assegurar a efectividade de uma futura declaração de perda (...)”.

A relação do Gabinete de Recuperação de Ativos com o Ministério Público, no exercício da investigação patrimonial, é de dependência funcional, ou seja, agirá sob a direta orientação do Ministério Público, garantindo-se-lhe, no entanto, salvaguarda de sua autonomia técnica e tática (RODRIGUES, 2013, p. 88). Conforme disposto no art. 4o n.o 1 da Lei 45/2011, de 24 de Junho, o GRA procede à investigação financeira ou patrimonial por determinação do Ministério Público (PORTUGAL, [2011]a).

É deste órgão, pois, a competência exclusiva para realizar investigações patrimoniais ou financeiras.

Tal competência pode ser delegada. Neste passo, interessante observar que a Procuradoria-Geral da República de Portugal regulamentou a possibilidade de delegação da competência atribuída ao Procurador-Geral da República, de realizar investigação financeira ou patrimonial, ao pelo Gabinete de Recuperação de Ativos, tendo em consideração os critérios e as circunstâncias decorrentes de razões de operacionalidade, agilização, celeridade, proximidade e racionalidade, com o objetivo de se alcançar maior eficácia na investigação (PORTUGAL, 2013).

Para a intervenção do Gabinete de Recuperação de Ativos no âmbito da investigação patrimonial há uma dupla condição: que se trate de instrumentos, bens ou produtos relacionados com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos; e b) que o valor estimado de tais bens seja superior a 1000 unidades de conta, nos termos do art. 4.o n.o 1 da Lei 45/2011, de 24 de Junho (PORTUGAL, [2011]a).

Percebe-se, pois, que se trata de um órgão criado para efetuar investigações financeiras ou patrimoniais que tenham relação com crimes graves e que geram grandes benefícios econômicos aos seus autores. Essa limitação é adequada, pois permite que não haja a banalização do órgão atribuindo-lhe todo e qualquer tipo de investigação financeira, o que, por certo, criaria uma estrutura inchada, o que comprometeria sua eficácia.

O GRA, mesmo sendo um órgão novo, apresenta resultados positivos visíveis: em pouco mais de ano e meio, o ente já convocado

a realizar investigações financeiras e patrimoniais em 91 inquéritos, de todo o país, e a satisfazer 152 pedidos de Gabinetes homólogos de outros Estados, tendo apreendido ou arrestado bens no valor de cerca de 22,3 milhões de euros (SIMÕES, 2014, p. 2).

## 2 O MODELO ITALIANO DE GESTÃO DE BENS

A Itália instituiu, em 31 de março de 2010, a “Agenzia Nazionale per L’Amministrazione e La Destinazione Dei Beni Sequestrati e Confiscati Alla Criminalità Organizzata” (ANBSC). A sede da agência fica em Reggio Calabria, mas há escritórios regionais em Roma, Milão e Palermo (ANBSC, [2010]).

A Agência foi criada pelo Decreto-Lei 04 de fevereiro de 2010, no 4, posteriormente convertido em lei com modificações e faz parte do conjunto de leis anti-máfia. Segundo consta da exposição de motivos, a “agência foi criada diante da urgente necessidade de se prover a adequada administração e destinação de bens seqüestrados e confiscados do crime organizado, dando-lhes utilidade social” (ANBSC, [2010])<sup>7</sup>.

O foco principal do modelo italiano de gestão de bens é dar utilidade social aos bens confiscados do crime organizado.

Quanto ao procedimento, segundo Mendroni (2012, p. 272), há semelhanças entre os modelos italiano e norte-americano (civil forfeiture):

[...] há outras previsões legais a respeito do procedimento, administração e gestão do patrimônio sujeito a seqüestro e confisco que, pelos seus detalhes e pela sua especialidade, não convém serem expressamente referidos neste estudo. O procedimento patrimonial se assemelha, de qualquer forma, com características parecidas, segundo interpretamos, àquele da Ação Civil de Confisco (Civil Forfeiture) previsto e aplicado nos Estados Unidos da América.

A Agência possui personalidade jurídica de direito público e está sujeita à supervisão do Ministério do Interior. É dotada de autonomia administrativa e financeira (ITALIA, [2010]).

<sup>7</sup> IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA Visti gli articoli 77 e 87 della Costituzione; Ritenuta la straordinaria necessita' ed urgenza di provvedere all'amministrazione e alla destinazione dei beni sequestrati e confiscati determinate dall'eccezionale incremento delle procedure penali e di prevenzione relative al sequestro ed alla confisca di beni sottratti alla criminalita' organizzata, aggravate dall'eccezionale numero di beni gia' confiscati e non ancora destinati a finalita' istituzionali e di utilita' sociale.

É composta pelos seguintes órgãos (ITALIA, [2010]): Diretoria, Conselho Diretivo e Conselho Fiscal. O diretor detém mandato de quatro anos, renovável uma vez. É escolhido entre os prefeitos e nomeado pelo Presidente da República, sob proposta do Ministro do Interior após deliberação do Conselho de Ministros. O Conselho Diretivo é composto um representante do Ministério do Interior, um magistrado designado pelo Ministro da Justiça, um magistrado designado da Procuradoria nacional antimáfia e por um diretor da “Agência del demanio” (Decreto-legge, n. 4, Art. 2) (ITALIA, [2010]).

O principal objetivo da Agência é administrar e dar destino social aos bens apreendidos e confiscados da máfia, após a decisão final de perda. Também auxilia o administrador judicial, sob a direção do Judiciário, no sequestro de bens até a sentença de primeira instância, após a qual assume a gestão direta dos bens.

A criação da Agência representou uma tentativa de introduzir uma administração mais dinâmica dos bens apreendidos e superar as deficiências de metodologia do sistema até então vigente (legge n. 575 del 1965).

A Agência possui as seguintes atribuições, definidas no Decreto-legge 4 febbraio 2010, n. 4, Art. 1, 3 (ITALIA, [2010]):

- a compilação de dados sobre bens apreendidos e confiscados do crime organizado no curso de um processo judicial ou inquérito policial;
- levantamento de informações sobre o andamento dos processos de apreensão e confisco;
- aferição do estado das mercadorias apreendidas; decisão sobre uso dos bens apreendidos; programação das alienações e destinações de bens confiscados; análise dos dados levantados, bem como os problemas relacionados à destinação final;
- administração e custódia de bens sequestrados nos cursos de investigações criminais referentes a organizações mafiosas.
- adoção de iniciativas e medidas necessárias à atribuição oportuna e alienação de bens confiscados; dentre outras.

São três as categorias de bens confiscáveis: móveis, imóveis e empresas (beni mobili, beni immobili i beni aziendali) (ITALIA, [2010]).

Em 2012, a Agência geria 10.531 imóveis, 4.000 bens móveis e 1552 empresas (MNEWS, 2013). Os bens administrados pela Agência são classificados em: bens sob gestão (ainda não destinados definitivamente); bens destinados consignados (entregues definitivamente para uso

social); bens destinados não consignados (bens com destinatários já individualizados, mas ainda não entregues definitivamente); e bens que saíram da gestão da agência em razão de revogação do sequestro (CONFISCATI BENE, 2018).

Antes de se chegar a este formato de Agência, cumpre um breve histórico sobre o sistema de gestão de bens na Itália, para compreender sua evolução.

Nos idos dos anos 90, o domínio da máfia chegou a tal ponto que um sentimento generalizado de indignação brotou na sociedade civil. Surgiu, assim, a conscientização sobre a necessidade de se combater a máfia já a partir da escola, com educação, participação na vida comunitária e com a reafirmação da legalidade aos cidadãos. Nasceu daí a associação “Libera”, que tem como escopo envolver a sociedade civil na luta contra a máfia (LIBERA, 2011).

A associação “Libera” conseguiu colher assinaturas suficientes para apresentar um projeto de lei que permitiria a utilização de bens confiscados da máfia para serem utilizados para fins sociais. Mais de um milhão de cidadãos assinaram a petição e assim, a Legge n. 109 del 7 marzo 1996 foi aprovada, o que representou um marco no combate às máfias (LIBERA, 2011).

Referida lei não somente contribuiu e contribui para o desmantelamento da criminalidade no seu aspecto econômico, mas também possui um forte valor cultural, ético e educativo (CIOTTI; GIANNONE, 2012, p. 7)<sup>8</sup>.

Segundo Luigi Ciotti, Presidente nacional da “Libera”, “as cooperativas de trabalho que surgem em propriedades confiscadas são uma resposta sustentável à insustentabilidade da máfia” (CIOTTI; GIANNONE, 2012, p. 7). Ainda segundo ele (CIOTTI; GIANNONE, 2012, p. 7)<sup>9</sup>:

---

<sup>8</sup> “Un “Quaderno” che ci aiuta a capire l’importanza di una legge che non solo ha contribuito e contribuisce ad indebolire la criminalità nei suoi interessi economici, ma che ha anche un forte valore culturale, etico, educativo.”

<sup>9</sup> Em tradução nossa: São as boas práticas daquela Itália que trabalha de modo silencioso e sem alarde. Porque repleta de novas perspectivas, de esperanças, de responsabilidade, fundada em um compromisso verdadeiro, tenaz e concreto. São o exemplo mais evidente de um novo senso cívico, de um sentimento de identidade, de um senso de pertencer e de orgulho no seu próprio território, o que torna o “bem comum” patrimônio coletivo e comum. São comunidades que compram uma dimensão inovadora e se transformam em verdadeiro trabalho, serviço e acolhimento.

Sono le buone pratiche di quell' Italia che lavora in modo silenzioso e senza clamori. Perché fresca di prospettive, di speranze, di responsabilità, fondate su un impegno vero, tenace e concreto. Sono l'esempio più evidente di un nuovo senso civico, di un senso di identità, di appartenenza e di orgoglio per il proprio territorio, che diventa "bene comune" patrimonio collettivo e condiviso. Sono comunità che acquistano una dimensione innovativa e si trasformano in lavoro vero, servizi e accoglienza.

A lei que destinava bens confiscados para fins sociais, embora tenha representado um marco no combate às mafias, enfrentou algumas dificuldades de aplicação prática. Tais dificuldades se manifestaram tanto na necessidade de acelerar o processo de sequestro (CIOTTI; GIANNONE, 2012, p. 23)<sup>10</sup> como para monitorá-lo.

Dificuldades inúmeras foram identificadas neste processo: a demora natural do processo judicial, erros materiais cometidos pelo Cartório de Registro de Imóveis no momento das transcrições, imóveis encontrados ocupados por terceiros (contra quem deveriam ser promovidas ações de despejo), e casos de irregularidades insanáveis na construção, ou até mesmo imóveis construídos sem alvará. Dificuldades ainda maiores foram encontradas na gestão de empresas sequestradas, nas quais os problemas operacionais eram ainda maiores.

Nos casos de cooperativas iniciadas sobre bens confiscados da máfia, não foram raros os casos de tentativa de sabotagem por parte dos criminosos. Também nas cooperativas, constataram-se as dificuldades empresariais no início de suas atividades, pois o investimento é dirigido para um lucro futuro. Não havia ajuda adequada para o acesso a créditos por tais cooperativas. O que a cooperativa recebia era apenas o uso do bem, o que não é aceito pelos bancos como garantia de financiamento (CIOTTI; GIANNONE, 2012, p. 22-23).

Por essas razões, foi criado o primeiro observatório permanente de bens confiscados e o Ofício de Comissário Especial do Governo, que tinha como objetivo a gestão e destinação de bens confiscados (1999-2000).

Ao final de 2008, o Comissário Especial alertou para a necessidade de criação de uma agência para tal fim, com personalidade jurídica própria e com o escopo de assegurar uma rápida destinação social aos bens confiscados da máfia (CIOTTI; GIANNONE, 2012, p. 26).

---

<sup>10</sup> Para atender à finalidade da lei, o confisco final deveria ser alcançado em alguns meses, a fim de que o bem pudesse ter destinação social adequada e ser transformado em uma obra de valorização e destinação concreta.

A Agência foi instituída em 2010. No início dos trabalhos, em 2011, foi efetuado um estudo pela “Libera” denominado “Reprendiamoci il maltoto” (LIBERA, 2011), que revelou os problemas do sistema anterior.

Segundo o estudo referido, os números eram claros: Roma, com 383 ativos, era a sétima província na Itália com bens confiscados da máfia, incluindo imóveis e empresas. No entanto, com exceção de alguns casos isolados, deste patrimônio sabia-se pouco ou nada. Onde está o imobiliário, em que condições, se e como eles são realmente utilizados de acordo com as finalidades da lei, se esses bens eram ou não possivelmente disponíveis e como eles seriam destinados eram questões sem resposta.

Conforme o relatado pelo estudo, a pouca informação que existia revelava aspectos puramente estatísticos, quando, na verdade, cada um desses bens, por sua história, o seu lugar no tecido urbano, a sua reutilização social, poderia tornar-se uma oportunidade real para promover a cultura da legalidade democrática.

Foi essa falta de informações concretas que levou a “Libera” a efetuar o estudo em comento, tendo por finalidade realizar uma investigação e monitoramento sobre os bens confiscados e entregues na cidade de Roma e, em alguns municípios da província, que deveriam ter um reaproveitamento eficaz, social ou institucional, nos termos da lei 109/96.

As surpresas, infelizmente, foram muitas, conforme se extrai do relatório. Dele consta que, ao lado de atividades louváveis de gestão social desses ativos (em sua maior parte, pouco conhecidas e valorizadas), constatou-se, na verdade, a negligência no trato com as propriedades entregues ao executivo local; lojas e terras que eram ocupadas por empresas ou por depósitos privados e situações, no mínimo, duvidosas de imóveis formalmente destinados à habitação de emergência, sem o conhecimento até mesmo dos serviços sociais nos municípios em causa.

Consta ao final da introdução do estudo (LIBERA, 2011, p. 4):

Defeitos e falhas, para dizer o mínimo, que demonstram a urgente necessidade de verificação imediata das instituições em questão, para as quais são transferidas as informações coletadas. É inaceitável, de fato, que os bens subtraídos da máfia, através de um trabalho de investigação difícil e dispendioso e Judiciário não tenham, na verdade, retornado para a comunidade, como previsto pela lei 109/96. Não são, como já mencionados, casos isolados.

A Agência representou um avanço em relação ao sistema anterior, eis que adotou um modelo de cooperação interinstitucional e foi incumbida

de acompanhar todo o percurso do bem desde o momento do sequestro preventivo até sua destinação final.

O modelo adotado para a instituição da Agência Italiana foi único no país, como consta do artigo “La normativa di riferimento e la sua evoluzione” (CIOTTI; GIANNONE, 2012, p. 27):

Il decreto legge n. 4 del 4 febbraio 2010 risulta rivoluzionario per la sua portata perché istituisce la prima Agenzia “mista” del Paese: la nuova Agenzia per l’amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati non si configura solo come un tavolo di lavoro e concertazione regolato da norme specifiche, ma come un soggetto titolare di importanti decisioni politiche sulla destinazione e la gestione dei beni confiscati; proprio per questo motivo il legislatore prevede esplicitamente la presenza di magistrati e dirigenti di uffici governativi nel Consiglio direttivo. L’Agenzia, da questo punto di vista, costituisce un nuovo modello di cooperazione inter-istituzionale: per porre un freno alla criminalità organizzata occorre una convergenza di soggetti pubblici che abbiano una pluralità di letture rivolte verso un determinato contesto.

O modelo de gestão de bens através de uma Agência, com a participação da sociedade civil (Libera) tem apresentado resultados positivos.

O projeto “Libera Terra” foi lançado para fomentar cooperativas agrícolas em imóveis retirados do crime organizado. Tem como objetivo a produção de alimentos de alta qualidade, respeitando o meio ambiente e as pessoas que trabalham a terra (LIBERA, [201-]).

O cultivo dos alimentos é orgânico, e o objetivo do projeto é propor um sistema econômico virtuoso baseado na legalidade e na Justiça Social. Graças à Lei 109/96 foram criadas oportunidades de trabalho a inúmeros jovens, o que deu origem à produção orgânica, em quase mil hectares de terras, de macarrão, azeite, vinho, mel e outros alimentos.<sup>11</sup>

Interessante observar a preocupação italiana, tanto da lei que instituiu a Agência, como da sociedade civil, de transformar bens símbolo do poder criminal sob o manto da intocabilidade em patrimônio comum, destinado à coletividade para utilidade pública.

---

<sup>11</sup> Os produtos são vendidos na loja da Libera “I sapori della legalità”.

Tal modelo traz, de fato, uma importante carga formativa, de reafirmação de legalidade e com possibilidade de promover o resgate social.

### **3 O MODELO FRANCÊS DE GESTÃO DE BENS – A AGRASC**

Assim como no Brasil e em Portugal, a legislação francesa sobre apreensão e confisco de bens permaneceu sem modificações ao longo de muitos anos. A apreensão de bens durante o inquérito policial ou ação penal era possível apenas para assegurar a conservação de provas, tais como os objetos utilizados na prática da infração ou aqueles cujo porte constituía fato ilícito por si só.

Pouco a pouco, notadamente no início dos anos 90, o confisco de bens de origem criminosa passou a fazer parte da política criminal na França, notadamente em crimes relacionados à lavagem de valores e tráfico de drogas. No entanto, o confisco de bens não atingia outros tipos de crimes, o que acabou por gerar críticas de alguns organismos internacionais, como o GAFI (THONY; CAMOUS, 2013, p. 206).

Sob o Conselho da União Europeia foram operadas mudanças legislativas mais significativas, notadamente a partir de 2003, quando, então, a França passou a admitir o sequestro de bens de terroristas e, nos anos seguintes, leis esparsas foram promulgadas para permitir o sequestro e confisco de quaisquer bens de origem criminosa (THONY; CAMOUS, 2013, p. 207).

Para garantir a eficácia dessa nova política criminal, foram criados diversos organismos na França em nível operacional. Em 2002, uma circular interministerial criou o GIR (Groupe d'Intervention Régionaux). Composto por funcionários e oficiais da polícia judiciária, auditores fiscais, ele tinha por missão lutar contra a economia subterrânea gerada pelo tráfico. Assim, ao contrário da polícia judiciária tradicional, que focava sua atenção investigativa contra a autoria e materialidade do crime, o GIR focava sua atuação em investigações patrimoniais, realizadas simultaneamente às investigações tradicionais com o escopo de desarticular economicamente o crime organizado (THONY; CAMOUS, 2013, p. 216).

O sucesso desse grupo deu origem à criação, em 2005, da Plateforme d'Identification des Avoirs Criminels (PIAC). Trata-se de uma unidade especializada em nível nacional instituída no seio do Ofício Central de repressão à grande delinquência financeira. Sua principal missão é levantar informações sobre bens de grupos criminosos organizados,

a partir de demandas dos serviços de polícia, tanto em nível nacional como internacional.

O ponto de destaque nessa nova política criminal foi a criação, pela Lei 768, de 9 de julho de 2010 (FRANCE, [2010]), da Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués (AGRASC) (FRANCE, [2011]), que tem como objetivo facilitar a apreensão e o confisco de bens em matéria penal. É dirigida por um magistrado e dotada de um conselho de administração igualmente presidido por um magistrado, composto por mais 11 agentes provenientes dos Ministérios da Justiça, do Interior e da Fazenda.

Para melhorar o procedimento judicial de apreensões em matéria penal, a agência, além de seu papel de orientação geral dos magistrados, também tem como atribuições (FRANCE, [2011]):

- Garantir uma gestão centralizada, em conta única aberta especialmente para depositar todas as somas em dinheiro fruto de alienações antecipadas, enquanto se aguarda uma decisão judicial definitiva;
- Proceder à alienação antecipada de bens móveis, quando assim decidido pelos magistrados, desde que tais bens não constituam elementos de prova e que sejam suscetíveis a depreciação;
- Proceder à alienação ou destruição de veículos confiscados;
- Proceder ao registro do sequestro no cartório de registro de imóveis;
- Exercer a administração judicial de bens apreendidos e executar todos os atos necessários para a conservação ou recuperação de tais bens;
- Proceder à venda de bens confiscados e à repartição do produto nos termos dos pedidos de cooperação internacional. (tradução nossa)

Segundo a lei que criou a AGRASC, parte dos valores angariados com a venda dos bens sob sua gestão retornam à Agência, o que garante sua auto-sustentabilidade (CHARPENEL, [2012]).

Dados do relatório anual da AGRASC demonstraram que os resultados de 2013 foram extremamente positivos. Desde a criação, a Agência administrou mais de 57.000 bens apreendidos, avaliados em mais

de um bilhão de Euros. No total, 450 milhões de Euros são apreendidos por ano, o que representa cerca de 1,7 milhão por dia (FRANCE, [2011]).

Os resultados da Agência foram encorajadores (THONY; CAMOUS, 2013, p. 29):

Après 18 mois d'activité de cette agence, La valorisation des biens qui lui ont été confiés est estimée à environ 500 millions d'euros. Les sommes en numéraire versées sur le compte de l'AGRASC sont évaluées à elles seules à 150 millions d'euros. Son compte génère des flux estimés à 200.000 euros par jour. Elle a centralisé lors de sa première année d'existence plus de 13.000 biens saisis ou confisqués dans 8.000 affaires, dont 202 immeubles<sup>12</sup>.

Diante desse modelo bem-sucedido de Agência de gestão de bens, cogita-se, no Brasil, sobre a possibilidade de criação de um organismo nos mesmos moldes que a instituição francesa para a gestão de bens apreendidos (INVESTIDURA, 2013; CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017).

## CONCLUSÃO

O presente artigo teve por escopo apresentar alguns modelos internacionais sobre gestão e destinação de bens apreendidos em processos judiciais. No decorrer da análise, viu-se que a partir da década de 80, inúmeros países e organismos internacionais se debruçaram sobre uma atuação mais efetiva em relação à criminalidade organizada transacional, aos crimes econômicos e ao terrorismo. As formas tradicionais de repressão criminal, focadas apenas na pena corporal, foram claramente vistas como ineficientes, isso porque esse tipo de criminalidade está intimamente relacionado à obtenção de lucros por parte de seus autores. É inegável que o dinheiro gera poder – e com ele, as organizações criminosas, independentemente da prisão de seus componentes, se reorganizam, reinvestem valores, corrompem agentes públicos, passando a girar a ‘empresa do crime’ novamente, retroalimentando-se e garantindo sua perpetuação.

---

<sup>12</sup> Após 18 meses de atividade da agência, os ativos que foram confiados a sua administração foram estimados em cerca de 500 milhões de euros. Os valores que deram entrada em dinheiro na conta da AGRASC são avaliadas isoladamente em 150 milhões de euros. Sua conta gera fluxos estimados em 200.000 euros por dia. Ele centralizou em seu primeiro ano de existência, mais de 13.000 bens apreendidos ou confiscados em 8000 casos, incluindo 202 edifícios.

É somente com a asfixia financeira que se pode combater esse tipo de criminalidade. Nessa esteira, instrumentos como o confisco e a perda de bens adquirem nova roupagem e relevância.

Com uma maior aplicabilidade desses institutos, outrora relegados a segundo plano, surgem inúmeros problemas práticos relacionados à gestão desses bens, durante o período em que se encontram acautelados pelo poder judiciário e sob a responsabilidade estatal.

O juiz, que até então tinha apenas a responsabilidade de julgar e gerir sua enxuta estrutura administrativa judiciária, vê-se frente a frente com inúmeros problemas com os quais nunca tinha tomado contato, desafios estes relacionados à gestão dos bens cujo acautelamento determinou: são automóveis, imóveis, móveis, barcos, aeronaves, armas e muitas vezes, até empreendimentos comerciais que devem ser bem administrados pelo Estado, pois estão sob sua responsabilidade. Do contrário, o próprio Estado pode vir a responder, futuramente, por danos relacionados à má-gestão desses ativos.

Ao menos essas dificuldades não são exclusivas de nosso país. A comunidade internacional, como um todo, passou – e ainda passa – pelos mesmos tipos de problemas. Alguns países já desenharam uma solução para a questão há décadas. Registre-se, no entanto, que tais soluções estão em permanente aperfeiçoamento e evolução, já que não existe qualquer fórmula pronta para esse cabedal complexo de questões. Também no cenário nacional, discute-se sobre a melhor forma de gerir tais bens, no âmbito do “Projeto Bidal”.

O presente trabalho teve, portanto, como finalidade, descrever os modelos de gestão de bens de três países: Portugal, Itália e França. Não são preta, repise-se, soluções prontas para serem adotadas pelo Brasil. O escopo pretendido é tão somente trazer à baila experiências válidas que já sofreram seus reveses e estão em constante aperfeiçoamento. A Itália, exemplo, adotava um determinado modelo de gestão que perdurou desde idos de 1990 até 2010, quando se constatou que, na prática, muitos bens não alcançavam de fato a destinação social que a lei previa. Houve uma mudança de rumo, pois, para retomar o caminho de destinação adequada dos bens retirados da máfia com a criação de uma agência. Portugal, por outro lado, constituiu o Gabinete de Recuperação e Gestão de Ativos, que além de ter como finalidade a gestão de bens acautelados ainda possui poder de polícia criminal, com as inerentes prerrogativas e deveres, ainda realiza investigações patrimoniais ou financeiras de grande vulto. Por fim,

a França adotou o modelo de agência que se mostrou muito bem-sucedido. A agência fica com uma porcentagem do valor dos bens que são alienados, o que custeava sua manutenção. Logo nos primeiros anos de existência, já mostrou-se superavitária e autossuficiente.

Conclui-se, portanto, que independentemente do modelo que venha a ser adotado pelo Brasil quanto à gestão de bens, é de extrema relevância perscrutar como outros países deram encaminhamento às questões levantadas e aprender com seus erros e acertos, de modo e que possamos encontrar uma solução adequada para a gestão desses ativos financeiros.

## REFERÊNCIAS

ANBSC. **Agencia Naazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata**. Roma: [2010]. Disponível em: [http://www.benisequestraticonfiscati.it/Joomla/index.php?option=com\\_content&view=article&id=62&Itemid=57](http://www.benisequestraticonfiscati.it/Joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=57). Acesso em: 22 abr. 2018.

BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BALTAZAR JUNIOR, J. P.; MORO, S. F. (Org.). **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BLANCO CORDERO, I. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2009.

BLANCO CORDERO, I. **Sistemas de administración de bienes de América Latina y Guía para la administración de bienes incautados y decomisados del crimen organizado**. Washington: OEA Documentos Oficiales, 2011.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Novos padres internacionais de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação às recomendações do GAFI**. Brasília, DF: [201-]. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padres-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>. Acesso em: 04 dez. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Projeto de Pesquisa “Medidas Assecuratórias no Processo Penal”**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, [2012]a. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/12/25Pensando\\_Direito\\_relatorio.pdf](http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/12/25Pensando_Direito_relatorio.pdf). Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório final do Projeto de Pesquisa “Medidas Assecuratórias no Processo Penal”**. Brasília, DF: [2012] b. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/12/25Pensando\\_Direito\\_relatorio.pdf](http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/12/25Pensando_Direito_relatorio.pdf). Acesso em: 23 mar. 2018.

CAEIRO, P. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 454-501, jan./fev. 2013.

CHARPENEL, Y. **L´appréhension française de la confiscation des avoires criminels**. [s. l.]: IAACA, [2012]. Disponível em: <http://www.iaaca.org/documents/Presentation/TheFourthIAACASeminar/201207/P020120713487472959442.doc>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CICAD. Organization of American States. Proyecto Bidal. **Sistemas de Administración de Bienes de América Latina**. [S. l.]: [2017]. Disponível em: [http://cicad.oas.org/lavado\\_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Manual%20Bienes%20Decomisados%20-%20BIDAL.pdf](http://cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Manual%20Bienes%20Decomisados%20-%20BIDAL.pdf). Acesso em: 05 dez. 2017.

CIOTTI, L.; GIANNONE, T. **Dal bene confiscato al bene comune**. Roma: Ecca. Edizioni Del Credito Cooperativo, 2012. Disponível em: <http://www.creditocooperativo.it/archivio/322/84386.PDF> p. 13. Acesso em: 24 abr. 2018.

CONFISCATI BENE. Dataset. **Search**. Roma: Fondazione TIM, 2018. Disponível em: <http://www.confiscatibene.it/it/dataset/anbsc-beni-confiscati-regione/resource/c5b20417-d555-4f85-9ebb-9af093787d92#{view-graph: {graphOptions: {hooks: {processOffset: {}}, bindEvents: {}}}}>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Secretaria de Comunicação Social. **Trabalho de agência francesa de apreensão e confisco de bens é apresentado em seminário internacional.** Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 20 jun. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10400-trabalho-de-agencia-francesa-de-apreensao-e-confisco-de-bens-e-apresentado-em-seminario-internacional>. Acesso em: 23 ago. 2018.

CORREIA, J. C. **Da proibição do confisco à perda alargada.** Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012.

CORREIA, J. C.; RODRIGUES, H. R. Anotação ao Acórdão do TRG de 01-12-2014, processo 218/11.0GACBC.G1 (pedido de indenização e confisco). **Revista Julgar**, [s. l.], 2014. Disponível em: <http://julgar.pt/anotacao-ao-acordao-do-trg-de-01-12-2014-processo-21811-0gacbc-g1-pedido-de-indemnizacao-e-confisco/>. Acesso em: 21 abr. 2018.

DE CARLI, C. V. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso.** 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

FATF-GAFI. **Best practices on confiscation.** (Recommendations 4 and 38) and a Framework for Ongoing Work on Asset Recovery. [s. l.]: [201-]. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Best%20Practices%20on%20%20Confiscation%20and%20a%20Framework%20for%20Ongoing%20Work%20on%20Asset%20Recovery.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2017.

FATF-GAFI. **Mutual evaluation report.** Paris: 2010. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20full.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

FERRO, A. L. A. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais.** Curitiba: Juruá, 2009.

FRANCE. **Loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale.** Paris: Légifrance, [2010]. Disponível em: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022453925&categorieLien=id>. Acesso em: 01 maio 2018.

FRANCE. Ministère de la Justice. **Présentation de l'AGRASC.** Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués. Paris: Ministère de la Justice, [2011]. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/agrasc-12207/>. Acesso em: 03 dez. 2017.

INVESTIDURA. Ministro Arnaldo Esteves Lima debate com juízes medidas de aperfeiçoamento para as varas especializadas em lavagem de dinheiro. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis, 2 jul. 2013. Disponível em: [www.investidura.com.br/noticias/242-conselho-da-justica-federal/295628-ministro-arnaldo-esteves-lima-debate-com-juizes-medidas-de-aperfeicoamento-para-as-varas-especializadas-em-lavagem-de-dinheiro](http://www.investidura.com.br/noticias/242-conselho-da-justica-federal/295628-ministro-arnaldo-esteves-lima-debate-com-juizes-medidas-de-aperfeicoamento-para-as-varas-especializadas-em-lavagem-de-dinheiro). Acesso em: 2 maio 2020.

ITALIA. Decreto-Legge, 4 febbraio 2010. Istituzione dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, [2010]. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2010/02/04/010G0020/sg>. Acesso em: 23 abr. 2018.+

LEITE, L. **Medidas patrimoniais de urgência no processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

LIBERA. **Reprendiamoci il maltoto**: dalla confisca all’effettivo riutilizzo sociale dei beni confiscati alle mafie a Roma e Provincia. [s. l.]: 2011. Disponível em: <http://www.liberanet.org/beniconfiscati/Pubblicazioni/Pubblicazioni/Riprendiamoci%20il%20maltoto.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

LIBERA. **Libera Terra**. San Giuseppe Jato: Libera, [201-]. Disponível em: <https://www.liberaterra.it/it/>. Acesso em: 27 abr. 2018.

MACHADO, M. R. **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos**: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MENDRONI, M. B. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Atlas. 2012.

MNEWS. Reggio Calabria il convegno sulla. **MNews**, [S. n.], jun. 2013. Disponível em: <http://www.mnews.it/2013/06/reggio-calabria-il-convegno-sulla.html>. Acesso em: 24 abr. 2018.

MONTEIRO, F. P. Despacho Fenix. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 3 fev. 2010. Disponível em: <http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/anexos/despachos/despacho-fenix.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

MORO, S. F. **Lavagem de Dinheiro**. Saraiva. Curitiba, 2010.

MURTEIRA, M. **Globalização**. Lisboa: Ed. Quimera, 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Projeto BIDL Brasil. **Documento de resultados do diagnóstico situacional relacionado à investigação patrimonial, administração e destino de bens apreendidos e confiscados.** Brasília, DF: 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/projeto-bidal-brasil-1/arquivos-bidal/diagnostico-situacional-portugues.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Projeto BIDL Brasil. **Documento de Trabalho do Grupo de Trabalho Interinstitucional.** Brasília, DF: 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/projeto-bidal-brasil-1/arquivos-bidal/bidal-proposta-gti-final-1.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. Despacho nº 6922/2013. Procuradora: Joana Marques Vidal, 10 maio 2013. **Diário da República**, Lisboa, v. 2, n. 102, 28 maio 2013. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/2831977>. Acesso em: 21 abr. 2018.

PORTUGAL. **Lei n.º 45/2011, de 24 de junho.** Lisboa: [2011] a. Disponível em: <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei45-2011.html>. Acesso em: 21 abr. 2018.

PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. **Projecto fénix:** conclusão. Lisboa: [2011]b. Disponível em: <http://fenix.pgr.pt/activid-conclusao.htm>. Acesso em: 3 dez. 2018.

PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. **Projecto fénix:** manual de boas práticas. Lisboa: [2011]c. Disponível em [http://fenix.pgr.pt/documentos/FENIX%20produtos%20-%20FINAL\\_Outubro%202011.pdf](http://fenix.pgr.pt/documentos/FENIX%20produtos%20-%20FINAL_Outubro%202011.pdf) Acesso em: 21 abr. 2018.

PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. **Projecto fénix:** nota de enquadramento. Lisboa: [2011]d. Disponível em: <http://fenix.pgr.pt/documentos/Projecto%20FENIX%20-%20NOTA%20DE%20ENQUADRAMENTO.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. **Projecto fénix:** productos. Lisboa: [2011]e. Disponível em: <http://fenix.pgr.pt/activid-productos.html>. Acesso em: 21 abr. 2018.

PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. **Projecto fénix:** projecto. Lisboa: [2011]f. Disponível em: [http://www.pgr.pt/portugues/grupo\\_soltas/fenix/projecto.htm](http://www.pgr.pt/portugues/grupo_soltas/fenix/projecto.htm). Acesso em: 21 abr. 2018.

RODRIGUES, H. R. Gabinete de recuperação de activos: o que é, para que serve e como actua. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, n. 1, 2013.

SAADI, R. A.; MACHADO, D. O. Os valores da corrupção: administração de bens apreendidos e confiscados. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 2, p. 484-519, 2017.

SAADI, R. A. **Os bens apreendidos e sequestrados em procedimentos penais e o financiamento de atividades educacionais nos presídios**. 2011.193 f. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011. Disponível em: [http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Ricardo\\_Andrade\\_Saadi.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Ricardo_Andrade_Saadi.pdf). Acesso em: 7. ago. 2018.

SIMÕES, E. D.; TRINDADE, J. L. F. **Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem** [virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves]. *Julgar*, [S. n.], [2014]. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/pera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 16.fev.2018. p.1.

SIMÕES, E. D. Intervenção proferida na Ação de Formação Contínua do Centro de Estudos Judiciário (CEJ) sobre recuperação dos produtos do crime. **Polícia Judiciária**, Lisboa, p. 2, 4 jul. 2014. Disponível em: <http://fenix.pgr.pt/documentos/introducao-FENIX.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2018.

THONY, J. F.; CAMOUS, E. Gel, saisie et confiscation des avoirs criminels: les nouveaux outils de la loi française. **Revue internationale de droit pénal**, [S. n.], v. 84, n. 1, p. 205-216, 2013.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. **Organized Crime**. Geneva: [2012]. Disponível em: Disponível em: <http://www.unodc.org/toc/>. Acesso em: 18 mar. 2018.



# EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS Y LOS JUBILADOS

## THE TAX ON EARNINGS AND RETIREES

Ricardo Carlos Köhler\*

Alexandre Edson Bononi\*\*

**SUMARIO:** 1 Introducción y desarrollo. 2 Tesis Conclusiva. Referencias.

**RESUMEN:** El impuesto a las ganancias (ex a los réditos) tiene por objeto gravar a los ingresos (en sentido lato: rendimientos, rentas, beneficios o enriquecimientos), que generan las personas físicas o jurídicas que residen en el país. En la Argentina su incorporación al plexo normativo tributario se originó con la ley n° 20.628 del año 1973 y como reza el artículo primero de la norma, es un impuesto de naturaleza provisoria, a la luz de su consagración como un gravamen de emergencia. Este último – en estas latitudes – es habitualmente el sesgo que se le atribuye a los tributos cuando son creados, los que con el paso del tiempo se convierten en permanentes. Tibia y gradualmente la jurisprudencia ha entendido que se revela como un contrasentido que un jubilado (o aposentado), también deba abonar el tributo referenciado.

**Palabras-clave:** impuesto. ganancias. jubilados.

**ABSTRACT:** *The income tax (ex to income) is intended to tax income (broadly speaking: income, income, benefits or enrichments), generated by natural or legal persons residing in the country. In Argentina, its incorporation into the tax regulatory plexus originated with the law n° 20.628 of the year 1973 and as the first article of the norm reads, it is a provisional tax, in light of its consecration as an emergency tax. The latter – in these latitudes – is usually the bias that is attributed to the tributes when they are created, which over time become permanent. Tepidly and gradually the jurisprudence has understood that it is revealed as a contradiction that a retiree (or householder) must also pay the referenced tribute.*

**Keywords:** *tax. earnings. eetirees.*

---

\* Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Museo Social Argentino. Profesor del Doctorado en Derecho, Universidad de Ciencias Empresariales; Profesor del Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora; Profesor adjunto II en la Cátedra de Derechos Humanos, de la Facultad de Abogacía de la Universidad de Belgrano; Jefe de Trabajos Prácticos, Cátedra Principios Generales del Derecho Latinoamericano, del Ciclo Básico Común de la Universidad de Buenos Aires; Profesor Asociado, Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Abierta Interamericana, 2013; Profesor Asociado, Derecho Constitucional II, Universidad Abierta Interamericana.

\*\* Doctorando - UCES/Buenos Aires. Profesor en Facultad Superior de Derecho. Abogado.

Artigo recebido em 26/06/2019 e aceito em 26/06/2020.

**Como citar:** KÖHLER, Ricardo Carlos; BONONI, Alexandre Edson. El impuesto a las ganancias y los jubilados. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 23, n. 38, p. 159-166. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

## INTRODUCCIÓN Y DESARROLLO

La originariamente llamada ley de impuesto a los réditos, está próxima a cumplir medio siglo de emergencia, y goza de “muy buena salud”. Ello, pese a que nuestros hábiles políticos en sus discursos de barricada suelen atisbar a las masas con dulces palabras como: “¡Si ganamos, vamos a derogar el impuesto a las ganancias. El sueldo no es ganancia!” y demás alegatos oportunistas. Lo verdadero es que, cuando logran acceder al poder, precisan de esos ingentes recursos y nada de ello cumplen.

En consecuencia, al ciudadano que trabaja (y que a la postre se jubila), debe resignarse y en algunos y excepcionales casos, lograr una sentencia que recomponga el ideario de justicia.

Mayor es aún el incumplimiento del mandato preambular de afianzar la justicia, cuando quien es sometido al impuesto a las ganancias, es ese trabajador que jubilado (retirado, pensionado, aposentado en Brasil) debe continuar pagando ese gravamen, pese a que el hecho imponible: el trabajo personal, ya no se verifica, precisamente porque está en la etapa de pasivo (ya no es un trabajador activo). Reitero, no es ganancia lo que se percibe como haber jubilatorio en tanto no tenga su origen en el trabajo personal, periódico y permanente del sujeto pasivo, tal las características que emergen del propio artículo 2 de la ley referenciada (VILLEGAS, 1999, p. 543).

Esto demuestra la mayor inequidad del sistema que renuncia a gravar rentas reales, como la de los jueces, pretendiendo cargar las consecuencias de ese errado criterio de política tributaria, conculcando el principio de igualdad (SPISSO, 2015, p. 2).

Pues bien, esa casuística arribó a nosotros el 26 de marzo de 2019, a través del significativo fallo dictado por el Cíbero Tribunal en la causa (ARGENTINA, 2019b) y de manera más amplia, en dos causas, resueltas conjuntamente también por el Máximo Tribunal (ARGENTINA, 2019a), del 2 de julio de 2019, cuyos fundamentos remiten al primero de los procesos mencionados y sólo difiere en que concede el beneficio de la exención tributaria a retirados de las Fuerzas Armadas (militares retirados), quienes además, no padecen incapacidad alguna, por lo que abarcan a un universo absolutamente mayor de beneficiarios.

Cabe mencionar que hasta dicho pronunciamiento, la jurisprudencia pacífica en la materia, rechazaba estos planteos en aras a que el tributo no

tenía características de confiscatorio, vedada constitucionalmente (GELLI, 2004), así se sostenía inveteradamente que:

[...] para impugnar un tributo por los motivos esgrimidos en la demanda ha de demostrarse que, en el supuesto en concreto llevado ante la justicia – por las peculiaridades que éste pueda mostrar –, hay una violación al derecho de propiedad debido a que el gravamen adquiere ribetes que lo toman confiscatorio. (ARGENTINA, 2013).

En igual sentido, se ha expresado al respecto, que:

Este andamiaje teórico constituye un apartamiento del histórico criterio de la no confiscatoriedad: en este caso, la Corte enfatizó que no alcanza con la evaluación de la capacidad contributiva potencial del contribuyente, sino que deben considerarse otras variables fijadas en la Constitución para tutelar a quienes se encuentran en situaciones excepcionales. El problema radica en que la ley no previó un estudio de la vulnerabilidad de los jubilados a los efectos de incluirlos como contribuyentes. Simplemente se limitó a establecer la categoría, diferenciada de los trabajadores activos pero en sí misma homogénea. Así, no se distinguieron las situaciones de mayor o menor vulnerabilidad dentro de la masa de jubilados. De este modo, se tornó imposible su protección. (BRUSAU, 2019)

Al respecto, son varias las aristas que cuadra destacar del fallo (ARGENTINA, 2019b), entre ellas:

La instancia extraordinaria es aceptada por cuanto estarían en conflicto por un lado el art. 79 inciso c) de la ley 20628 y por el otro los arts. 14 bis, 16, 17, 31, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así como diversas convenciones internacionales. Asimismo, la cuestión federal a tratar es dilucidar si el art. 79 de la ley 20628 es válido constitucionalmente y por ende, no es irrazonable, arbitrario o inicuo, lo que en definitiva refiere al acto carente de fundamento. (ARGENTINA, 2019b)

Cuadra transcribir los preceptos más importantes precitados.

Ley 20628, Art. 79.- Constituyen ganancias de cuarta categoría las provenientes: c) De las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal y de los consejeros de las sociedades cooperativas [...]. (ARGENTINA, 1997)

Constitución Nacional. Artículo 14 bis [...] El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. (ARGENTINA, 1995a)

Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. (ARGENTINA, 1995a)

Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859. (ARGENTINA, 1995a)

Debemos mencionar que la ley de impuesto a las ganancias contempla cinco categorías de sujetos imposables, en la cuarta categoría, el inciso c) del referido art. 79 comprende al universo de jubilados, pensionados, retirados o cualquier otro subsidio que se percibe como origen el trabajo personal.

Además, aclara el considerando 7 del fallo los conceptos comprendidos en la norma tributaria:

7°) Que, en el caso de los beneficiarios de prestaciones de la seguridad social, comprensivo de los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados de cualquier especie siempre que su status se origine en el trabajo personal, el legislador ha asumido que se trata de un colectivo uniforme al que diferencia de otra categoría, la de trabajador activo, a la que aplica, a partir del dictado de la ley 27.346, una escala de deducciones

más gravosa. Tal proceder conlleva un reconocimiento de la distinta naturaleza de la renta sujeta a tributo, esto es el salario y la prestación previsional, otorgando mayor tutela a esta última. (ARGENTINA, 2019b)

Asimismo, en los considerandos subsiguientes hace hincapié en la igualdad ante la ley, la razonabilidad de las leyes, el derecho de propiedad (en cuanto se relaciona con la no confiscación de bienes) y la situación del universo de los jubilados como sujetos vulnerables que precisan de una mayor protección tanto los jubilados como los discapacitados, constituyendo la actora una persona con ambas categorías:

15) Que de lo anteriormente reseñado se desprende que, a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. Dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal. Es que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente “a cualquier precio”, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales” y “18) [...] Se advierte entonces que la estructura tipificada por el legislador (hecho imponible, deducciones, base imponible y alícuota) termina por subcategorizar mediante un criterio estrictamente patrimonial (fijando un mínimo no imponible) a un universo de contribuyentes que, de acuerdo a una realidad que la Constitución obliga a considerar, se presenta heterogéneo. (ARGENTINA, 2019b)

Además, cita como antecedente el fallo (ARGENTINA, 1995b), donde la Cámara Federal (el a quo) expresara que:

[...] contrario al principio constitucional de integralidad del haber previsional su reducción por vías impositivas y que, al abonar el impuesto a las ganancias durante la actividad laboral, existía una evidente doble imposición si se gravaba -con ese mismo tributo- el posterior haber previsional. Añadió que la naturaleza integral del beneficio fue reconocida por

la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia del 28 de febrero de 2003. (ARGENTINA, 1995b)

Finalmente, el Tribunal Címero apoyándose en el art. 75 inciso 23 de la Carta Magna y en numerosas normas internacionales exhorta al Congreso a dictar normas que adopten un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad (CAMPODÓNICO, 2019) por ancianidad o enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva.

## **TESIS CONCLUSIVA**

Deviene un soplo de aire fresco, que la casuística del Tribunal Címero, se pronuncie sin cortapisas entendiendo los razonamientos de estricta justicia que enmarcan y no convalidan un gravamen sobre quienes trasuntan un último paso en su derrotero existencial.

A mayor abundamiento, la persistencia del tributo sobre los pasivos aportantes en su etapa activa al régimen previsional, consagran una doble imposición inadmisibles.

La existencia de leyes injustas es un resabio del poder absoluto del príncipe; así inveteradamente a la manera de Creonte – en la tragedia de Antígona – sanciona leyes abusando de su poder omnímodo, y deben ser derogadas o al menos, declaradas inconstitucionales por el órgano judicial, como instancia revisora de las normas que carecen de razonabilidad. Por tal motivo, el fallo de la Corte Suprema merece un reconocimiento acorde a la valentía – en este caso – de quienes lo suscriben.

Para finalizar, es previsible en un futuro inmediato, la interposición de numerosos procesos por vía judicial, reclamando el reconocimiento de la exención tributaria aquí comentada.

## **REFERENCIAS**

ARGENTINA. CAF 65015/2016/1/RH1. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 2 jul. 2019a. Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=753328&cache=1591657949941>. Descargado: 22 jun. 2020.

ARGENTINA. **Constitucion de la Nación Argentina**. Ley nº 24.430, enero 3 de 1995a. Buenos Aires, 3 ene. 1995. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Descargado: 22 jun. 2020.

ARGENTINA. **Expediente D.248.XLVII**, CSJN 10/12/2013. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 10 dic. 2013. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/descarga-archivo?guid=rstuvwfa-llos-comp-uest-o13000202pdf&name=13000202.pdf>. Descargado: 22 jun. 2020.

ARGENTINA. **FPA 21005389/2013/CA1**. Camara Federal de Paraná, Paraná, 29 abr. 1995b. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/descarga-archivo?guid=rstuvwfa-llos-comp-uest-o15460001pdf&name=15460001.pdf>. Descargado: 22 jun. 2020.

ARGENTINA. **Expediente FPA 7789/2015/CSI-RH1**. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 26 mar. 2019b. Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7511573&cache=1591565005759>. Descargado: 22 jun. 2020.

ARGENTINA. **Ley de impuesto a las ganancias**. Buenos Aires, 6 ago. 1997. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/44911/texact.htm>. Descargado: 22 jun. 2020.

BRUSAU, Jeremías. La CSJN y el impuesto a las ganancias sobre jubilaciones. **Derecho Tributario**, Buenos Aires, 3 abr. 2019. Disponible en: <https://derechotributario.org/la-csjn-y-el-impuesto-a-las-ganancias-sobre-jubilaciones>. Descargado: 22 jun. 2020.

CAMPODÓNICO, Lucas. La Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad del cobro del impuesto a las ganancias a una jubilada. **Colegio de Abogados La Plata**, La Plata, 27 mar. 2019. Disponible en: <http://www.calp.org.ar/wp-content/uploads/Comentario-Fallo-ganancias-jubilados.pdf>. Descargado: 22 jun. 2020.

GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**. Comentada y concordada. Buenos Aires: La ley, 2004.

SPISSO, Rodolfo R. El ajuste por inflación en el impuesto a las ganancias y los quebrantos. **La Ley**, Buenos Aires, año LXXIX, n. 51, p. 1-4, 17 mar. 2015. Disponible en: [http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AKC\\_MH.-Convenio-regulador-en-el-divorcio.pdf](http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AKC_MH.-Convenio-regulador-en-el-divorcio.pdf). Descargado: 22 jun. 2020.

VILLEGAS, Héctor B. **Curso de Finanzas Derecho Financiero y Tributario.** Buenos Aires: Depalma, 1999.

# O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA NO CONTEXTO DA POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DO BRASIL: MEDIDAS ESTRATÉGICAS PARA O DESENVOLVIMENTO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

## *BOLSA FAMÍLIA PROGRAM IN THE CONTEXT OF THE SOCIAL ASSISTANCE PUBLIC POLICY IN BRAZIL: STRATEGIC MEASURES FOR THE INTEGRAL DEVELOPMENT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS*

André Viana Custódio\*

Rafael Bueno da Rosa Moreira\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Reflexões teóricas sobre políticas públicas. 3 O programa Bolsa Família como estratégia de inclusão social pertencente à política pública de assistência social no Brasil. 4 A importância do programa Bolsa Família para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes: análise teórica e de indicadores. 5 Conclusões. Referências

**RESUMO:** A delimitação do tema propõe o estudo sobre o papel do Programa Bolsa Família no desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, possibilitando a inclusão social, econômica e o acesso aos direitos de cidadania desde a infância. O objetivo geral da pesquisa é analisar o

<sup>1</sup> \* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) – SC, Brasil, com pós-doutorado em Direito pela Universidade de Sevilha – Espanha. Coordenador Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) – RS, Brasil; Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). E-mail: andreviana.sc@gmail.com.

<sup>2</sup> \*\* Doutorando em Direito com Bolsa Prosc Capes Modalidade II e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC) e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário da Região da Campanha – URCAMP/Bagé. Coordenador do Projeto de Extensão sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé – RS, do Projeto de Pesquisa sobre Violência Intrafamiliar contra Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes nos Países do Mercosul (GEDIHCA), vinculados ao Curso de Direito da URCAMP. E-mail: rafaelbmoreira2@yahoo.com.br. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Artigo recebido em 04/03/2019 e aceito em 18/09/2020.

**Como citar:** CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. O programa Bolsa Família no contexto da política pública de assistência social do Brasil: medidas estratégicas para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 167-195. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

Programa Bolsa Família como uma medida estratégica do Sistema Único de Assistência Social para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes. Os objetivos específicos são: analisar o Programa Bolsa Família, contextualizar políticas públicas e seus ciclos e verificar os impactos dos indicadores relacionados ao programa no desenvolvimento integral de crianças e adolescentes. O problema da presente pesquisa é: como o Programa Bolsa Família vem contribuindo para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes? Utilizaram-se técnicas de pesquisa bibliográfica e de estudo de caso factual, por meio de tabulação dos dados disponibilizados sobre indicadores brasileiros de políticas públicas. O método de abordagem escolhido é o dedutivo e o método de procedimento, o analítico. Com o desenvolvimento do artigo, constatou-se que o Programa Bolsa Família vem gerando a inclusão social de crianças e adolescentes, auxiliando na garantia de direitos humanos e fundamentais, sendo uma estratégia fundamental para o seu desenvolvimento integral, acesso a direitos e garantias, bem como para o enfrentamento do trabalho infantil e rompimento do ciclo intergeracional de pobreza mediante a distribuição condicionada de renda. O trabalho é uma abordagem original e que visa contribuir para estudos em torno do papel estratégico do Programa Bolsa Família como mecanismo de assistência social.

**Palavras-chave:** Adolescentes. Crianças. Programa Bolsa Família

**ABSTRACT:** *The delimitation of the theme proposes the study on the role of the Bolsa Familia Program in the integral development of children and adolescents. This program makes possible the social and economic inclusion and the access to the rights of citizenship since childhood. The main objective of this paper is to analyze the Bolsa Familia Program as a strategic measure of the Single System of Social Assistance for the integral development of children and adolescents. The specific objectives are to analyze the Bolsa Familia Program, to contextualize public policies and their cycles and to verify the impacts of the indicators related to this Program in the integral development of children and adolescents. The proposed problem of the present paper is how Bolsa Familia Program has contributed to the integral development of children and adolescents. We used bibliographic research techniques and factual case studies, by tabulating the data available on Brazilian public policy indicators. The method of approach applied is the deductive and the analytical procedure method. As a result, it was verified that the Bolsa Familia Program has been generating the social inclusion of children and adolescents and helping to guarantee human and fundamental rights, as a fundamental strategy for their integral development, for their access to rights and guarantees, as well as to combat child labor and to break the intergenerational poverty cycle through the conditional distribution of income. This paper is an original approach and aims to contribute to studies about the strategic role of the Bolsa Familia Program as a social assistance mechanism.*

**Keywords:** Adolescent; children. Bolsa Familia program

## INTRODUÇÃO

No Brasil, as desigualdades econômicas e sociais são fatores que geram diversos impactos no desenvolvimento da sociedade, o que tende a constante exploração das classes mais pobres. A exclusão social e a pobreza causam restrições a parte significativa da população nacional, gerando consequências negativas no desenvolvimento integral de crianças e adolescentes.

O Programa Bolsa Família busca estrategicamente possibilitar o enfrentamento da pobreza e da extrema pobreza por meio de ações de distribuição de renda a famílias que se encontram em situação de restrições

econômicas, mediante condicionalidades que devem ser cumpridas para que se faça jus ao benefício. Buscar-se-á, nesta pesquisa, contextualizar as políticas públicas e seus ciclos, analisar teoricamente o Programa Bolsa Família e verificar indicadores sobre o assunto.

Para a abordagem do tema serão debatidos o Programa Bolsa Família como estratégia de inclusão social pertencente à política pública de assistência social no Brasil, as análises teóricas em relação as políticas públicas, bem como a sua importância para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes no País.

Utilizou-se das técnicas de pesquisas bibliográfica, mediante a coleta de dados em livros e artigos científicos, e de estudo de caso factual, por meio de tabulação dos dados disponibilizados sobre indicadores brasileiros em torno de políticas públicas, sendo utilizado o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico.

## **1 O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA COMO ESTRATÉGIA DE INCLUSÃO SOCIAL PERTENCENTE À POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL**

O Programa Bolsa Família é executado no âmbito das políticas públicas de assistência social dos entes federados, mediante a atuação do Centro de Referência em Assistência Social, órgão vinculado ao Sistema Único de Assistência Social – SUAS. O Programa Bolsa Família é estratégico para a promoção de assistência social nas comunidades, mediante execução descentralizada na esfera municipal, respeitando as diretrizes estaduais e federais, sendo articulada a outras políticas públicas, em especial as de atendimento à saúde e à educação. O Programa Bolsa Família (PBF) foi oriundo do programa Fome Zero, sendo o principal programa que visava realizar o combate à pobreza no Brasil (CAMPELO, 2013, p. 27-28).

O Programa Bolsa Família faz parte da política pública de assistência social brasileira, tendo por objetivos a erradicação da fome, da extrema pobreza e da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais, proteção da infância, proteção da maternidade e garantia de direitos fundamentais à pessoa humana. Para cumprir com suas finalidades, o Programa Bolsa Família tem como estratégia a redistribuição de renda condicionada, ou seja, aquela que depende do cumprimento de requisitos por parte da família para o seu recebimento (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 19).

O Programa Bolsa Família busca cumprir com garantias previstas na Constituição Federal, possibilitando proporcionar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), e a garantia dos direitos sociais à assistência social, à saúde, à alimentação, à educação, a proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (art. 6º) (BRASIL, 1988).

O Programa Bolsa Família foi instituído no ano de 2004, por meio da lei n. 10.836, que foi regulamentada pelo Decreto n. 5.209/2004. O programa unificou programas anteriores que tinham por finalidade assegurar a assistência social por meio da distribuição de recursos, criando o Cadastro Único, que é o banco de dados que monitora as famílias que possuem o direito do recebimento da renda por parte do Estado, buscando destinar recursos financeiros, limitados a um determinado número de pessoas e valor, a famílias que se encontram em situação de pobreza e de extrema pobreza. Os objetivos traçados no artigo 4º do Decreto n. 5.209 são os seguintes:

Art. 4º – Os objetivos básicos do Programa Bolsa Família, em relação aos seus beneficiários, sem prejuízo de outros que venham a ser fixados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, são:

I – promover o acesso à rede de serviços públicos, em especial, de saúde, educação e assistência social;

II – combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional;

III – estimular a emancipação sustentada das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza;

IV – combater a pobreza; e

V – promover a intersetorialidade, a complementaridade e a sinergia das ações sociais do Poder Público (BRASIL, 2004a).

Os benefícios financeiros serão básicos ou variáveis e serão disponibilizados de acordo com as características de cada família beneficiária e limitados a um valor máximo. A Lei n. 10.836, de 9 de janeiro de 2004, trouxe a obrigatoriedade de condicionantes para a transferência de renda:

Art. 3º – A concessão dos benefícios dependerá do cumprimento, no que couber, de condicionalidades relativas ao exame pré-natal, ao acompanhamento nutricional, ao acompanhamento de saúde, à frequência escolar de 85% (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento

de ensino regular, sem prejuízo de outras previstas em regulamento (BRASIL, 2004b).

Portanto, o beneficiário da descentralização de renda terá que cumprir com as condicionalidades para o recebimento do benefício mensal. Por meio das condicionantes, exerce-se o acesso obrigatório aos direitos fundamentais à educação e à saúde de crianças e adolescentes, sendo controlada a frequência escolar, o que resultará em enfrentamento ao trabalho infantil, diminuição do analfabetismo, diminuição da evasão escolar, acesso educacional em geral, igualdade de oportunidades de educação, controle sanitário e epidemiológico, maior segurança alimentar, promoção da nutrição infantil, promoção e acompanhamento em relação à saúde em geral, promoção de assistência social, entre outros benefícios universais (BRASIL, 2004b).

Aqui, destaca-se o primeiro mito cultural, pois não condiz com o pensamento de senso comum reproduzido no imaginário social, sobre o Programa Bolsa Família, em que se expõe a informação incorreta de que as pessoas receberiam o benefício sem necessitar de nenhuma contrapartida, o que é inverídico devido à necessidade do cumprimento de condicionantes.

Em consequência, o Programa Bolsa Família garante o acesso a serviços públicos destinados à proteção dos direitos à saúde, à assistência social e à educação, o que possibilita o acompanhamento sanitário, nutricional e educacional, o combate à fome, promoção da segurança alimentar e nutricional e a matrícula e a frequência na escola dos membros das famílias beneficiárias pela política pública, com o objetivo de inclusão social, combate à pobreza (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 122-123).

Nesse contexto, pode-se afirmar que o Programa Bolsa Família busca realizar justiça social por meio da tentativa de redução das consideráveis desigualdades sociais históricas do país, que decorrem, principalmente, de má distribuição de renda e de outros fatores excludentes oriundos dos interesses econômicos das classes dominantes. Da situação de desigualdade social é gerada a exclusão social, trazendo consequências mais acentuadas durante o período da infância.

A desigualdade social é mais acentuada quando da ocorrência da dominação relacionada à exploração de mão de obra por aqueles que detêm o capital e pela multiplicação do modelo ideológico de produção dominante, o que gera mais riqueza para os detentores do capital econômico e manutenção das classes dominadas na situação em que se

encontram. Dessa forma, os desejos burgueses prevalecem sobre os desejos dos proletários, mantendo a situação de opressão de classes, de desigualdades econômicas extremas, o modelo de sociedade desejada pela classe burguesa, a imposição ideológica e a perpetuação do aumento de capital da classe dominante (MARX; ENGELS, 2003, p. 23-29).

A globalização possibilita a garantia dos interesses econômicos em âmbito mundial, mas não vêm proporcionando a universalização dos direitos humanos no mundo. Com a globalização, vem aumentando o número de pessoas exploradas pelo modelo capitalista, pois a competição é em nível universal e traz consequências das mais diversas, mantendo a situação de exclusão social e pobreza. A dominação econômica em âmbito mundial é o que buscam os detentores do capital, defendendo o capitalismo como sistema ideal. O incentivo ao consumo e a movimentação financeira passam a ser constantes, utilizando-se dos meios de comunicação para tal defesa como discurso único, mediante a padronização de condutas como as ideais e que mantêm a submissão de pessoas aos interesses econômicos. Essa lógica, em regra, dificulta que as pessoas das classes pobre e média almejem a evolução de suas condições sociais, tornando-as reféns de uma vida sem qualidade e de competição extrema, garantindo os interesses econômicos de maneira universalizante (SANTOS, 2001, p. 17-18).

Entre as consequências da globalização capitalista, destaca-se a ideia de competitividade cada vez mais agressiva, em que não há espaço para a compaixão, tendo, “[...] a todo custo, que vencer o outro, esmagando-o, para tomar seu lugar” (SANTOS, 2001, p. 46-55). A competitividade é uma constante na sociedade capitalista, sendo mais acentuada nos Estados onde há insignificante ou nenhum controle do mercado.

A pessoa desejada pelo modelo de produção capitalista globalizada é padronizada de acordo com os interesses sistêmicos. A padronização de pessoas em um modelo globalizado causa exclusão social aos sujeitos que não estejam de acordo com os desejos dos detentores do capital. Nesse sentido, as classes mais pobres e os grupos ou segmentos em situação de vulnerabilidade, nele inseridos as crianças e os adolescentes, são os que mais sofrem com as consequências da exclusão social, surgindo a necessidade de intervenção estatal por meio da criação de políticas públicas para enfrentar essa exclusão e a regulamentação do capitalismo, impondo limites.

A situação de exclusão social é caracterizada pela limitação e/ou restrição de direitos sociais próprios da condição de cidadão e pela privação econômica. O Estado necessita proporcionar os direitos

fundamentais sociais, que também são direitos humanos universais, para que se obtenha a condição de cidadania plena no Brasil. Tais direitos estão previstos no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, incluídos especialmente os direitos à saúde, educação, assistência social, alimentação, moradia, segurança, proteção à infância e a maternidade.

O sistema econômico capitalista globalizado, que prima pela competitividade, é um dos principais responsáveis pela situação de exclusão econômica e social, gerando falta de oportunidades para as classes mais pobres. O Brasil, historicamente, é um país que se caracteriza pela exclusão social. Com base nos dados do Banco Mundial, no fim dos anos 80 o Brasil foi considerado o segundo país com maior desigualdade social do mundo, perdendo tão somente para Serra Leoa. Naquela oportunidade, os 10% mais ricos ficavam com 49,6% da riqueza do país e os 50% mais pobres ficavam com 13,8% da riqueza (BRASIL, 2011, p. 12).

As amplas desigualdades sociais e econômicas do país foram se perpetuando no decorrer dos anos, o que manteve a propriedade e o capital nas mãos de poucas pessoas. Os interesses das elites políticas e econômicas do Brasil sempre foram garantidos, mantendo-se muitos dos benefícios decorrentes de um modelo de dominação. A desigualdade econômica no Brasil é tão extrema que se reflete na renda das famílias brasileiras. No ano de 2013, a soma da renda de todas as catorze milhões de pessoas que foram atendidas pelo Programa Bolsa Família no Brasil foi um décimo que o patrimônio das quinze famílias mais ricas do país. Enquanto o capital das quinze famílias mais ricas do Brasil se refere a 5% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, os estimados 24,5 bilhões de reais investidos pelo Programa Bolsa Família no atendimento de catorze milhões de famílias em 2013 significam 0,5% do Produto Interno Bruto do País (FORBES, [s.d.]). Ou seja, o Brasil é um país onde catorze milhões de famílias vivem, anualmente, com um décimo que o patrimônio das quinze famílias mais ricas, ou o equivalente a 10% do patrimônio dessas famílias, uma desigualdade social extrema que gera inúmeros reflexos excludentes, sendo um Estado de extremos (BRASIL, 2013).

Outro aspecto relevante é que, em geral, o valor investido no Programa Bolsa Família retornará à economia do país mediante a movimentação financeira em decorrência do consumo de gêneros, enquanto os lucros econômicos dos detentores do capital serão usufruídos tão somente por eles próprios ou permanecerão investidos gerando lucros individuais. Pode-se dizer, em se tratando de um segundo mito, que o Bolsa Família

não é um gasto governamental, e sim um investimento que traz benefícios para as famílias excluídas socialmente e para a economia do País.

A necessidade do Programa Bolsa Família é demonstrada mediante fatores que são cientificamente fundamentados, bem como em outras políticas públicas que visem à inclusão social das classes sociais que se encontram em situação de violação ou ameaça de direitos constitucionalmente assegurados.

## **2 REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS**

O conceito de “políticas públicas” vem sendo debatido por diversos teóricos, possuindo diversidade de posições em relação ao tema. É difícil de defender uma conceituação como a mais correta, pois existem concepções plurais que contribuem para os estudos que vêm sendo realizados sobre esse foco.

As políticas públicas têm por objetivo oferecer serviços, apoio, incentivos e benefícios que proporcionem resoluções para as demandas coletivas, mediante a execução interativa entre os atores que se relacionam no âmbito social:

Así, desde la perspectiva que postulamos, una política pública se definiría como una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos – cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían – a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo. Este conjunto de decisiones y acciones da lugar a actos formales, con un grado de obligatoriedad variable, tendentes a modificar la conducta de grupos sociales que, se supone, originaron el problema colectivo a resolver (grupos-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión (beneficiarios finales) (SUBIRATS et al, 2008, p. 38).

Partindo dessa perspectiva, as políticas públicas são um conjunto de ações executadas por distintos atores sociais com o intuito de solucionar uma demanda política necessária para a sociedade que é reconhecida como coletiva na agenda de governo. Com a chegada do problema social ao conhecimento do Poder Público é que se iniciam os debates e as práticas construtivas em relação a qualquer política pública (SUBIRATS; et al, 2008, p. 35-38).

Os aportes teóricos são importantes bases para a estruturação e organização das políticas públicas pelo Estado, o que otimiza a racionalidade e efetividade da execução, trazendo benefícios sociais (BUCCI, 2013, p. 37).

Política pública também pode ser definida como:

[...] o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2013, p. 38).

As políticas públicas resultam de processos regulados de forma jurídica visando à execução de demandas públicas de relevância social e que foi definida politicamente. A política pública tem como fito cumprir com as metas previamente definidas (BUCCI, 2013, p. 37-38).

A conceituação de política pública também é caracterizada por:

[...] um conjunto de decisões e ações desencadeadas por órgãos públicos e entes da sociedade, dotadas de coerência intencional, que, sob coordenação estatal, visam a enfrentar um problema político. Toda política pública é uma tentativa de intervenção na realidade social, seja de controle ou de mudança. A política é deflagrada com base na percepção de que uma situação indesejada requer intervenção dos poderes públicos. Origina-se, assim, um problema político. Uma parte dos problemas políticos são inseridos na agenda governamental, o que leva à formulação da política (diagnóstico do problema, análise de alternativas e decisão sobre as ações, os responsáveis e os recursos), à implementação e à avaliação (SCHMIDT, 2016, p. 01-02).

Os conceitos de políticas públicas demonstram que há a “[...] *necesidad de la presencia de una autoridad gubernamental para que podamos afirmar que estamos frente a una política pública*”. As atividades desenvolvidas pelas ações políticas públicas são um conjunto de atos,

decisões, resultados, símbolos, atores públicos, bem como de articulações entre diferentes serviços políticos (FERNANDEZ, 2006, p. 499).

As políticas públicas são administradas e coordenadas pelo Poder Público, sendo executadas por entidades vinculadas ao governo ou não governamentais com autorização pública, consistindo em ações destinadas à sociedade para a modificação de problemas inerentes à realidade social identificados pela agenda governamental, assegurando direitos previstos no ordenamento jurídico do Estado.

Sob o ponto de vista teórico-conceitual, é fundamental para o sucesso de uma política pública que ela esteja de acordo com alguns requisitos:

A multidisciplinariedade é uma das características mais significativas para abordagem sobre políticas públicas, sendo que suas reflexões teóricas exigem aportes da Sociologia, Ciências Políticas e Economia. Tais campos contribuem para as ações estratégicas governamentais para o desenvolvimento social (SOUZA, 2006, p. 25-26).

Após a criação da política pública, surgem os seus desdobramentos, a partir do seu planejamento para a execução com a realização de: “[...] planos, programas, projetos, bases de dados ou sistema de informação e pesquisas. Quando postas em ação, são implementadas, ficando daí submetidas a sistemas de acompanhamento e avaliação” (SOUZA, 2006, p. 26).

Os estudos sobre políticas públicas devem levar em conta o ponto de vista prático e o acadêmico. No ponto de vista prático, “[...] uma melhor compreensão do tema permite uma ação mais qualificada e mais potente, com maior impacto nas decisões atinentes às políticas”. Em relação ao ponto de vista acadêmico, o “[...] interesse pelos resultados das ações governamentais suscitou a necessidade de uma compreensão teórica dos fatores intervenientes e da dinâmica própria das políticas” (SCHMIDT, 2008, p. 2308).

Deve-se priorizar para que uma política pública não seja descontínua, o que ocasiona o abandono das diretrizes adotadas pela administração pública e a modificação de prioridades, por muitas vezes havendo contradição e distinção de ações políticas, que acarretam “[...] desperdício de energia política e de recursos financeiros” (SCHMIDT, 2008, p. 2312).

As fases do processo de desenvolvimento de políticas públicas estão divididas em cinco. A primeira é a da “*Identificación de los problema*

*públicos y su entrada en la agenda*”, identificando o problema e o caráter público para que ele possa fazer parte da agenda governamental. A segunda fase é a “*Formulación de alternativas*”, na qual serão analisadas as opções que poderão ser utilizadas para a resolução de um problema, verificando os custos e impactos que serão projetados mediante a utilização de dados técnicos. A terceira fase é a “*Toma de decisión*”, momento de debate sobre a temática para que se possa deliberar razoavelmente e de acordo com o interesse coletivo, escolhendo a alternativa mais adequada. A quarta fase é a de “*Implementación*”, em que se desenvolverá a política de forma eficiente, evitando desperdícios e gastos sem necessidade. E, por fim, ocorre a fase de “*Evaluación*”, que serve para a avaliação interdisciplinar, por meio de pesquisas que estabeleçam indicadores sobre o desenvolvimento das ações de políticas públicas (FERNANDEZ, 2006, p. 505-516).

As políticas públicas são os mecanismos para que o Estado proporcione soluções para os problemas sociais, dando retorno para a sociedade das contribuições decorrentes do pagamento de impostos, alíquotas, taxas e tarifas (SILVA; SOUZA-LIMA, 2010, p. 36).

A Constituição da República Federativa do Brasil é o alicerce para o desenvolvimento de políticas públicas, pois nenhum dispositivo nela previsto poderá ser preterido à vontade governamental, em decorrência de que, provavelmente, ocorrerão improbidades administrativas por violação de princípios fundamentais constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce constitucional nacional, também é a base de sustentação para o desenvolvimento de políticas públicas, não sendo permitido, ainda, qualquer decisão governamental em torno do assunto que ocasione o retrocesso social (BRASIL, 1988).

As inovações em relação às políticas públicas iniciaram com a promulgação, no ano de 1988, da Constituição da República Federativa do Brasil. Já nos municípios ocorre a execução de políticas públicas em decorrência da descentralização administrativa. Em decorrência da necessidade de padronização de condutas, destaca-se a “[...] necessidade de se preservarem políticas de coordenação em níveis mais abrangentes de governo, que minimizem desigualdades e garantam a busca de projetos regionais e de um projeto nacional” (FARAH, 2001, p. 122-132).

A descentralização decorre da necessidade de verificação das peculiaridades de cada local, devendo os entes municipais estarem articulados às demais esferas de governo, que estabelecerão diretrizes para

a atuação. Assim, “[...] a parceria interna ao próprio Estado parece estar ocorrendo sob duas formas: de um lado, através da articulação intersectorial”, decorrente da diversidade de entidades que executam políticas públicas, e de outro “[...] através da articulação intergovernamental, seja esta vertical (entre níveis distintos de governo), seja horizontal (entre governos de um mesmo nível)” (FARAH, 2001, p. 132-136).

A partir dos anos 80, intensificou-se a participação popular como sustentáculo para reformas sociais em relação à “[...] educação, saúde, habitação, assistência social e cultura”. Houve a inclusão de novos atores da sociedade civil e do setor privado na “[...] formulação, implementação e controle das políticas sociais no nível local assinala uma inflexão importante com relação ao padrão de ação do Estado no campo social no país” (FARAH, 2001, p. 137).

A participação política é definida como:

[...] cualquier acción de los ciudadanos dirigida a influir en el proceso político y en sus resultados. Estas acciones pueden orientarse a la elección de los cargos públicos a la formulación, elaboración y aplicación de políticas públicas que éstos llevan a cabo; o a la acción de otros actores políticos relevantes. La participación política requiere por tanto de un comportamiento observable llevado a cabo en un ámbito público o colectivo por parte de un ciudadano para poder ser considerada como tal (ANDUIZA; BOSCH, 2004, p. 26-27).

Os modelos mais modernos de democracia trouxeram responsabilidades aos cidadãos dos Estados, pois são eles que influenciam as decisões públicas e auxiliam nas relações sociais. O Estado deve proporcionar a existência de locais públicos que permitam aos cidadãos participar da interlocução, deliberação e execução da política pública, atendo-se para o respeito aos direitos humanos e fundamentais necessários para o desenvolvimento social comunitário (LEAL, 2006, p. 19-21;34).

Defende-se que a emancipação e a autonomia inerentes ao exercício da cidadania democrática por parte dos membros da comunidade são atributos fundamentais para boas práticas municipais de ações de políticas públicas. O afastamento da oportunidade de participação das demandas coletivas dos cidadãos em qualquer espaço decisório traz grandes probabilidades de que não seja respeitada a vontade geral, o que

acontece em prol da garantia dos interesses das elites políticas e econômicas dominantes que detêm o poder (LEAL, 2006, p. 26-28).

Para que se fortaleça a condição de cidadania, é imprescindível que haja alternativas, a partir das instituições públicas, de participação efetiva nos processos de decisão coletiva, devendo disponibilizar a informação organizadamente de forma pública. O contraditório deve ser respeitado para que se respeite a diversidade de opiniões nas deliberações públicas (BUCCI, 2013, p. 132-133).

Em qualquer espaço público institucional deliberativo, a pluralidade de opiniões tem de ser respeitada, proporcionando o direito à voz aos cidadãos de maneira a primar pelo debate de forma equiparada sobre os temas de relevância comunitária, observando a tolerância e aceitação para a divergência de opiniões. Entretanto, a participação discursiva não pode ser fictícia, ou seja, aquela destinada a realizar a observância dos trâmites legais (LEAL, 2006, p. 41;51).

A democracia só é capaz de responder às demandas sociais quando dotada de robustos meios de participação dos cidadãos nas decisões públicas. O instituto da representação é indispensável às democracias de massa, mas o voto é apenas um elemento da democracia [...] (SCHMIDT, 2016, p. 17-18).

A aproximação entre a sociedade e o Estado, no que tange ao desenvolvimento social municipal, decorre do incentivo ao poder local, mediante a proposição de sistemas mais democráticos e participativos, cujo cidadão seja o protagonista na deliberação sobre o desenvolvimento de políticas públicas na comunidade, pela atuação em que se apossa “[...] dos espaços públicos, não apenas de decisão política, mas de fiscalização e concreção das tarefas do Estado [...]”, possibilitando “[...] revitalizar o poder local, explorando suas potencialidades captando o capital social e humano por meio das políticas públicas” (HERMANY; DUPONT, 2014, p. 03).

O atual ordenamento jurídico nacional estabeleceu ao cidadão responsabilidades de protagonista em relação ao desenvolvimento social. Para tanto, faz-se necessário o seu empoderamento para participação das decisões, estabelecendo a democratização dos espaços decisórios e a legitimação das decisões a partir da participação efetiva cidadã (HERMANY, 2007, p. 54-56).

### **3 A IMPORTÂNCIA DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA PARA O DESENVOLVIMENTO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ANÁLISE TEÓRICA E DE INDICADORES**

A partir da década de 90, o Brasil iniciou a consolidação de um ordenamento jurídico protetivo aos Direitos da Criança e do Adolescente, adotando a base teórica da proteção integral, que foi desenvolvida por normas nacionais e internacionais, de caráter constitucional e infraconstitucional. No âmbito internacional, a teoria foi construída, principalmente, com a influência da Convenção sobre Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas e das Convenções 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho, que disciplinam, respectivamente, sobre a idade mínima para se iniciar a trabalhar e sobre o enfrentamento e erradicação imediata das piores formas de trabalho infantil. Já no âmbito brasileiro, a teoria se baseou na Constituição da República Federativa do Brasil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018).

A principal base da teoria da proteção integral foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois ela inovou na garantia de proteção em relação ao direito da criança e do adolescente, substituindo uma doutrina que já havia cumprido com seus objetivos. A teoria da proteção integral trouxe marcos jurídicos e políticos, sendo construída de forma democrática no período da última Assembleia Constituinte e tendo a participação de movimentos sociais. A teoria da proteção integral alicerçou um conjunto de direitos fundamentais, de princípios e de regras na norma constitucional, assegurando um novo modelo jurídico-protetivo com embasamento interdisciplinar, transformando em sujeito de direitos e garantias a universalidade de crianças e adolescentes do Brasil (CUSTÓDIO, 2008, p. 12).

O artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil disciplinou a teoria da proteção integral, trazendo consigo um conjunto de princípios e direitos fundamentais, entre os quais o princípio da proteção integral, que buscou assegurar um conjunto de direitos para garantir o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes; o princípio da prioridade absoluta, que garante prioridade ao atendimento de crianças e adolescentes em relação a outros sujeitos; o princípio da tríplex responsabilidade compartilhada, que gera o dever a família, a sociedade e ao Estado, de proteger aos direitos da criança e do adolescente, com prioridade absoluta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, também assegurou, no *caput* do artigo 1º, a proteção integral da criança e do adolescente: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990). Em razão disso, o desenvolvimento da proteção integral se destaca pela obrigatoriedade de que sejam priorizadas, pelos governos, a execução de políticas públicas visando que haja a concretização de direitos e garantias (VERONESE; SILVEIRA, 2017, p. 129-130).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu “Título II”, estabelece individualmente os direitos fundamentais que se encontram disciplinados nos artigos 227 da Constituição da República Federativa do Brasil e no 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. O Estado brasileiro possui a obrigação de garantia aos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes. Para tanto, deverá executar políticas públicas que disponibilizem direitos aos cidadãos:

Todos os indivíduos são dotados de Direitos Humanos, e todos os Estados estão obrigados em garantir que sua população usufrua destes Direitos. Por sua vez, cada Direito Humano tem a favor de si específicas obrigações por parte dos Estados e mesmo por parte dos indivíduos entre si; ocorre que, para as pessoas efetivamente usufruírem de seus Direitos Fundamentais, o Estado precisa cuidar para que haja condições favoráveis para tanto, assim é que se diz que os Estados precisam respeitar, proteger e fazer cumprir todos estes Direitos (LEAL, 2013, p. 96).

O Programa Bolsa Família é uma das estratégias do Estado para possibilitar a garantia de direitos fundamentais a crianças e adolescentes, sendo desenvolvido por intermédio da articulação entre as políticas públicas de assistência social, saúde e educação. O Programa Bolsa Família vem possibilitando a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, entre outros direitos que poderiam ser violados com a não descentralização de renda para a garantia de condições mínimas de subsistência (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015).

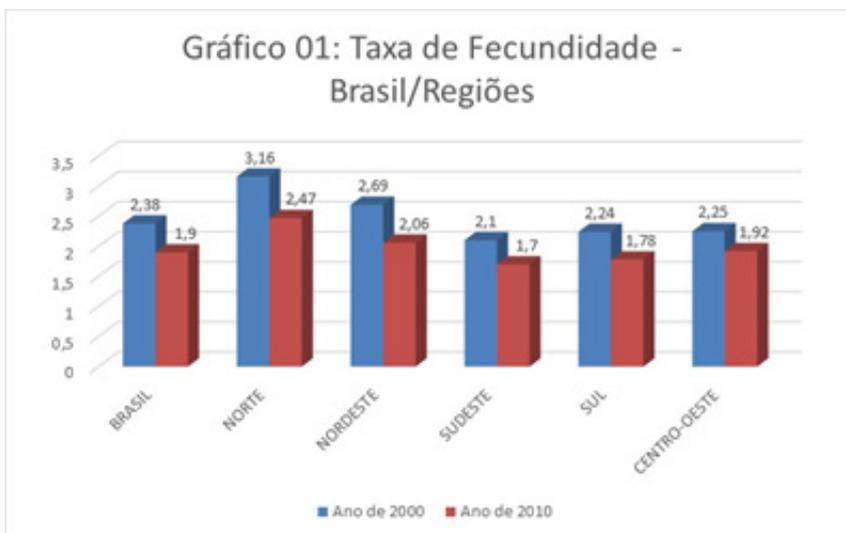
Os principais indicadores posteriores a instituição do Programa Bolsa Família vêm demonstrando aspectos positivos relacionados à sua instituição e ao seu desenvolvimento. Também, pode-se verificar que o Programa Bolsa Família está sendo executado de acordo com os aportes teóricos relacionados à construção de uma política pública, sendo estudado,

revisado e aperfeiçoado constantemente nos ambientes acadêmicos e políticos (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015).

A utilização de indicadores é fundamental para a análise sobre o desenvolvimento de políticas públicas, possibilitando um melhor acompanhamento e definindo as direções a serem tomadas e as readequações necessárias. Os indicadores são utilizados para “[...] controlar e melhorar os resultados”, sendo “[...] ligados às características de qualidade e de desempenho”. Em matéria quantitativa, os indicadores poderão “[...] afetar e inspirar mudanças de comportamento de um sistema inteiro, por meio de sua presença ou ausência, sua exatidão, seu uso ou não etc.”. Assim, os indicadores são verificados de forma criteriosa e de acordo com a finalidade que se pretende alcançar, por exemplo, a identificação do melhor indicador para uma categoria e como interpretá-lo (SILVA; SOUZA-LIMA, 2010, p. 57-59).

O primeiro indicador brasileiro aqui analisado tem por finalidade combater o terceiro mito em torno do Programa Bolsa Família, que é de que as pessoas estão concebendo filhos para receber o benefício. O indicador da taxa de fecundidade brasileira, com base nos dados estatísticos oficiais nacionais, demonstra que o índice de fecundidade do país vem diminuindo ano após ano. A taxa que foi de 6,16 filhos concebidos por mulher até o final do ano de 1940 foi para 1,90 filhos por mulher no ano de 2010, diminuição de 69,2%. Em relação ao lapso de tempo no qual foi executado o Programa Bolsa Família, a média decresceu relativamente, passado de 2,38 filhos por mulher em 2000 para 1,90 filhos por mulher em 2010. Em todas as regiões do país houve a mesma tendência de diminuição da taxa de fecundidade, mesmo as regiões que possuem menores índices de desenvolvimento humano (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012, p. 18-19).

Portanto, verifica-se que a afirmação de que as pessoas estão tendo mais filhos para poder receber o benefício assistencial é inverídica, pois foi constatado que, após a instituição do Programa Bolsa Família, a taxa de fecundidade vem diminuindo, sendo desmistificada pelos indicadores em relação ao tema. E, ainda, as evidências científicas demonstram que nem nas famílias mais pobres do Brasil, as taxas de fecundidade estejam aumentando (PAIVA; FALCÃO; BARTHOLO, 2013, p. 43).



FONTE: IBGE/Censo Demográfico 2010-Resultados Gerais da Amostra

Faz-se necessário salientar, também, que o valor do benefício não será infinito, havendo limites a um número máximo de filhos, não havendo recebimento de valores extras quando ultrapassar o número máximo de cinco benefícios por família. Este pode ser denominado como quarto mito, pois há limitações em relação ao número de filhos para o recebimento do benefício. É importante destacar que o valor recebido por filho é ínfimo, o que indica que pessoas não tendem a conceber filhos em razão do valor proporcionado, que serve tão somente para amenizar as condições de extrema pobreza.

Em relação a taxa de analfabetismo do Brasil, após a instituição do Programa Bolsa Família, ela permaneceu decrescente. Deve-se frisar que a diminuição do analfabetismo se deu de forma mais tímida após a instituição do Programa, levando-se em conta análises anuais, sendo que as quedas mais acentuadas foram anteriores a sua criação, mas se faz necessário destacar que as análises eram decenais. A obrigatoriedade da frequência escolar traz contribuições para diminuição dos índices de analfabetismo em razão da obrigatoriedade da permanência na escola no Brasil nos anos posteriores a instituição do Programa Bolsa Família, observando-se continuidade da diminuição do indicador de analfabetismo, que afeta, principalmente, as classes sociais mais pobres (TODOS PELA EDUCAÇÃO, [s.d.]).



FONTE: IBGE/Os censos demográficos do Brasil e o censo de 2010; IBGE/ INEP/ DTDIE/Todos pela educação

As taxas de abandono da escola também se encontram em uma linha decrescente, pois a evasão escolar vem diminuindo em todas as séries (TODOS PELA EDUCAÇÃO, [s.d.]).



FONTE: IBGE/INEP/ DTDIE/Todos pela educação

Constata-se que no Brasil as taxas de abandono escolar de crianças e adolescentes vem diminuindo, principalmente quando se trata do ensino fundamental, em que as crianças e os adolescentes não possuem idade suficiente para o exercício do trabalho. A evasão escolar vem passando por uma diminuição considerável, fator que possui mais relevância nas classes mais pobres, pois são nelas que estão as crianças e adolescentes exploradas pelas atividades de trabalho infantil. O controle da frequência escolar para o recebimento da contraprestação financeira por parte da família é um dos fatores que vem auxiliando na prevenção a exploração do trabalho infantil (TODOS PELA EDUCAÇÃO, [s.d.]).

O Programa Bolsa Família vem tendo um grande potencial de contribuição para a agenda das políticas públicas no Brasil, entretanto tem limitações em relação a dificuldade de diminuição das desigualdades escolares: “Mesmo que as desigualdades educacionais estejam em processo de diminuição e que a inclusão educacional esteja se ampliando, os dados apresentados neste trabalho evidenciam uma grande diferença na trajetória escolar e educacional dos mais ricos e dos mais pobres” (CRAVEIRO; XIMENES, 2013, p. 121).

A frequência na escola da população mais pobre do país tem aumentado consideravelmente desde a instituição do Programa Bolsa Família, dado que tem chamado a atenção, conforme as datas apresentadas. No entanto, a frequência na escola da população mais pobre ainda é muito mais baixa do que a da população mais rica no que diz respeito à frequência na creche, na pré-escola e no ensino médio. Em se tratando do ensino fundamental, a frequência na escola se encontra equiparada entre os mais pobres e os mais ricos. A taxa de alfabetização também é menor na faixa etária mais pobre da população, porém a distância vem diminuindo com o passar dos anos, o que traz um indicativo de melhores oportunidades futuras (TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2014).

TABELA 1: FREQUÊNCIA NA ESCOLA DA POPULAÇÃO MAIS POBRE/ RICA		
ENSINO MÉDIO		
ANO	25% MAIS POBRES	25% MAIS RICOS
2001	17,6%	73,2%
2012	44,2%	75%
ENSINO FUNDAMENTAL		
ANO	25% MAIS POBRES	25% MAIS RICOS
2007	92,3%	93,5%

2012	93,8%	93,8%
PRÉ-ESCOLA (4 A 5 ANOS)		
ANO	25% MAIS POBRES	25% MAIS RICOS
2001	52,4%	88,8%
2012	77,5%	94,6%
CRECHE (0 A 3 ANOS)		
ANO	25% MAIS POBRES	25% MAIS RICOS
2001	8,9%	29,3%
2012	16,2%	44%
TAXA DE ALFABETIZAÇÃO		
ANO	25% MAIS POBRES	25% MAIS RICOS
2001	76,6%	98%
2012	86%	98,3%

FONTE: IBGE/Pnad/Todos pela educação

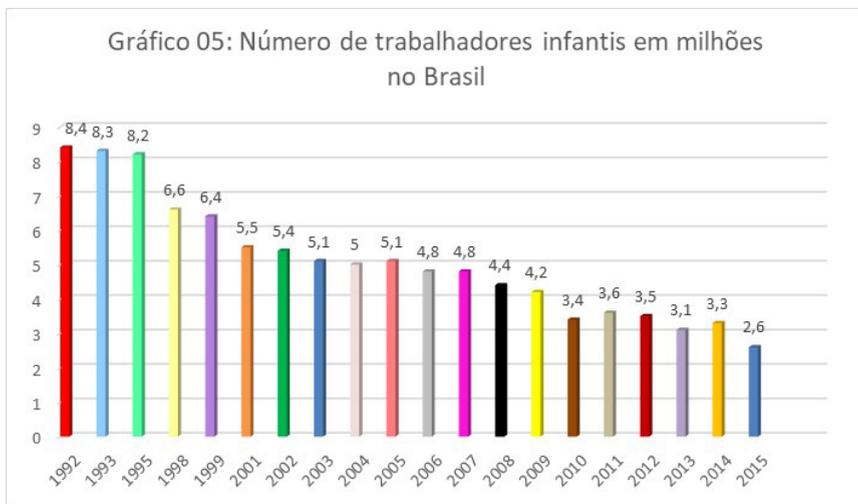
A não permanência na escola, além de não respeitar a situação de equidade necessária entre crianças e adolescentes, gera prejuízos negativos em relação às oportunidades futuras. Logicamente, as pessoas que possuem uma escolaridade mais alta terão melhores oportunidades. Demonstra-se mais um benefício do Programa Bolsa Família, pois com a obrigatoriedade de frequência escolar como condicionante para a descentralização do benefício, é muito mais provável que crianças e adolescentes em situação de pobreza e extrema pobreza possuam melhores oportunidades na vida adulta, rompendo-se com o ciclo intergeracional da pobreza (MOREIRA, 2020).



FONTE: IBGE/Pnad/Todos pela educação

É a educação de crianças e adolescentes que prepara para o futuro, e não o trabalho, como muito culturalmente se promulga. O Programa Bolsa Família, com a obrigatoriedade da condicionante de frequência escolar, que deve ser de 85%, contribui para que crianças e adolescentes não sejam explorados em atividades de trabalho infantil. A distribuição da renda também complementa o orçamento familiar, fazendo com que a família possa se conscientizar de que suas crianças e adolescentes devem estar na escola e não trabalhando. Outro requisito obrigatório para o recebimento do benefício financeiro é o acompanhamento pelas políticas públicas de saúde, o que possibilita identificar indícios de violação de direitos, violência ou exploração de trabalho infantil, havendo obrigatoriedade de notificação aos órgãos do Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes qualquer ocorrência desse tipo, o que visa modificar tal situação ou cancelar a concessão do benefício do Programa Bolsa Família. Portanto, o Programa Bolsa Família vem sendo uma política pública que atua no enfrentamento ao trabalho infantil, mesmo que possua muitas limitações em razão dos baixos valores disponibilizados para o sustento familiar (MOREIRA, 2020).

Segundo dados oficiais brasileiros, o trabalho infantil vem diminuindo após a instituição do Programa Bolsa Família, mesmo que não tenha sido da forma desejada para a ocorrência efetiva de sua erradicação. Um dos fatores fundamentais para tal diminuição é a descentralização de renda por meio do Programa Bolsa Família e as estratégias conjuntas para o enfrentamento do trabalho infantil. De 2001 a 2012, os índices diminuíram consideravelmente, mas chegou em um momento em que está havendo maior dificuldade de enfrentamento ao trabalho infantil devido à estagnação dos indicadores em decorrência da necessidade de reordenamento de políticas públicas nacionais e da busca de estratégias de melhor enfrentamento das desigualdades sociais (BRASIL, 2011).

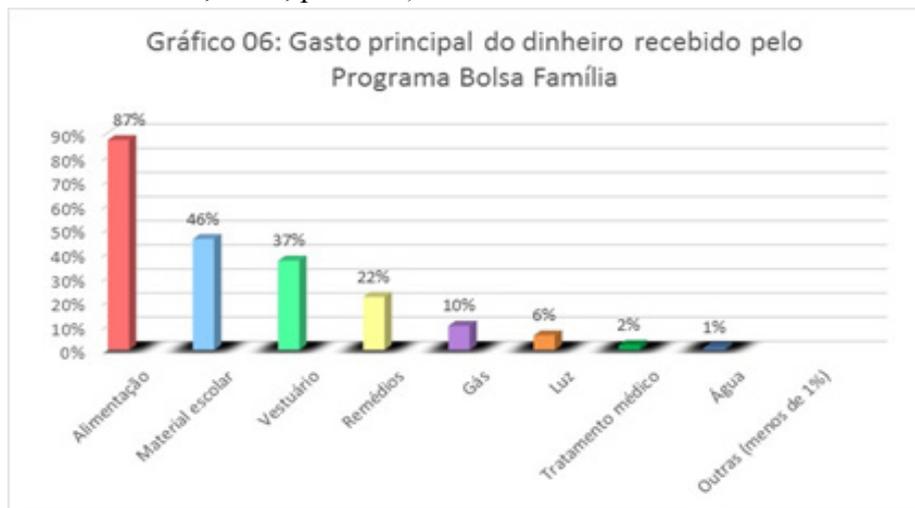


FONTE: BRASIL, 2011; IBGE-PNAD

Com a diversidade de políticas públicas que vêm sendo realizadas para a garantia do direito à educação na idade certa, o enfrentamento ao analfabetismo e ao trabalho infantil, não se pode, evidentemente, atribuir a melhora dos indicadores somente ao Programa Bolsa Família, havendo outros fatores oriundos de políticas públicas de atendimento, proteção e justiça que contribuíram para o avanço no desenvolvimento social de crianças e adolescentes no Brasil. Por isso, afirma-se que a garantia do desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, em suas diversas perspectivas, ocorre com a disponibilidade de uma multidimensionalidade de ações estratégicas de políticas públicas que proporcionem proteção, justiça, promoção de direitos e atendimento de saúde, educação, assistência social, esporte, cultura e lazer, e que devem ser realizadas em rede, articuladas e de forma interinstitucional (MOREIRA, 2020).

Em estudo desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE), que entrevistou cinco mil famílias de 229 municípios do país, sobre o Programa Bolsa Família, foi verificada a destinação dos valores recebidos, identificando-se que eles foram basicamente utilizados para a alimentação familiar. Quando realizada a pergunta sobre qual foi o gasto principal com o dinheiro do programa, podendo ser respondida até três opções, 87% das famílias responderam em uma das opções que destinavam os recursos para a alimentação. Frisa-se que o gasto com a alimentação é maior quanto mais pobre for a família

beneficiada (INSTITUTO BRASILEIRO DE ANÁLISES SOCIAIS E ECONÔMICAS, 2008, p. 04-05).



Fonte: IBASE, 2008

Com a instituição do Programa Bolsa Família, houve maior consumo de produtos alimentícios por parte das famílias beneficiadas que foram entrevistadas, constatando-se o aumento em: 78% o consumo de açúcares; 76% o consumo de arroz e cereais; 68% o consumo de leite; 63% o consumo de biscoitos; 62% o consumo de industrializados; 61% o consumo de carnes; 59% o consumo de feijão; 55% o consumo de óleo; 55% o consumo de frutas; 46% o consumo de ovos; 43% o consumo de raízes; e 40% o consumo de vegetais (INSTITUTO BRASILEIRO DE ANÁLISES SOCIAIS E ECONÔMICAS, 2008, p. 06).

Embora haja maior consumo de produtos alimentares, a situação de insegurança alimentar de muitas famílias brasileiras ainda é preocupante:

Apesar do aumento declarado no consumo de alimentos, parcela significativa dos(as) beneficiários(as) (21%, representando 2,3 milhões de famílias) encontra-se em situação de insegurança alimentar grave (fome entre adultos e/ou crianças da família); outros 34% (ou 3,8 milhões de famílias) estão em situação de insegurança alimentar moderada (restrição na quantidade de alimentos na família). Apresentam insegurança alimentar leve, onde não há falta de alimentos, mas preocupação em relação ao consumo no futuro, 28% (ou 3,1 milhões de famílias), e 17% (ou 1,9 milhão de famílias) estão em situação de segurança alimentar

Os riscos decorrentes da situação de pobreza ou de extrema pobreza das famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família que foram entrevistadas se acentuaram quando se analisou o acesso à alimentação, as condições de saúde familiar, o acesso ao saneamento básico e o acesso à água: em 38,5% das famílias, houve ao menos uma pessoa com problema crônico de saúde; em 36,8% das famílias, um dos seus membros já teve anemia; em 31,4% das famílias, ao menos um teve hipertensão; em 16% das famílias houve desnutrição infantil; 57,4% das famílias não conseguem acessar as redes de esgoto; e 12% dos entrevistados alegam não ter acesso suficiente à água para a sua subsistência familiar (INSTITUTO BRASILEIRO DE ANÁLISES SOCIAIS E ECONÔMICAS, 2008, p. 04-09).

Por fim, verifica-se que o Programa Bolsa Família é um importante instrumento para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, possibilitando o acesso a direitos humanos e fundamentais para a pessoa humana. Porém, é um programa que depende de outras políticas públicas que atuem em conjunto para desenvolver cidadãos plenos e incluídos socialmente, possibilitando o desenvolvimento pleno durante a infância e sem sofrer com as restrições inerentes à pobreza, extrema pobreza e exclusão social. É importante destacar também que o desenvolvimento de políticas públicas sempre deve buscar a participação cidadã nos espaços públicos polissêmicos de debates sobre as estratégias de execução, aperfeiçoamento e articulação de políticas públicas, buscando atentar para as características da comunidade na qual se está inserido e melhores resultados, gerando contribuições para a sociedade onde ela é realizada.

## CONCLUSÕES

Com o desenvolvimento do artigo, constatou-se que o Programa Bolsa Família vem gerando a inclusão social de crianças e adolescentes e auxiliando na garantia de direitos humanos e fundamentais, mediante o desenvolvimento político embasado nas teorias consolidadas sobre o desenvolvimento de políticas públicas.

O Programa Bolsa Família é uma estratégia fundamental para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, possibilitando o acesso a direitos e garantias tuteladas em lei, bem como o enfrentamento do trabalho infantil. É uma política destinada à assistência social das

classes mais pobres do Brasil que é constantemente criticada, embasada de forma mítica e superficial, sem qualquer base científica.

Os mitos em torno do Programa Bolsa Família devem ser enfrentados mediante a promoção de direitos humanos nos mais diversos ambientes. A informação é fundamental para que se assegure a continuidade do Programa e deve-se utilizar bases científicas interdisciplinares de estudos consistentes sobre o tema.

Pode-se observar que, após o estabelecimento do Programa Bolsa Família, o qual se encontra estruturado de acordo com as bases teóricas consistentes sobre o desenvolvimento de políticas públicas, os indicadores que medem o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes demonstraram resultados positivos, o que possibilitou o acesso a direitos de forma universalizante, havendo diminuição de trabalho infantil, diminuição de analfabetismo e evasão escolar, assim como acesso à alimentação.

Não obstante, o Programa Bolsa Família busca o rompimento do ciclo intergeracional da pobreza por meio de medidas estratégicas de inclusão social e de equidade para a infância, gerando melhores oportunidades para o futuro de crianças e adolescentes das classes sociais mais pobres do Brasil.

## REFERÊNCIAS

ANDUIZA, E.; BOSCH, A. **Comportamiento Político y Electoral**. Barcelona: Ariel, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 5.209**. 2004a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5209.htm). Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm). Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.836**. 2004b. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5209.htm). Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador**. Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. 2. ed. Brasília : Ministério do Trabalho e Emprego, 2011.

BRASIL. Portal da Transparência. **Transferência de recursos por ação de governo**: Transferência de Renda Diretamente às Famílias em Condição de Pobreza e Extrema Pobreza Lei n. 10836 de 2004. 2013. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalTransparenciaPesquisaAcaoUF.aspx?codigoAcao=8442&codigoFuncao=08&NomeAcao=Transfer%EAncia+de+Renda+Diretamente+%E0s+Fam%EDias+em+Condi%E7%E3o+de+Pobreza+e+Extrema+Pobreza+%28Lei+n%BA+10%E836%2C+de+2004%29&Exercicio=2013>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPELLO, T. Uma década derrubando mitos e superando expectativas. *In*: CAMPELLO, T.; NERI, M. C. (organizadores). **Programa Bolsa Família**: uma década de inclusão e cidadania. Brasília: Ipea, 2013.

CRAVEIRO, C. B. A.; XIMENES, D. A. Dez anos do Programa Bolsa Família: Desafios e perspectivas para a universalização da educação básica no Brasil. *In*: CAMPELLO, T.; NERI, M. C. (organizadores). **Programa Bolsa Família**: uma década de inclusão e cidadania. Brasília: Ipea, 2013.

CUSTÓDIO, A. V.; VERONESE, J. R. P. **Trabalho Infantil Doméstico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUSTÓDIO, A. V.; MOREIRA, R. B. R. **Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes**: Reflexões Contemporâneas no Contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai. Curitiba: Multideia, 2015.

CUSTÓDIO, A. V.; MOREIRA, R. B. R. O Programa Bolsa Família: transferência de renda condicionada no contexto do modo de produção capitalista contemporâneo no Brasil. *In*: LIPPSTEIN, D.; GIACOBBO, G. E.; MOREIRA, R. B. R. **Políticas Públicas, Espaço Local e Marxismo**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015.

CUSTÓDIO, A. V. Teoria da proteção integral: pressupostos para a compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**: Revista do programa de pós-graduação do mestrado e doutorado, Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008.

CUSTÓDIO, A. V.; MOREIRA, R. B. R. A Influência do Direito Internacional no Processo de Erradicação do Trabalho Infantil no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, n. 02, v. 23, p. 178-197, mai./ago. 2018.

FARAH, M. F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 1, p. 119-144, jan./fev. 2001.

FERNANDEZ, A. Las Políticas Públicas. *In*: BADIA, M. C. (Orgs.). **Manual de Ciencia Política**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2006. p. 495-517.

FORBES. **The 15 Richest Families in Brazil**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/andersonantunes/2014/05/13/the-15-richest-families-in-brazil/>. Acesso em: 20 ago. 2018.

HERMANY, R. **(Re) Discutindo o Espaço Local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

HERMANY, R.; DUPONT, F. R. O poder local e o fortalecimento das comunidades: a articulação necessária entre capital social, pertencimento e cooperação. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 11, 2014, Santa Cruz do Sul. **Anais eletrônicos**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ANÁLISES SOCIAIS E ECONÔMICAS. **Repercussões do Programa Bolsa Família na Segurança Alimentar e Nutricional das Famílias Beneficiadas**. Rio de Janeiro: IBASE, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010**: Resultados gerais da amostra. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Os censos demográficos do Brasil e o censo de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por amostra de domicílios 2011**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

LEAL, R. G. **Estado, Administração Pública e Sociedade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, R. G. **Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto Comunista**. Instituto José Luis e Rosa Sundermann: São Paulo, 2003.

MOREIRA, R. B. R. M. **As estratégias e ações de políticas públicas para a erradicação da exploração sexual comercial nos municípios brasileiros no contexto jurídico e político da teoria da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente**. 2020. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Santa Cruz do Sul, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em: 28 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego**. 1973. Disponível em: <http://white.oit.org.pe/ipecc/pagina.php?seccion=47&pagina=156>. Acesso em: 29 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção 182 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação**. 1999. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/com-chic.htm>. Acesso em: 29 nov. 2018.

PAIVA; L. H.; FALCÃO, T.; BARTHOLO, L. Do Bolsa Família ao Brasil sem miséria: um resumo do percurso brasileiro recente na busca da superação da pobreza extrema. *In*: CAMPELLO, T.; NERI, M. C. (organizadores). **Programa Bolsa Família**: uma década de inclusão e cidadania. Brasília: Ipea, 2013.

SANTOS, M. **Por uma outra globalização**. 6. ed. Editora Record: Rio de Janeiro, 2001.

SCHMIDT, J. P. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *In*: REIS, J. R.; LEAL, R. G. (Orgs.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: Desafios Contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2307-2333. t. 8.

SCHMIDT, João Pedro. **A orientação ativa nas políticas públicas: condições e diretrizes para a transformação social**. 2016 (não publicado).

SILVA, C. L.; SOUZA-LIMA, J. E. **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**, São Paulo, 2010, p. 35-89; 117-160.

SOUZA, C. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, jul./dez. 2006.

SUBIRATS, J.; et al. **Análisis y gestión de políticas públicas**. Barcelona: Ariel, 2008.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Anuário Brasileiro da Educação Básica**. Moderna: São Paulo, 2014.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Taxa de abandono**. [s.d.]. Disponível em: [http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador\\_educacao&id\\_indicador=81#filtros](http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=81#filtros). Acesso em: 29 nov. 2018.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Taxa de analfabetismo**. [s.d.]. Disponível em: [http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador\\_educacao&id\\_indicador=48#filtros](http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=48#filtros). Acesso em: 29 nov. 2018.

VERONESE, J. R. P.; SILVEIRA, M. Acesso à Justiça e Justiça da Infância e da Juventude: o juiz, o promotor de justiça, os serviços auxiliares e o advogado. *In*: VERONESE, J. R. P. (Coordenadora). **Direito da Criança e do Adolescente**: Novo Curso - Novos Temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.



# **A PROTEÇÃO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR NA GIG ECONOMY: POR UMA NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS**

## *FUNDAMENTAL LABOUR PROTECTION OF WORKERS IN THE GIG ECONOMY: A NEED TO ADJUST LABOUR LAW*

Antônio Lucas dos Santos da Mata\*  
Saulo Nunes de Carvalho Almeida\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Economia compartilhada e a gig economy: os novos modelos de trabalho digital e sua regulação. 3 A uberização das relações de trabalho e a precarização da proteção do trabalhador a partir das novas facetas do trabalho virtual. 4 A proteção fundamental do trabalhador no mundo do trabalho digital. 5 Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo pretende analisar em que estágio se encontra a proteção do trabalhador no mundo digital a partir dos novos modelos econômicos da economia compartilhada e da gig economy, que contribuíram para a intensificação da uberização das relações de trabalho. Este estudo tem como problemática central a ausência de direitos basilares destinados especificamente aos trabalhadores virtuais de modo a garantir sua dignidade, justificando-se, portanto, pela necessidade de se aumentar as discussões acadêmicas em torno da presente temática, uma vez que com o avanço técnico-científico, novas modalidades trabalhistas têm surgido e os trabalhadores que a estas aderem, seja por ausência de oportunidades em empregos formais, seja como meio de complementar renda, têm estado desprotegidos. Para tanto, far-se-á uso de uma metodologia exploratória descritiva, a partir da investigação qualitativa de artigos científicos, atos normativos, etc., que sirvam como fundamento para a presente discussão. Para fins estruturais, este artigo foi dividido em três tópicos centrais, sendo abordado no primeiro os contextos trabalhistas regulatórios existentes a partir da economia compartilhada e da gig economy; no segundo, pretende-se abordar

\* Discente do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq/Br (2019-2020). Membro do Grupo de Estudos em Direito e Desenvolvimento (GEED/UNICATÓLICA), na linha de pesquisa Automação e Tributação, e do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI/UFC), na linha de pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos.

\*\* Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Fortaleza, Doutor e Mestre em Direito Constitucional nas relações privadas pela Universidade de Fortaleza. Professor Universitário da UNICATÓLICA/Quixadá e UNIFANOR/Wyden. Orientador de Iniciação Científica do CNPq-Br. Coordenador-geral do Grupo de Pesquisa de Direito e Desenvolvimento, assim como da linha de pesquisa Automação e Tributação.

Artigo recebido em 19/02/2020 e aceito em 01/11/2020.

**Como citar:** DA MATA, Antônio Lucas dos Santos; ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. A proteção fundamental do trabalhador na Gig Economy: por uma necessária adequação das normas trabalhistas. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 197-215. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

os aspectos relativos a uberização das relações de trabalho, consequência dos modelos econômicos contemporâneos, e como isto tem contribuído para a precarização do trabalho; no terceiro objetiva-se discorrer acerca da proteção fundamental dos trabalhadores no mundo digital. Podendo-se concluir, preliminarmente, que o Estado, diante de tais modificações sociais e transformações das realidades trabalhistas hodiernas deve propor medidas adequadas para conter o avanço de sistemas trabalhistas reducionistas quanto a proteção dos trabalhadores.

**Palavras-chave:** uberização. precarização. direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** *This paper aims to analyse at what stage is the protection of workers in the digital world based on the new economic models of shared economy and gig economy, which contributed to the intensification of the uberization of labour relations. This study has as its central problem the absence of fundamental rights specifically aimed at virtual workers in order to guarantee their dignity, thus being justified by the need to increase academic discussions on the present theme, since with the technological advance, new labour modalities have emerged and the workers who adhere to them, either because of the lack of opportunities in formal jobs or as a means of supplementing income, have been unprotected. To this end, a descriptive exploratory methodology will be used, based on the qualitative investigation of scientific articles, normative acts, etc., which serve as the basis for this discussion. This paper has been divided into three central topics, being addressed in the first topic the regulatory labour contexts that exist from the shared economy and the gig economy; In the second, it aims to address the aspects related to the uberization of labour relations and how this has contributed to precarious work; in the third explained about the fundamental protection of workers in the digital world. It can be concluded, preliminarily, that the State, in the face of such social changes and transformations of today's labour realities, should propose adequate measures to contain the advancement of reductionist labour models regarding the protection of workers.*

**Keywords:** *uberization. precarious work. fundamental rights.*

## INTRODUÇÃO

A partir do crescente avanço tecnológico, diversos aspectos da vida humana em sociedade têm evoluído, incluindo as relações de trabalho. Com essa intervenção das tecnologias, e a partir de novos sistemas econômicos que têm se aproveitado das facilidades que as mídias trazem, é possível perceber um romper entre o tradicionalismo laboral e o novo modelo trabalhista apresentado na contemporaneidade, rumando para o aumento do trabalho digitalizado, seja fazendo uso de aplicativos como intermediários, seja realizando o trabalho inteiramente no ambiente digital.

A partir disso, esta pesquisa se justifica pelo fato que a sociedade contemporânea e as gerações futuras necessitam de um arcabouço jurídico capaz de lidar com o fenômeno da digitalização do trabalho e sua flexibilidade, de tal modo a garantir direitos trabalhistas sem coibir a livre iniciativa. Tendo em vista que a atual sociedade se encontra em um contexto tecno-científico completamente diverso do que se apresentava antigamente, com a influência das tecnologias nos mais diversos setores da vida humana e gerando consequências tanto negativas quanto positivas nas

vidas dos cidadãos, se torna essencial e imprescindível que seja dada a devida atenção às novas formas de trabalho que tem surgido nos últimos anos.

Podendo perceber, com isso, uma problemática crescente que tem se constituído no organismo social a partir do desenvolvimento de novas modalidades trabalhistas sem uma regulamentação adequada de modo a garantir a devida proteção do trabalhador perante seu empregador, estabelecendo direitos mínimos e basilares que assegurem sua dignidade.

A partir disso, tendo em vista este fenômeno, a presente pesquisa pretende analisar a nova realidade laboral que tem se apresentado na contemporaneidade em decorrência do advento da economia compartilhada e da *gig economy*, principalmente em suas duas grandes modalidades: *crowdwork* e o trabalho sob demanda a partir de aplicativos. Para tanto, far-se-á uso de uma metodologia exploratória descritiva, a partir da análise qualitativa de textos científicos, documentos legais, entre outros, para melhor fundamentar a discussão.

A fim de melhor estruturação da pesquisa, este artigo será dividido em três tópicos. No primeiro, será abordado os contextos trabalhistas regulatórios existentes a partir da economia compartilhada e da *gig economy*. No segundo, pretende-se discorrer sobre os aspectos relativos à uberização das relações de trabalho, consequência dos modelos econômicos contemporâneos, e como isto tem contribuído para a precarização do trabalho. E, por fim, no terceiro será explanado acerca da proteção fundamental dos trabalhadores no mundo digital.

## **1 ECONOMIA COMPARTILHADA E A *GIG ECONOMY*: OS NOVOS MODELOS DE TRABALHO DIGITAL E SUA REGULAÇÃO**

O avanço tecnológico percebido nos últimos anos tem influenciado sobremaneira as relações humanas. Hoje, fala-se em um estado de “vida *on*” ou “*onlife*” para caracterizar a vida na sociedade digital, que se materializa em duas camadas: *off-line* e *online*. O desenvolvimento tecnológico atingiu tal patamar, com a difusão das mídias nos mais diferentes segmentos sociais, que as gerações futuras sequer vão entender o que é viver uma vida sem o uso tecnológico, já que nos últimos anos é possível perceber uma intensificação constante na transição de diversas atividades, que antes somente eram realizadas no mundo físico, para o mundo virtual (FLORIDI, 2018).

A partir disso, somado às características do trabalho desenvolvidos na revolução 4.0, com a introdução crescente das máquinas e outros

instrumentos tecnológicos no ambiente de trabalho, como é o caso da Inteligência Artificial (GRAGLIA, LAZZARESCHI, 2018), é possível perceber um novo panorama econômico trabalhista que se formula ao redor do mundo tecnológico, principalmente no que tange aos aspectos da automação do trabalho. Um grande exemplo disso é o da economia compartilhada, que se desenvolveu a partir da interferência tecnológica no mercado, buscando aumentar a qualidade dos produtos ofertados (MENDES, CEROY, 2015).

A economia compartilhada introduziu um sistema de interações consumeristas que se pauta na ideia de compartilhamento de bens e serviços sem que isso gere, necessariamente, um vínculo negocial entre os envolvidos, a partir de uma transação financeira ou aquisição do bem que se pretende obter. Esse sistema foi influenciado por três grandes fatores, o social, o econômico e o tecnológico, tendo especial atenção a este último, que facilitou as interações entre fornecedores e consumidores sem que houvesse um intermediário, intensificando as transações *peer-to-peer* (VILLANOVA, 2015).

Tendo em vista que este fenômeno é recente, ainda não se tem definido um consenso acerca do que é economia compartilhada e até onde está pode afetar a sociedade; sabe-se, porém, que ela tem utilizado a tecnologia como um de seus fatores propulsores. Em razão da elasticidade e capacidade evolutiva da tecnologia, o que antes era impensável, hoje facilmente pode ser realizado por novas invenções, se diferenciando da antiguidade que para que houvesse uma nova funcionalidade determinado instrumento deveria ser trocado, enquanto que hoje basta uma atualização nos dados e códigos do objeto que é possível obter novas funções quando disponíveis ao modelo (NORONHA, 2017).

Concomitante ao desenvolvimento da economia compartilhada, um novo sistema econômico tem se desenvolvido, conhecido como “*gig economy*”, que possui duas modalidades: o *crowdwork* e o trabalho sob demanda através de aplicativos. O primeiro diz respeito a um trabalho pautado na realização de determinadas atividades que podem ser realizadas online, como atividade de tradução, entre outras, sendo toda a atividade feita dentro de uma plataforma que pode ter abrangência global, conectando trabalhadores e clientes ao redor do mundo; enquanto que o segundo, diz respeito a realização de atividades no mundo fático, mas que são intermediadas por aplicativos (DE STEFANO, 2016)

A “*gig economy*” surge como uma forma de burlar as legislações trabalhistas vigentes, como ocorre, por exemplo, em casos de *crowdwork* em que as empresas virtuais figuram apenas como um banco de dados entre os empregados e os consumidores e, por conta de fatores como a ausência de direitos trabalhistas mínimos, o produto ou serviço se torna mais barato do que o convencional. Através desse sistema, a empresa lucra sem necessariamente criar um vínculo com o usuário de seus serviços virtuais, não havendo o comprometimento por parte desta de assegurar aos trabalhadores a integralidade dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional, porque eles seriam considerados trabalhadores autônomos (TODOLÍ-SIGNES, 2017). Como exemplo pode-se citar a empresa Uber, que possibilita os seus usuários fornecerem serviços de transporte urbano sem que haja um vínculo trabalhista explícito entre a empresa e os motoristas.

Com o avanço tecnológico crescente, o Estado deve levar em consideração os novos fenômenos e sistemas que estão sendo criados e como os regular sem que, simultaneamente, coíba a livre iniciativa e a busca pela utilização de novas tecnologias nos mais diversos setores. Assim, os aspectos regulatórios de sistemas econômicos, como a economia compartilhada e a *gig economy*, devem ter em vista tanto os aspectos mercadológicos, sendo benéfico para o desenvolvimento das atividades mercantis e incremento da economia, como os aspectos relacionados aos cidadãos, seja enquanto consumidores, seja enquanto trabalhadores ou fornecedores destes novos sistemas, à fim de se consagrar a dignidade humana e à justiça social (MENDES, CERROY, 2015).

E tratando especificamente da *gig economy*, sistema que tem como característica central o uso das tecnologias, considerando suas duas modalidades de trabalho, é necessário que se pense com cuidado como se deve regular as relações de trabalho. Por exemplo, o *crowdwork* pode ser uma plataforma útil no fornecimento de oportunidades de empregos em diferentes locais, principalmente em áreas rurais ou em campos de refugiados, mas também pode gerar trabalhos considerados excessivos e insalubres, como é o caso dos “*gold-farming*”, um tipo de trabalho que pessoas são contratadas para realizar determinadas tarefas em jogos online para aumentar os níveis do contratante, para conseguir prêmios, entre outros, chegando a ter que trabalhar doze horas por dia (DE STEFANO, 2016).

Um dos grandes problemas das modalidades de trabalho da *gig economy* é o enquadramento destes trabalhadores no conceito legal

de empregado. Por conta da ausência de uma normativa e de maiores estudos acerca desta matéria, se torna incompatível enquadrar, por exemplo, trabalhadores do *crowdwork*, que ficam na comodidade de suas casas realizando atividades fragmentadas e virtuais, no conceito legal de trabalhador, que vem com todo o arcabouço jurídico de proteção e garantias mínimas. A questão é, para se remediar essa situação se torna necessário um instrumento normativo capaz de identifica-los como trabalhadores e, a partir disso, ser aplicado uma norma que considera todos os aspectos do trabalho digital, sem que seja, necessariamente, uma construção jurisprudencial que traz consigo diversas consequências, como a aplicação de normas que não se encaixam nessa modalidade de trabalho ou a necessidade de julgar empresas que, até o momento, consideraram seus trabalhadores como autônomos (TODOLÍ-SIGNES, 2017).

Cabe ressaltar ainda que um dos fatores que vinculam um empregador a um empregado é a subordinação, entretanto, este instituto não possui um conceito fechado, pelo contrário, está marcado pela elasticidade, o que necessita de outros fatores e subsídios para os caracterizar, como é o caso da atividade prestada pelo empregado ter vinculação com o ganho econômico do empregador, entre outras. Agora, no que tange ao trabalho autônomo, não existe uma dependência entre o prestador de serviço e aquele que o empregou, não havendo uma subordinação de um com o outro (DINIZ, VARELA, 2017). A partir dessa perspectiva, o trabalhador virtual ou que depende de instrumentos digitais para realizar seus ofícios não possui uma definição exata, já que, não existe uma relação de subordinação direta, tendo em vista a liberdade que é dada ao trabalhador quanto a horários a ser cumpridos, etc., mas também não pode ser considerado um profissional autônomo no sentido estrito, pois a atividade dos proveitos advindos da atividade que exerce não serão revertidas inteiramente em seu benefício, sendo parte encaminhado ao mecanismo intermediário virtual, como é o caso do Uber.

Os impactos de novas tecnologias e como estas têm influência nas formas com que o trabalho se manifesta atingiu tal proporção que, por exemplo, a empresa Uber, umas das pilotos a oferecer o serviço de transporte urbano por meio de um aplicativo, com um valor mais acessível quando comparados com outras formas de transporte privado urbano, deu razão a um fenômeno conhecido como “*uberização*”<sup>1</sup> e que começou a ser

---

<sup>1</sup> Para fins do presente ensaio, os autores utilizam a expressão “*uberização*” em um contexto que engloba outras plataformas além do Uber, como *iFood*, *Lyft*, 99, entre outras.

utilizado para caracterizar os novos moldes econômicos e trabalhistas que estão surgindo em sociedade (FELICIANO, PASQUALETO, 2019).

## **2 A UBERIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A PRECARIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR A PARTIR DAS NOVAS FACETAS DO TRABALHO VIRTUAL**

Com o desenvolvimento da empresa *Uber Technologies Inc.*, em 2011, se iniciou uma revolução trabalhista no modelo de prestação de serviço de transporte urbano. O seu objetivo consiste no fornecimento de um instrumento capaz de gerar uma renda extra (ou total) de um motorista, que ao dispor de seu carro para transportar os passageiros determinados pelo aplicativo, será monetariamente recompensado; assim como fornece aos consumidores um meio de se solicitar um transporte via aplicativo, com mais comodidade e variações de escolha e preço, visando uma maior satisfação da locomoção. Com isso, se percebe uma tríplice relação que se configura entre o consumidor; a empresa Uber, a partir de seu aplicativo, que nessa situação se transforma no facilitador da relação entre o prestador de serviço de fato e o consumidor; e o motorista (SILVA, CECATO, 2017).

Dessa forma, partindo da análise das proporções de atuação da empresa Uber a nível global e sua influência sobre os sistemas econômicos e trabalhistas, surgiu um fenômeno conhecido como “uberização”, que tem transformado as manifestações contemporâneas do trabalho e modificado os modelos econômicos vigentes. Principalmente por que, ao se intensificar a utilização de serviços *on-demand*, em diversas áreas da vida, como os serviços domésticos, está se rompendo o equilíbrio social no que tange a demandas trabalhistas, já que os empregos e funções afetadas pelos novos modelos recaem, predominantemente, em empregos característicos da classe média (MORAES, 2016). Nessa perspectiva, o número de usuários de ofícios facilitados por aplicativos têm crescido desde o fenômeno Uber, levando, inclusive, ao desenvolvimento de outros aplicativos com a mesma finalidade, seja na prestação de serviços de transporte, como o *Lyft* e o *Sidecar*, seja para fornecer outros tipos de serviços, como é o caso de atividades domésticas, como o *Handy*, *Taskrabbit*, *Care.com* (DE STEFANO, 2016).

O cenário de desenvolvimento do Uber, e que eventualmente levou a uberização das relações de trabalho, se deu dentro dos sistemas da economia compartilhada e da *gig economy*, com os novos arranjos trabalhistas e a direta influência tecnológica. A partir deste cenário, os

contextos de precarização, flexibilização e flexibilidade surgem como problemáticas centrais que permeiam este fenômeno. A centralidade desta questão reside no novo modelo de capitalismo vigente, que se pauta na flexibilidade das relações econômicas e trabalhistas formuladas, seja a partir da redução gradual de direitos, seja com a flexibilização das contratações laborais, oportunizando ao empregador realizar novos arranjos contratuais e, com isso, desequilibrando as relações trabalhistas com a preponderância do empregador frente ao empregado (MARTINS, MIRANDA, 2017).

Cabendo ressaltar que nem sempre precarização e flexibilização estão vinculadas, podendo haver empregos flexíveis, mas não precários, entretanto, esta não se mostra a regra da realidade das relações trabalhistas. A flexibilização do trabalho surge como uma ferramenta para tentar aplacar a crise do capitalismo à medida que se busca aumentar os processos produtivos, contudo, esta introduz no mercado de trabalho situações que, via de regra, têm sido prejudiciais a boa manutenção da vida do trabalhador com o mínimo de dignidade, como é o caso da automação de atividades que visam substituir a mão de obra humana por máquinas mais eficazes e precisas (ANDRÉ, SILVA, NASCIMENTO, 2019).

Outro problema que se agrava a partir do novo modelo de capitalismo é a supersubordinação nas relações de trabalho, vinculado diretamente à garantia de direitos básicos já consagrados aos trabalhadores. Os empregos que geram supersubordinação dos trabalhadores aparecem com vantagens para os empregadores à medida que a estes não serão impostas grandes encargos quanto o cumprimento das normas trabalhistas estabelecidas em normas constitucionais e infraconstitucionais, situação esta característica de um reducionismo das normas trabalhistas que tem flexibilizado as leis existentes em prol do mercado e do empregador em detrimento do empregado (ALVES, 2019).

Todas essas problemáticas inseridas em sociedade a partir deste novo modelo capitalista, da uberização das relações do trabalho, da economia compartilhada e da *gig economy*, contribuem para o aumento da precarização dos empregos ofertados pelo mercado, de tal modo a aumentar a insegurança dos trabalhadores e diminuir as condições de seus ofícios, ocasionando com isso situações como, por exemplo, o sequestro da subjetividade, em que trabalhadores sequer percebem que estão sendo exploradas e que seus trabalhos estão lhes causando problemas físicos e psíquicos (ANDRÉ, SILVA, NASCIMENTO, 2019). Cumulando também o fato de que, a partir da flexibilização das relações de trabalho e dos

direitos trabalhistas, o empregado passa a ser tratado como um mero objeto da relação mercadológica, sendo reduzido a um simples instrumento de produção e aumento dos lucros do empregador (ALVES, 2019).

Para se exemplificar essa situação de precariedade nas relações de trabalho hodiernamente, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, apesar das taxas de desemprego terem reduzidas até agosto de 2019 para 11,8%, o número percentual de pessoas trabalhando na informalidade cresceu em proporções nunca antes presenciada, atingindo um número percentual de 41,4% da população ocupada (RENAUX, 2019). Havendo o demonstrativo numérico e quantitativo de que, por mais que o número de pessoas desocupadas tenha diminuído, as condições a que estas hoje se encontram não traz efetivamente uma segurança laboral.

O que se percebe, com isso, é um reducionismo de garantias e direitos básicos dos trabalhadores que estão inseridos nas modalidades de empregos que surgem vinculados a economia compartilhada e a *gig economy*. Chegando ainda a se discutir acerca da possibilidade de configurar alguns direitos estabelecidos internacionalmente, como direitos humanos vinculados a atividades laborais, para fins de proteção destes trabalhadores (DE STEFANO, ALOISI, 2018).

Tendo em vista a dinamicidade apresentada pelo desenvolvimento tecnológico, os institutos normativos existentes se deparam com situações que sequer foram objeto de análise do legislador no momento de edição das normas, como ocorre, por exemplo, com a Consolidação das Leis Trabalhistas no Brasil. Ressaltando ainda que, a implantação de novas modalidades de emprego, sob o pretexto de que está a se remediar o desemprego, mas que na verdade gera mais prejuízos sociais e trabalhos precários, deve ser posta em análise pelo Estado e coibida, tendo em vista que os encargos que trarão a este poderão ser bem maiores do que os benefícios econômicos (ALMEIDA, MENDONÇA, 2019).

Diante da ausência de definição de direitos básicos aos trabalhadores dentro do sistema uberizado, é possível encontrar no Judiciário um instrumento que proporcione a efetivação de direitos a partir da reinterpretação ou expansão de aplicação das normas já existentes, até que o Legislativo se atenha a realidade e edite normas adequadas aos novos moldes trabalhistas.

Um caso de atuação positiva das Cortes quanto a garantia de direitos básicos para os usuários de empregos da *gig economy*, tais quais os motoristas da Uber, se passa na Inglaterra. Em 2018, no caso *Uber BV v*

*Aslam and Others* foi levado a Corte de Apelação Inglesa uma ação contra a empresa Uber impetrada por diversos motoristas em busca de direitos trabalhistas, dentre os quais estão as férias remuneradas. No caso, a empresa Uber alegou que a função de seu aplicativo é apenas de facilitar os serviços de transporte urbano, sendo, portanto, os motoristas que desta utilizam trabalhadores independentes. Na primeira instância, foi-se decidido por enquadrar os motoristas como trabalhadores, e diante da insatisfação da empresa Uber com a decisão, esta resolveu levar o caso para a Corte de Apelação. Na apelação, foi mantida a decisão da primeira instância por maioria, sendo argumentado que a empresa Uber é fornecedora de serviços de transporte urbano e que os motoristas que fazem uso da plataforma são a mão de obra responsável pelo ganho financeiro da empresa (UK, 2018).

O segundo exemplo situa-se no Brasil, em situação análoga ao caso Inglês, em que um motorista ajuizou uma ação contra a empresa Uber para fins de reconhecimento do vínculo empregatício entre estes. No caso, foi-se negado o pedido em primeira instância e este interpôs um recurso ordinário para o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que reformulou a sentença proferida no juízo de origem por unanimidade da 11ª turma. Na decisão, o Tribunal argumentou que por conta dos regramentos que a empresa Uber adota quanto a utilização de seu aplicativo, ditando, por exemplo, quais tipos de carros deverão ter o motorista ou reduzindo o valor da corrida em caso de eventuais reclamações dos clientes, o motorista não se configuraria em empregado autônomo, pelo contrário, ele estaria sujeito a plataforma que é chefiada pela empresa (BRASIL, 2019).

Por fim, o terceiro exemplo, se passa na cidade de Califórnia nos Estados Unidos. O processo *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles*, julgado em 2018, analisou a caracterização de alguns prestadores de serviços da *Dynamex Operations* como trabalhadores ou autônomos, para fins de incidência de direitos básicos sobre estes, como é o caso da definição de horas máximas de jornada de trabalho, entre outros. No caso em específico, foi ajuizada ação por motoristas em face da empresa *Dynamex Operations*, que trabalha com entrega postal, que, segundo os requerentes, haviam os caracterizados erroneamente como autônomos. A corte então julgou procedente o pedido dos motoristas, desenvolvendo um novo modelo de classificação de empregados de trabalhadores autônomos, que ficou conhecido como ABC test<sup>2</sup> (CALIFÓRNIA, 2018).

<sup>2</sup> “The ABC test presumptively considers all workers to be employees, and permits workers to be classified as independent contractors only if the hiring business demonstrates that the worker in question satisfies each of three conditions: (a) that the worker is free from the control and direction of the hirer in connection with the

Todos esses casos enfrentados pelo judiciário referente a análise de declaração de vínculo trabalhista entre empresas do mesmo gênero da Uber, para fins de incidência de normas trabalhistas já existentes, demonstra a dificuldade que tais trabalhadores da sociedade contemporânea têm enfrentado na observância de direitos basilares responsáveis por assegurar sua dignidade enquanto trabalhadores.

### **3 A PROTEÇÃO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR NO MUNDO DO TRABALHO DIGITAL**

Considerando as novas realidades que têm sido introduzidas a partir da utilização das tecnologias emergentes no ambiente de trabalho, como o avanço de determinadas formas de trabalho que dependem inteiramente da intervenção de aplicativos que servem como intermediários entre o consumidor final e os trabalhadores responsáveis por fornecer o bem ou o serviço requisitado, se torna necessário que haja uma adequação entre a hodierna realidade social e o ordenamento jurídico trabalhista.

A questão é, como tornar o trabalho virtual mais justo considerando todas as barreiras que ainda existem para assegurar a dignidade desses trabalhadores. Em 2018, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) lançou um relatório sobre o futuro do trabalho nas plataformas digitais, sendo investigado um total de 3.500 trabalhadores de 75 países diferentes, levado em consideração as condições de trabalho e como isso afeta a vida dos trabalhadores (BERG, et al., 2018). No final, foi-se compilado um total de 21 critérios que visam aumentar o número de institutos normativos que protegem os trabalhadores virtuais. Dentre eles, por exemplo, está a mudança de classificação de empregados autônomos para empregados de fato; e as cláusulas do termo de adesão, o que se configuraria como o contrato que o empregado irá aderir, deverá estar escrito de forma simples e clara para que os empregados possam compreender com inteireza quais são os seus direitos; entre outros critérios.

Por exemplo, recentemente no Estado da Califórnia foi assinado pelo Governador Gavin Newsom o *Assembly Bill 5* (AB5) que busca alargar o conceito legal de empregado no Estado. A partir deste instrumento regulatório foi instituído um novo teste, conhecido como *ABC test*, que visa *performance of the work, both under the contract for the performance of the work and in fact; and (b) that the worker performs work that is outside the usual course of the hiring entity's business; and (c) that the worker is customarily engaged in an independently established trade, occupation, or business of the same nature as that involved in the work performed.*" (CALIFORNIA, 2018).

melhor classificar um empregado em autônomo ou não, modificando os critérios antes utilizados. O desenvolvimento deste instrumento normativo se deu a partir do já mencionado caso *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles* julgado pela Suprema Corte da Califórnia, em que se foi debatido o *ABC test* e as formas de classificação de um trabalhador para fins de pagamento salarial, considerando se estes seriam empregados ou autônomos. A partir disso, o Poder Legislativo buscou esclarecer a correta aplicação da classificação dos trabalhadores, para evitar que a errônea caracterização resulte na perda de diversos direitos e garantias laborais (CALIFORNIA, 2019).

É de se ter em mente que, com o constante avanço tecnológico e sua influência nas relações de trabalho, o número de trabalhadores virtuais tende a aumentar à medida que novas necessidades surgem. Interessante mencionar uma iniciativa recente no âmbito da União Europeia (UE) de tentar desenvolver, assim como a Carta de Direitos Fundamentais da UE, uma Carta de Direitos Fundamentais virtuais da UE, à fim de se garantir a proteção dos indivíduos não só no mundo offline, mas também no mundo online. A ideia seria ter o sujeito como centro do sistema “*onlife*”, desenvolvendo um rol de direitos específicos que abordem as temáticas relativas à vida digital e os impactos da tecnologia na vida humana (CANOTILHO, 2019).

No que diz respeito a matéria regulatória, é imprescindível que se verifique a natureza de cada atividade para então construir um instrumento normativo capaz de regular com precisão a atividade laboral. Um exemplo é o trabalho sob demanda através de aplicativos, que, apesar de ter a intermediação de um aplicativo que interliga o fornecedor/prestador de serviço com o consumidor, o resultado final será realizado no mundo real (KOVÁCS, 2017), como é o caso dos serviços prestados pela empresa Uber.

O trabalho virtual tem como uma de suas características a volatilidade, uma vez que à medida que a tecnologia avança ela gera novas formas de influência nos moldes com que este trabalho se manifesta, podendo, inclusive, desenvolver uma nova modalidade de trabalho e por conta disso não fazer parte do âmbito de incidência da norma. Considerando ainda a dificuldade de aplicação das normas já existentes, já que as empresas usuárias dessas modalidades de trabalho digital buscam se esquivar de suas obrigações trabalhistas ao afirmarem que não passam de meros intermediários, negando haver um vínculo direto entre o trabalhador e a atividade que este irá realizar. Por fim, soma-se

ainda a natureza temporária e “autônoma” do serviço prestado, o que, em regra, não iria bloquear a possibilidade de se desenvolver um vínculo empregatício (GARBEN, 2017).

No Brasil o sistema normativo que protege os trabalhadores parte da Constituição e irradia para as normas infraconstitucionais, criando um sistema que busca assegurar direitos e garantias mínimas aos empregados. No artigo 7º da Carta Federal, que trata especificamente acerca dos direitos fundamentais dos trabalhadores, apenas um dos incisos faz menção a um aspecto envolvendo a interferência direta das novas tecnologias no ambiente de trabalho, que é o vinte e sete, que expressa a proteção do trabalhador em face da automação (BRASIL, 1988).

O próprio poder Constituinte, de 1988, vinculou dois valores essenciais a sociedade brasileira, os valores da livre iniciativa e do trabalho. Ambos com um reflexo direto em toda a sociedade à medida que o valor do trabalho passa a ser compreendido não só sobre um aspecto individualista, mas sim social, a partir do fato de que o trabalho realizado por um indivíduo seria benéfico para os demais cidadãos; assim como, a livre iniciativa, que toca diretamente nos benefícios sociais de sua atuação, isto é, à medida em que os particulares inovam na iniciativa privada sem, contudo, deixar de respeitar direitos e garantias basilares, como a dignidade da pessoa humana (CEZAR, 2019). Entretanto, apesar da presente associação entre livre iniciativa e o trabalho, enquanto valores constitucionais e fundamentais no Estado democrático de Direito, se torna compreensível o porquê que a Constituição não trouxe em seu bojo mais direitos fundamentais digitais, o que inclui os trabalhistas, considerando o período em que se deu sua criação e o fato de que, à época, não havia tamanho crescimento tecnológico. Entretanto, isso não diminui a fundamentabilidade de se proteger os trabalhadores nos novos modelos de trabalho virtual.

Apesar de não haver ainda normas específicas que tutelem de modo geral a existência do trabalho digital, principalmente os que advêm da *gig economy*, por conta da livre iniciativa e da liberdade profissional, a utilização dessas formas de trabalho não pode ser considerada ilegal (MENDES, CEROY, 2015). Entretanto, o Estado não pode se manter inerte diante da evolução social e das novas modalidades de trabalho. O tradicionalismo apresentado na regulação das relações de trabalho não tem se demonstrado suficiente para proteger os trabalhadores contemporâneos, tendo em vista as diferentes formas de manifestações do trabalho que não tem se coadunado com a legislação vigente (ALMEIDA, MENDONÇA, 2019).

Uma outra hipótese de regulação é a levantada por Choudary (2018) que argumentou pela possibilidade de utilizar os dados de uso do próprio aplicativo para haver uma regulação mais precisa. Resumidamente, ele acredita que os dados devem ser usados de tal modo a assegurar uma maior igualdade entre os trabalhadores e a própria plataforma, liberando, por exemplo, os dados de reputação de um trabalhador para que, se caso ele queira migrar pra outra plataforma, possa aproveitá-los. Nessa perspectiva, por conta da transparência que os dados dão acerca das interações homem-aplicativo, a regulação do trabalho virtual seria mais precisa, no sentido de balancear tanto as necessidades dos trabalhadores e os donos das plataformas, visto que àqueles responsáveis por regular essas modalidades de trabalho teriam uma maior compreensão de como funciona o aplicativo e o que este pretende a partir das informações públicas fornecidas.

## CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar os novos moldes trabalhistas que têm se apresentado no mundo contemporâneo, principalmente em razão do advento do uso constante e estrutural das tecnologias digitais na sociedade atual. Foi-se analisado os contextos introduzidos a partir de modelos econômicos como a economia compartilhada e a *gig economy* e como estes têm influenciado nos sistemas regulatórios trabalhistas. A partir disso, é possível perceber o quão grande figura-se a complexidade de se normatizar o trabalho atualmente, considerando a flexibilidade que as tecnologias e a livre iniciativa produzem e como isso afeta na garantia de direitos básicos destinados aos trabalhadores.

Além disso, buscou-se investigar o atual panorama de uberização das relações de trabalho, que surgiu em decorrência da modalidade de trabalho introduzida pelo aplicativo Uber e que se intensificou nos contextos da economia compartilhada e da *gig economy* de tal modo a influenciar diretamente nas relações de trabalho e econômicas. Tendo ainda em vista a problemática central que permeia este fenômeno, que é a precarização dos empregos ofertados cumulado com a ausência de direitos básicos expressos que visem remediar esta situação.

Por fim, foi-se analisado o atual panorama de proteção do trabalhador no mundo virtual, principalmente quanto aos aspectos regulatórios de direitos e garantias básicas destinadas a estes. Sendo

possível depreender que os sistemas de proteção do trabalhador, tanto em aspectos normativos, quanto em aspectos sociais, não tem se harmonizado com os atuais modelos de trabalho, com raras exceções e, de várias vezes, necessitando da intervenção do judiciário para que tais direitos sejam garantidos, como ocorreu na Califórnia, que antes da edição do *Assembly bill 5*, foi necessário que a Suprema Corte da Califórnia se pronunciasse acerca de um caso que tratava da matéria a qual a lei tutela.

Por conseguinte, a partir do presente estudo, é possível concluir que existe uma necessidade de adequação das normas laborais diante dos novos modelos econômicos, estabelecendo uma proteção mínima aos trabalhadores inseridos na *gig economy*, de modo a assegurar-lhes sua dignidade enquanto trabalhadores. Cabendo ao Estado perceber esse novo fenômeno que tem crescido na sociedade e começar a tomar as medidas necessárias para a sua regulamentação, de modo a perceber os adeptos dessas novas modalidades de trabalho enquanto trabalhadores de fato, que demandam uma proteção eficaz e coerente com suas práticas laborais.

Ademais, vislumbra-se que, diante da necessidade do desenvolvimento de um regramento específico, se torna imperativo que os interessados na criação de tais normativas atuem de modo a incitar o Estado a reconhecer os direitos basilares destinados a esses trabalhadores e como os proteger no contexto da *gig economy*. Considerando ainda que o trabalho digital é preenchido das complexidades inerentes ao uso tecnológico, passa a ser indispensável que a regulamentação desses modelos laborais, quando vierem a surgir, seja compatível com a realidade que se apresentará, já que a mera importação normativa para o ordenamento interno pode não ser suficiente para se englobar o contexto sócio-laboral brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. N. C.; MENDONÇA, M. L. C. A. Novas morfologias de trabalho: proteção legal e desafios pós-contemporâneos. **Revista Pensar**, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2019.9100>. Acesso em: 13 out. 2019.

ALVES, A. C. Direito, trabalho e vulnerabilidade. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 111-139, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 24 nov. 2019.

ANDRÉ, R. G.; SILVA, R. O.; NASCIMENTO, R. P. “Precário não é, mas eu acho que é escravo”: análise do trabalho dos motoristas da Uber sob o enfoque da precarização. **Revista Eletrônica de Ciência Administrativa**, v. 18, n. 1, p. 7-37, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21529/RECADM.2019001>. Acesso em: 23 nov. 2019.

BERG, J. et al. **Digital labour platforms and the future of work: towards a decent work in the online world**. International Labour Organization, 2018. Disponível em: [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_645337/lang--en/index.htm,%20p.%20105-111](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm,%20p.%20105-111). Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário nº 0010806-62.2017.5.03.0011**. Recorrente: Eustaquio da Paixão Dias, Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Luiz Antônio de Paula Iennaco. Data 17/07/19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-minas-reconhece-vinculo.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

CALIFORNIA. **Assembly Bill No. 5**. Legislative information. Disponível em: [http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201920200AB5](http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5). Acesso em: 17 out. 2019.

CALIFORNIA. Supreme Court of California. **Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles (2018) 4 Cal.5th 903 (Dynamex)**. Julgado em: 30 abr. 2018. Disponível em: <https://scocal.stanford.edu/opinion/dynamex-operations-west-inc-v-superior-court-34584>. Acesso em: 25 nov. 2019.

CANOTILHO, J. J. G. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia. **Rev. Trib. Reg. Fed. 1ª Região**, Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019. Disponível em: <http://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/17>. Acesso em: 13 out. 2019.

CEZAR, F. G. **Valores constitucionais de proteção do trabalhador em face da automação**: análise tópica dos argumentos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35368>. Acesso em: 25 nov. 2019.

CHOUDARY, S. P. **The architecture of digital labour platforms: policy recommendations on platform design for worker well-being**. 2018. International Labour Office. Disponível em: [https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/publications/research-papers/WCMS\\_630603/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/publications/research-papers/WCMS_630603/lang--en/index.htm). Acesso em: 13 out. 2019.

DE STEFANO, V.; ALOISI, A. Fundamental labour rights, platform work and human-rights protection of non-standard workers. **Bocconi legal studies research paper series**, n. 1, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/323766255>. Acesso em: 24 nov. 2019.

DE STEFANO, V. **The rise of the “just-in-time workforce”**: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”. International Labour Office, conditions of work and employment series n. 71, 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS\\_443267/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_443267/lang--en/index.htm). Acesso em: 21 nov. 2019.

DINIZ, A. P. S.; VARELA, M. G. A. Doutor, por que sou trabalhador autônomo?. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Ano V, n. 9, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/130418>. Acesso em: 18 nov. 2019.

FELICIANO, G. G.; PASQUALETO, O. Q. F. **(Re)descobrimo o direito do trabalho: gig economy**, uberização do trabalho e outras reflexões. 2019. Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2019/O\\_TRABALHO\\_NA\\_GIG\\_ECONOMY\\_-\\_Jota\\_2019.pdf](https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2019/O_TRABALHO_NA_GIG_ECONOMY_-_Jota_2019.pdf). Acesso em: 19 nov. 2019.

FLORIDI, L. Soft ethics and the governance of the digital. **Philosophy & Technology Journal**, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s13347-018-0303-9>. Acesso em: 11 out. 2019.

GARBEN, S. **Protecting workers in the online platform economy**: an overview of regulatory and policy developments in the EU. European Agency for Safety and Health at Work, 2017. Disponível em: <https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/regulating-occupational-safety-and-health-impact-online-platform/view>. Acesso em: 13 out. 2019.

GRAGLIA, M. A. V.; LAZZARESCHI, N. A indústria 4.0 e o futuro do trabalho: tensões e perspectivas. **Revista Brasileira de Sociologia**, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20336/rbs.414>. Acesso em: 11 out. 2019.

ILO. **Digital labour platforms and the future of work**: towards decent work in the online world. 2018. Disponível em: [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_645337/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm). Acesso em: 13 out. 2019.

KOVÁCS, E. Regulatory techniques for ‘Virtual Workers’. **Hungarian Labour Law e-Journal**, 2017. Disponível em: [http://www.hllj.hu/letolt/2017\\_2\\_a/A\\_01\\_EKovacs\\_hllj\\_2017\\_2.pdf](http://www.hllj.hu/letolt/2017_2_a/A_01_EKovacs_hllj_2017_2.pdf). Acesso em: 13 out. 2019.

MARTINS, A. C. T.; MIRANDA, M. G. Capital social, precarização e uberização do trabalho. **LexCult**, v. 1., n. 1, p. 93-108, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.30749/2594-8261.v1n1p93-108>. Acesso em: 23 nov. 2019.

MENDES, F. S.; CERROY, F. M. **Economia compartilhada e a política nacional de mobilidade urbana**: uma proposta de marco legal (Texto para Discussão nº 185). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, CONLEG, Senado Federal, nov. 2015. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 11 out. 2019.

MORAES, J. L. Liberdade, conectividade e precariedade: breves apontamento teóricos sobre a uberização da economia. **Boletim de informações FIPE**, n. 433, outubro/2016. Disponível em: <https://www.fipe.org.br/pt-br/publicacoes/bif/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

NORONHA, M. A. **Economia compartilhada e desafios de regulação**: uma tipologia para regulações de plataformas tecnológicas de transporte individual. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18305>. Acesso em: 18 nov. 2019.

RENAUX, P. **Desemprego cai para 11,8% com informalidade atingindo maior nível da série histórica**. Agência IBGE Notícias, 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25534-desemprego-cai-para-11-8-com-informalidade-atingindo-maior-nivel-da-serie-historica>. Acesso em: 24 nov. 2019.

SILVA, J. C. T.; CECATO, M. A. B. A uberização da relação individual de trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro. **Cadernos de Direito Actual**, n. 7, 2017. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/227>. Acesso em: 20 out. 2019.

TODOLÍ-SIGNES, A. The ‘gig economy’: employee, self-employed or the need for a special employment regulation?. **Transfer: European review of labour and research**, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1024258917701381>. Acesso em: 11 out. 2019.

UK. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. **Case No. A2/2017/3467**. Recorrente: Uber B.V., Uber London Limited e Uber Britannia Limited. Recorrido: Yaseen Aslam, James Farrar, Robert Dawson e outros. Data: 19/12/2018. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/2748.html>. Acesso em: 25 nov. 2019.

VILLANOVA, A. L. I. **Modelos de negócio na economia compartilhada**: uma investigação multi-caso. Dissertação - Mestrado Executivo em Gestão Empresarial, Faculdade Getúlio Vargas, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15184>. Acesso em: 11 out. 2019.



# SUCESSÃO SOCIETÁRIA

## *SOCIAL SUCCESSION*

Saulo Bichara Mendonça\*

Jorge Luiz Lourenço das Flores\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Sociedades: simples e empresárias. 3 Affectio societatis. 4 Sucessão societária. 5 Influência do princípio da função do contrato e princípio da função social da empresa. 6 Considerações finais. Referências

**RESUMO:** O presente estudo se propõe a analisar a sucessão societária, regulada pelo Código Civil, à luz dos princípios da função social do contrato e da função social da empresa, ambos de matriz constitucional, considerando-se a affectio societatis como elemento intersubjetivo de caráter abstrato pelo qual os sócios se aproximam e se mantêm unidos em torno do anseio que os inspira a constituir sociedades nos termos regulamentadas pelo Código Civil. Assim, questiona-se se a interpretação do artigo 1.028 do Código Civil à luz dos referidos princípios permite a necessária proteção ao elemento intersubjetivo essencial a manutenção da sociedade? E se a interpretação do referido dispositivo legal se dá de forma diferenciada, em relação às sociedades empresárias e às sociedades simples, assim definidas pelo artigo 982 do Código Civil? Ressalta-se que, não há a pretensão de exaurir o tema em todas as suas vertentes, sabendo que o mesmo também pode ser escrutinado pelo viés administrativo e fiscal, além de poder proporcionar reflexos no âmbito das relações pessoais e familiares; o presente estudo se limita a debater academicamente as implicações contratuais decorrente do óbito de um dos sócios que compõem a sociedade limitada.

**Palavras-chave:** quotas. sócios. sucessão societária.

**ABSTRACT:** *The present study proposes to analyze the corporate succession, regulated by the Civil Code, in the light of the principles of the social function of the contract and the social function of the company, both of constitutional matrix, considering the affectio societatis as an*

\* Pós-doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Público e Relações Privadas e em Direito do Trabalho pela UNIFLU. Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense – Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé. Coordenador do Grupo de Estudo em Direito e Sustentabilidade Econômica.

\*\* Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Fluminense. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Linguística do Texto pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Amazonas. Advogado sênior de Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. Professor e Decano do Departamento de Direito de Macaé do Instituto de Ciências da Sociedade - Macaé da Universidade Federal Fluminense.

Artigo recebido em 25/02/2018 e aceito em 19/10/2020.

**Como citar:** MENDONÇA, Saulo Bichara; DAS FLORES, Jorge Luiz Lourenço. Sucessão societária. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 217-232. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*intersubjective element of abstract character by which the partners approach and remain united around the desire that inspires them to form companies under the terms regulated by the Civil Code. Thus, it is questioned whether the interpretation of article 1.028 of the Civil Code in the light of the referred principles allows the necessary protection to the intersubjective element essential to the maintenance of society? What if the interpretation of the said legal provision occurs in a different way, in relation to business companies and simple companies, as defined by Article 982 of the Civil Code? It is noteworthy that, there is no intention to exhaust the topic in all its aspects, knowing that it can also be scrutinized by administrative and fiscal bias, in addition to being able to provide reflexes in the scope of personal and family relationships; the present study is limited to academically debating the contractual implications resulting from the death of one of the partners that make up the limited partnership.*

**Keyword:** *quotas. partners. corporate succession.*

## INTRODUÇÃO

A leitura do art. 1.028 do Código Civil permite verificar que a partir dos contratos sociais, com base nos quais as sociedades são formalmente constituídas e personificadas tão logo se dê o registro em órgão competente (registro civil de pessoas jurídicas para as sociedades simples e junta comercial para as sociedades empresárias), os sócios possuem autonomia para decidir como proceder em caso de óbito de um deles.

Os termos legais são postos em tributo à autonomia da vontade e à liberdade que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XX, concede aos sócios, autorizando-os a decidir, quando da celebração do contrato social, sobre como se dará a perpetuação ou dissolução (parcial ou total) da sociedade quando o evento morte acometer um dos subscritores do ato constitutivo societário, rompendo-se o vínculo societário e, conseqüentemente ferindo a *affectio societatis*.

A partir das questões postas no epítome propõe-se, inicialmente, as premissas que partem da hipótese positiva e negativa, respectivamente, considerando que a autonomia da vontade dos sócios é fomentada pelos termos legais postos, muito embora esta possa ser mitigada pelos contornos atribuídos às sociedades, de forma variada, considerando sua natureza jurídica, se simples ou empresárias, nos termos da lei.

Em atenção aos termos postos, verifica-se que o presente estudo se justifica pela imprescindibilidade acadêmica de compreender a sistemática dos princípios envolvidos de modo que as variáveis possam ser analisadas de forma pragmática pelos signatários do contrato social, quando da estipulação da cláusula que se destinará a solucionar uma questão sucessória a ser, provavelmente, enfrentada por eles, caso a sociedade perdue ao longo do tempo.

Por essa razão, faz-se uso de uma metodologia que busca embasamento teórico, legal e jurisprudencial para condução e formação do raciocínio que visa escrutinar as hipóteses postas ante as possibilidades legais postas aos sócios quando da necessidade de refletir sobre a sucessão societária.

## 1 SOCIEDADES: SIMPLES E EMPRESÁRIAS

As sociedades se constituem a partir do encontro de vontade dos sócios que se unem, compondo-a; esse entendimento se extrai da leitura do artigo 981 do Código Civil que, no dispositivo subsequente, classifica as sociedades de acordo com sua natureza jurídica e estrutura econômica, sendo empresárias, as que desenvolvem atividade própria de empresários, nos termos do art. 966 do Código Civil; e simples, as demais, mesmo que desenvolvam atividades econômicas. A sociedade simples não é impedida de desenvolver atividade econômica, só não o faz como as empresárias que devem desenvolvê-las de forma profissional e economicamente organizada, visando o lucro como remuneração do capital investido na atividade empresarial.

O conceito posto possuía exceções como a subsidiária integral e a unipessoalidade incidental, mas recentemente a Lei nº 13.874/19, conhecida como lei da liberdade econômica, acrescentou os §§1º e 2º ao art. 1.052 do Código Civil, passando a permitir que as sociedades limitadas possam ser constituídas por uma única pessoa, por regra e não exceção. Contudo, essa questão demanda outro estudo, mais aprofundado e com objeto próprio, o que, neste momento, não está contido no objetivo posto para este trabalho.

Há quem entenda, contudo, que a distinção entre sociedades simples e empresária tenha se tornado obsoleta, sob a alegação de que “não há sociedade sem pessoas, nem sem capital” (ABRÃO, 2000, p. 35); embora esse raciocínio tenha sua lógica no fato de ambas desenvolverem atividades econômicas, não se pode ignorar o caráter *intuito personae* das sociedades simples, fator que as distingue das sociedades empresárias que tem natureza *intuito pecuniae*.

Por que a separação entre organizações empresárias e não empresárias, quando todas são destinadas ao exercício de atividades econômicas e partilha de resultados? Que benefício há em manter, e a repetição, conquanto enfadonha é necessária, a antiga distinção entre atividades comerciais e

civis? Mais simples seria excluir a aplicação de certas normas às empresas civis, como, por exemplo, a falência, e unificar, acolhendo todas as atividades econômicas organizadas sob a égide da empresa. com isso, a distinção entre sociedades (de fins econômicos) e associações (de finalidades não econômicas) ficaria mais nítida. Melhor do que impor à sociedade (pessoa jurídica) que vier a exercer a empresa a adoção de um dos tipos legais previstos no Código Civil. De acordo com a legislação brasileira de 2002, nem toda organização da atividade econômica é empresa, nem todo organizador dessa atividade é empresário. Logo, nem todas as organizações econômicas devem ser registradas no Registro de Empresas, destinado que é a arquivar documentos referentes apenas às atividades consideradas empresárias. A aquisição de personalidade jurídica por sociedades não empresárias dependerá de depósito do instrumento de contrato no Registro Público de Pessoas Jurídicas no qual também as associações devem depositar o instrumento de constituição, bem assim alterações posteriores. (SZTAJN, 2010, p. 124-125)

Essa característica das sociedades simples, ou de pessoas, como preferem alguns autores, permite observar que o “rompimento da *affectio societatis* toma contornos mais dramáticos” (BRUSCATO, 2011, p. 203), ao contrário das sociedades empresárias ou de capitais, onde a ênfase no *intuitu pecuniae* tende a tornar as decisões, mesmo as relacionadas à dissolução societária, mais objetivas, caracterizadas por um pragmatismo focado na eficiência dos resultados econômicos, financeiros e patrimoniais a serem produzidos pela sociedade empresária.

As sociedades de pessoas têm no relacionamento entre os sócios a sua razão de existir. A vinculação entre os sócios funda-se no *intuitu personae*, ou seja, na confiança que cada um dos sócios deposita nos demais. As cotas são, assim, intransferíveis, a fim de que não ingresse um estranho na sociedade.

Na sociedade de capitais inexistente esse personalismo. A cada um dos sócios é indiferente a pessoa dos demais. O que ganha relevância nessa categoria de sociedades é a aglutinação de capitais para um determinado empreendimento.

Desse modo, enquanto na sociedade de pessoas o quadro social deve manter-se constante, na sociedade de capitais a mutabilidade dos sócios é a regra. (BORBA, 2012, p. 80)

Desta forma, ao refletir sobre as cláusulas de um contrato social é preciso compreender que a estrutura econômica e a estrutura jurídica das sociedades são elementos distintos que a compõem e influem nos contornos a serem atribuídos ao texto contratual.

Ambas as sociedades, simples e empresária, desenvolvem atividade econômica, mas a última o faz com intuito de auferir lucro, tal qual o empresário descrito no artigo 966 do Código Civil, propondo-se a uma atividade profissional e economicamente organizada, ao passo que, a atividade econômica desenvolvida pela sociedade simples destina-se tão somente à sua constituição e manutenção regular de suas finalidades institucionais, não havendo primazia dos sócios em proceder de forma que haja lucro a ser partilhado quando da apuração do balanço patrimonial consolidado (da escrituração contábil como um todo).

Esta distinção quanto à estrutura econômica justifica os termos do artigo 1.150 do Código Civil que direciona o registro das sociedades simples ao registro civil das pessoas jurídicas e o das sociedades empresárias ao registro público de empresas mercantis, a cargo das juntas comerciais, atentando aos termos da Lei nº 8.934/94; cada órgão é responsável pelo registro de um tipo de sociedade conforme seus objetivos e natureza.

Importante ressaltar que, embora sejam sociedades simples, as cooperativas também devem ser registradas nas juntas comerciais, em razão do artigo 18 da Lei nº 5.764/71 e artigo 32, II, a da Lei nº 8.934/94; assim como as sociedades de advogados, também sociedades simples, devem ser registradas na seccional da Ordem dos Advogados do Brasil onde esteja localizada a sede da referida sociedade, em atenção aos artigos 15, §1º e 16 da Lei nº 8.934/94. Tais exceções se justificam pela preferência que as leis especiais têm sobre as gerais.

Vê-se que a estrutura econômica, em regra, não influi sobre o tipo jurídico de sociedade a ser constituído, salvo as sociedades por ações, que sempre são empresárias (art. 2º, §1º da Lei nº 6.404/76), e assim, a regra geral não impõe um tipo específico às sociedades simples e outro, às empresárias; o que faz necessário verificar com atenção o real intuito dos sócios para designar corretamente qual o objeto social a ser desenvolvido, fato que influenciará no ato de registro do contrato social (se no Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou na Junta Comercial) e nos registros contábeis a serem realizados, indicando a existência ou inexistência de lucros a partilhar ou prejuízos a suportar de acordo com o tipo de responsabilidade patrimonial assumida pelos sócios em cada sociedade especificamente.

Mesmo as sociedades de natureza jurídica híbrida, como as limitadas, que possuem características tanto de sociedade simples como de empresária, terá uma tendência maior para um ou outro aspecto, o que conduzirá o registro num ou noutra órgão dentre os elencados.

Provindo de duas espécies diferentes – sociedades de pessoas e sociedades de capital –, por isso que híbrida, possui a sociedade limitada a simplicidade das primeiras, com as vantagens das segundas. Constitui-se por simples contrato, segundo os preceitos do art. 1.054 do N. Código Civil, tal qual as sociedades de pessoas. Nela assume especial relevo o relacionamento pessoal entre os sócios, traço inequivocamente marcante das sociedades de pessoas. Por outro lado, tal qual as sociedades de capital, atribui aos sócios responsabilidade limitada, aplicando-se-lhes, supletivamente dispositivos da Lei das Sociedades Anônimas. (ALMEIDA, 2005, p. 125)

Uma vez registrada estará a sociedade legal e formalmente constituída, e sua natureza jurídica efetivamente declarada, a despeito de qual for; não sendo uma companhia de capital aberto, será reconhecida a existência da *affectio societatis*, o que implicará, sobretudo nas sociedades contratuais, em reflexos sucessórios em caso de óbito de um dos sócios, como se verifica.

## 2 AFFECTIO SOCIETATIS

Não obstante a *affectio societatis* não possua previsão legal, o reconhecimento de sua existência e relevância é imprescindível para formação da vontade coletiva de constituir e manter em funcionamento uma sociedade.

Sendo os contratos de sociedades (simples ou empresárias) um negócio jurídico plurilateral (ASCARELLI, 2008), onde os signatários, dois ou mais, possuem direitos e obrigações ante a sociedade em si, em quantidade proporcional aos investimentos feitos para sua instituição, a existência prévia deste *animus* é essencial, não apenas para a formação da sociedade, mas para que a existência desta se protraia no tempo, permitindo melhor e mais ampla percepção dos resultados econômicos e/ou sociais produzidos.

Vê-se a *affectio societatis* como a disposição, o propósito, o ânimo que converge ao de outra pessoa com a qual se propõe desenvolver uma

atividade econômica em sociedade, a despeito de simples ou empresária, sendo que, nesta última, o interesse tem foco na pretensão de obter remuneração do capital investido, a título de lucro a ser verificado com o desenvolvimento da atividade empresária em si.

Há, porém, quem rejeite a imprescindibilidade da presença deste elemento intersubjetivo para a consolidação e manutenção da sociedade.

Se, porém, por *affectio societatis* se compreende o consentimento dos contratantes, que é imprescindível à formação de qualquer contrato, sendo evidente que para constituir uma sociedade hão de ter as partes a intenção de formá-la, a expressão clássica de *affectio societatis* é, como salientam Paul Pic e Jean Kréher, das mais equívocas. (BORGES, 1959, p. 18)

Registre-se, contudo, que tal posicionamento tende a ser minoritário, haja vista que, “a negação da *affectio societatis* como elemento caracterizador da sociedade decorre da modificação do conceito de sociedade, a feição institucional conferida pela personalidade jurídica, pela imunidade aos princípios contratuais e pela função social da empresa” (LEITE JÚNIOR, 2006, p. 108).

Ora, se o direito empresarial se constrói por indução, através da observação das realidades e das práticas de sua matéria de competência, incorporar a noção da *affectio societatis* como elemento formador da sociedade está de acordo com os princípios científicos que o orientam. (BRUSCATO, 2011, p. 193)

Outro ponto que contribui para a negativa da desnecessidade da *affectio societatis* é que, apesar da inexistência de regulamentação legal de seu conceito e parâmetro, verificam-se na presença de vários pontos correlatos ao direito societário.

O elemento de confiança é visível em diversas regras supletivas do novo direito societário, como a impossibilidade de cessão de cotas sem o consentimento dos demais sócios (art. 1.003) e alteração dos estatutos, em princípio por unanimidade (art. 999); a impossibilidade de substituição de qualquer sócio no exercício de suas funções, sem consentimento dos outros e modificação estatutária (art. 1.002); a obrigação de não-concorrência ou a exigência de dedicação exclusiva (art. 1.006); a restrição do acesso de credor do sócio à sociedade, permitindo-se a penhora dos

fundos líquidos, ou seja, a cota na reserva de lucros e na participação no acervo, em caso de liquidação (art. 1.026). (LEITE JÚNIOR, 2006, p. 110-111).

Isso porque, como assevera Wilges Bruscato, em sua criteriosa análise acerca do tema, “o contrato de sociedade, embora tenha muitas confluências com os contratos em geral, é um contrato peculiar, considerando a relevância do seu ajuste, que se projeta no tempo e traz profundas implicações à vida pessoal dos sócios” (2011, p. 192), tanto assim que a jurisprudência admite retirada do sócio que deixou de ter o *animus* de manter sociedade com outro(s).

Dissolução da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Não se dá *ad nutum* de sócio dissidente, mesmo que seja constituída por tempo indeterminado, senão os termos do contrato, cujas cláusulas devem ser rigorosamente observadas, principalmente se a exclusão da empresa pode atingir interesses de obreiros a quem a lei outorga, proteção excepcional – constituição jurisprudencial que, sem quebra do princípio de liberdade, permite a retirada do sócio, que haja perdido a *affectio societatis*, com pleno ressarcimento e quitação, para que a sociedade continue – recurso conhecido e provido em termos. (STF, RE 50659 RJ).

A compreensão deste fato permite que, ao redigir o contrato social, faça-se previsão de soluções para possíveis demandas decorrentes da quebra da *affectio societatis* seja por razão *causa mortis* ou não, de forma a permitir que, se for o caso, persista o desenvolvimento da atividade empresarial apesar da dissolução da sociedade, em tributo ao princípio da preservação ou continuidade da empresa e ao princípio da função social da empresa.

Ou seja, a proposta é que a atividade desenvolvida pela instituição societária persista apesar do rompimento da *affectio societatis* que unia os sócios, a fim de dar continuidade à produção ou prestação de serviços por parte da instituição societária, o que permitiria a continuidade do atendimento das demandas dos consumidores, a continuidade das relações de trabalho e emprego, a manutenção do fato gerador tributário e a realização da função social da empresa, no caso da continuidade da sociedade empresária.

### 3 SUCESSÃO SOCIETÁRIA

A lei regulamenta a sucessão societária em atenção ao princípio da autonomia da vontade, permitindo que, em caso de morte de sócio sua quota seja liquidada, salvo se o contrato social dispuser de forma diferente, se os sócios remanescentes optarem pela dissolução (parcial ou total) da sociedade; ou, se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido no quadro de composição societária. Assim o artigo 1.028 do Código Civil dispõe sobre as alternativas postas em caso da morte de um sócio.

As hipóteses supra não se confundem com o disposto no artigo 1.027 do Código Civil, que impede que os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, exijam, desde logo, a parte que lhes couber na quota social, autorizando-os concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade. Ou seja, neste caso, tem-se os direitos patrimoniais dos herdeiros de sócios falecido ante a sociedade que lhes deve proporcionar participação nos lucros até que a quota social seja liquidada.

Em ambos os casos o legislador demonstrou preocupação com os direitos patrimoniais de terceiros não-sócios, sem arriscar lesionar os direitos dos sócios, decorrentes da relação jurídica construída a partir da *affectio societatis*.

Tem-se então que atentar para três gamas de direitos de titulares distintos: os direitos dos sócios remanescentes, de manter a integridade da estrutura societária; os direitos dos titulares do espólio do sócio falecido, que devem receber o quantitativo correspondente as suas quotas; e, o direito da instituição societária em si, de persistir no desenvolvimento de suas atividades e atendimento dos que são direta ou indiretamente dependentes do objeto social ao qual se destina.

Cabe, aos interessados, decidir sobre como proceder sem prejudicar a atividade econômica desenvolvida pela sociedade, seja simples ou empresária, em respeito aos princípios da função social do contrato e função social da empresa, considerando que os reflexos sociais gerados pelo contrato social e pela empresa em si são percebidos pelos herdeiros do sócio falecido; pelos colaboradores da instituição societária, sejam diretos (empregados) ou indiretos (trabalhadores autônomos); pelos consumidores dos produtos ou serviços prestados pela sociedade e pelo Estado, na condição de titular de direitos tributários originários da atividade desenvolvida pela sociedade.

A relação contratual é construída pelos signatários da sociedade, mas seus efeitos são percebidos por terceiros, de forma direta ou por via transversa, como colaboradores da empresa, consumidores e os cidadãos que compõem a comunidade na qual a atividade em tela é desenvolvida, eis que “o contrato deve ser vislumbrado como um fato social, que não pode ser ignorado por terceiros, e os contratantes tampouco podem pretender que não haja repercussões sociais para além dos contratantes” (GAMA e PEREIRA, 2008, p. 90).

A razão disso fica clara se compreendermos que a função econômica do direito contratual moderno é facilitar transações nas quais uma ou ambas as partes levam um tempo considerável para cumprir suas obrigações [...] uma importante função dos contratos é fazer recair sobre uma das partes o risco das variações de preço. (POSNER, 2010, p. 216-217)

Neste sentido, em caso de morte de sócio, o Código Civil determina que a sua quota liquidar-se-á em favor de seus herdeiros, salvo se o contrato dispuser diferentemente, garantindo a livre manifestação da vontade autônoma dos sócios que também podem dispor no sentido de que os sócios remanescentes venham a optar pela dissolução da sociedade ou entabular acordo com os herdeiros no sentido de que venham substituir o sócio falecido, regulamentando a socialização de uma das hipóteses a ser escolhida, muito embora a eficácia da função social não tenha sido objeto de regulamentação. “Não há como editar regras específicas sobre a multiplicidade de setores da economia que exigem dos contratantes uma postura ativa como corolário da função social” (BRANCO, 2009, p. 253).

Além de tutelar a autonomia da vontade dos sócios, o artigo 1.028 do Código Civil reverencia, concomitantemente, a função social da empresa, posto que, mesmo que haja apenas dois sócios divergentes entre si, as alternativas postas não determinam a extinção da atividade econômica em si, a despeito de ser empresária ou simples, quando muito que se dê a dissolução parcial da sociedade, o que não impede a continuidade da atividade que está sendo desenvolvida, mesmo que por um dos então signatários.

Neste caso, a liquidação deve atentar ao preceito contido no artigo 1.031 do Código Civil, procedendo-se a regular apuração de haveres e registro da redução do capital social e eventual conversão da sociedade em empresa individual de responsabilidade limitada ou EIRELI que pode ser

alternativa nos casos de transformação da sociedade simples dissolvida, considerando os termos do artigo 980-A, §5º, do Código Civil que “permite a instituição de EIRELI para serviços de “qualquer natureza”, o que permite ao interprete fundamentar que pode ser empregada inclusive para os de natureza simples.” (MENDONÇA e ARRUDA, 2016, p. 589).

Frisa-se que o procedimento da apuração de haveres consiste no levantamento de todo o patrimônio da sociedade, subtraindo-lhe as despesas existentes no momento da dissolução da sociedade, reservando patrimônio para honrá-las adequadamente para que se possa partilhar o patrimônio líquido remanescente entre os então sócios, garantindo que os dissidentes (seu espólio ou herdeiros) não sofram empobrecimento injustificado ou locupletamento ilícito.

O silêncio do contrato sugere a liquidação da quota, apurando-se o seu valor para posterior entrega ao espólio ou herdeiros; ressalva-se que, mesmo dispondo, o contrato, pelo ingresso dos herdeiros, não são os demais sócios obrigados a manter-se na sociedade, sendo essa uma alternativa, tal como a de transferir as quotas a terceiros, estranhos ao quadro societário e de herdeiros, que venham pagar ao espólio pelas quotas.

Destarte, a mesma liberdade permissiva também limita, pois ao mesmo tempo em que se garante a plena autonomia do particular, sobretudo nas relações contratuais, assegura-se a liberdade quanto ao não estar impedido, no que se confere ao exercício da liberdade pelo outro, ao que se concede a todos a mesma liberdade. (AMARAL, 2008, p. 48)

O direito à herança não corresponde ao direito de ser sócio, bem como “não cabe ao juiz decidir nos autos do inventário o ingresso ou questão pertinente à forma de proveito” (RIZZARDO, 2014, p. 162); ou seja, se por um lado a legislação evidencia a função social do contrato, por outro, não nega a função social da empresa, em seus caracteres endógeno e exógeno.

A função social da empresa se vincula, pois, de sorte imediata, à atividade empresarial desenvolvida e pode ser dividida em duas espécies: endógena e exógena, de acordo com os fatores desenvolvidos.

A função social de caráter endógeno diz respeito aos fatores empregados na atividade empresarial no interior da produção. Assim fazem parte dessa espécie as relações trabalhistas desenvolvidas no âmbito empresarial; o ambiente no qual o trabalho é exercido; os interesses dos sócios da empresa não implícitos na relação administrador-sócio etc.

Já a função social da empresa em seu perfil exógeno leva em conta os fatores externos à atividade desenvolvida pela empresa. Nesse sentido, são compreendidos nessa espécie de incidência da função social da empresa: concorrentes; consumidores; e, o meio ambiente.” (AMARAL, 2008, p. 119)

Acredita-se que o avanço dos debates a partir do Projeto de Lei nº 6.104/2019 que propõe, dentre outras alterações no Código Civil, a regulamentação das quotas preferenciais, poderá permitir uma melhor instrumentalização da sucessão societária.

Em que pese a possibilidade de criação de cotas preferenciais estabelecida pelo IN 38/17 do DREI, a realidade nas Juntas Comerciais é outra. Na prática, não há homogeneidade na interpretação de tais órgãos de atuação estadual, gerando risco de quebra de isonomia na atuação empresarial em todo território nacional. (PROJETO DE LEI Nº 6.104/2019)

Há autores que entendem haver liberdade contratual para que uma sociedade limitada emita quotas preferenciais sem direito ao voto ou com restrição a este direito, desde que não caracterize pacto leonino, podendo tais preferencias consistirem em:

- a) uma determinada preferência na distribuição dos lucros;
- b) que as quotas preferenciais tenham um percentual de recebimento superior às quotas ordinárias;
- c) que esse percentual superior seja exercido por um determinado número de exercícios sociais;
- d) no recebimento preferencial no caso de liquidação da sociedade;
- e) na preferência consentida aos titulares de determinadas quotas na subscrição de novas quotas, no caso de aumento de capital de tal modo que nada impede que a opção seja reservada a determinados sócios ou determinada categoria de sócios. (SIMIONATO, 2009, p. 601)

Em sendo aprovado e sancionado, o quotista preferencialista será respeitado em seu perfil meramente investidor, desde que renuncie totalmente ao direito de voto, colocando-se na condição de titular do direito de receber dividendos proporcionais ao montante investido.

Ou seja, o quotista preferencialista se apresentaria como um investidor isento do dever de praticar atos de gestão ou proceder a qualquer medida executiva em nome da sociedade limitada, fato que, em caso de óbito do sócio quotista preferencialista, bastaria a transferência das quotas aos herdeiros ou sua liquidação em benefício do espólio e posterior partilha

entre os herdeiros dos valores auferidos com a sua liquidação, com efetiva “interpretação das leis e contratos em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade” (PROJETO DE LEI Nº 6.104/2019).

#### **4 INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO DO CONTRATO E PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

No caso da sociedade empresária, especificamente, tem-se por certo que a atividade empresária não pode representar um ônus para a sociedade na qual se desenvolve e a qual se explora economicamente.

Num sistema capitalista, para que se atinja a justiça social, o trabalho humano deverá ser valorizado, mas a livre iniciativa também deverá se efetivar, bem como os demais princípios. Logo, a fim de encerrar ao menos a discussão sobre a indubitável função social atribuída à empresa [...] admitir a função social existente na sociedade empresária é imprimir ao empresário, ao menos no que concerne às atividades da empresa que dirige, o dever (função) de observar todos os princípios elencados no artigo 170 da Constituição Federal.

Destarte, da mesma forma que o Estado brasileiro assegura a livre iniciativa, a livre concorrência e a propriedade privada, não pode deixar de atrelar a atividade empresarial ao respeito para com a soberania nacional, a atenção aos consumidores, a preocupação e responsabilidade nas questões ambientais. Enfim, ao mesmo tempo em que se tutela a atividade empresarial, há de se garantir por meio do texto constitucional, a continuidade de uma sociedade equilibrada, a fim de que se atinja, por meio de intermédio da ordem econômica, o objetivo de se dar vida digna a todos os cidadãos brasileiros. (AMARAL, 2008, p. 122-123)

Deve fazer parte da essência daquele que se propõe a desenvolver atividade empresária, seja de forma individual ou por meio de sociedade, a necessidade de conciliar seu intuito de lucro com os interesses públicos e coletivos imprescindíveis à subsistência e coexistência digna entre investidores, produtores e consumidores.

Neste sentido, a função social da empresa deriva da função social do contrato, ou seja, é preciso que a empresa aufera lucro para que tenha meios de honrar os compromissos patrimoniais que assumi com terceiros de boa-fé ao se propor desenvolver determinada atividade de forma

econômica e profissionalmente organizada, tal como os signatários de um contrato são responsáveis pelos efeitos circunstanciais que o instrumento proporciona ou pode proporcionar a terceiros.

Ou seja, a despeito dos direitos dos herdeiros do sócio falecido, há uma preocupação em manter a funcionalidade da atividade empresária, considerando-se a importância de seus reflexos sociais, as externalidades, e não apenas os efeitos econômicos, responsáveis por inspirarem o investimento por parte dos sócios.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como mencionado, o presente estudo não teve a pretensão de exaurir o tema em todas as possíveis variáveis pelas quais ele pode ser escrutinado, atendo-se, apenas, ao questionamento acerca dos contornos que se pode verificar a partir da interpretação do artigo 1028 do Código Civil à luz dos princípios da função social dos contratos e da função social da empresa ante ao anseio de tutelar a *affectio societatis*, considerando as idiosincrasias que distinguem as sociedades empresárias das sociedades simples, tais quais definidas em lei.

Por final, considera-se que as hipóteses iniciais foram confirmadas pelo estudo realizado, no sentido de que os termos, nos quais a sucessão societária é regulamentada pelo artigo mencionado, permitem que se verifique a tutela da *affectio societatis*, sem contudo interferir na continuidade da atividade econômica, seja empresária ou não, eis que, mesmo que o óbito de um sócio implique na dissolução da sociedade e entrega de sua quota-parte aos seus herdeiros, não há determinação legal no sentido de que a atividade econômica seja extinta em razão deste fato, podendo esta subsistir através da mesma sociedade com quadro societário remodelado ou através da empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli).

## REFERÊNCIAS

ABREU, N. **Sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA, A. P. **Manual das sociedades comerciais: direito de empresa**. 15. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil e a Lei nº 10.303/2001 (S/A). São Paulo: Saraiva, 2005.

AMARAL, L. F. C. P. **A função social da empresa no direito constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

ASCARELLI, T. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008.

BRANCO, G. L. C. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORBA, J. E. T. **Direito societário**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BORGES, J. E. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BRASIL. **Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm).

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm).

BRASIL. **Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8934.htm).

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm).

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm).

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm).

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.104 de 2019**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a criação de cotas preferenciais sem voto em sociedade do tipo limitada. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1835870&filename=PL+6104/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835870&filename=PL+6104/2019).

BRUSCATO, W. **Manual de direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, G. C. N.; PEREIRA, D. Q. Função social do contrato. *In*: GAMA, G. C. N. (Coord.) **Função social no direito civil**. 2. ed. **São Paulo: Atlas, 2008**.

LEITE JÚNIOR, C. A. G. **Affectio Societatis**: na sociedade civil e na sociedade simples. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDONÇA, S. B.; ARRUDA, P. G. A inobservância dos termos fundamentais da teoria da empresa por normas positivadas: estudo de caso da EIRELI constituída para fins não empresariais. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v. 4, n. 45, Curitiba, 2016.

POSNER, R. A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva, revisão da tradução Anibal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RIZZARDO, A. **Direito de empresa**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SIMIONATO, F. A. M. **Tratado de Direito Societário**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. (v. 1.)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. **RE 50659 RJ**. Relator: Min. Antonio Villas Boas, j. 11 set. 1962, DJ 18 out. 1962, p. 3048.

SZTAJN, R. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. 2. ed. **São Paulo: Atlas, 2010**.

# **DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO: IMPACTOS PROMOVIDOS NA INSERÇÃO E PERMANÊNCIA DAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO**

## *SEXUAL DIVISION OF LABOUR: IMPACTS PROMOTED ON THE INSERTION AND PERMANENCE OF WOMEN IN THE LABOUR MARKET*

Camyla Galeão de Azevedo\*

Ney Maranhão\*\*

Loiane Prado Verbicaro\*\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O conceito clássico de cidadania e a divisão sexual do trabalho. 3 As desigualdades no mercado de trabalho. 4 Reflexos da divisão sexual do trabalho na inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho. 5 Conclusão. Referências.

\* Mestra em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Advogada.

\*\* Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo, com estágio de Doutorado-Sanduiche junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Roma/La Sapienza (Itália). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (Cadeira nº 30). Professor Coordenador do Grupo de Pesquisa Contemporaneidade e Trabalho - GPONTRAB (UFPA/CNPQ). Professor convidado em diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Juiz do Trabalho (TRT da 8ª Região/PA-AP).

\*\*\* Professora Adjunta da Faculdade de Filosofia e do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Pará - UFPA. Pós-Doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca - USAL (2014). Mestra em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará - UFPA (2006), com período de estudo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Mestra em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará - UFPA (2011). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará - suma cum laude - UFPA (2004). Graduada em Filosofia (Bacharelado) pela Universidade Federal do Pará - UFPA (2019). É membro da Rede Brasileira de Mulheres Filósofas. Líder do Grupo de Pesquisa - CNPq: Filosofia Prática: investigações em Política, Ética e Direito.

Artigo recebido em 27/01/2020 e aceito em 05/11/2020.

**Como citar:** AZEVEDO, Camyla Galeão de; MARANHÃO, Ney; VERBICARO, Loiane Prado. Divisão sexual do trabalho: impactos promovidos na inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 23, n. 38, p. 233-258. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**RESUMO:** Este artigo objetiva analisar os impactos promovidos pela divisão sexual do trabalho na inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho. Inicialmente, abordou-se a divisão sexual do trabalho, a partir da teoria clássica de cidadania do filósofo Aristóteles e, em seguida, as desigualdades existentes no mercado de trabalho, por meio de dados estatísticos que demonstram disparidades entre os gêneros. A pesquisa é qualitativa, eminentemente bibliográfica, tendo sido utilizado o método hipotético dedutivo. Por fim, concluiu-se que a divisão sexual do trabalho perpetua a desigualdade de gênero, obstaculizando a inserção e a permanência das mulheres no mundo laboral.

**Palavras-chave:** divisão sexual do trabalho. mulher. renda. tempo. desigualdade.

**ABSTRACT:** *This article aims to analyze the impacts promoted by the sexual division of labor on the insertion and permanence of women in the labor market. Initially, the sexual division of labor was addressed, based on the classic theory of Aristotelian citizenship and then as existing inequalities in the labor market, based on statistical data that demonstrate disparities between genders. The research is qualitative, eminently bibliographic, using the hypothetical deductive method. Finally, it was concluded that the sexual division of labor perpetuates gender inequality, hindering the insertion and permanence of women in the world of work.*

**Keywords:** *sexual division of labor. woman. income. time. inequality.*

## INTRODUÇÃO

O estudo possui por objetivo principal analisar, a partir de uma pesquisa bibliográfica, os impactos promovidos pela divisão sexual do trabalho na inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho. Para realizar a pesquisa, será analisado o conceito da divisão sexual do trabalho a partir da teoria da cidadania clássica, do filósofo Aristóteles, com a intenção de demonstrar que essa teoria, dentre tantas outras, concedeu e concede, até os dias de hoje, bases para a formação e perpetuação da divisão sexual do trabalho. Ademais, analisar-se-ão as desigualdades do mercado de trabalho a partir de dados que demonstram disparidades de gênero, para, ao final, investigar-se de que maneira a divisão sexual do trabalho, com seu histórico poder segregador, promove obstáculos para a inserção e permanência das mulheres no mundo laboral.

Assim, questiona-se: em que medida a divisão sexual do trabalho promove impactos para a inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho? Esta pergunta é a preocupação e o norte organizador desta pesquisa.

De saída, cumpre referir que entre 1970 e o início do presente século, verificou-se que o percentual de mulheres economicamente ativas aumentou de 18,5% para 55%, alcançando um teto de 59% em 2005 no Brasil (BIROLI, 2018). A elevação desses dados decorreu do aumento de participação das mulheres no mercado de trabalho, conquista essa da luta dos movimentos feministas. Além do aumento da porcentagem com relação

ao número de mulheres economicamente ativas, verifica-se também que o percentual com relação ao acesso à educação aumentou significativamente. Hoje, em média, as mulheres possuem mais tempo de educação formal do que os homens, passando a ser a maioria entre as pessoas matriculadas no ensino superior (BIROLI, 2018).

Entretanto, mesmo com o maior nível de educação e sendo a maioria entre as pessoas matriculadas no ensino superior, as mulheres ainda sofrem inúmeros obstáculos para se inserir e permanecer no mercado de trabalho. A título de exemplo, como veremos com mais detalhes à frente, a diferença do rendimento médio entre homens e mulheres chega em torno de 25%. Além do rendimento médio mensal, a disparidade entre os gêneros se evidencia em inúmeros outros dados oficiais, como na jornada de trabalho diária, que será analisada ao longo deste artigo.

A divisão sexual do trabalho, impondo lugares de homens e lugares de mulheres, assim como tarefas masculinas e tarefas femininas, é uma das principais responsáveis pela promoção de desigualdades de gêneros no mercado de trabalho, desigualdades essas que se reproduzem e prejudicam, diretamente, a inserção e permanência das mulheres no ambiente laboral.

Para analisar a problemática desta pesquisa, este artigo foi dividido em três momentos. O primeiro deles tratará sobre a formação da divisão sexual do trabalho a partir da teoria clássica de cidadania, assim como o surgimento de seu conceito, sob uma perspectiva contemporânea. O segundo momento se destinará a tratar das efetivas desigualdades no mercado de trabalho, apresentando dados estatísticos coletados de fontes oficiais. O terceiro e último tópico será destinado a tratar dos impactos e influências promovidas pela divisão sexual na inserção e permanência da mulher no mercado de trabalho.

## **1 O CONCEITO CLÁSSICO DE CIDADANIA E A DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO**

Discutir a divisão sexual do trabalho é fundamental. Segundo Flávia Biroli (2018), muitas das percepções sobre quem somos no mundo, o que representamos para as pessoas mais próximas e nosso papel na sociedade estão diretamente relacionados à divisão sexual do trabalho. É na divisão sexual do trabalho que as dificuldades cotidianas vão se formando e se definindo, criando possibilidades diferenciadas nas trajetórias de homens e mulheres.

Antes de adentrar no próprio conceito de divisão sexual do trabalho e em suas implicações na vida das pessoas, principalmente na das mulheres, importante se faz analisar a origem do instituto da divisão sexual do trabalho. A propósito, falar no surgimento das bases da divisão sexual do trabalho não é o mesmo que falar do surgimento do seu conceito, já que este é muito posterior e contemporâneo.

Com efeito, para analisar os fundamentos da divisão sexual do trabalho, essencial se faz compreender a teoria de cidadania clássica, criada pelo filósofo Aristóteles na obra *A Política* e comentada pelo historiador e filósofo John Pocock na obra *Cidadania, Historiografia e Res Pública*. Ressalte-se, desde logo, que analisar a divisão sexual do trabalho a partir da cidadania clássica não constitui o único prisma investigativo de seus fundamentos, mas apenas uma das possibilidades, não excluindo a importância e a necessidade de outros estudos que tratem sobre a temática. No caso, a justificativa para se trazer à baila essa específica linha teórica reside na evidência de sua influência social mesmo na atualidade, consoante fundamentos adiante apresentados.

Deveras, segundo John Pocock (2013), foram os atenienses e os romanos que criaram o ideal de cidadania, tal como conhecemos, e isso os torna clássicos. É um dos valores fundamentais que acreditamos estarem enraizados e inerentes à nossa civilização e à nossa tradição. Assim, não se trata apenas de haver um ideal clássico de cidadania que enuncia o que é cidadania, pois cidadania é, em si mesma, um próprio ideal clássico, por ser inerente à nossa civilização.

Ao nos referirmos ao conceito clássico de cidadania, deparamo-nos com o conceito de cidadão, chamado de *politês*, em grego, ou *civis*, em latim. O cidadão clássico é definido como um membro da *polis* ateniense ou da *res publica* romana. Por *polis* entende-se uma pequena cidade que abrigava os bárbaros e se apresentava como uma forma de associação humana que alegadamente pertence em exclusivo a estes antigos povos mediterrâneos e foi por eles transmitidas à Europa e ao Ocidente (POCOCK, 2013).

Ainda segundo Pocock (2013), a comunidade de cidadãos é aquela em que o discurso toma o lugar do sangue e os atos de decisão tomam o lugar dos atos de vingança. Através da *polis* ou da *res publica* romana, há uma maior organização da sociedade, regida então por um governo que governa e é, ao mesmo tempo, governado.

Segundo o conceito clássico de cidadania, é melhor governar animais que coisas, mulheres que escravos, outros cidadãos (homens) do que mulheres, escravos e coisas que fazem parte do ambiente doméstico e familiar.

A igualdade e a cidadania eram restritas a apenas algumas pessoas da *polis* ou da *res publica* romana, mais especificamente aos homens, pois “o Estado significa uma associação de homens que possuem o meio de suprir a sua existência” (ARISTÓTELES, 2009, p. 41). As mulheres não eram consideradas cidadãs. Para ser cidadão e ter igualdade seria necessário, portanto, o indivíduo ser do sexo masculino, mas de ascendência conhecida, patriarca, guerreiro e dono do trabalho de outrem (POCOCK, 2013). Os requisitos relacionados à raça, classe e gênero eram condições para um indivíduo ser um cidadão e para que pudesse governar e ser governado. Portanto, para Aristóteles, os requisitos não pertencem a qualquer um.

Segundo Pocock (2013), esses requisitos sobreviveram ao próprio ideal de cidadania, tal como o filósofo exprimiu, persistindo na cultura ocidental por mais de dois mil anos, sendo que até hoje não nos livramos totalmente desses requisitos. Entretanto, diversas teorias, como a feminista, atacam esses ideais que ainda persistem. E por persistirem até a atualidade, questiona-se se esses pré-requisitos são acessórios ao próprio ideal de cidadania ou se são, efetivamente, essenciais.

Recorde-se que o conceito clássico de cidadania, a partir da teoria aristotélica, necessita de uma rigorosa separação entre o público e o privado, entre a *polis* e a *oikos*, entre pessoas e ações das coisas. A casa é espaço das mulheres e dos escravos. A política é espaço exclusivamente para cidadãos homens adultos. Para ter o estatuto de cidadão, o indivíduo deve ser o chefe, o patriarca de uma casa de família ou da *oikos*. O trabalho das mulheres e dos escravos satisfaz as necessidades básicas do cidadão e o concede tempo livre para se dedicar exclusivamente em relações políticas com os outros cidadãos, os seus iguais. Para Aristóteles, os homens adultos nascem naturalmente com o ímpeto político, mas são absolutamente estranhos aos cuidados domésticos. Confira-se:

É absurdo estabelecer uma comparação com os animais para afirmar que as mulheres devem exercer as mesmas funções que os homens, os quais são absolutamente estranhos aos cuidados domésticos. Também é perigoso constituir as magistraturas como faz Sócrates: ele as confia sempre às mesmas pessoas (ARISTÓTELES, 2009, p. 49).

Para exercer a sua cidadania e se envolver nas relações políticas, o cidadão tem que deixar a casa completamente para outro plano, haja vista que a casa não era lugar de trabalho dos homens, porquanto sustentada sempre pelo trabalho de seus escravos e mulheres. Eram as mulheres que realizavam as tarefas domésticas, a organização básica do lar e o gerenciamento do trabalho dos escravos. Jamais discutiam entre si assuntos relacionados à *oikos*, vez que somente “no caso de as coisas terem ficado muito mal é que seria necessário, para eles, tomar decisões, na assembleia concebida para assegurar o domínio patriarcal sobre o lar e seu funcionamento” (POCOCK, 2013, p. 226). O que discutem e decidem na assembleia são assuntos propriamente relacionados à *polis* e não ao *oikos*. Decidiam assuntos relacionados à guerra ou ao comércio da cidade com outras cidades, assuntos relacionados à autoridade ou virtude e assuntos que diziam respeito à relação dos cidadãos entre si.

A política clássica, portanto, implica em uma fuga da *oikos*. Para exercer a sua liberdade de ser cidadão, o indivíduo deveria se emancipar totalmente de suas relações privadas. A casa, o espaço privado, era um meio em que se manejava instrumentos de ações para que o exercício da cidadania fosse exercido. Já a política era o fim em si mesmo. Dessa forma, segundo Pocock (2013), os escravos nunca escapariam do espaço privado, pois seu destino era ser instrumento, meio para que algo fosse produzido. As mulheres também nunca escapariam do lar, já que eram as quem mandavam e organizavam os escravos e as coisas pertinentes à *oikos*.

A dicotomia entre o público e o privado se faz clara e presente na teoria clássica da cidadania. Hannah Arendt (1989, p. 33), com base no mundo grego, diferencia “a associação natural cujo centro é constituído pela casa (*oikia*) e pela família” da organização política. Na *polis*, onde se praticava a atividade humana mais proeminente, não penetram atividades que pertençam ao mundo das coisas, da necessidade ou da utilidade, como o trabalho. Segundo Arendt, o que caracterizava a vida familiar grega era a autoridade ilimitada que o chefe da família exercia através da violência e a imposição, em contraposição à igualdade que se exercia na vida política.

Retratando a teoria clássica da cidadania, Arendt distingue as duas esferas claramente separadas: a privada e a pública. Conseqüentemente, essas esferas acabam por se interligadas e relacionadas a certos espaços, como a família e a *polis*, respectivamente. A autora reivindica a estrita separação entre as esferas como um dos pontos primordiais do mundo grego. Entretanto, havia fortes ligações entre ambos os espaços que Arendt,

assim como alguns autores da teoria clássica liberal, não ressaltam e não problematizam. Um dos exemplos que demonstra a relação direta entre a *polis* e a *oikos* se traduz na necessidade de o participante da esfera pública ser um proprietário de sua própria residência, pois, do contrário, ele não teria “um lugar que lhe pertencesse no mundo” (ARENDDT, 1989, p. 73).

Segundo Daniela Peixoto Ramos, um outro aspecto que demonstra a relação entre as duas esferas consiste “em que a superação das necessidades impostas pela manutenção da vida era requisito para o estabelecimento dessa outra esfera” (RAMOS, 2014, p. 29). Dessa forma, a igualdade entre os cidadãos, prevista para as relações públicas, pressupunha desigualdade nas relações privadas. Como menciona Daniela Ramos:

A vida ligada à necessidade, na família, não passava de um meio para a prática da “boa vida” (por poucos) na *polis*. Assim, a liberdade e a igualdade da esfera pública estavam ancoradas sobre a dominação e a desigualdade da esfera privada. A família, no mundo grego, era uma espécie de amarra da qual o senhor da casa deveria se afastar a fim de poder exercer a sua liberdade (RAMOS, 2014, p. 29).

A *polis*, como se vê, é um fim em si mesmo. A *oikos* é um instrumento para fornecer meios para que a política se concretize. A cidadania era negada às mulheres em razão de estarem envolvidas no mundo das coisas, nas relações materiais, produtivas, domésticas ou reprodutivas. Se alguém quiser tornar a cidadania disponível para essas pessoas, terá de escolher entre duas opções: emancipá-las dessas relações ou negar que elas são componentes negativos na definição de cidadania. Quem escolher a segunda opção estará à procura de uma nova definição de cidadania, radicalmente diferente da definição grega de Aristóteles. Uma definição onde o público e o privado não estejam rigorosamente separados e as barreiras que os separam desapareçam totalmente. Isso porque, como se tem destacado, para o conceito clássico de cidadania, afigura-se essencial que o conceito de público, *polis*, e privado, *oikos*, estejam completamente separados. A partir do momento em que há a negação dessas barreiras, suscita-se, portanto, a criação de um novo conceito de cidadania para além daquele criado por Aristóteles em *A Política* (POCOCK, 2013).

Recorde-se, ademais, que o ideal clássico de Aristóteles define a pessoa humana como um ser com cognição, ativo, moral, social e naturalmente político. Entretanto, segundo Pocock (2013), não parece que, para Aristóteles, um ser humano, dotado de todas essas capacidades,

pudesse ser plenamente humano se não governasse a si próprio. Deveria governar a si mesmo, as coisas, aos demais e se associar aos outros cidadãos de forma política, considerados seus iguais, a fim de governar e ser governado. Essa humanidade só era plenamente desenvolvida e acessível a um número muito reduzido de indivíduos, adultos, do sexo masculino. O cidadão adulto e homem era o único que possuía o desenvolvimento pleno de sua humanidade. O ser humano plenamente desenvolvido era, para Aristóteles, um *kata phusin zoon politikon*, ou seja, um indivíduo que, por sua própria natureza, tende a viver em política. Ao entrar para a vida política e exercer, efetivamente, a sua cidadania, o cidadão adquiriria o valor de ser humano.

Adquirir a condição de ser humano plenamente desenvolvido, portanto, dependia de sua emancipação do mundo das coisas e o consequente ingresso no mundo da política. Como mulheres e escravos não poderiam se emancipar da vida privada, da *oikos*, não poderiam adentrar para o mundo da política e, conseqüentemente, exercer a sua cidadania. Nessa seara, as mulheres, por não serem emancipadas do mundo das coisas, não poderiam ser consideradas seres humanos plenamente desenvolvidos. O pleno desenvolvimento era concedido apenas aos adultos do sexo masculino.

A teoria da cidadania clássica de Aristóteles, como o próprio nome sugere, possui um viés claramente político. Entretanto, apesar de possuir suas bases fincadas na política, a teoria do filósofo concede bases para a formação da ideia de que os fundamentos da divisão sexual do trabalho, em alguma medida, guardam também relação com o contexto da cidadania clássica.

Primeiramente, como retratado anteriormente, a cidadania clássica de Aristóteles se fundamenta com base em dois vieses, são eles: a diferenciação de tarefas e a distinção de espaços.

Com relação à distinção de espaços, há, na teoria clássica de cidadania, a criação do espaço público, também chamado de *polis*, e a criação de espaço privado, também chamado de *oikos*. Como mencionado, havia uma clara separação entre os dois espaços, pois um não interferiria no outro, formalmente. O espaço público era autônomo, destinado ao trabalho, mas principalmente à política. O espaço privado, por conseguinte, era doméstico e dependente, pois era a partir dele que se concedia a força, a estrutura e o poder para que o espaço público funcionasse com todos os seus mecanismos.

Como consequência e, conjuntamente à criação de espaços, há a criação de tarefas e competências ligadas ao sexo. Somente os homens poderiam transitar do espaço privado para o espaço público. Somente eles poderiam se permitir serem considerados cidadãos e participar, ativamente, da política e do trabalho. Às mulheres cabia tão apenas o espaço privado, as tarefas domésticas, o cuidado com os filhos, com os familiares e com os escravos. Estavam destinadas, rigidamente, ao lar privado e dele não poderiam sair, pois o espaço público nunca foi seu lugar de origem. A eles cabia o dever de agir em prol da política, da família, da igualdade, da cidadania.

A teoria clássica de Aristóteles foi, ao longo dos séculos, complementada por outras teorias, como a liberal e contratualista de Locke, Mill e Rousseau. A partir dessas teorias, a definição e separação entre os espaços público e privado ficou ainda mais evidente. Com a definição de espaços, surge, de forma complementar, a destinação de espaços, tarefas e competências pautadas no sexo. A partir da teoria liberal, o papel da mulher e do homem dentro do universo da política e do trabalho fica ainda mais claro. Elas estão sujeitas ao âmbito privado, destinadas aos filhos, às tarefas domésticas e ao marido. Ao contrário, eles são os seus próprios senhores, os seus próprios sujeitos, independentes, aptos à política e ao trabalho (CYFER, 2010).

Noutro quadrante, alusivo agora ao *conceito* de divisão sexual do trabalho, segundo Helena Hirata e Danièle Kergoat (2007), trata-se de dado técnico que surgiu na França, no início dos anos 1970, sob o impulso do movimento feminista, a partir de uma onda de trabalhos que rapidamente formaram as bases teóricas desse conceito.

Foi com o reconhecimento da “opressão” que o movimento das mulheres teve início. Esse reconhecimento foi acompanhado pela constatação de que uma enorme massa de trabalho é efetuada de forma gratuita pelas mulheres, de maneira invisível, para outras pessoas, pautado na pretensa obrigação advinda da própria natureza, do amor e do dever materno. O trabalho doméstico era feito e visto, mas não reconhecido.

A divisão sexual do trabalho é uma forma de divisão do trabalho pautada nas relações sociais dos sexos. Por característica basilar, tem-se a destinação dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva. Por conseguinte, os homens acabam por se apropriar de funções de forte valor social. Essas atribuições acabam por repercutir, fortemente, nas funções e nos cargos públicos ocupados por mulheres

e, conseqüentemente, em seus rendimentos, já que naturalmente são destinadas às mulheres competências e tarefas que são menos valorizadas na sociedade. Como destacam as autoras Hirata e Kergoat, *in verbis*:

A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais entre os sexos; mais do que isso, é um fator prioritário para a sobrevivência da relação social entre os sexos. Essa forma é modulada histórica e socialmente. Tem como características a designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apropriação pelos homens das funções com maior valor social adicionado (políticos, religiosos, militares etc.) (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 599).

Além disso, as autoras Hirata e Kergoat entendem que nessa estrutura de divisão predominam dois princípios: o princípio da separação e o princípio hierárquico. O princípio da separação estipula que há trabalhos distintos para o homem e para a mulher, ou seja, trabalhos de homem e trabalhos de mulher. O princípio hierárquico nos diz que o trabalho do homem vale mais do que o trabalho da mulher. A divisão do trabalho e a categorização dos gêneros “rebaixa o gênero ao sexo biológico, reduz as práticas a ‘papéis sociais’ sexuados que remetem ao destino natural da espécie” (HIRATA, KERGOAT, 2007, p. 599).

Sobre as desigualdades de tarefas entre os gêneros, mencionam Lynn White e David Brinkerhoof (1981):

Both at home and in the marketplace men and women do different kinds of work: they have different working conditions, rewards, hours, and tasks. While some of these may be ascribed to external factors, others may be attributed to learned differences in the attitudes and aspirations of men and women – the fact that a significant proportion of women would rather do the laundry than mow the lawn, rather be a teacher than an engineer, rather type than do construction (Marini).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> “Tanto em casa como no mercado, homens e mulheres realizam diferentes tipos de trabalho: têm diferentes condições de trabalho, recompensas, horários e tarefas. Embora alguns deles possam ser atribuídos a fatores externos, outros podem ser atribuídos a diferenças aprendidas nas atitudes e aspirações de homens e mulheres - o fato de que uma proporção significativa de mulheres preferiria lavar a roupa do que cortar a grama, prefere ser professora do que engenheira, prefere digitar em vez de construir (Marini)” (WHITE; BRINKERHOOF, 1981, p. 170, tradução nossa).

Segundo a autora Flávia Biroli (2018), as hierarquias de gênero, de classe e de raça não são explicáveis sem que se leve em conta a divisão e categorização que a divisão sexual do trabalho produz. Muitas das percepções do mundo e, conseqüentemente, do nosso lugar nele, são decorrentes de pré-conceitos relacionados à divisão sexual do trabalho.

## 2 AS DESIGUALDADES DO MERCADO DE TRABALHO

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (2018), as mulheres seguem possuindo menos possibilidades que os homens de participar do mercado de trabalho em grande parte do mundo na atualidade, apesar dos significativos progressos.

De acordo com o relatório *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Avance global sobre las tendencias del empleo femenino 2018*, a taxa de desemprego para as mulheres, se comparada aos homens, é maior em 0,8 pontos percentuais. Para dez homens que trabalham, apenas seis mulheres estão empregadas (OIT, *online*, 2018)<sup>2</sup>.

A diretora geral adjunta de política para as mulheres da Organização Internacional do Trabalho, Deborah Greenfield, mencionou:

A pesar de los progresos alcanzados y de los compromisos asumidos para avanzar más, las perspectivas de las mujeres en el mundo de trabajo aún distan mucho de ser iguales a las de los hombres.

[...]

Ya sea que se trate del acceso al empleo, de la desigualdad salarial o de otras formas de discriminación, es necesario hacer más para revertir esta tendencia persistente e inaceptable, a través de la adopción de políticas dirigidas a las mujeres, tomando también en cuenta las exigencias desiguales que enfrentan en las responsabilidades de cuidado y trabajo en el hogar (OIT, *online*, 2018).<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Confira-se, mais detalhadamente: “Além disso, a taxa de desemprego global das mulheres em 2018 ficou em 6%, aproximadamente 0,8 ponto percentual maior do que a taxa dos homens. No total, isso significa que, para cada dez homens empregados, apenas seis mulheres estão empregadas.” (OIT, *online*, 2018d).

<sup>3</sup> “Apesar dos progressos realizados e dos compromissos assumidos para avançar, as perspectivas das mulheres no mundo do trabalho ainda estão longe de serem iguais às dos homens. (...) Quer se trate de acesso ao emprego, desigualdade salarial ou outras formas de discriminação, é necessário fazer mais para inverter esta tendência persistente e inaceitável, através da adoção de políticas dirigidas às mulheres, tendo também em conta as demandas desiguais que elas enfrentam no cuidado domiciliar e nas responsabilidades de trabalho” (OIT, *online*, 2018, tradução nossa).

Segundo Flávia Biroli, entre 1970 e o início do século seguinte, verificou-se que o percentual de mulheres economicamente ativas aumentou de 18,5% para 55%, alcançando um teto de 59% em 2005 no Brasil. Além do aumento da porcentagem com relação ao número de mulheres economicamente ativas, verifica-se também que o percentual com relação ao acesso à educação aumentou significativamente. Hoje, em média, as mulheres possuem mais tempo de educação formal do que os homens, passando a serem a maioria entre as pessoas matriculadas no ensino superior (BIROLI, 2018, p. 21).

Apesar da alta participação das mulheres na educação, bem como o aumento de mulheres economicamente ativas, a diferença do rendimento médio entre homens e mulheres chega em torno de 25%. Esse percentual demonstra que, mesmo com a profissionalização e o acesso à educação, as mulheres não possuem acesso igualitário aos homens com relação às diferentes ocupações (PINHEIRO, 2016, p. 3-28). Ou seja, apesar de visualizarmos uma certa *feminização* da educação, a essa revolução no sistema educacional não se seguiu uma revolução no sistema empregatício (BECK, 2010, p. 154). Ressalta-se também que o percentual de diferença salarial de 25% entre homens e mulheres varia de acordo com a classe social, com o gênero e com a raça.

Segundo informações coletadas pelo Governo do Brasil (2017), os estados com menos diferença de participação no mercado de trabalho formal entre homens e mulheres são Roraima, no qual 49,6% das vagas de trabalho são ocupadas por mulheres, e o Acre, sendo 47,2% ocupado por mulheres. O Distrito Federal e o Estado do Mato Grosso são as unidades da federação com menos mulheres participando de atividades formais, segundo dados levantados pelo Cadastro Geral de Emprego e Desemprego (Caged) e da Relação Anual de Informações Sociais (Rais), com os percentuais de 39% e 39,5% respectivamente. A média brasileira de participação das mulheres em atividades formais é de 44%.

Apesar das constantes diferenças salariais, a renda das mulheres trabalhadoras tem ganhado cada vez mais importância nos lares brasileiros para o sustento das famílias. Se em 1995 apenas 23% das residências tinham mulheres como pessoas de referência, em 2015 esse percentual alcançou os 40%. 34% das famílias compostas por mulheres como pessoas de referência contavam com a presença de um homem cônjuge na composição familiar (BRASIL, *online*, 2017).

Tratando sobre a diferença salarial entre os sexos, mesmo possuindo mais tempo de estudo e qualificação, a diferença remuneratória entre os homens e mulheres em 2015 era de 16%. O rendimento médio do homem era de R\$ 2.905,91, enquanto o das mulheres era de R\$ 2.436,85, para o mesmo cargo e função (BRASIL, *online*, 2017).

Em relação aos cargos e funções de liderança, a diferença de percentual é profunda. Apenas de 5% a 10% de empresas e organizações possuem mulheres como chefas no Brasil, de acordo com estudo feito pela Organização Internacional do Trabalho (OIT, *online*, 2018).

Ademais, segundo estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, em análise da população ocupada por sexo segundo os grupos de atividade, no ano de 2017 se verifica que os homens lideram atividades do mercado como Agropecuária, Indústria, Construção, Administração e os demais serviços. As mulheres lideram apenas a Educação, Saúde e Serviços Sociais e os trabalhos domésticos (IBGE, 2018).

Diante da análise dos distintos dados de participação de homens e mulheres no mercado de trabalho, verifica-se que, na maioria deles, elas estão em posição de desvantagem. A divisão sexual do trabalho é um fator preponderante e um dos grandes responsáveis pelas diferenças que se apresentam hoje, pois produz influências e obstáculos para a inserção e permanência delas no mercado de trabalho. A forma como esses obstáculos e essas influências são produzidas será analisada no próximo tópico, de forma direcionada.

### **3 REFLEXOS DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO NA INSERÇÃO E PERMANÊNCIA DAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO**

Um dos importantes pontos a serem levantados neste estudo, fruto da divisão sexual do trabalho e que produz profundos impactos com o objeto de estudo desta pesquisa, diz respeito ao trabalho doméstico. A tradicional e conservadora divisão sexual do trabalho imputou à mulher a responsabilidade pela manutenção da casa, dos filhos e do lar. Ao marido, coube a função de ser o provedor, financeiramente, do lar (MARTINS; LUZ; CARVALHO, 2010, p. 1).

A mulher representa, originariamente, segundo Beauvoir (2016), o segundo sexo. O primeiro sexo é o homem. O mesmo ocorre com o trabalho. Tudo o que o homem faz representa o primeiro trabalho, o trabalho prioritário, aquele mais importante e mais remunerado. Tudo aquilo que

o homem não faz, ele repassa para a mulher, representando, portanto, o segundo trabalho, o então trabalho desvalorizado (MARÇAL, 2017, p. 26). Com isto, verifica-se, ainda, em grande parte das famílias brasileiras, a atribuição do trabalho mais valorizado ao homem e a atribuição de trabalhos socialmente mais desvalorizados para as mulheres, assim como a atribuição dos trabalhos domésticos. A verdade é que aos casais cabe indagar: quem abrirá mão da segurança econômica e da autonomia, ou seja, quem desistirá do tão valorizado, em nossa sociedade, controle sobre a própria vida? (BECK, 2010, p. 176). A opção da renúncia quase sempre recai sobre a mulher.

Em razão do trabalho doméstico ser naturalizado para as mulheres, a diferença de tempo dedicado por elas a esse trabalho, com relação aos homens, é significativa. Em pesquisa realizada em 2010, o tempo gasto pelas mulheres com o trabalho doméstico é superior em 124% àquele gasto pelos homens. Ressalta-se ainda que a presença do cônjuge aumenta ainda mais o tempo de horas gastas para as mulheres. Para os homens, a presença de uma esposa diminui as horas trabalhadas no lar. Tal resultado pode ser atribuído em razão da naturalização da imposição do trabalho doméstico, que, em regra, é conferido às mulheres, e o dever de prover estabilidade financeira da família, aos homens. (MADALOZZO; MARTINS, SHIRATORI, 2010, p. 557).

Em estudo mais recente, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), identificou que nove em cada dez mulheres realizam atividades domésticas durante, no mínimo, uma hora semanal. Entre os homens, sete em cada dez homens declararam-se realizar atividades domésticas, entretanto, dedicam-se metade do tempo que é dedicado pelas mulheres. Constatou também que as mulheres dedicam em média 20,9 horas semanais com atividades do lar, enquanto eles 11,1 horas. A pesquisa observou também que 82,7% das mulheres que trabalhavam realizavam atividades domésticas em seus lares (IBGE, *online*, 2017).

A partir desses dados, verifica-se que a participação das mulheres nas atividades domésticas é significativamente superior que a dos homens. Constata-se também que mesmo ao trabalharem fora dos lares, ainda assim as mulheres realizam atividades domésticas. Segundo Oliveira (2001, p. 21), a inserção das mulheres no mercado de trabalho representou um conceito falho de igualdade entre gêneros, transformando-se em um verdadeiro “cheque sem fundos”. Isto porque a entrada no mercado de trabalho remunerado não exige a mulher de trabalhar em atividades

domésticas em seu lar. Ela, ao se inserir no mercado de trabalho, acaba por exercer duplas ou triplas jornadas, já que ao sair de seu ambiente de trabalho remunerado ainda terá que exercer sua atividade doméstica em seu lar. Segundo Nathalie Itaboraí, a diferença na jornada final de trabalho entre homens e mulheres atingem mais de 10 horas (ITABORAÍ, 2017, p. 392).

A distinção entre trabalho remunerado e não remunerado, bem como produtivo e não produtivo é essencial. O trabalho que as mulheres exercem nos lares, de forma não remunerada, como cuidar da alimentação, da limpeza da casa, dos filhos, oferece total abertura e apoio para que o homem trabalhe de forma remunerada fora do lar. Geralmente são as mulheres que exercem esse tipo de trabalho sem qualquer tipo de remuneração e esse caráter não remunerado e meramente reprodutivo da atividade doméstica familiar decorre muito de determinadas concepções de casamento e outros arranjos sociais, onde o trabalho doméstico exercido por elas é considerado gratuito e não produtivo. O trabalho doméstico exercido por elas fora de casa passa a ter, no entanto, valor econômico (BIROLI, 2018, p. 28). A verdade, porém, é que, tradicionalmente, a sociedade tem negado valor intrínseco à pessoa que realiza tarefas domésticas porque tida por não “produtiva” na atual ótica materialista. Trata-se, entretanto, sem dúvida, de labor produtivo e decisivo para a economia (TOFFLER, 1980, 227-228).

Pode-se concluir, através dos dados apresentados, que a presença das mulheres em atividades domésticas é significativamente superior à presença dos homens, mesmo quando estão em constante presença no mercado de trabalho. Em razão da maioria das mulheres de hoje trabalharem de forma remunerada e ainda exercerem atividades domésticas na maior parte de seu tempo “livre”, constata-se que elas acabam gastando mais o seu tempo com atividades domésticas do que eles. Isso demonstra que as mulheres possuem pouco tempo para exercerem outras atividades na sociedade. Em outras palavras, quanto mais a divisão sexual do trabalho doméstico incide para as mulheres, menos tempo livre para exercer outras atividades elas possuem. Quanto mais envolvidas em atividades domésticas, menores e menos efetivos serão os mecanismos que dispõem superar as profundas desigualdades de gênero sedimentadas na sociedade.

A divisão sexual do trabalho promove, portanto, sérios obstáculos que impactarão diretamente a participação da mulher no mercado de trabalho, como: os julgamentos e pressões sociais, provocando uma maior dificuldade de conciliação entre relacionamentos, vida familiar e trabalho; tempo, uma vez que a divisão sexual do trabalho consome tempo de forma

desigual entre homens e mulheres; renda, já que as mulheres recebem consideravelmente menos que os homens. Em conjunto, essas variáveis influenciam significativamente a participação das mulheres fora dos lares, já que reduzem as possibilidades de inserção e permanência delas no mercado de trabalho (BIROLI, 2018).

A propósito, importante detalhar um pouco mais a influência dos efeitos provocados pelo tempo e pela renda na inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho. Por serem frutos de um mesmo poder, precisam ser abordados conjuntamente.

Com efeito, como já se mencionou, nos últimos anos pesquisas que envolvem a análise de tempo gasto com relação ao homem e à mulher constataam que o tempo gasto por ambos os sexos é significativamente desigual na vida cotidiana. Como regra, eles se dedicam, integralmente, ao trabalho produtivo, remunerado, enquanto elas dividem seu tempo entre o trabalho produtivo e seus deveres domésticos (SUCUPIRA, 2016, p. 16).

Segundo Hirata e Kergoat (2007), existem quatro modelos de família: o *modelo tradicional* (aquele em que o homem é o provedor financeiro da família e a mulher auxiliadora do lar), o *modelo de conciliação* (aquela na qual tanto o homem quanto a mulher trabalham produtivamente, mas ela é quem deve, exclusivamente, conciliar o seu trabalho produtivo com o reprodutivo em seu lar), o *modelo de parceria* (que tanto o homem quanto a mulher dividem o trabalho produtivo, bem como o reprodutivo do lar) e o *modelo de delegação* (em que os trabalhos domésticos são delegados para que uma terceira pessoa o faça).

Sobretudo a partir dos avanços dos movimentos feministas, com a inclusão das mulheres no mercado de trabalho, verificou-se uma transição do modelo tradicional de família para o modelo de conciliação familiar. Este, por sua vez, é o mais visualizado em nossa sociedade, ao passo que o modelo de parceria, o menos encontrado (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 603-604).

O modelo de conciliação, mais comum em nossa sociedade atualmente, produz diversas consequências no âmbito do próprio trabalho remunerado, da vida pessoal, bem como da participação no mercado de trabalho da mulher. Hoje, certos pesquisadores da área preferem chamar o termo conciliação de “tensão”, “conflito” e “contradição” a fim de enfatizar a natureza conflituosa e, ao mesmo tempo, contraditória da delegação das atividades produtivas, por sua vez, remuneradas, bem como a delegação de atividades domésticas exclusivamente para as mulheres. Estas, por sua

vez, como mencionado anteriormente, precisam organizar suas rotinas para dar conta do trabalho, bem como das atividades domésticas sozinhas (HIRATA; KERGOAT, 2007).

Esse fenômeno social, consistente na participação das mulheres de forma integral tanto no trabalho quanto nas atividades domésticas, é também chamado de *dupla jornada de trabalho* ou *dupla presença*. Esses termos visam a evidenciar a sobrecarga que a mulher recebe, vivida sincronicamente em um mesmo espaço de tempo. Ao mesmo tempo em que se constata a presença, constata-se também uma dupla ausência, já que as mulheres estão e não estão em nenhum dos dois lugares ao mesmo tempo. As mulheres da atualidade precisam correr contra o relógio para realizar todas as suas atividades diárias e, por serem altamente sobrecarregadas, dificilmente experimentam a sensação de realização nos dois âmbitos, já que a vida lhes impõe uma jornada de trabalho sem fim (SUCUPIRA, 2016, p. 4).

Os reflexos da tensão entre trabalho remunerado e trabalho doméstico são sentidos em importantes âmbitos das vidas das mulheres, como no trabalho remunerado e no exercício da vida pública. Primeiramente, de forma mais sucinta, verifica-se uma grande diferença no tempo de trabalho remunerado entre homens e mulheres. Ao homem impõe-se, naturalmente, a jornada integral de trabalho remunerado. Em razão da tensão entre trabalho remunerado e cuidados domésticos, dificilmente a mulher consegue trabalhar em tempo integral, o que provoca uma inserção parcial e, muitas das vezes, precarizada no mercado de trabalho (SOUSA; GUEDES, 2016, p. 135).

Na análise do tempo de trabalho remunerado exercido por homens e mulheres, verifica-se, em todo o Brasil, que o homem exerce mais horas trabalhadas que as mulheres. No Norte do Brasil, em 2014, segundo dados apresentados do PNAD (2014), os homens exerciam 40,26 horas trabalhadas contra 33,41 horas trabalhadas pelas mulheres, com uma diferença de 6,81 horas entre eles.

Outra influência promovida pela divisão sexual do trabalho na inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho está relacionada com a renda. Como demonstrado no segundo tópico, as mulheres, apesar de muitas vezes exercerem o mesmo trabalho, recebem em torno de 25% a menos que os homens. Mesmo com índice mais alto de educação formal, ainda assim elas sofrem para serem inseridas no mercado de trabalho. Isso também pode ser visualizado não somente

em razão da própria desigualdade entre os gêneros, mas também em razão da falta de tempo que a mulher possui para realizar trabalhos remunerados de forma integral.

Essas variáveis da divisão sexual do trabalho são heranças da divisão clássica entre os espaços público e privado, pertencentes originalmente à teoria clássica de Aristóteles. Ao separar ambas as esferas, acaba por definir os espaços, imputando o espaço privado e, conseqüentemente, as tarefas domésticas, para as mulheres, e o espaço público e o trabalho remunerado, para os homens. Por serem historicamente do espaço privado, sendo esta relação naturalizada, a emancipação da mulher do lar privado e sua transição para o espaço público torna-se dificultada, haja vista que não é uma transição livre e autônoma, mas, sim, marcada por estigmas discriminatórios.

Dessa maneira, a mulher, por ser tida como naturalmente ligada ao espaço privado, dificilmente consegue se emancipar das tarefas domésticas que lhe são impostas, a fim de que haja tempo livre e suficiente para que possa se dedicar apenas ao trabalho remunerado, caso assim deseje. Da mesma forma, por não possuir o mesmo tempo que o homem para se dedicar ao trabalho remunerado e por estar, historicamente, destinada ao lar privado, o trabalho da mulher torna-se, inevitavelmente, mais desvalorizado e pior remunerado, pois, historicamente, o lugar da mulher não é no espaço público e nas relações trabalhistas, mas nas relações familiares.

Na pandemia do Covid-19, com as creches fechadas por conta do isolamento social, restou comprovado que a participação das mulheres no mercado de trabalho é a menor desde 1990 (G1, 2020, *online*). Sem ter onde deixar os filhos no período de isolamento, as trabalhadoras enfrentam o acúmulo das tarefas domésticas e precisam deixar o emprego para dar suporte à família. O estudo “Mercado de Trabalho e Pandemia da Covid-19: Ampliação de Desigualdades já Existentes?”, realizada em julho pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), aponta que a taxa de inserção e participação das mulheres com filhos de até 10 (dez) anos no mercado de trabalho caiu de 58,3% no segundo trimestre de 2019 para 50,6% no mesmo período deste ano. A participação média das mulheres no mercado de trabalho, por sua vez, totalizou em 46,3% entre abril e junho de 2020. A significativa queda na participação demonstra, de forma nítida, a vinculação existente entre a mulher e o espaço privado, que obstaculiza e, muitas das vezes, inviabiliza a sua emancipação para o meio laboral.

Diante da clara vinculação da mulher ao espaço privado, torna-se de extrema relevância a atuação do Estado na mitigação dos obstáculos que incidem na inserção e na permanência das mulheres no mercado de trabalho. Essa atuação se faz importante mediante ações envolvendo políticas públicas de apoio, políticas públicas essas que concederão bases para que a mulher não somente se insira no mercado de trabalho, mas que nele permaneça, de forma digna, em igualdade de condições com os homens.

Torna-se de extrema relevância também, para a mitigação da problemática neste estudo enfrentada, o aumento da sensibilidade empresarial, sendo este um caminho para a melhor comunicação entre o empregador e a empregada. Na reportagem do G1 supramencionada, por exemplo, diversas mulheres relataram que foram demitidas por não terem onde deixar seus filhos ou por não ter sido bem recebida por empresários propostas de teletrabalho, mesmo que em meio turno, no período da pandemia. Nessas situações, o empregador deve estar sensível à especial e desigual condição das mulheres.

Ademais, dentro de um contexto de constante disparidade entre os gêneros, resta evidente o relevante papel de movimentos sociais e políticos mobilizadores da diminuição da desigualdade laboral arraigada no gênero. Para se almejar a plena igualdade entre os sexos no mercado de trabalho, deverá haver a conscientização dos indivíduos com relação aos ideais de proteção, igualização e valorização das mulheres em similitude de condições aos homens. Por isso, a sociedade deve almejar políticas públicas perante o Estado que incentivem a inserção das mulheres no mercado de trabalho e pressionem por respostas empresariais sensíveis à delicada situação de quem – homem ou mulher – acumula afazeres profissionais e domésticos.

Buscar a igualdade de inserção e participação no meio laboral entre os gêneros é também buscar uma democracia mais justa e igualitária. É também almejar o desenvolvimento nacional em prol de maior representatividade das mulheres no mercado de trabalho, de modo a lhes assegurar maiores direitos e políticas públicas em igualdade de condições aos homens. Ou seja, promoção de igualdade também constitui relevante vetor de fortalecimento democrático.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve por objetivo analisar de que maneira a divisão sexual do trabalho obstaculiza a inserção e permanência das mulheres

no mercado de trabalho. Para enfrentar essa problemática, foi abordado o conceito da divisão sexual do trabalho a partir da teoria clássica da cidadania, do filósofo Aristóteles, com o intuito de se demonstrar que as bases que a fundamentam são históricas, mas persistem, mesmo que em menor dimensão, até os dias de hoje. Ademais, a partir de dados estatísticos, pretendeu-se demonstrar que a divisão sexual do trabalho, impondo lugares e tarefas baseadas no sexo, reproduz inúmeras desigualdades de gênero que impactam, diretamente, na inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho.

Destacou-se que o conceito de cidadania clássica em muito contribuiu para a formação da base estrutural da divisão sexual do trabalho. Muito mais restritiva e rígida do que é a política hoje, excluía as mulheres e restringia o espaço político apenas aos homens. Conjuntamente com a restrição da cidadania, surgiu também as desigualdades, a hierarquia e os estereótipos que se perfazem entre o espaço público e privado até hoje. Não bastasse, ao mesmo tempo em que o espaço político era destinado apenas aos homens, o espaço doméstico e privado era destinado, de forma naturalizada, para as mulheres. Acompanhada da destinação do espaço privado, nascia para elas as obrigações domésticas, maternas e familiares.

Conjuntamente com a exclusão milenar das mulheres da política, floresce a criação dos espaços, das tarefas e competências pautadas nos estereótipos. Nasce a competência do homem para a política e para o trabalho e a competência da mulher para as atividades domésticas e para a família. Assim, tem-se que já na formação do conceito aristotélico de cidadania, em muito complementado pelas posteriores teorias clássicas liberais, que as bases da divisão sexual do trabalho se formam, impondo força, poder, hierarquia e desigualdades entre os gêneros.

As mulheres, ao longo dos anos, vêm pouco a pouco conquistando seus espaços nas esferas de poder. Com inúmeras garantias sociais e jurídicas, elas não estão mais confinadas ao âmbito privado e às tarefas domésticas como ocorria na época clássica. Atualmente, possuem independência financeira e são a maioria entre os indivíduos com ensino superior.

Entretanto, mesmo com tantas conquistas realizadas ao longo dos anos, as desigualdades de gênero ainda são evidentes no mundo. Essas desigualdades tornam-se mais claras ainda ao se analisar dados relativos ao mercado de trabalho. Como analisado no decorrer desta pesquisa, elas recebem em torno de 25% a menos que os homens para o mesmo cargo e para a mesma função, apesar de se fazerem cada vez mais presentes no mercado

de trabalho formal. Segundo dados fornecidos pela Secretaria de Trabalho, se em 2007 a participação das mulheres no mercado de trabalho formal era de 40,85%, em 2016 aumentou para 44% e em 2018 para 48,5% (BRASIL, 2018, *online*). Contudo, continuam sendo as maiores responsáveis pela casa, pelos filhos e pelos trabalhos domésticos. A emancipação para o trabalho não eximiu a mulher de suas tarefas naturalizadas em seu lar.

Muitos dos paradigmas provenientes da cidadania clássica foram superados, como, por exemplo, a restrição do espaço político aos homens. Contudo, entende-se que não há uma superação completa, haja vista que, a separação feita entre os espaços e tarefas ainda repercute até os dias de hoje, mediante a divisão sexual do trabalho.

Sustenta-se que a divisão sexual do trabalho é uma das grandes responsáveis pela promoção dessas disparidades. Ao determinar o trabalho masculino e o trabalho feminino, assim como os lugares de homens e mulheres, acaba-se, diretamente, por impor inúmeros obstáculos para a inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho. Como consequência dessa divisão, verifica-se ainda a naturalização das atividades domésticas, a diferenciação salarial entre os gêneros, a diferença na jornada total e as pressões e julgamentos sociais em virtude da emancipação financeira da mulher, heranças essas da sociedade clássica e liberal.

Portanto, respondendo à pergunta norteadora deste estudo, qual seja, *“em que medida a divisão sexual do trabalho promove impactos para a inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho?”*, afirma-se que a divisão sexual do trabalho ainda incide de forma direta na inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho, mediante as seguintes variáveis: desigualdade de renda, naturalização das atividades domésticas, tripla jornada de trabalho e pressões e julgamentos sociais. Observa-se que esses fatores, em conjunto, acabam por obstaculizar a inserção, a permanência e o sucesso profissional da mulher.

A relação entre a mulher e o espaço privado, herança da cidadania clássica, ainda é muito nítida nos dias de hoje. Vinculadas ao espaço familiar, muitas das vezes são impedidas de se inserir e adentrar no mundo laboral ou até mesmo de exercer jornadas de trabalho em igualdade de condições aos homens. Nesse sentido, torna-se crucial alguma medida de intervenção do Estado mediante políticas públicas concretizadoras de uma inserção laboral mais justa às mulheres. Mais que isso, impõe-se também evidenciar o papel de movimentos sociais que reivindiquem igualdade de direitos e políticas públicas de apoio, em busca de uma democracia

mais igualitária, bem assim uma boa dose de sensibilidade empresarial, ante à especial e desigual condição da mulher no mercado de trabalho. Sem igualdade entre os gêneros no meio laboral, não há liberdade e, muito menos, democracia.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1989.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009.

AZEVEDO, C. G.; VERBICARO, L. P. A doçialidade da servidão e a amargura da liberdade: uma análise do patriarcado sob a perspectiva da servidão voluntária. *In: Anais do XXVII Encontro Nacional do Conpedi Salvador. Gênero, Sexualidades e Direito I. Florianópolis: CONPEDI, 2018.*

BARBOSA, A. L. N. H.; COSTA, J. S.; HECKSER, M. **Mercado de trabalho e pandemia da COVID-19: ampliação de desigualdades já existentes?** 2020. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10186>. Acesso em: 09 set. 2020.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Vol. 2. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BECK, U. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BIROLI, F. **Divisão sexual do trabalho e democracia**. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, vol. 59, nº 3, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/00115258201690>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BIROLI, F. **Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. Governo do Brasil. **Mulheres ganham espaço no mercado de trabalho**. 2017. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/03/mulheres-ganham-espaco-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas de Gênero – indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 23 dez. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População do Brasil**. 2008. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Tarefas domésticas impõem cargas de trabalhos maiores para as mulheres**. 2017. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18568-tarefas-domesticas-impoem-carga-de-trabalho-maior-para-mulheres.html>. Acesso em: 06 dez. 2018.

BRASIL. Secretaria de Trabalho. **Em dez anos, cai a diferença entre homens e mulheres no mercado de trabalho**. 2018. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/noticias/5497-em-dez-anos-cai-diferenca-entre-homens-e-mulheres-no-mercado-de-trabalho-2>. Acesso em: 12 dez. 2019.

COSTA, M. M. M.; NUNES, J. B. A. **Divisão sexual do trabalho e ética do cuidado: Uma abordagem com base no gênero e no dever humano da empatia**. Chile: Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vol. 11, nº 21. Pág. 101-116. 2020.

CYFER, I. **Liberalismo e feminismo: igualdade de gênero em Carole Pateman e Martha Nussbaum**. Curitiba: Revista de Sociologia Política, v. 18, n. 36. 2010.

EL PAÍS. **Desigualdade salarial, explicada pelo futebol feminino dos EUA**. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/13/economia/1562969288\\_335479.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/13/economia/1562969288_335479.html). Acesso em: 28 jul. 2019.

G1. **Mulheres passam o dobro do tempo que dos homens com tarefas domésticas, aponta o IBGE**. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/mulheres-passam-o-dobro-do-tempo-dos-homens-com-tarefas-domesticas-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 19 dez. 2018.

G1. **Com as creches fechadas na pandemia, participação de mulheres no mercado de trabalho é a menor desde 1990**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/09/05/com-creches-fechadas-na-pandemia-participacao-de-mulheres-no-mercado-de-trabalho-e-a-menor-desde-1990.ghtml>. Acesso em 09 set. 2020.

HIRATA, H.; KERGOAT, D. **Novas configurações da divisão sexual do trabalho**. Caderno de Pesquisa, v. 37, n. 132. 2007.

ITABORAÍ, N. R. **Mudanças nas famílias brasileiras (1976-2012): uma perspectiva de classe e gênero**. Rio de Janeiro: Garamond, 2017.

LAUFER, J. **Les femmes**. Paris: Institut National de la Statistique et des Études Économiques. Service des Droits des Femmes/Isee. 163-165. 1995.

MIGUEL, L. F.; BIROLI, F. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014.

MADALOZZO, R.; MARTINS, S. R.; SHIRATORI, L. **Participação no mercado de trabalho e no trabalho doméstico: homens e mulheres têm condições iguais?** Florianópolis: Estudos Feministas, 18(2):352 p. 547-566. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v18n2/15.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2018.

MARÇAL, K. **O lado invisível da economia: uma visão feminista**. Trad. Laura Folgueira. São Paulo: Alaúde Editorial, 2017.

MARTINS, G. C.; LUZ, N. S.; CARVALHO, M. G. **Relações de gênero no trabalho doméstico**. Seminário Internacional Fazendo Gênero: diásporas, diversidades, deslocamento. Universidade Federal de Santa Catarina. 2010.

OLIVEIRA, R. D. **Reengenharia do tempo**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Perspectivas Sociale y del Empleo en el Mundo**. 2018a. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_619603.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_619603.pdf). Acesso em: 17 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Las mujeres siguen teniendo menos posibilidad que los hombres de participar en el mercado de trabajo en gran parte del mundo**. 2018b. Disponível em: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_619550?lang=es](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_619550?lang=es). Acesso em 17 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Desemprego e déficits de trabalho decente continuarão altos em 2018**. 2018c. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_615927/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_615927/lang--pt/index.htm). Acesso em: 17 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Participação das mulheres no mercado de trabalho ainda é menor que dos homens**. 2018d. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oit-participacao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho-ainda-e-menor-que-dos-homens/>. Acesso em: 17 jul. de 2019.

PINHEIRO, L. S. **Mulheres e trabalho: breve análise do período 2004-2014**. IPEA, nota técnica n. 24, 2016, p. 3-28. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/160309\\_nt\\_24\\_mulher\\_trabalho\\_marco\\_2016.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160309_nt_24_mulher_trabalho_marco_2016.pdf). Acesso em: 13 jul. de 2018.

POCOCK, J. G. A. **Cidadania, historiografia e res publica: contextos do pensamento político**. Coimbra: Almedina, 2013.

RAMOS, D. P. **Representações sobre gênero e política no Distrito Federal**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília. 2014.

ROCHA, A. E. **Filosofia e republicanismo em Cícero**. Universidade do Minho, 2010. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/11546>. Acesso em: 21 dez. 2018.

SAFFIOTI, H. I. B. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. 3. Ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SAFFIOTI, H. I. B. **Gênero, patriarcado e violência. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.**

SOUSA, L. P. GUEDES, D. R. **A divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 30, n. 87, p. 123-139, ago. 2016. ISSN 1806-9592. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/119119>. Acesso em: 21 jul. 2018.

SUCUPIRA, F. **Divisão sexual do trabalho e o tempo no cotidiano das mulheres de baixa renda**. UNICAMP: Idéias, v. 7, nº1. 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649509/0>. Acesso em: 17 jul. 2018.

TEIXEIRA, M. O. **Desigualdades salariais entre homens e mulheres a partir da abordagem de economistas feministas**. Niterói, Revista Gêneros, v. 9, n. 1, p. 31-45. 2008.

TOFFLER, A. **A terceira onda: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1980.

WHITE, L. K.; BRINKERHOFF, D. B. **The sexual division of labor: evidence from childhood**. Social Forces, v. 60, n. 1, pág. 170-181. Oxford University Press. 1981.

YOUNG, I. M. **Representação política, identidade e minorias**. São Paulo: Lua nova, 67: p. 139-190. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a06n67>. Acesso em: 20 jul. 2018.

**LINHA III TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA  
CIDADANIA**



# O DESENVOLVIMENTO DA CIDADANIA NO BRASIL: O TRABALHO COMO INSTRUMENTAL DA EVOLUÇÃO DE DIREITOS E DA GARANTIA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

## *THE DEVELOPMENT OF CITIZENSHIP IN BRAZIL: WORK AS AN INSTRUMENT OF THE EVOLUTION OF RIGHTS AND THE GUARANTEE OF THE EXERCISE OF CITIZENSHIP*

Marli M. Moraes da Costa\*

Andréa Pellegrini Fetzner\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A origem do Estado. 3 A evolução dos direitos. 4 O Direito do Trabalho na construção da cidadania. 5 Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Através desse estudo sobre o desenvolvimento da cidadania no Brasil busca-se refletir sobre a importância do direito do trabalho como expressão da cidadania, sob o ponto de vista da sobrevivência e do desenvolvimento humano. O problema a ser enfrentado restringe-se ao seguinte questionamento: qual a importância dos direitos sociais, em especial o trabalho, na construção da cidadania brasileira? A justificativa para tal questionamento e abordagem centra-se justamente nas mudanças sociais que podem decorrer da ampliação do mercado em detrimento de direitos. Conclui-se que a legislação laboral foi um relevante instrumento para a evolução da cidadania no Brasil, possibilitando o acesso a outros direitos. Dessa forma, o presente artigo foi dividido em três

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC, certificado pelo CNPq. Especialista em Direito Privado. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Membro do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Pesquisas Migrações Internacionais e Pesquisa na Região Sul do Brasil - MIPESUL. Membro do Conselho Editorial de inúmeras revistas qualificadas no Brasil e no exterior. Autora de livros e artigos em revistas especializadas. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3841-2206>. E-mail: [marlim@unisc.br](mailto:marlim@unisc.br)

\*\* Mestre em Direito pelo PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, Área de concentração em “Direitos Sociais e Políticas Públicas”, linha de pesquisa em “Políticas Públicas de Inclusão Social”. Integrante do grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”. Advogada. E-mail: [andrea.fetzner@outlook.com](mailto:andrea.fetzner@outlook.com).

Artigo recebido em 28/10/2018 e aceito em 22/01/2020.

**Como citar:** COSTA, Marli M. Moraes da; FETZNER, Andréa Pellegrini. O desenvolvimento da cidadania no Brasil: o trabalho como instrumental da evolução de direitos e da garantia do exercício da cidadania. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 261-284. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

tópicos que correspondem à contextualização da criação da sociedade civil através do contrato social, a evolução dos direitos e a importância dos direitos sociais para a construção da cidadania no Brasil. Como método de abordagem adotou-se o dedutivo. Já o método de procedimento utilizado foi o histórico-crítico e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** cidadania. evolução dos direitos. direito do trabalho.

**ABSTRACT:** *Through this study about the development of citizenship in Brazil, it is sought to reflect on the importance of labor law as an expression of citizenship, from the point of view of human survival and development. The problem to be faced is restricted to the following questioning: what is the importance of social rights, especially work, in the construction of Brazilian citizenship? The justification for such a questioning and approach, focuses precisely on the social changes that can result from the expansion of the market in detriment of rights. It is concluded that labor legislation was an important instrument for the evolution of citizenship in Brazil, allowing access to other rights. In this way the present article was divided in three topics that correspond to the contextualization of the creation of the civil society through the social contract, the evolution of the rights and the importance of the social rights for the construction of citizenship in Brazil. As a method of approach it was adopted the deductive one. Regarding the procedure method used it was the historical-critical and the research technique was the bibliographical and documentary.*

**Keywords:** *citizenship. rights evolution. labor law.*

## INTRODUÇÃO

Tendo em vista a complexidade das relações que se estabelecem entre mercado econômico e direitos sociais no âmbito da sociedade brasileira contemporânea e os conflitos daí advindos, faz-se necessário repensar a importância do trabalho no contexto dessa adversidade. A recente alteração na legislação trabalhista pátria atenta para a possibilidade de supressão de direitos laborais em prol da ampliação do mercado, sem levar em consideração a importância do trabalho como meio de desenvolvimento do ser humano. Tal situação faz repensar a função que representou o direito do trabalho na construção da cidadania brasileira. A premissa de que o trabalho possibilita meios de sobrevivência não pode estar dissociada da sua importante função social, que é de possibilitar o alcance de outros direitos e garantias também relevantes. Da associação de todos esses valores é que se consubstancia o processo de evolução da cidadania, representada como expressão de fruição de vários direitos civis, políticos e sociais. O perecimento de condições para efetivação de direitos importa na redução da cidadania, a qual não pode ser expressa somente no exercício de voto, pois liberdade de voto e de pensamento não garantem outros direitos, tampouco resolvem problemas sociais. A complexidade reside no fato de que a cidadania se expressa através de várias dimensões de direitos, entre eles, o trabalho.

Através do presente artigo, busca-se refletir sobre a importância do direito do trabalho como expressão da cidadania, na medida em que deve ser considerado não só como meio de subsistência, mas como um potencializador do desenvolvimento das capacidades humanas e da conquista de direitos. O problema central restringe-se a averiguar a importância dos direitos sociais, em especial do direito ao trabalho e suas normas, na construção da cidadania brasileira. A relevância encontra-se na possibilidade do enfraquecimento da cidadania pela supressão de direitos sociais, diante do ideário protetivo do mercado. A resposta ao problema é construída a partir de pesquisa bibliográfica, em que se busca demonstrar a importância do trabalho e da legislação pertinente para a consecução de direitos. Nesse sentido, após uma breve contextualização do surgimento dos direitos do homem através da teoria do contrato social que dá origem a sociedade civil, analisam-se as dimensões da evolução dos direitos como expressão da cidadania e, por fim, aborda-se a questão da importância dos direitos sociais, em especial o trabalho, para a evolução da cidadania no Brasil. O método de abordagem adotado foi o dedutivo, o método de procedimento utilizado foi o histórico-crítico.

## **1 A ORIGEM DO ESTADO**

As condições políticas da emergência dos direitos do homem surgem da inversão de certos conceitos que até então eram preponderantes. Antes do século XVIII filósofos falavam em deveres do homem, em centralização do Estado, em desigualdades entre os indivíduos, em origem natural do Estado, em poder emanado de Deus. Após o século XVIII, há uma mudança de pensamentos e de conceitos: o indivíduo passa a ser o centro da razão, todos são iguais em direitos, o Estado decorre de um acordo entre os indivíduos e o poder decorre da nação. Com essa inversão de conceitos e valores inicia-se um pensamento sobre direitos do homem e não somente deveres. O indivíduo passa a ser o centro do pensamento, da atenção e das relações políticas, em detrimento do Estado. O individual se sobrepõe ao coletivo. No que tange à igualdade, passa a ser um direito defendido e presente no pensamento moderno, principalmente através da doutrina da igreja protestante e de filósofos como Hobbes, Locke e Rousseau (BEDIN, 2002, p. 19-28).

Em relação à origem do Estado, nos primórdios ele era visto como algo natural, decorrente da união de famílias que formavam aldeias,

que formavam vilas, que formavam cidades e assim sucessivamente. Com a visão individualista, a ideia de surgimento de Estado está centrada na criação artificial de um ente elaborado através da vontade humana, a teoria do contrato social, que explica o Estado de Direito através de um pacto social. Uma ficção jurídica, na qual o povo, livre e sem subordinação a nenhuma autoridade repassa poderes ao Estado em troca de certas garantias como segurança, propriedade, vida, etc. A sociedade civil, sujeita ao Estado, surge em contraponto ao estado natural. Nesse sentido, na ideia de sociedade civil cria-se a figura do homem como detentor de direitos e deveres. Contudo, nem todo homem é detentor de tais direitos, somente alguns e com certas características. Portanto, o contrato social prevê critérios de inclusão social e de exclusão social. Seriam três esses critérios iniciais, na visão de Santos (2006, p. 317-318): a) indivíduos e suas associações; b) cidadania territorial, mesmo espaço geopolítico e somente homens (mulheres, crianças, estrangeiros, imigrantes, minorias são excluídos – permanecem no estado de natureza); c) interesse público (não estão inclusos os interesses privados, questões pessoais, espaço doméstico, dentre outros).

Altera-se a forma de legitimidade do poder, que emanava de Deus e passa a decorrer da vontade soberana dos indivíduos (BEDIN, 2002. p. 33), e os critérios de inclusão e exclusão social é que fundamentam essa legitimidade do Estado como garantidor das questões políticas, sociais, econômicas e culturais. Esses critérios vão se alterando no decorrer dos tempos, mormente através de lutas, resultando na inclusão de alguns excluídos e até a exclusão de alguns incluídos, assim como os termos desse contrato com o Estado, que também sofrem alterações com o passar com tempo (SANTOS, 2006, p. 318).

Os principais pensadores da teoria do contrato social foram Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, cada qual com um pensamento sobre o que representa o estado natural e a função do Estado (GUSMÃO, 1997, p. 357). Mas os três pensadores convergem na premissa de que a opção de abandonar o estado natural para constituir a sociedade civil e o Estado moderno é uma decisão irreversível (SANTOS, 2006, p. 317).

Santos (2006, p. 317) salienta que, para Rousseau, o contrato social tem como fim potencializar as liberdades do homem e garantir direitos. Seria então a regularização social entre liberdades e interesses individuais e vontade coletiva, como forma de promover o bem comum. Mas, esse mesmo autor assevera que, quanto mais violento e anárquico o

estado natural, mais o Estado deve ser investido em poderes decorrentes do contrato social. Essa premissa de um estado natural anárquico encontra obstáculos em outras teorias, como, por exemplo, a que defende Schmidt (2018, p. 124), destacando estudos recentes (na biologia, psicologia, neurociência e ciências sociais) que evidenciam a propensão natural do homem para agir em cooperação e de forma organizada, asseverando que essa capacidade esteve presente ao longo do processo evolutivo da humanidade e é muito anterior ao Estado e ao mercado, o que explica parte importante do comportamento humano. Entretanto, nas últimas décadas prevaleceu a tese de que o egoísmo é natural na espécie humana, e foi defendida pelos adeptos do liberalismo econômico, encontrando sua base teórica em Hobbes (ênfase do controle estatal) e na “mão invisível” de Adam Smith. Sobre essas duas teses Schmidt (2018, p. 125) esclarece que

[a] primeira conduz à ênfase no controle estatal e burocrático dos antagonismos sociais; a segunda confia que, livres de controles, os vícios privados resultam em benefícios públicos. Essas concepções distintas se expressam na análise de políticas públicas na oscilação pendular entre a intervenção estatal e a privatização. Uma e outra desconsideram a vocação colaborativa dos seres humanos como fundamento da ação coletiva.

Schmidt (2018, p. 126) refere que Hobbes, na obra *Leviatã*, de 1651, formula a tese do egoísmo natural, desenvolvendo “a concepção de que originariamente os homens viviam em *estado de natureza*, onde grassavam a liberdade individual, o egoísmo e os conflitos”. Conflitos esses que derivam da própria natureza humana, sendo três as principais causas de discórdia: competição (derivada do lucro), desconfiança (pela segurança) e glória (pela reputação). Na falta de um poder controlador ocorre a guerra de todos contra todos, sem noção de bem/mal, de justiça/injustiça e de propriedade. O Estado teria surgido, assim, de um pacto comum de união, o contrato social, em que, em troca da segurança, o homem cede ao Estado a sua liberdade. Contudo, essa percepção ditada por Hobbes é inverossímil se analisados os estudos antropológicos, arqueológicos, sociológicos e históricos, pois as sociedades primitivas já demonstravam suas complexas redes “de relações, hierarquias e alianças, em que, como hoje, competição e cooperação andavam lado a lado” (SCHMIDT, 2018, p. 127).

Adam Smith também defende a tese do egoísmo natural, mas com enfoque na economia e, ao contrário de Hobbes, sem exaltar a presença do Estado. Defende a economia capitalista e as vantagens do livre mercado,

ressaltando o interesse individual como impulso adequado da economia e do bem-estar social, conforme explica Schmidt (2018, p. 128).

*Em A Riqueza das Nações*, de 1776, Smith defendeu a nascente economia de mercado capitalista e as vantagens do livre mercado com base na premissa de que o auto-interesse é a mola propulsora adequada da economia e do bem-estar social. Numa economia de mercado, as trocas entre produtores e consumidores não são regidas pela benevolência e sim pelo interesse. Cada indivíduo busca empregar seu capital de forma que seu produto tenha o máximo valor possível, visando apenas o seu próprio ganho, sem buscar e sem saber se está promovendo o interesse público.

Nesse pensamento, a ausência do Estado como poder central é benéfica para a sociedade, pois promovendo o interesse pessoal cada um é impulsionado por uma “mão invisível” a também promover os objetivos de toda a sociedade (SMITH, 1996, p. 438). Segundo esse ponto de vista, o interesse próprio é muito mais eficaz no alcance do progresso e do bem comum do que as leis e o Estado. Essa tese de não intervenção estatal e do livre mercado passou a fazer parte do pensamento do liberalismo econômico, que também incorporou a visão utilitarista, de Jeremy Bentham, através da qual o homem é regido pela dor e pelo prazer, fazendo escolhas racionais para maximizar o prazer. Através dessa teoria a ciência política explica a atuação de “governos, partidos e cidadãos com base na racionalidade calculista, egoísta, de perdas e ganhos, e a democracia é reduzida a um processo competitivo de seleção das elites pelo voto, similar à competição do mercado” (SCHMIDT, 2018, p. 128-129).

De toda essa evolução sobre a origem estatal, independente das divergências entre as características das sociedades anteriores, a ideia de Estado que prevalece, e que foi muito bem sintetizada acima por Schmidt, é que na sociedade moderna se vive uma redução da atuação democrática. Consequentemente, há uma redução da cidadania, que culmina em ter sua base de expressão tão somente pelo direito de voto, enquanto sua concepção deveria englobar muito mais do que esse singelo direito. Uma reflexão sobre o desenvolvimento dos direitos, como expressão da cidadania, se faz necessária.

## 2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS

Todas estas inversões nos conceitos e na representação política se traduzem na concretização da sociedade atual. Além disso, essa nova perspectiva ressalta o individualismo, no sentido de priorizar a parte em detrimento do Estado. A partir desse pensamento moderno é que se começa a perquirir sobre direitos do homem e não simplesmente deveres. As declarações de direitos da Virgínia (1776) e da França (1789) são a expressão jurídica desta inversão, com o surgimento de uma sociedade com modelo individualista (BEDIN, 2002. p. 38).

O desenvolvimento dos direitos do homem a partir do século XVIII passou por várias reivindicações e seu reconhecimento foi um sinal de progresso da humanidade. Esses direitos, categorizados como direitos humanos, foram sendo conquistados paulatinamente no decorrer dos tempos e apresentam classificações diversas de acordo com diferentes autores. Segundo T.H. Marshall, os direitos podem ser classificados em direitos civis (com início no séc. XVIII), direitos políticos (surgidos a partir do séc. XIX) e direitos sociais (séc. XX); autores como Paulo Bonavides, Gérman Bidart de Campos e Celso Lafer, classificam os direitos como de primeira geração (civis e políticos), de segunda geração (econômicos e sociais) e de terceira geração, esses considerados como direitos de solidariedade ou direitos do homem no âmbito internacional; Bedin (2002, p. 41- 42) classifica como direitos civis ou de primeira geração (séc. XVIII), direitos políticos ou de segunda geração (séc. XIX), direitos econômicos e sociais ou de terceira geração (início séc. XX) e direitos de solidariedade ou de quarta geração (meados séc. XX).

Importa referir que parte considerável da doutrina, contemporaneamente, aborda a terminologia “dimensão” para categorizar os direitos sociais, tendo em vista que a expressão geração pode sugerir que o advento de uma nova categoria de direitos supera a anterior, o que não é intento de tal classificação. Dimoulis e Martins<sup>1</sup> (2014, p. 23) registram que

<sup>1</sup> *Esses autores seguem além, pois embora considerem que o termo dimensão é o mais correto para categorizar direitos fundamentais, evitando equívocos do termo gerações, no estudo intitulado “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais” não utilizam o termo dimensão, tendo em vista a preocupação de exatidão terminológica, utilizando o termo “categoria” ou “espécie”. Explicam que “dimensão” é utilizado para “indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento. No caso aqui relevante, há grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e funcionamento são claramente diferenciados em âmbito jurídico. Portanto, recomenda-se utilizar os termos “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais, da mesma forma como se classificam leis e atos jurídicos em espécies de leis ou categorias de atos jurídicos e não em dimensões do ato jurídico ou da lei (Capítulo 4). Reservar-se-á o termo dimensão para indicar dois aspectos*

[t]al opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior, enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores “gerações”, como indica claramente a Constituição brasileira de 1988, que inclui indiscriminadamente direitos de todas as “gerações”.

A questão pontual é que a origem dos direitos civis teve como marco as declarações de direitos da Virgínia (1776) e da França (1789) e tais direitos que abrangem as liberdades<sup>2</sup> são ditos negativos, pois requerem uma atitude negativa do Estado em relação aos sujeitos, limitando o poder do Estado e privilegiando os indivíduos (BEDIN, 2002, p. 43). Esses direitos estão relacionados à corrente de pensamento do liberalismo que defende o Estado liberal, com maior liberdade de atuação das pessoas e menor intervenção do Estado no mercado, o qual deveria ater-se às questões sociais e de maior relevância.

Segundo Dimoulis e Martins, (2014, p. 50) são direitos que possibilitam “aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado”, em que o Estado não deve intervir na “esfera do indivíduo” e esse pode repelir e resistir a “eventual interferência estatal” com meios que o próprio ordenamento jurídico dispõe, limitando a atuação daquele. Conforme os autores,

[e]sses direitos foram proclamados já nas primeiras Declarações do século XVIII. Os direitos de resistência correspondem à concepção liberal clássica que procura impor limitações à atividade do Estado, para preservar a liberdade pessoal que inclui a atuação econômica e o usufruto da propriedade. Dessa forma, objetiva-se afastar quaisquer possibilidades de intervenções arbitrárias na esfera individual. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 51)

Em relação aos direitos de liberdade política ou de segunda dimensão, representam um desdobramento dos direitos de primeira

---

ou funções dos mesmos direitos fundamentais, isto é, o objetivo e o subjetivo (Capítulo 8)” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 24).

<sup>2</sup> Essas liberdades são expressas pelas liberdades físicas (vida, ir e vir, segurança individual, associação, inviolabilidade de domicílio) de expressão (imprensa, manifestação do pensamento, sigilo correspondência), de consciência (crença, religião, culto), direito de propriedade privada, direitos da pessoa acusada (princípio da reserva legal, devido processo legal, presunção de inocência) e garantias de direitos (petição, habeas corpus, mandado de segurança) (BEDIN, 2002, p. 43-56).

dimensão e são considerados como positivos, “isto é, direitos de participar no Estado” (BEDIN, 2002, p. 56). É a categoria de direitos que permite ao sujeito participar na determinação da política do Estado de forma ativa. Na visão de Dimoulis e Martins, (2014, p. 53) são direitos ativos que “possibilitam uma ‘intromissão’ do indivíduo na esfera da política decidida pelas autoridades do Estado”. Consubstanciam-se no direito de sufrágio para escolha dos representantes políticos e também no direito de participar diretamente na formação da vontade política (referendo, participação em partidos políticos). Esses direitos políticos “sempre constituíram a base do regime democrático, segundo o brocardo *governo do povo pelo povo*” e historicamente representam

[...] uma contínua extensão de seus titulares (diminuição da idade mínima para o seu exercício; direito ao voto para as classes populares, para as mulheres e, recentemente em alguns países, para os estrangeiros) e multiplicaram-se com a introdução de formas de democracia direta (leis de iniciativa popular, referendo, orçamentos participativos)” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 53-54).

Quanto aos direitos econômicos e sociais (de terceira dimensão), surgem no início do século XX. O Estado passa a ser visto como devedor dos indivíduos trabalhadores e marginalizados, estando na obrigação de realizar ações para garantir um mínimo de igualdade e bem-estar (BEDIN, 2002, p. 62). Também é uma categoria de direitos considerados positivos, na medida em que possibilitam aos

[...] indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de status negativus (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 52).

Conforme explicam Dimoulis e Martins (2014, p. 52) a expressão “direitos sociais” é justificável, tendo em vista que seu intuito é a melhoria de vida de muitas categorias da população através da implementação de políticas públicas e “medidas concretas de política social”. O Estado pode concretizar as ações que realizam direitos sociais através de prestações materiais e através de ações normativas. Em relação às prestações materiais, efetivam-se através do oferecimento de bens ou serviços às pessoas que não têm condições de adquiri-los por si (como alimentação, educação, saúde, por exemplo) e também através do fornecimento de forma universal

de serviços monopolizados pelo Estado, como a segurança pública (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 53). Quanto à atuação normativa, diz respeito à elaboração de normas jurídicas que tutelam interesses individuais, por exemplo, sobre questões trabalhistas, cuja prerrogativa está em proteger direitos relacionados ao homem trabalhador na sua individualidade. São premissas que englobam, dentre outras, a liberdade de trabalho, o salário mínimo, a jornada de oito horas, o descanso semanal remunerado e a

[...] obrigação estatal de legislar sobre as férias remuneradas (art. 7º, XVII, da CF), caso no qual a prestação do Estado não tem valor econômico direto (não oferece ao trabalhador uma espécie de remuneração, mas *constitui e conforma* a obrigação jurídica de todos os empregadores concederem férias remuneradas e a pretensão jurídica dos empregados a elas) (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 53).

Para Bedin (2002, p. 66), essa atuação normativa também engloba os direitos coletivos dos trabalhadores, como os que dizem respeito à liberdade sindical, direito de greve dentre outros direitos assegurados aos trabalhadores como coletividade. Resumidamente, são direitos garantidos por meio do Estado e estão relacionados à corrente de pensamento socialista, assegurando direitos relativos ao homem trabalhador e também ao homem consumidor. Referidos direitos são mencionados em textos dos séculos XVIII e XIX, mas são garantidos “a partir das primeiras décadas do século XX na Rússia pós-revolucionária, na Alemanha da República de Weimar e em outros países com forte presença do movimento socialista” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 53). No que diz respeito aos direitos do homem enquanto sujeito consumidor, “sujeito que consome bens e serviços públicos”, podem ser relacionados os seguintes: direito à seguridade social, à educação, à habitação (BEDIN, 2002, p. 69).

A quarta dimensão de direitos, ou direitos de solidariedade, teve seu marco no ano de 1948, com a Declaração dos Direitos do Homem. Neste ponto cabe referir que a partir das atrocidades da II Guerra Mundial houve uma intensa mudança de concepção em relação aos direitos do homem, em especial aos direitos humanos. Formou-se uma concepção de que o ser humano é a figura central e deve ser incorporado à ordem jurídica como seu valor máximo, pois a sobrevivência da humanidade depende da proteção de todos os povos, com respeito incondicional à dignidade da pessoa humana (CORDEIRO, 2012, p. 77). A pessoa é vista como fundamento e como fim do Estado. Assim, a partir desse marco é

que direitos atinentes à dignidade do homem passaram a ser expressos nos sistemas jurídicos.

A Alemanha foi o primeiro país que adotou a premissa da dignidade da pessoa humana em sua lei fundamental, em decorrência das violações que o regime nazista cometeu contra a dignidade da pessoa humana através da prática de crimes políticos sob a invocação de razões de Estado e ideologias. Assim como na Alemanha, outros países também adotaram a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, dentre esses Portugal, Espanha e Brasil (SILVA, 2015, p. 89-90). Inclusive, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da ONU, de 1948, adota a concepção de dignidade, dispondo:

Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Artigo II 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (ONU, 1948, <https://nacoesunidas.org>).

Embora Gorczewski (2009, p. 136) adote uma classificação um tanto diversa<sup>3</sup>, refere que esses direitos “correspondem ao terceiro elemento preconizado na Revolução Francesa: o princípio da fraternidade”. Ou direitos de solidariedade, compreendendo direitos do homem em âmbito internacional e, segundo Bonavides (1993 apud BEDIN, 2002, p. 73), que visam à proteção do gênero humano como “valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Visam proteger a humanidade além do âmbito dos Estados, pois ultrapassam a figura de um indivíduo isolado ou grupo, na medida em que destinam a garantia e segurança do próprio “gênero humano” (GORCZEWSKI, 2009, p. 136). Esses direitos se consubstanciam em assegurar o direito ao desenvolvimento, promovendo condições de bem estar a todas as populações e está relacionado a uma ordem econômica mundial centrada na solidariedade e não na ganância e obtenção de lucro somente; é uma reivindicação dos países pobres em relação aos ricos, envolve o direito de que toda a “pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural

<sup>3</sup> Os direitos de quarta geração de Bedin correspondem aos direitos de terceira geração conforme classificação adorada por Gorczewski (2009, p. 135).

e político” e dele usufruir (BEDIN 2002, p. 75). Representam também o direito a um meio ambiente saudável, relacionando-se com a preocupação com o futuro do planeta em relação aos malefícios do desenvolvimento dissociado do cuidado com a natureza (GORCZEVSKI, 2009, p.138), assim como o direito à paz e à autodeterminação dos povos, como a não intervenção na política interna dos países.

Esses direitos representam conquistas da humanidade ao longo dos anos e que tiveram na DUDH o seu marco histórico, pois foi a partir de então que os direitos humanos passaram a ter relevância no contexto internacional. Embora a Declaração em si não tenha caráter vinculante, serviu de base para a elaboração de muitos tratados internacionais, cujo objetivo foi a proteção dos referidos direitos, repercutindo nas legislações nacionais que passaram a adotar tais premissas.

A evolução dessas gerações ou dimensões demonstram não só as conquistas em relação aos direitos humanos, mas o desenvolvimento da própria cidadania tendo em vista que o exercício dessa se relaciona diretamente com o acesso a todos esses direitos. Para compreender a relevância dos direitos trabalhistas nesse processo é preciso abordar a evolução da cidadania no Brasil.

### **3 O DIREITO DO TRABALHO NA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA**

Para Bedin (2002, p. 77-78), todos estes direitos referidos na classificação devem ser cuidados, reinventados e ampliados, pois a ideia de direitos do homem sofre uma ameaça pelo surgimento do neoliberalismo. Giddens (1999, p. 20) assevera que a cidadania teve “um prolongado processo de evolução” com a implementação do *welfare state*, com a consolidação da socialdemocracia logo após a II Guerra Mundial. Contudo, o pensamento socialista foi incapaz de acompanhar as evoluções do mercado, dos avanços tecnológicos e da globalização. A partir de 1970 a socialdemocracia foi desafiada pelo pensamento filosófico do livre mercado, o neoliberalismo.

A perspectiva neoliberal está assentada no pensamento de que o mercado apresenta as soluções da sociedade civil e o bem-estar social deve ser provido pelo desenvolvimento econômico. O *welfare state* é visto como um dos males da sociedade, pois “aleija o espírito empreendedor e autoconfiante dos indivíduos” (GIDDENS, 1999, p. 23). O mercado deve

ser livre e globalizado. Esse padrão de emergência do neoliberalismo, com o ideário do Estado mínimo (menos Estado e mais mercado), gera consequências em relação aos direitos do homem, especialmente direitos sociais. É justamente nesse pensamento que se assenta o receio de Bedin, pois, na medida em que o mercado avança, direitos podem sucumbir. Nesse cenário se insere a reforma trabalhista brasileira, reformulando regras sociais que foram fundamentais para o desenvolvimento da cidadania no Brasil.

Para compreender a importância das regras sociais protetivas do trabalho é relevante abordar como ocorreu o desenvolver da cidadania<sup>4</sup> no Brasil. Carvalho (2016, p. 16-17) considera que a construção da cidadania brasileira não acompanhou o sistema de evolução preconizado por Marshall, o qual menciona uma sequência lógica e cronológica, a iniciar pela conquista dos direitos civis (séc. XVIII), passando pelos políticos (séc. XIX) e culminando nos sociais (XX). A evolução das dimensões da cidadania abordadas por Marshall, cujo surgimento teria ocorrido na Inglaterra, se aplica aos ingleses na medida em que através dos direitos de liberdade esses conquistaram o direito de votar e participar do governo; com a participação, elegeram operários e criaram o Partido Trabalhista, o qual introduziu direitos sociais.

Para Carvalho (2016, p. 16-17) esse processo não se aplica para explicar o desenvolvimento da cidadania no Brasil, além disso o próprio Marshall faz uma ressalva a essa evolução de direitos, salientando a presença da educação popular como um pré-requisito para a conquista de direitos. Ponderando que há uma tendência em se “desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais”, onde o cidadão completo acumularia o exercício dos três direitos e os “que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não cidadãos” (CARVALHO, 2016, p. 15). Contudo o fenômeno é complexo, tendo em vista que remete ao questionamento acerca da possibilidade de um direito coexistir sem o outro. No ponto de vista desse autor é evidente que podem haver direitos civis (direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, por exemplo) sem direitos políticos (direito ao voto, de participar da atividade política), contudo o contrário não é possível, pois sem liberdade (opinião, expressão) e igualdade não há como exercer os direitos políticos. Em relação aos direitos sociais, possibilitam a “participação na riqueza coletiva” e permitem que as sociedades politicamente organizadas promovam a redução dos “excessos

<sup>4</sup> Cidadania no sentido de garantias de direitos como liberdade, participação e igualdade para todos, desdobrados em direitos civis, políticos e sociais (CARVALHO, 2016, p. 14-15).

das desigualdades sociais produzidos pelo capitalismo” e garantam a todos um “mínimo de bem-estar”, mas salienta que na ausência de direitos civis e políticos, o conteúdo e alcance desses direitos sociais tendem “a ser arbitrários” (CARVALHO, 2016, p. 15-16).

A construção da cidadania no Brasil decorreu de processo diverso do ocorrido na Inglaterra. Portanto, a lógica da evolução de Marshall não se aplica igualmente a todos os países. Considerando-se como marco o período a partir de 1822, com o advento da independência do Brasil, foram os direitos sociais que tiveram papel mais relevante na história do país, apresentado desenvolvimento superior aos demais, repercutindo no processo de construção da cidadania brasileira. Nesse período, são poucas as referências legais estabelecendo direitos civis e, quanto aos direitos políticos, foram garantidos nas Constituições de 1824 e de 1891, mas apresentando severas restrições. Em relação aos direitos sociais, eram precários. Aliás, em 1891 houve retrocesso, pois a Constituição Republicana de 1891 retira a obrigação do Estado de fornecer educação primária e o proíbe de legislar sobre o trabalho. A assistência social era feita pela igreja e associações particulares (CARVALHO, 2016, p. 67).

O sentimento nacionalista, as lutas sociais e revoluções que precederam as conquistas de direitos na Europa não tiveram seus equivalentes, nas mesmas proporções, no Brasil. Outrossim, a herança colonial brasileira teve peso relevante como obstáculo ao desenvolvimento da cidadania com base em direitos civis. A cultura escravista, que negava a condição humana ao escravo, atrelado à influência dos grandes proprietários de terras, imunes às leis, e um Estado comprometido com o poder privado influenciaram sobremaneira no atraso da efetivação de direitos civis, que existiam somente na lei, conforme assevera Carvalho (2016, p. 50). Apesar das assertivas sobre a inexistência de um povo politicamente organizado no Brasil à época, esse mesmo autor faz algumas ponderações. A primeira é que houve movimentos políticos com participação ativa da população (movimento abolicionista de 1887 e tenentismo em 1922). A segunda é que o voto não pode ser considerado a única forma de expressão de cidadania, pois o povo se manifestou através de algumas revoluções (Cabanagem 1835, Balaiada 1838, Canudos 1896, Contestado 1912). Essas revoltas demonstraram que o povo tinha consciência dos direitos dos cidadãos e deveres do Estado. Quanto ao sentimento de pertencimento a um Estado-nação, esse por muito tempo permaneceu adormecido. As lutas travadas demonstravam, muitas vezes, um sentimento de identidade em relação

às regiões, como, por exemplo, a Revolução Farroupilha (1835). Para Carvalho (2016, p. 80-83) o sentimento de unidade nacional começou a florescer com força a partir da Guerra do Paraguai que durou de 1865 a 1870. Essas rebeliões demonstram que o povo tinha seus ideais de justiça e se manifestava quando o governo intervinha na vida privada. Entretanto, todas essas ponderações não afastam a conclusão do autor de que até 1930 não houve de fato uma organização política da população e tampouco um sentimento nacionalista, fatores que contribuíram para a morosidade do desenvolvimento de uma cidadania ativa.

Em contrapartida, alguns fatores contribuíram para o implemento da cidadania, como o surgimento de uma classe operária. Entre 1884 e 1920 ocorreu relevante ingresso de imigrantes no país e houve a industrialização de algumas capitais. Surge um movimento operário que começa a reivindicar direitos e exigir mudanças. Há um avanço nos direitos civis e uma forte manifestação operária na luta por direitos básicos, como direito de organização, de escolher trabalho, de fazer greve, e por uma legislação trabalhista que regulasse questões como horário de trabalho, descanso, férias, acidente do trabalho e aposentadoria (CARVALHO, 2016, p. 65).

Em 1926 o Estado passou a legislar sobre trabalho. Apesar de o Brasil ser membro da OIT desde 1919 e ter elaborado, nas duas primeiras décadas do século XX, algumas leis sobre trabalho<sup>5</sup>, foi com a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, que alterou a Constituição Federal de 1891, que o Estado passou oficialmente a legislar sobre o trabalho. A referida Emenda estabeleceu a competência exclusiva do Congresso Nacional para legislar sobre o trabalho. Era o início de um tímido período, em que os problemas sociais começavam a refletir e vozes ilustres defendiam os direitos dos trabalhadores a uma vida melhor, mas eram vozes isoladas que não conseguiram fazer valer suas ideias à época, a exemplo de

[...] Miguel Calmon, falando aos baianos sobre “O Direito à Felicidade”, dizia em 1919: “Sem que o operário e sua família tenham asseguradas por lei condições mínimas de independência e bem-estar, continuarão sempre a ser adstritos à fábrica ou à obra, e a sofrer todas as misérias e degradações” (SÜSSEKIND et al., 2002, p. 58).

---

<sup>5</sup> Em 1919 o Brasil ingressa como membro da Organização Internacional do Trabalho e cria uma lei sobre responsabilidade de acidentes do trabalho. Em 1923 cria a Caixa de Aposentadoria e Pensão dos ferroviários, que foi a medida mais eficaz da época e em 1926 cria legislação sobre férias (CARVALHO, 2016, p.68-69).

Quanto aos direitos políticos, até 1930, eram destinados a seletos grupos. Foi a partir desse ano que houve uma aceleração nas mudanças sociais e políticas. Carvalho (2016, p. 50) refere que o ano foi um “divisor de águas” para a evolução de direitos sociais e políticos, salientando-se que esses últimos foram mais complexos, permeados por avanços e retrocessos. Isso significa que os direitos sociais tiveram desenvolvimento mais significativo, contribuindo sobremaneira para a evolução da cidadania no Brasil. O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio foi criado em 1930 e várias normas trabalhistas foram elaboradas a partir de então. Nesse sentido, foi efetivamente a partir dessa década, devido ao contexto social e político da Revolução de Trinta, que os direitos sociais, principalmente os trabalhistas, passaram a ter relevância.

Dentre as medidas legislativas que se destacaram no período, podem ser citadas exemplificativamente, com base nas considerações de Süsskind et al., (2002, p. 59): a) Decreto nº 19.482 de 12 de Dezembro de 1930, dispondo sobre várias normas protetivas ao trabalhador; b) Decreto nº 19.770 de 19 de março de 1931, que elabora a estrutura sindical oficial, baseada no sindicato único (contudo, não obrigatório ainda), submetido ao reconhecimento estatal e considerado como “órgão colaborador deste”, conforme assevera Delgado (2004, p. 111); c) Decreto nº 21.186 de 22 de março de 1932, regulamentando o horário de trabalho no comércio; d) Decreto nº 21.364 de 4 de maio de 1932, regulamentando o horário de trabalho na indústria; e) Decreto nº 21.396 de 12 de maio de 1932, institui as Comissões Mistas de Conciliação; f) Decreto 22.132 de 25 de novembro de 1932 que institui as Juntas de Conciliação e Julgamento, para dirimir litígios oriundos de questões de trabalho, em que sejam partes empregados sindicalizados; g) Decreto nº 21.417-A de 17 de maio de 1932, regulando as condições de trabalho das mulheres na indústria e no comércio.

Com o advento da Constituição de 1934 é mantida a intervenção estatal nas relações de trabalho, pois a carta magna refere que a ordem econômica deve possibilitar a todos uma existência digna, e refere, ainda, que a lei deve estabelecer as condições de trabalho, protegendo socialmente o trabalhador e os interesses econômicos do país (BRASIL, 1934a, <http://www.planalto.gov.br>). Essa Constituição traz inovações como: a vedação de distinção salarial para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; estabelece o salário mínimo e a jornada de oito horas; proíbe qualquer trabalho aos menores de 14 anos; proíbe o trabalho noturno aos menores de 16 anos; proíbe o trabalho

em indústrias insalubres aos menores de 18 anos e às mulheres; estabelece o repouso semanal preferencialmente aos domingos, férias remuneradas e indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; também prevê a assistência médica ao trabalhador e à gestante, a instituição de previdência social (a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte); institui a Justiça do Trabalho (BRASIL, 1934a, <http://www.planalto.gov.br>).

Com o advento da Constituição de 1937 e do Decreto nº 1.402 de 05 de julho de 1939, o modelo sindical corporativista se oficializa, é estabelecido sindicato único por profissão, sendo considerado como órgão de colaboração com os poderes públicos e subordinados aos interesses nacionais (BRASIL, 1939, <http://www.planalto.gov.br>). A Justiça do Trabalho é organizada através do Decreto nº 1.237 de 02 de maio de 1939, instaurada em todo o território nacional em 01 de maio de 1941 e passa a integrar o Poder Judiciário com a Constituição de 1946 (SÜSSEKIND et al., 2002, p. 61). Em 01 de maio de 1943 foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, CLT, através do Decreto nº 5.452, a mais importante legislação sobre trabalho do país. Trata-se de uma compilação das normas que disciplinam as relações de trabalho e os procedimentos que regulam administrativamente a Justiça do Trabalho.

Mesmo com os avanços na legislação social, há o contraponto. O sistema legal trabalhista, por exemplo, deixava de fora algumas categorias (autônomos, domésticos e rurais), o que demonstra “uma concepção de política social de privilégio e não como direito”, conforme Carvalho (2016, p. 118). Esse mesmo autor assevera que, para a cidadania, representou incorporação dos trabalhadores à sociedade através de leis sociais e não por conta de sua ação política independente. Sússekink et al. (2002, p. 51) referem que a origem da legislação trabalhista aqui no Brasil teve sua implementação a partir de um “movimento descendente”, sem luta de classes, mas decorrente de ato de cima para baixo, como ação do “Governo para a coletividade”. Contrapondo esse pensamento, Barros (2009, p. 70) reconhece uma corrente que afirma que a regulamentação adveio da vontade do Estado, mas filia-se à posição que entende que o que forçou a regulamentação foi a intervenção do movimento operário, representado pelas greves nos grandes centros do país em 1919. Através das exposições de Carvalho (2016, p. 112- 130) é possível concluir que o período entre 1930 e 1945 foi o ápice dos direitos sociais no Brasil, com ampla implementação da legislação trabalhista. Contudo essa socialização

dos trabalhadores ocorreu muito mais pela atividade estatal do que pela ação política dos trabalhadores ou sociedade em geral.

O posicionamento de Delgado (2004, p. 110) demonstra que o período foi marcado pelo controle estatal ao referir que embora tenha sido intensa a atuação na questão social, o Estado na época era altamente intervencionista e o conjunto de ações, embora diversificadas, combinava de um lado uma instauração de “um novo e abrangente modelo de organização do sistema just trabalhista” e de outro uma “rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário”. No mesmo sentido é o pensamento de Sússekind et al. (2002, p. 59) ao referir que a Revolução de Trinta, embora tenha trazido no seu contexto uma série de reformas sociais e benefícios aos trabalhadores, foi deflagrada por razões políticas e eleitorais. Entretanto, não se pode negar que foi esse o período de maior elaboração e desenvolvimento da legislação trabalhista, previdenciária e de organização sindical.

Independentemente dos motivos da evolução da legislação trabalhista, se da atuação precípua estatal, como meio de política populista, ou se da atuação de um movimento operário, o que importa é que o trabalho foi erigido à condição constitucional, o que demonstra a sua relevância social na conquista e ampliação de direitos. A expressão disso vem consubstanciada na Constituição de 1967, que veda a diferença salarial e critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil; e na Constituição Federal de 1988 somam-se a essas vedações o critério de idade, nos termos do artigo 7º, XXX<sup>6</sup> e a igualdade entre homens e mulheres, conforme artigo 5º, I<sup>7</sup> (BRASIL, 2005, p. 18-28). A Constituição Federal de 1988 não só contempla o trabalho como fundamento da República Brasileira e do Estado Democrático de Direito, como o coloca como pilar da ordem econômica e social, como, por exemplo, no artigo 1º, inciso IV, artigo 170, *caput*, e artigo 193<sup>8</sup>. Por outro lado, da harmonia entre os artigos

<sup>6</sup> CF/88 – Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (BRASIL, 2005, p. 18-28).

<sup>7</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 2005, p. 18-28).

<sup>8</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

1º, inciso III, e 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988<sup>9</sup>, consolida-se a premissa que de o ser humano é o destinatário da proteção suprema, o que consubstancia que os direitos humanos são garantidos a todos.

Reis e Costa (2014, p. 22) sintetizam muito bem o significado maior e a importância social do trabalho, que transcende a questão econômica e alcança “esferas de extrema importância”, na medida em que possibilita que os sujeitos exerçam a plena cidadania, além de ser um mecanismo instrumental para a garantia da dignidade humana. Neste ponto, conforme Silva (2000, apud FERREIRA, 2004, p. 92), a

[d]ignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. [...] aí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Enfatizando a importância desse preceito constitucional, Ferreira (2004, p. 92-93) salienta que

[...] a dignidade da pessoa humana não consiste em mera norma de conteúdo programático, mas sim, em norma de conteúdo impositivo dotada de eficácia plena e imediata, uma vez que dela dependem os demais princípios para virem à existência. Ademais, atentou o autor para a real aplicabilidade do princípio da dignidade humana, posto que não se restringe à proteção de direitos personalíssimos, mas também de direitos sociais, incluindo entre eles o trabalho.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, que fundamenta o Estado Democrático de Direito, como representação de valores éticos, sociais e políticos da sociedade, tem-se que o trabalho é

---

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

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

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (BRASIL, 2005, p. 17-104-110).

<sup>9</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

II - prevalência dos direitos humanos;

considerado não somente um meio de sobrevivência, mas um objetivo a ser alcançado por todos como forma de desenvolvimento das potencialidades humanas e da efetivação de direitos. Justamente pela sua relevância social é que o direito ao trabalho é considerado constitucionalmente como um valor e como uma garantia fundamental.

Nesse sentido, o trabalho, como fundamento da Constituição Federal de 1988 e como um direito social do cidadão, deve ser objeto de proteção e jamais servir como instrumento que atente contra os direitos da personalidade ou como simples meio de obtenção de lucro. A premissa maior é o que o trabalho seja tanto um meio de acesso ao desenvolvimento pleno dos sujeitos, como meio de subsistência. Do equilíbrio desses dois aspectos é que se consubstancia o valor social e a proteção ao trabalho como um direito fundamental, constitucionalmente garantido. Ao possibilitar que o ser humano desenvolva suas capacidades e impulse a conquista de outros direitos, esse direito social se expressa como importante vetor do desenvolvimento da cidadania, na medida em que essa se efetiva através do exercício de direitos que permitam tanto a participação na esfera pública, como assegurem as necessidades vitais e potencializem a evolução das competências humanas.

Privar cidadãos de direitos trabalhistas é promover o retrocesso social, na medida que retira direitos conquistados ao longo dos anos e que foram decorrentes de uma realidade que demonstrou que a evolução de uma sociedade depende sim da redução das diferenças sociais. Proteger os direitos do trabalhador significa garantir que o mercado não subverta a necessidade da força de trabalho em mera mercadoria de troca, pois por trás dessa força tem um ser humano. Nesse sentido, questiona-se a real intenção da reforma trabalhista promovida pelas alterações implementadas através da Lei 13.467 de julho de 2017. Embora não seja o foco deste estudo, não há como debater sobre cidadania sem mencionar a recente alteração legislativa que impacta sobremaneira na relação laboral. Importa referir que o exercício da cidadania fica comprometido quando a proteção aos direitos fundamentais são paulatinamente retirados ou dificultada a sua análise pelo poder judiciário. Sem intenção de esgotar ou aprofundar o assunto, mas meramente a título de iniciar futura discussão, impõe-se o questionamento da transformação da justiça do trabalho em mero órgão de homologação de acordos extrajudiciais, o que levaria a sua derrocada, tendo em vista a desnecessidade de órgão especial para tão singela atuação. Uma das consequências da reforma trabalhista para o exercício da

cidadania está centrada na “tentativa de destruição do espaço de cidadania representado pela Justiça do Trabalho” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2018, p. 132). O exercício da cidadania não se consubstancia somente através do acesso à justiça, no entanto, a expressão desse direito e todo o histórico de construção da justiça do trabalho e da efetivação dos direitos trabalhistas representam uma das mais relevantes conquistas sociais de valorização e respeito a direitos fundamentais. A violação de direitos fundamentais inviabiliza a justiça social e o pleno exercício da cidadania.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Através desta pesquisa buscou-se abordar a importância do trabalho e sua legislação correlata para o desenvolvimento da cidadania. A justificativa pautou-se no fato de que a possibilidade de supressão de direitos sociais pode gerar impacto no exercício da cidadania, a qual se expressa através da assunção de vários direitos. Logo, o propósito inicial foi contextualizar o fenômeno do surgimento da sociedade civil através do pacto social, o qual alterou a percepção de direitos e deveres do homem e a função do Estado. Na segunda parte abordou-se a evolução dos direitos, através das categorias de suas gerações ou dimensões, como representação das conquistas da humanidade em termos de desenvolvimento dos direitos humanos e da própria cidadania.

Na última parte do estudo, o foco centrou-se na evolução da cidadania no Brasil, a qual não acompanhou a lógica ocorrida na Inglaterra, por exemplo, onde o processo iniciou-se pela conquista popular de direitos civis, que possibilitaram o implemento de direitos políticos e da atuação desses, culminando em direitos sociais. O processo de desenvolvimento da cidadania brasileira teve seu maior impulso com a implementação dos direitos sociais que, partir de 1930, tiveram relevante expressão. Na medida em que os direitos trabalhistas eram implementados, independentemente de sua origem, se de lutas sociais ou de políticas de governo, possibilitou-se a efetivação dos sujeitos na vida pública. A partir da melhoria nas condições laborais, possibilita-se o acesso a outros direitos de igual relevância para o desenvolvimento social.

Garantindo-se condições dignas de trabalho e possibilitando que o trabalho cumpra seu papel social, que é promover o desenvolvimento de todas as capacidades humanas, é que ele serve de instrumento para o exercício da cidadania. Reduzir o trabalho a mero instrumento de

subsistência é retirar da sociedade a possibilidade de exercer sua plena cidadania e exigir seus direitos. Nesse contexto, conforme se demonstrou neste estudo, os direitos do homem evoluíram no decorrer histórico, ampliando o valor dos princípios da liberdade, da igualdade, da dignidade humana. No entanto, quem não tem condições dignas de sobrevivência não tem condições de exigir o que lhe é inerente. Promover retrocessos sociais é expor os sujeitos a condições que podem comprometer os direitos civis e políticos. Quem não tem saúde, educação e trabalho digno não tem como exercer sua plena liberdade, conseqüentemente não tem como exercer seus direitos civis e políticos de maneira plena.

Portanto, o tema em proposto visa a demonstrar a importância do trabalho e sua legislação correlata na evolução da cidadania e no exercício de demais direitos. A resposta ao problema se sintetiza na demonstração de que o trabalho, como direito social e cumprindo essa função, traduz-se na abordagem para além da condição de subsistência, pois é sinônimo de independência, de crescimento, de desenvolvimento pessoal, de inclusão social, de acesso a bens e serviços e, sobretudo, de vida digna. O direito ao trabalho, através da legislação laboral, representou um instrumental na evolução da cidadania brasileira, na medida em possibilitou o acesso a outros direitos em decorrência da salvaguarda que se operou à dignidade humana. No mesmo sentido, a relevância se traduz na incorporação dos trabalhadores na sociedade, fazendo pública a relevante questão social que envolve direitos trabalhistas.

A possibilidade de um retrocesso, com retirada de direitos sociais de um contexto já estabelecido por serem incompatíveis com o predomínio da visão de mercado, é iminente. Partindo de uma premissa de que toda a população do país estivesse com garantias sobre suas necessidades básicas como saúde, educação, moradia, alimentação, emprego, por exemplo, ou seja, todos estivessem usufruindo desses direitos de forma plena e igualitária, até se pode cogitar em um Estado voltado às ideias neoliberais, pois parte-se de um pressuposto de que todos usufruem da mesma igualdade e oportunidades criadas pelo mercado. Caso contrário, partindo-se do pressuposto de um país com miséria e desigualdade social, questiona-se como assegurar a igualdade de oportunidades e de exercício de direitos de liberdade se a população não detiver condições mínimas de existência. Não há como exercer direitos civis e políticos, na sua capacidade plena, se o sujeito está envolto em tão somente garantir a sua vil sobrevivência. Com avanço ideológico do mercado sobre o direito

do trabalho, a autonomia de vontade se sobrepõe e a regulamentação do trabalho perde espaço. As alterações propostas pela reforma trabalhista corroboram o enfraquecimento do exercício da cidadania, na medida em que precarizam direitos e inviabilizam a justiça social.

## REFERÊNCIAS

BARROS, A. M. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 31 mai. 2018.

BRASIL. Decreto nº 1.402, de 05 de julho de 1939. Regula a associação em sindicato. **Diário Oficial [da] União** (Seção 1), Rio de Janeiro, 7 jul. 1939, p. 16233. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1402.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1402.htm). Acesso em: 01 set. 2018

BEDIN, G. A. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Unijuí, 2002.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CORDEIRO, K. S. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, H. D. B. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russel, 2004.

GIDDENS, A. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GORCZEWSKI, C. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar.** Santa Cruz: EDUNISC, 2009.

GUSMÃO, P. D.. **Introdução ao estudo do direito.** 21 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

REIS, S.; COSTA, M.M.M.C. **Trabalho, educação & gênero: desafios e perspectivas da inserção da mulher no mercado de trabalho no século XXI.** Curitiba: Multideia, 2014.

SANTOS, B. S. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** 3 ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 317-376

SILVA, J. A. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 13 Jun. 2017.

SCHMIDT, J. P. Bases bio-psicossociais da cooperação e o paradigma colaborativo nas políticas públicas. 2018 (não publicado). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 1, p. 123-162, jan./abr. 2018

SMITH, A. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas.** Coleção Os Economistas. São Paulo: Nova Cultural e Círculo do Livro, 1996.

SOUTO MAIOR, J.; SEVERO, V. S. Acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, Porto Alegre, ano XIV, n. 215, p. 98-135, jul./set. 2018. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/documento-ato/1031775/215Edicao.pdf>. Acesso em 06 abr. 2019

SÜSSEKIND, A. et al. **Instituições de Direito do Trabalho.** 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v.1 e 2.

# VEDAÇÃO DO RETROCESSO E HERANÇA INTERGERACIONAL

## NON-REGRESSION AND INTERGENERATIONAL INHERITANCE

Marcelo Kokke\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Distribuição de bens e riscos entre gerações. 3 Vedação ao retrocesso e crítica ao sentido de progresso. 4 Compreensões diversificadas da vedação ao retrocesso. 5 Progressão substancial do mínimo existencial ou mínimo essencial ecológico. 6 Vedação ao retrocesso como irreversibilidade relativa. 7 Vedação do retrocesso como herança intergeracional. 8 Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** A proposta desenvolvida neste estudo é proceder à tematização do retrocesso em seus contornos de significado normativo para a cidadania, incluindo bens e riscos socialmente implicados na proteção do meio ambiente. A partir de delimitação de marcos teóricos específicos, propõe-se visualizar o progresso e o retrocesso não em uma linearidade de ações humanas, mas sim como uma constante disputa de sentidos e caminhos no âmbito dos conflitos intergeracionais. O artigo assume como pressuposto argumentativo que o princípio da vedação do retrocesso está imerso nos dilemas próprios da justiça distributiva. A análise utiliza o método crítico-propositivo para abordagem do tema. A conclusão proposta é compreender o princípio da vedação do retrocesso a partir da ideia de herança intergeracional positiva.

**Palavras-chave:** Direito ambiental. herança intergeracional. vedação do retrocesso.

**ABSTRACT:** *The proposal developed in this article is to proceed to the study of regression in its contours of normative meaning for citizenship, including goods and risks socially implicated in the protection of the environment. From the delimitation of specific theoretical reference points, the paper proposes to view progress and regression not in linearity of human actions, but as a dispute constant of senses and ways in the scope of intergenerational conflicts. The article supports as argumentative presupposition that non-regression principle is immersed in the distributive justice dilemmas. The analysis uses the critical-propositive method in order to approach the theme. The proposed conclusion is to understand the principle of non-regression from the idea of positive intergenerational inheritance.*

**Keywords:** *Environmental law. intergenerational inheritance. non-regression.*

---

\* Pós-doutor em Direito Público - Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela - ES. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Especialista em Processo Constitucional. Pós-graduação em Ecologia e Monitoramento Ambiental. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor da Faculdade Dom Helder Câmara. Professor de Pós-graduação da PUC-MG. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Membro da Academia Latino Americana de Direito Ambiental. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

Artigo recebido em 07/06/2019 e aceito em 01/07/2020.

**Como citar:** KOKKE, Marcelo. Vedação do retrocesso e herança intergeracional. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 285-316. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

## INTRODUÇÃO

A formação de lugares comuns na argumentação jurídica é um risco constante. O patrocínio abstrato de bandeiras empunhadas com sustentações que não encontram opositores é chance fatal de queda em um vazio argumentativo que reduz em simplicidade relações e dilemas complexos. Nesta situação encontram-se tensões resolvidas, ou pretensamente resolvidas, com proposições excessivamente gerais e distantes de densificação, propiciando pretensões de soluções ao estilo de que “se deve sempre respeitar, defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”; ou de que “a compreensão do Direito Ambiental há de guiar-se pela dignidade da pessoa humana”; ou mesmo de que “deve ser tutelado o mínimo existencial ambiental” sem que se desenvolva uma crítica em termos de razão prática para fins de definição do que seja o mínimo existencial na conjuntura de problemas existentes na sociedade. Neste sentido, a crítica comunitária em face de proposições generalizantes e abertas que desconsiderem o contexto de decisão em relação a problemas situados.<sup>1</sup>

A proposta desenvolvida neste estudo é proceder à tematização do retrocesso em seus contornos de significado normativo para a cidadania, incluindo bens e riscos socialmente implicados na proteção do meio ambiente. A partir de delimitação de marcos teóricos específicos, propõe-se visualizar o progresso e o retrocesso não em uma linearidade de ações humanas, mas sim como uma constante disputa de sentidos e caminhos no âmbito dos conflitos intergeracionais. Em que medida pode ser compreendida as disputas e argumentações humanas em torno do progresso e retrocesso que afetam o uso e exploração dos bens ambientais, impactando na proteção ecológica? Em que medida normas que determinem a preservação podem ser vistas como um obstáculo ilegítimo ao bem-estar das gerações presentes, fragilizando a alegação de proteção das gerações futuras? Qual o critério delimitador entre progresso e retrocesso na definição das matrizes normativas de restrição da atuação antrópica no ambiente?

A tomada de uma situação-problema com elementos caracterizadores abrirá flancos para discordâncias e questionamentos,

<sup>1</sup> Michael Walzer enfatiza que “mesmo que esteja comprometida com a imparcialidade, a questão com mais probabilidade de surgir na cabeça dos membros da comunidade política não é “O que os indivíduos racionais escolheriam em situações universalizantes de tal tipo? “ Mas, pelo contrário, “O que escolheriam indivíduos como nós, que compartilham uma cultura e estão decididos a continuar compartilhando-a?” (2003, p. 4).

tanto dos referenciais teóricos adotados quanto das conclusões alcançadas. Estas discordâncias e questionamentos são almejados como frutos do próprio desiderato metodológico assumido, centrado no método crítico-propositivo. O artigo assume como pressuposto argumentativo que o princípio da vedação ao retrocesso está imerso nos dilemas próprios da justiça distributiva, laborando com o significado de bens socialmente relevantes e sua densificação.<sup>2</sup>

Almeja-se, desta forma, demonstrar que existem diversas linhas de aceção do significado e efeitos do princípio da vedação ao retrocesso, desconfigurando uma relação de automatismo entre retrocesso e progresso. A vedação do retrocesso está inserida nos dilemas da justiça distributiva entre gerações, imersa em confrontações intra e intergeracionais. Os referenciais teóricos aqui manejados na construção de argumentos se centrarão, primeiramente, na crítica do binômio progresso/retrocesso, a partir das elaborações formuladas por Herder e com incursões nas problematizações éticas arquitetadas por Hans Jonas, sob o ângulo filosófico, ao lado das categorizações e apanhado das mutações em torno do significado de retrocesso efetivadas por Gonzalo Sozzo.

Em seguida, empreende-se análise da vedação do retrocesso sob três linhas diversas de referenciais teóricos, capitaneadas pelos pensamentos de Michel Prieur, Isabelle Hachez e Edith Brown Weiss. Essas linhas são aqui denominadas, respectivamente: vedação do retrocesso como progressão substancial do mínimo existencial ambiental; vedação do retrocesso como irreversibilidade relativa; vedação do retrocesso como herança intergeracional. A conclusão que se propõe alicerçar é pela impossibilidade total de adoção de bases lineares para compreender a vedação do retrocesso, sendo determinante sua visualização a partir da perspectiva de herança intergeracional.

## 1 DISTRIBUIÇÃO DE BENS E RISCOS ENTRE GERAÇÕES

Os conflitos envolvendo a vedação do retrocesso da tutela ambiental estão imersos em questões de justiça distributiva intrageracional e intergeracional. Como justiça distributiva, a partir das construções de Walzer, a configuração da sociedade humana como uma comunidade politicamente envolvida na fixação de formas, princípios e critérios de

<sup>2</sup> Em relevo, é de importância na configuração do caminho percorrida o princípio distributivo de Walzer, segundo o qual “nenhum bem social X será distribuído a quem possua algum outro bem Y meramente porque possui Y e sem consideração ao significado de X”. (WALZER, 2003, p. 25)

distribuição de bens, abrange o compartilhamento, a divisão e a troca bens significativamente valorados para aquela comunidade,<sup>3</sup> implicando também, para uma sociedade de risco, a geração legítima de fatores de risco socialmente assumidos como aceitáveis.

Dentre as exigências da justiça distributiva,<sup>4</sup> Walzer indica como primeira o necessário compartilhamento de bens e instituições.<sup>5</sup> Em razão da atribuição de significado de relevância aos bens ambientais, compartilhados na dinâmica da interação social, a disputa na fixação de seu regime de disposição está insitivamente envolvida em critérios de justiça distributiva. A marcante característica dos bens ambientais nas sociedades políticas é seu inafastável compartilhamento intergeracional e intrageracional. A justiça distributiva em termos ambientais faz-se profundamente complexa justamente pelo caráter de solidariedade e interdependência a envolver os seres humanos em uma congregação de bens, mas também de riscos e existência que ultrapassa não somente o indivíduo, mas supera fronteiras e gerações.

As discussões sobre o aproveitamento de bens ambientais e reflexos das atividades humanas no ambiente repercutem de tal forma que se exige uma justiça distributiva intergeracional a dar conta dos impactos de ações humanas em dimensões metaindividuais. A justiça distributiva ambiental maneja riscos que podem não ser situados ou delimitados no tempo e no espaço, ampliando o efeito compartilhado, alcançando o que Ulrich Beck denomina como riscos abstratos,<sup>6</sup> cuja ameaça é catastrófica,

<sup>3</sup> “A ideia de justiça distributiva tem tanta relação com o ser e o fazer quanto com o ter, com a produção quanto o consumo, com a identidade e o status quanto com a terra, o capital ou as posses pessoais. Diferentes arranjos políticos impõem e diferentes ideologias justificam as diversas distribuições de afiliação, poder, homenagens, eminência ritual, graça divina, parentesco e amor, cultura, riquezas, segurança física, trabalho e lazer, gratificações e punições, e uma infinidade de bens concebidos de maneira mais restrita e material – alimentos, abrigos, roupas, transportes, assistência médica, todos os tipos de mercadorias e todas as outras coisas (quadros, livros raros, selos postais) que os seres humanos colecionam. E essa multiplicidade de bens se combina com uma multiplicidade de métodos, agentes e critérios de distribuição.” (WALZER, 2003, p. 2)

<sup>4</sup> Walzer indica quatro exigências contemporâneas nas demandas de justiça distributiva: o compartilhamento de bens e instituições, um sistema comunitário de provisões, um sistema de equidade e oportunidades e o por fim o fortalecimento democrático (WALZER, 2007, p. 69-76).

<sup>5</sup> “The first requirement of distributive justice is shared economic, social, and cultural infrastructure, a public sector that both enlarges the scope of and gives some determinate shape to our private lives: roads, bridges, mass transit, national parks, communication systems, schools, museums, and so on.” (WALZER, 2007, p. 69)

<sup>6</sup> Em semelhante construção, Canotilho, ao tratar do Estado Constitucional Ecológico, e Morato, ao diagnosticar as tendências do Estado de Direito Ambiental, referindo-se a problemas ambientais de segunda geração, marcados “pela produção de efeitos complexos e intrincados” (2010, p. 7).

ao que “os riscos da modernização emergem ao mesmo tempo vinculados espacialmente e desvinculadamente com um alcance universal; e segundo, quão incalculáveis e imprevisíveis são os intrincados caminhos de seus efeitos nocivos” (2011, p. 33).

A justiça distributiva ambiental perfilha-se em linhas não paralelas, mas envolvidas, que encadeiam bens ambientalmente postos em significação e em disputa com riscos ambientais progressivamente amplificados. Beck adjetiva a sociedade contemporânea como produtora social de riscos, sobrepondo-se aos problemas de distribuição de bens “conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos” (Beck, 2011, p. 23). A produção de riscos difere, no entanto, da disputa por escassez de bens e sua conotação de significado. A protuberância dos efeitos ambientais agregados em extensão que ultrapassa o espaço físico da produção do risco e alcança ameaça de efeitos em outras gerações, sejam elas conviventes ou futuras, leva à tematização dos critérios, princípios e formas de distribuição de ameaças (Beck, 2011, p. 25).

Beck (2011, p. 31) destaca a humanidade em nova conjuntura, com potenciais de autoameaça civilizatória, na qual os riscos são objeto de distribuição, mas com uma lógica própria e diversa em relação à distribuição de bens então assente e vivenciada por séculos nos mais diversos tipos de sociedades. A justiça distributiva de riscos diversifica-se e particulariza-se. Ela lida com o invisível em sua formação, com um processo de ameaça que é gestado por vezes em silêncio, que pode contagiar e contaminar a própria satisfação da distribuição dos bens. Dito de outra forma, a própria efetivação de uma pretensa justiça distributiva fechada na distribuição de bens e cega à verificação de riscos pode ocasionar em grau cumulativo catástrofes e danos por vezes irreversíveis.

Produção de alimentos em abundância para satisfação das necessidades de bens pode afetar a vida, humana e não humana, com uso de agrotóxicos ou expansão do desmatamento, com reflexos ulteriores na própria vida humana e não humana. A necessidade de utilização de bens minerais para a produção e satisfação de anseios produtivos humanos é contrabalançada por efeitos ambientais de risco. A justiça distributiva ambiental sofre uma contraposição inerente, segue a afirmação da distribuição positiva de bens ligada ao afastamento de riscos. Não obstante, ao contrário da distribuição de bens que é inspirada pela repartição palpável, a distribuição dos riscos inicia-se em uma confrontação de

argumentos visando a demonstração do próprio risco,<sup>7</sup> com espaço de polêmica para níveis de risco admitidos ou não e mesmo para contra-argumentos que degeneram a precaução do risco em extrapolada paranoia ambiental guiada pelo medo.<sup>8</sup>

A interligação que ultrapassa o tempo e o espaço de existência entre comunidades políticas próprias, provoca um enlace de afetação dos bens e dos riscos ambientais que se projetam entre gerações conviventes (conflitos intrageracionais) e entre gerações presentes e futuras (conflitos intergeracionais). O princípio da vedação do retrocesso ambiental propõe assumir um quadro de defesa da justiça distributiva de bens ambientais e de resguardo aos riscos ambientalmente produzidos, ou seja, um panorama de resguardo em face da divisão, utilização, compartilhamento, troca de bens e produção de riscos ambientais entre pessoas de uma mesma geração ou de gerações conviventes e entre gerações presentes e futuras.

A sociedade de risco atribui significados a bens e à existência de potenciais ameaças, legando-os em níveis intra e intergeracionais. Mas os dilemas são complexos. Os dilemas passam pelas necessidades e ambições vivenciadas por uma geração, ou mesmo por um grupo específico de uma geração, e a legitimidade de justificativa de vedar explorações econômicas em favor de gerações futuras. Como justificar e legitimar para uma geração que esta deve se privar de uma atividade ou benefício (concebido por ela) em prol da tutela de bens ambientais que serão legados a outras gerações ou mesmo pela redução ou fustigação de riscos em prol de gerações futuras?

---

<sup>7</sup> “Riscos, assim como riquezas, são objeto de distribuição, constituindo igualmente posições – posições de ameaça ou posições de classe. Trata-se, entretanto, tanto num como noutro caso, de um bem completamente distinto e de uma outra controvérsia em torno de sua distribuição. No caso das riquezas sociais, trata-se de bens de consumo, renda, oportunidades educacionais, propriedade etc., como bens escassos cobiçados. Em contraste, as ameaças são um subproduto modernizacional de uma abundância a ser evitada. Cabe ou erradicá-la ou então negá-la, reinterpretando-a. A lógica positiva da apropriação é assim confrontada por uma lógica negativa do afastamento pela distribuição, rejeição, negação e reinterpretção. Enquanto renda, educação, etc. forem para o indivíduo bens consumíveis, tangíveis, a existência e a distribuição de ameaças e riscos serão mediadas de modo invariavelmente argumentativo. (BECK, 2011, p. 31-32)

<sup>8</sup> Interessante abordagem é procedida por Cass Sunstein ao tratar do princípio da precaução, ao tratar normas jurídicas construídas e mesmo postas em aplicação pelo medo. Posiciona-se o autor “the real problem with Precautionary Principle in its strongest forms is that it is incoherent; it purports to give guidance, but it fails to do so, because it condemns the very steps that it requires. The regulation that the principle requires always gives rise to risks of its own – and hence the principle bans what it simultaneously mandates. I therefore aim to challenge the Precautionary Principle not because it leads in bad directions, but because read for all it is worth, it leads in no direction at all. The principle threatens to be paralyzing, forbidding regulation, inaction, and every step in between.” (SUNSTEIN, 2005, p. 14)

Há uma dimensão de renúncia moralmente justificada pelo ser em prol do outro quando se trata de interações ambientais, trata-se de justificar e amparar uma solidariedade intrageracional e intergeracional. Solidariedade que não pode ser traduzida pela consolidação de status quo a estagnar relações sociais e econômicas em face daqueles que não alcançaram determinado padrão de vida, ora usufruído por outra camada social.

Ricardo Luis Lorenzetti (2010, p. 93-94), ao tratar do tema, enfatiza as dificuldades de comparações e valorações intra e intergeracionais. O risco de cair-se no anacronismo social é vultoso, passando ao esquecimento que o aprendizado do presente provém de experiências, construções e reflexões do passado. Um imenso benefício presente justifica uma elevação mediana de risco no futuro? Como se materializar e quantificar o que sejam benefícios e riscos, quão mais entre gerações diversas ou entre pessoas diversas da mesma geração? Os parâmetros de medição são insuficientes, impondo conflitos desde o ângulo argumentativo até a prática social. A questão da admissibilidade de riscos e mesmo previsibilidade de danos futuros admitidos em prol da continuidade do fluxo das relações de distribuição e usufruto de bens é controvertida e sem respostas prévias, em tudo impactando no desencadeamento da aplicação da vedação ao retrocesso.<sup>9</sup>

O dilema aumenta quando questões de justiça distributiva almejadas em solução de problemas de equidade intrageracionais acarretam riscos e ameaças (Lorenzetti, 2010, p. 94). Tendo em conta diferenças e desigualdades sociais vigentes em uma comunidade política, com desníveis de distribuição de bens e crises de cidadania, a disposição intrageracional de assumir custos e privações em prol de gerações futuras será diversa para aqueles que se encontre com nível de vida satisfatório e para aqueles que se encontre em demanda pela satisfação de necessidades imediatas.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> “Um dos problemas mais difíceis é a comparação entre bens sobre os quais não se dispõem de parâmetros certos de medição. Por exemplo, a análise regulatória deve contemplar a perda de vidas humanas que poderia provocar uma atividade em comparação com a sua proibição e com as atividades alternativas que já estão se desenvolvendo ou que poderiam se desenvolver. Proibir a circulação de veículos automotores diminuiria drasticamente à perda de vidas humanas, mas produziria outras consequências que também se deve valorar em matéria de desemprego, caos no transporte etc. Limitar a circulação é uma alternativa mais considerada, e se, por exemplo, se regulam as emissões, podem-se comparar os benefícios ambientais com os custos que gera. Mas estes cálculos não são simples nem deixam de ser controvertidos. É difícil comparar benefícios econômicos com os bens que não se contam no mercado. Também o é comparar as perdas de vidas humanas atuais com as que se produzirão no futuro depois de transcorrido um período de latência do fator contaminante com as que se produzirão nas gerações futuras.” (LORENZETTI, 2010, p. 94)

<sup>10</sup> “Esta questão leva a outra de difícil solução, já que a equidade intergeracional só incluir aspectos inconvenientes para a equidade intrageracional. Por exemplo, uma

Abre-se espaço para crítica de balizas para o exercício irrestrito da manifestação da maioria em empreendimentos ambientais, donde a democracia desenvolvida é uma democracia comprometida com pontos de partida próprios do Estado Constitucional Ecológico, comprometida com a sustentabilidade.<sup>11</sup> Em uma região desfavorecida economicamente, um grande empreendimento que vier a produzir elevação de rendimentos e ganhos econômicos de relevo em escala imediata para a comunidade local pode ser aplaudido e posto em anseio, embora seus efeitos futuros sejam prejudiciais às gerações vindouras. Pode mesmo esta comunidade mostrar-se arredia a privar-se de benefícios em prol de gerações futuras, aguçando o processo de deliberação moral e revelando que a solidariedade intergeracional pressupõe um equilíbrio e solidariedade intrageracional, com redistribuição de bens entre os conviventes para que não se legue herança ambiental negativa setorizada e passível de ser evitada.<sup>12</sup>

Na configuração distributiva de bens e riscos, não se pode transfigurar a solidariedade intra e intergeracional em instrumentalidade entre as gerações, pelo que as gerações presentes se converteriam em simples objeto, em meio para um devir sempre constante e nunca definido, anulando a própria agência democrática em uma sociedade política que se pretenda fiel à autodeterminação. Relevante aqui a construção de Johann Gottfried Herder, no século XVIII, em sua filosofia da história. A vedação do retrocesso não pode desnaturar-se de seu apoio na solidariedade entre as gerações para assumir-se como materialização da instrumentalidade de uma geração para com a outra. A interpretação mecanicista de bens e riscos ambientais em relação às gerações leva ao naufrágio da vedação do retrocesso, pois atravessaria a autodeterminação e os patamares

---

geração que vive com um alto nível de vida aceitará certas restrições para beneficiar as gerações futuras, sendo inclinada à equidade intergeracional. Mas os que vivem com urgências econômicas procurarão uma equidade entre as gerações atuais, e terão menos incentivos para pensar no médio e longo prazo.” (LORENZETTI, 2010, p. 94)

<sup>11</sup> A questão remete aos argumentos de um dever de cidadania ambiental na composição da tutela dos direitos fundamentais de solidariedade ambiental. Para Canotilho, “a construção do Estado constitucional ecológico deve ela própria ser autossustentada no sentido de não poder dispensar a tomada em consideração das condições do ambiente nas diversas regiões, do desenvolvimento econômico e social, das vantagens e encargos que podem resultar da actuação e ausência da actuação e das estruturas jurídicas existentes” (2010, p. 41).

<sup>12</sup> Sarlet e Fensterseifer destacam que “o enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um desenvolvimento sustentável passam, portanto, necessariamente, pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso de expressivas partes da população aos direitos sociais básicos, o que, importa referir, também é causa de degradação ambiental” (2010, p. 15).

democráticos de autonomia humana, deslegitimando sua própria força motriz, centrada que é no Estado Constitucional Ecológico.

Herder, na obra *Ideias para a filosofia da história da humanidade*, enfatiza a multiplicidade na unidade, sem que se tenha uma hierarquia entre culturas e tempos, prevalecendo uma “concatenación de culturas que, en líneas discontinuas e indirectas” (2002, p. 175) movem-se em uma simetria de conjunto, não sendo possível encontrar-se em uma só época ou cultura um parâmetro para avaliar todas as outras.<sup>13</sup> As gerações não podem se amarrar em um atrelamento cego, embora as vivências anteriores devam ser pauta de aprendizado constante. Para Herder, “la obra de los tiempos avanza a través de un antagonismo necesario hacia el bien del género humano conservando su salud” (2002, p. 183), promovendo as gerações que se seguem uma constante diversidade e renovação.<sup>14</sup> Não obstante a autodeterminação de cada geração e de cada povo, em uma multiplicidade constante, a unidade que lhes envolve permite o esboço de “principios generales que nos servirán de guía para continuar el camino” (Herder, 2002, p. 185). Herder enfatiza como princípio geral que envolve a unidade da multiplicidade o encadeamento histórico, pelo qual “los períodos históricos se enlazan entre si virtud de su naturaleza, por tanto, también el fruto de estos períodos, las generaciones humanas, com todos sus efectos y producciones” (Herder, 2002, p. 185).

A autodeterminação das gerações não as converte em isolamento, pois os efeitos e produções de uma geração impactam em outras, devendo conciliar-se com o respeito à perduração do gênero humano como um todo. Herder mostra-se aqui semeador de linha de pensamento ímpar naquele momento (saliente-se que a formulação de suas ideias ocorreu no século XVIII), pois embora renegue uma hierarquia ou prevalência de uma cultura sobre outra ou de uma geração sobre outra, evitando a redução do ser humano a objeto ou meio, enfatiza um compromisso da multiplicidade para com unidade em sua subsistência e para com a própria Terra, identificada pelo filósofo como mãe Terra (Herder, 2002, p. 189).

---

<sup>13</sup> Herder pondera a limitação de cada geração na composição da multiplicidade ao longo dos tempos, firmando que “tampoco dentro de una misma nación puede ni debe durar eternamente cualquier máximo alcanzado con bello esfuerzo, porque no es más que un punto em la línea de los tiempos” (HERDER, 2002, p. 177).

<sup>14</sup> “Em una constante diversidad se renuevan las generaciones y, a pesar de todas las letras que se enseñó la tradición, el hijo escribe a su manera. Con gran empeño Aristóteles distinguió su doctrina de la de Platón, y Epicuro la suya de la de Zenón, hasta que la posteridad, más serena, pudo aprovechar imparcialmente ambos extremos” (HERDER, 2002, p. 183).

A construção herderiana permite visualizar os bens e os riscos ambientais gerados em patamares de justiça distributiva que reneguem a fixação de um progresso linear que submeta em instrumentalidade uma geração à outra,<sup>15</sup> anulando sua autodeterminação, e simultaneamente permite coadjuvar a multiplicidade intra e intergeracional em uma unidade humana comum e comprometida com a continuidade, em um propósito de perduração forjada em heranças coligadas em um plano de existência substantivo. A partir dessa matriz teórica, é possível compreender as bases para a vedação do retrocesso em conflitos intra e intergeracionais de origem ecológica: a) a vedação do retrocesso está imersa em construções de justiça distributiva que atribuem significados, padrões de compartilhamento, troca e distribuição de bens e riscos ambientais; b) há diversidade de padrões de justiça distributiva entre riscos e bens, desencadeando conflitos intrageracionais e intergeracionais; c) a vedação do retrocesso não pode converter gerações em instrumentalidade para com outras gerações, sendo a solidariedade intra e intergeracional comprometida com a multiplicidade autodeterminada em uma unidade do gênero humano em sua continuidade.

## **2 VEDAÇÃO AO RETROCESSO E CRÍTICA AO SENTIDO DE PROGRESSO**

A alegação de vedação do retrocesso antagoniza-se com uma expectativa de progresso. A vedação ao retrocesso pode ser concebida como uma oposição à obrigação do progresso? Sem dúvida a vedação ao retrocesso remete à tutela da proteção ambiental. Mas afirmar tão somente isto é cair no lugar comum. É preciso identificar sentidos de progresso e avaliação de realidade que possibilitem a confrontação dialética ou discursiva com alegações de retrocesso. Consoante articula Gonzalo Sozzo (2012), a ideia de progresso no direito moderno pode assumir três conotações: progresso linear; progresso como promessa institucional; progresso como progressividade. A ideia de progresso como linearidade possui intensa implicação no trato de questões ambientais, e por isso é aqui objeto de recorte específico.

<sup>15</sup> Francisco J. Contreras Peláez, em obra dedicada ao estudo da filosofia herderiana, salienta crítica ao pensamento universalista instrumental, sendo que “Herder tiene que reprocharle una deficiencia filosófica más profunda: la teoría ‘optimista’ del progreso lineal abandona en cierto modo a su suerte a innumerables generaciones pasadas, al convertirlas en torpes anticipadoras o sufridas preparadoras de la plenitud final (actual o futura). El único sentido de la existencia de millones de hombres durante siglos habría sido contribuir inconscientemente a la gestación de una perfección postrera que ellos mismos nunca conocerían.” (2004, p. 56).

A ideia de progresso linear é em grande medida utilizada quando se pretende manejar o argumento da vedação ao retrocesso. Sua base está na concepção formulada na Ilustração e remete ao avanço tecnológico e científico como uma linha sequencial infinita.<sup>16</sup> Essa concepção de progresso guinava para um caráter material e obsessivo pela tecnologia, donde os patamares científicos de neutralidade e avanço sujeitam os bens ambientais a recurso natural ou econômico e simples meio para alcançarem-se objetivos produtivos (Sozzo, 2012, p. 67). Hans Jonas (2006, p. 269) critica a ideia de progresso sob a concepção de avanço linear por seu caráter estritamente centrado em parâmetros de cientificismo e foco tecnológico, pautado pelo acúmulo como ponto de aferição fundamental. O instrumentalismo emana dessa compreensão de progresso, tomada pelo individualismo e mecanicismo.

O progresso linear imprime valor sobremaneira disforme ao avanço produtivo, sendo que os problemas ambientais, por exemplo, causados pela ciência e pela tecnologia sanadas seriam pela própria ciência e tecnologia, pois seu avanço é correspondente à sua autossuficiência (Taylor, 1997). Esta concepção configura a conquista da natureza como a vocação da humanidade, como salienta Jonas (2006, p. 272), ao que “o Homo faber ergue-se diante do Homo sapiens (que se torna, por sua vez, instrumento daquele), e o poder externo aparece como o supremo bem – para a espécie, obviamente, não para os indivíduos” (Jonas, 2006, p. 272). A linha de progresso linear causa sobressaltos e incongruências, pois é desafetada de padrões éticos ou confluências de juízos morais em sua aferição de evolução técnica.<sup>17</sup>

Se a ocorrência de argumentos de progresso linear pode ser manejada pelo cientificismo e pela instrumentalidade, há também lado outro, em que se constroem argumentos de cunho jurídico-ambiental também centrado no progresso linear. As mesmas máculas recaem sobre este tipo de construção. O progresso linear também possui sua face em argumentos de tutela ambiental. Quando isto ocorre, temos uma tutela ambiental por argumentos de progresso linear. Estes argumentos centram-se em bases matemático-tecnológicas, funda-se em articulações que

<sup>16</sup> “Bajo la influencia del iluminismo primero, del evolucionismo después y de la sociología del derecho, el derecho moderno ha reflejado una idea de progreso más o menos lineal e infinito.” (SOZZO, 2012, p. 66).

<sup>17</sup> “Observe-se que esse não é um julgamento de valor, mas uma constatação objetiva: podemos deplorar a invenção de uma bomba atômica dotada de poder destrutivo ainda maior e considerá-la como um valor negativo. Porém, o que lamentamos é exatamente o fato de que ela seja tecnicamente ‘melhor’; nesse sentido, sua invenção é um progresso, lamentavelmente.” (JONAS, 2006, p. 271).

confundem o retrocesso com o retorno, com o repensar e o reformular de institutos ambientais.

O argumento de tutela ambiental fundado no progresso linear encara as normas ambientais como flechas atiradas, não é possível voltar, não é possível retomar pontos anteriores. Por esta conotação, o progresso ambiental somente pode ser alcançado com elevação sequencial da área de uma unidade de conservação ambiental, por exemplo. Se algum ato pretende rever os limites e redesenhar com redução as dimensões da unidade de conservação, a diminuição é instantaneamente imputada como contrária ao progresso, como violadora da vedação do retrocesso. Não importa se o fundamento de retorno na definição da unidade de conservação for amparado por razões de ordem outra que venham mesmo a beneficiar o meio ambiente.

A matriz de crítica é a mesma tanto na evolução tecnológico-científica fundada no progresso linear quanto na tutela do meio ambiente pela aferição progressiva linear. Há compreensão de cunho imanentemente mecanicista, com linha instrumental, sujeitando gerações futuras, ou mesmo convivente, a patamares sem retorno, a uma impossibilidade completa de reflexão do passado em alijamento da autodeterminação. A linearidade é posta como um mito acrítico.<sup>18</sup>

A segunda conotação da ideia de progresso remete à promessa institucional. Esta percepção volta-se para uma vinculação de futuro, para um teor contratual a inspirar um protocolo de alteração de destino, em um filiar de adesões que envolvem compromissos em favor do patrocínio de um novo tempo. A promessa opera o progresso no sentido de programação do futuro, “la obligación es un ‘programa’ de conductas futuras y el contrato es un planning” (Sozzo, 2012, p. 68). Acordos internacionais, tratados, convenções e outros instrumentos que se limitem a declamar situações ou ações a serem pensadas inserem-se em grande medida nesta dimensão da ideia de progresso. Aqui se compreende, por exemplo, o Acordo de Paris e disposições outras sobre o compromisso para redução do aquecimento global.

---

<sup>18</sup> “O mito do progresso pressupõe que o início da humanidade foi o inferno e que avançamos na direção de alguma espécie de paraíso; o mito do declínio pressupõe que o começo foi o paraíso e que a partir daí, possivelmente com a ajuda do pecado original, nos aproximamos cada vez mais do inferno. Sem dúvida, houve grandes historiadores que usaram o mito do progresso, ao passo que outros, igualmente grandes, usaram o mito do declínio. Mas, se quisermos ser sérios na questão da verdade na história, seria melhor deixar o delicioso parque de diversões da mitologia.” (ARENDRT, 2008, p. 225).

A terceira conotação de progresso está ligada ao ideal de progressividade.<sup>19</sup> As relações de justiça distributiva ambiental, por envolverem bens e riscos ambientalmente ligados a conflitos intra e intergeracionais, por vezes podem promover a distinção entre os avanços desejáveis e os avanços possíveis. As situações desejáveis estão em um plano por vezes inatingível na conjuntura dos problemas e dilemas concretos que envolvem os conflitos intrageracionais e intergeracionais da justiça distributiva. O passo final não pode ser alcançado em apenas uma passada. É necessário percorrer-se um caminho progressivo.<sup>20</sup> O caminho a percorrer remete a uma situação do possível, a qual fixa o nível de desenvolvimento ou enlace ambiental para que, em vias ulteriores, proceda-se em continuidade ao percurso almejado, até que se alcance o objetivo pretendido de tutela.

Gonzalo Sozzo (2012, p. 69) posiciona o progresso como progressividade ao caráter instrumental do direito, com uma carga substancial orientada para a política, no sentido de composição de interesses. A cidadania está assim envolvida em progressividade. A ideia de progresso remete ao retrocesso vedado quando o caminho alcançado pelo possível<sup>21</sup> deixa de avançar em rumo ao desejável, revolvendo-se

<sup>19</sup> “Inspirado en el utilitarismo, la idea de progreso moderno plasmada en el campo legal no deja de dialogar con el pasado, incluye cierta gradualidad al admitir que las constituciones y las leyes pueden ser reformadas; al señalar que la ley posterior deroga a la ley anterior; al permitir la revisión de los pactos; la interpretación del acuerdo contractual por los hechos precedentes o de la ley por la voluntad del legislador; etc. Sin embargo la idea de progreso como implementación progresiva es más reciente; parte del reconocimiento de que los objetivos y metas no pueden ser alcanzados de manera inmediata e instantánea, sino que requieren un proceso de implementación. Exigen un proceso para lograrlos” (SOZZO, 2012, p. 69).

<sup>20</sup> Pode-se situar aqui o tratamento das queimadas reguladas, ainda admitidas, normativamente. A prática é antevista como negativa, mas com conjuntura político-social que ainda a faz tolerável, embora com viés de progressivo banimento. Vide art. 40 da Lei n. 12.651/12 - Código Florestal – a prever: Art. 40. O Governo Federal deverá estabelecer uma Política Nacional de Manejo e Controle de Queimadas, Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais, que promova a articulação institucional com vistas na substituição do uso do fogo no meio rural, no controle de queimadas, na prevenção e no combate aos incêndios florestais e no manejo do fogo em áreas naturais protegidas. §1º. A Política mencionada neste artigo deverá prever instrumentos para a análise dos impactos das queimadas sobre mudanças climáticas e mudanças no uso da terra, conservação dos ecossistemas, saúde pública e fauna, para subsidiar planos estratégicos de prevenção de incêndios florestais. §2º. A Política mencionada neste artigo deverá observar cenários de mudanças climáticas e potenciais aumentos de risco de ocorrência de incêndios florestais.

<sup>21</sup> As ponderações críticas de Hans Jonas aqui se enquadram: “vemos, contudo, uma vez invocado o princípio da ‘compossibilidade’, que devemos escolher entre dois conceitos, bem diferentes, do Estado ‘ideal’ ou do melhor Estado: o Estado melhor como ideia, independentemente da sua possibilidade de realização, ou seja, aquele que podemos imaginar livremente e que corresponderia a um sonho de felicidade

em seu percurso para uma situação anterior. Nesta via se revela a noção de retrocesso a ser combatida, pois “si es necesario asegurar el progreso como progresividad – faceta positiva -, ello implica al mismo tiempo la inhibición de los retrocesos – faceta negativa” (Sozzo, 2012, p. 70). O progresso é aqui fixado por uma normatização transacional.

### **3 COMPREENSÕES DIVERSIFICADAS DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO**

Os problemas e questões ligadas aos riscos ecológicos e socioambientais promovem uma releitura das atividades econômicas e da exploração do meio ambiente que se conote como destrutiva e irracional. O paradigma ambiental permite antever uma composição necessária da qualidade ambiental no exercício da cidadania. Mas a dinâmica da distribuição por si não satisfaz os conflitos ambientais, cuja justiça distributiva lida com confrontações intra e intergeracionais na alocação de bens, mas também versa sobre a distribuição e tolerabilidade de riscos. A virada ambiental proporcionará influxos notáveis na reconformação da ideia de progresso.

A ideia de progresso como garantia do desenvolvimento sustentável possui relevo notável na arquitetura do Direito Ambiental. O desenvolvimento sustentável visa equilibrar e conciliar as dimensões de tutela ambiental com as pretensões de desenvolvimento econômico. A germinação da perspectiva de desenvolvimento sustentável encontra-se na década de oitenta do século XX, tendo sido desenvolvido estudo pela União Internacional para Conservação da Natureza a influenciar o Relatório da Comissão Mundial para o Ambiente e Desenvolvimento. O Relatório Nosso Futuro Comum, também denominado Relatório Brundtland. O desenvolvimento sustentável parte da necessidade de redistribuição de bens sem que se descuide da tutela ambiental em seus efeitos para o planeta e para as gerações futuras, pautando-se na necessidade de progressivas alterações das bases produtivas e dos efeitos de risco do crescimento econômico (UNITED NATIONS, 1987, p. 37).

Embora inegável o avanço, a concepção subjacente no modelo de desenvolvimento sustentável não estendeu sua apreciação para a lógica global de fixação de bens e riscos. A base da sustentabilidade ainda situa

---

humana, e o melhor Estado possível nas condições reais, levando-se em conta os limites da natureza e a imperfeição dos seres humanos – que não são anjos nem demônios.” (JONAS, 2006, p. 281).

de forma apartada responsabilidades intrageracionais e intergeracionais entre países centrais e periféricos, não atingindo o núcleo em si do modelo de desenvolvimento imperante, pautado no consumo desenfreado, no desequilíbrio da produção de riscos e nos efeitos diferentes que estes últimos apresentam para pobres e ricos em escala mundial. Gonzallo Sozzo (2012, p. 72) aponta que a ideia de desenvolvimento sustentável não dá conta do problema da pobreza mundial, e por decorrência do anseio de efetiva cidadania, como uma componente do problema ambiental sistemático.<sup>22</sup>

A compreensão do problema ambiental como interdisciplinar, fundado em uma teia de fatores econômicos, sociais, políticos e jurídicos que permeiam as relações mundiais como um todo e especificam-se, com características próprias, em cada Estado ou região do planeta, exige entendimento do progresso em patamares de justiça distributiva mundial, relacionando bens e riscos em escala planetária de responsabilidades na configuração do modelo de vida (mais do que de desenvolvimento) contemporâneo. O progresso como permanência transgeracional volta-se a superar a ideia de sustentabilidade para assumir a ideia de perdurabilidade (SOZZO, 2012, p. 73).

Tem-se aqui uma imagem de progresso com caráter cosmopolita e universal, capaz de dotar a vedação do retrocesso de uma dinâmica reflexiva, ao mesmo tempo fundada na autodeterminação e no compromisso intergeracional. Para Gonzalo Sozzo, “a partir de la segunda modernidad el futuro deja de ser visto como progreso y comienza a ser visibilizado como duración” (2012, p. 73), havendo um lastro de composição mas também um compromisso solidário mínimo intra e intergeracional em prol da formação de um capital de bens ambientais e de tutela de risco em favor do outro, seja da geração convivente, seja de gerações futuras.<sup>23</sup>

A ideia de progresso como permanência transgeracional foca a permanência transgeracional em dois aspectos distintos, mas coligados, a herança e o risco. O compromisso intergeracional é fundado na responsabilidade transgeracional, em um dever moral de herança ambiental para com as gerações futuras, ao que tutelar, bens ambientais em conflitos intergeracionais são pautados os conflitos intrageracionais com plataformas

<sup>22</sup> “De este modo el discurso acerca de la sustentabilidad del desarrollo completa el proceso de globalización del sistema capitalista en su nueva modalidad de producción de una dependencia verde, al mostrar a las decisiones de industrialización sucia como responsabilidad propia de los países del tercer mundo y no como un derivado más de aquel proceso de globalización hegemónica.” (SOZZO, 2012, p. 72).

<sup>23</sup> “La idea de progreso como perdurabilidad implica admitir que se progresa cuando se asegura a las generaciones futuras la transmisión de un cierto volumen de bienes y el progreso como ‘perdurable’, no durable. Eterno” (SOZZO, 2012, p. 74).

de respeito jurídico a fim de manter o controle contra a ameaça de privação futura. Simultaneamente, a ideia de risco é redimensionada como um fator de consideração constante na sociedade política, que não pode se tornar relapsa pela convivência diária que naturaliza ameaças destrutivas em insensibilidade pavimentada pela rotina, fustigando a ameaça presente com adornos de probabilidade estatística falseante.<sup>24</sup>

Esta via de consideração do progresso como permanência irá configurar como retrocesso vedado as ações que revelem um risco palpável para a herança de bens ambientais e produção de ameaça e risco para gerações conviventes e para gerações futuras.<sup>25</sup> A permanência é uma vinculação não instrumental, pois cada geração atua em autodeterminação para compor sua realização do presente, mas compromissada em responsabilidade com a multiplicidade do outro que compõe o todo uno da humanidade.

#### **4 PROGRESSÃO SUBSTANCIAL DO MÍNIMO EXISTENCIAL OU MÍNIMO ESSENCIAL ECOLÓGICO**

A compreensão da vedação do retrocesso como progressão substancial do mínimo existencial é capitaneada pelo pensamento e argumentos desenvolvidos por Michel Prieur, pendendo para visualizar o progresso e o retrocesso de forma linear e para o progresso como progressividade não retornável. Prieur (2012, p. 5) parte de um constante quadro de tensão entre a tutela ambiental e os anseios de crescimento econômico, havendo ameaça de conquistas ambientais em momentos de crise ou mesmo de pressão política de grupos orientados para obtenção de determinados benefícios que venham a sacrificar níveis ambientais fixados normativamente.<sup>26</sup> Em sua construção, o Direito Ambiental possui um

---

<sup>24</sup> Aqui vem em realce as advertências de Beck quanto aos riscos de generalização de dados estatísticos para aferição de ameaças, pois “continua-se a desconsiderar o fato de que as mesmas substâncias tóxicas podem ter um significado inteiramente distinto para pessoas distintas, conforme a idade, o sexo, os hábitos alimentares, o tipo de trabalho, os níveis de informação e educação, etc.” (2011, p. 31).

<sup>25</sup> “Una forma de vincular el futuro es responsabilizando a la generación actual por la transmisión con forma de herencia de un patrimonio idéntico al heredado a las generaciones futuras. Otro mecanismo para ligar al futuro es el recurso a la idea de riesgo; en efecto, el riesgo es la probabilidad de un daño originado por una amenaza presente y, como tal implica un juicio de probabilidades futuras” (SOZZO, 2012, p. 74-75).

<sup>26</sup> “Les aléas conjoncturels comme la crise économique récente ou les aléas politiques liés à des changements de gouvernement constituent une menace permanente de recul du droit de l’environnement tel qu’il est aujourd’hui.” (2012, p. 5).

caráter ético, “comportant une obligation de résultat” (PRIEUR, 2011, p. 9), qual seja a efetiva tutela ambiental.

Embora reconheça que não existe direito eterno ou imutável, Prieur argumenta que a configuração do direito ambiental ao suporte do princípio do desenvolvimento sustentável significa a “consécration de l’environnement comme un nouveau droit de l’homme” (2012, p. 6), convertendo-se em verdadeiro direito ao progresso sequencial da tutela ambiental, sob-risco de violações sequenciais à sua condição de direito humano, de direito fundamental. Em face da previsão do art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,<sup>27</sup> pelo qual uma geração não pode sujeitar as outras às suas disposições, Michel Prieur (2012, p. 7) argumenta que o texto do século XVIII deve ser retomado a partir dos parâmetros próprios do direito humano ao meio ambiente sustentável.

A leitura procedida por Prieur se faz por meio da construção de uma gradação sempre acrescida de proteção aos bens ambientais, donde sujeitar gerações futuras seria em verdade sujeitá-las a uma qualidade ambiental mais degradada ou prejudicada, em outras palavras, a vedação às gerações seria uma vedação negativa, a vedação de violar a proibição do retrocesso de proteção ambiental em prol das gerações futuras.<sup>28</sup> No sentido defendido por Prieur, a vedação ao retrocesso é cumulativa e substancial, ou seja, tem um conteúdo sempre identificado que se resta imutabilizado em favor das gerações futuras, somente podendo ser acrescido em gradação, não se admitindo o retorno às situações ou conjunturas anteriores, pois esta é identificada como retrocesso na proteção de direitos humanos.

Prevalece aqui uma visão finalística das normas e ações ambientais,<sup>29</sup> presente em declarações e convenções internacionais que

<sup>27</sup> Article 28. - Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>.

<sup>28</sup> “Mais on peut aussi interpréter le message de l’article 28 em faveur du principe de non régression. En effet, en modifiant aujourd’hui une loi protectrice de l’environnement pour réduire le degré de protection on impose aux générations futures un environnement plus dégradé du fait d’une loi au contenu régressif: notre génération ne peut assujettir les générations futures à une loi qui ferait reculer la protection de l’environnement. La régression du droit de l’environnement décidée aujourd’hui est alors une violation des droits des générations futures puisqu’elle aboutit à imposer à ces générations futures un environnement dégradé. Notre devoir, au moins au plan éthique, consiste donc à lutter contre la régression afin, selon la formule de la Charte constitutionnelle de l’environnement de France du 1<sup>er</sup> mars 2005, de ne pas ‘compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins.’” (PRIEUR, 2012, p. 7-8).

<sup>29</sup> Em sua obra *Droit de l’environnement*, Prieur explicita que “l’objectif est clair et l’on ne peut nier son origine idéologique, voire politique. Comme dans tout système démocratique il est le jouet d’arbitrages et de compromis. Mais devenu un droit de

projetam sua força sobre a legislação dos Estados nacionais, em uma interdição à proteção a menor, o que envolve tanto a retirada de ações administrativas quanto normativas que se afirmaram como garantidoras de dado nível de garantia aos bens e riscos ambientais. Não obstante considere que possa haver reconsiderações pontuais em textos normativos (PRIEUR, 2012, p. 18), não se faz por legítima a redução da proteção do bem ambiental em si, não pode haver “un recul substantiel dans la protection de l’environnement” (PRIEUR, 2012, p. 18).

A progressão do mínimo existencial ambiental é concebida como substancial, em conteúdo aferível e concreto que se eleva e não pode retroagir. Disto se faz que o máximo de proteção é sempre a orientação para fixação do mínimo substancial. Em outras palavras, acrescida a proteção ambiental em qualquer nível, progride o mínimo para um patamar superior, ascende a um novo degrau. Não que Prieur venha a erigir um Direito Ambiental em uma ossificação inquestionável e progressiva de fixações normativas e administrativas garantidoras, seus argumentos são a favor de uma obrigação negativa consistente em não introduzir restrições em face de ganhos ambientais, pois constituem eles direitos fundamentais.<sup>30</sup>

Prieur (2012, p. 43) admite excepcionalidades que afastam a vedação do retrocesso como progressão substancial contínua, com mitigação, mas desde que se tenha mantida “l’obligation de respecter un contenu minimum des droits fondamentaux en cause” (PRIEUR, 2012, p. 43). Estas excepcionalidades são ligadas a situações limite, ocorridas em verdadeira situação de Estado de Exceção, tal qual em situações de guerra.<sup>31</sup> Mesmo nesses casos, a manutenção da situação de excepcionalidade deve ser temporária, revigorando-se quando possível o estágio já consolidado. Por isto, é possível afirmar que não se tem verdadeiro retorno, pois a tutela substancial se mantém, sendo em cerne suspenso o grau de eficácia ou obrigatoriedade normativamente imposto.

Michel Prieur (2012, p. 44) pondera que existem graus de regressão observados como tolerados por decisões judiciais e administrativas, em

---

l’homme, le droit de l’environnement a vocation à devenir irréversible, ce qui interdit tout recul et toute régression.” (PRIEUR, 2011, p. 9).

<sup>30</sup> “Autrement dit la non régression consacre l’interdiction d’un acte contraire quant à son contenu finaliste. Cela équivaut à considérer qu’au nom de la non régression le législateur a une obligation négative de ne pas introduire de restrictions aux droits fondamentaux acquis” (PRIEUR, 2012, p. 33).

<sup>31</sup> “Les droits fondamentaux pourront être provisoirement écartés en cas de crise particulièrement grave ou de situation de guerre. C’est ainsi que plusieurs conventions relatives aux droits de l’homme admettent, sous certaines conditions de fond et de forme, que l’État suspende certains droits fondamentaux.” (PRIEUR, 2012, p. 43).

virtude de flexibilizações legislativas envolvidas na conciliação da tutela ambiental com outros direitos fundamentais. Entretanto, o autor francês aduz que mesmo essa conciliação deve ser revisitada em favor de uma maior tutela de direitos fundamentais relativos ao meio ambiente que não hão de ceder em seu limiar mínimo sob pena de serem desnaturados e fraturados.<sup>32</sup> Ou seja, o que Prieur considera por possível é a ponderação dos direitos fundamentais para com outros, desde que guarnecido o núcleo essencial, não tendo por possível o retorno de tutela ou a consideração autodeterminada pela sociedade política em prol de uma revisão de garantia e proteção em dado nível ou forma. Mantém-se a escala progressiva cumulativa que não pode ser atingida por atos em sentido contrário à dimensão de proteção. O progresso como mínimo substancial cumulativo admite a excepcionalidade temporária e admite a ponderação para eficácia em relação a outros direitos fundamentais, mas não admite a revisão de atos ou normas que possam resultar em uma retomada de fixação de níveis de tutela ambiental<sup>33</sup> para alguém do máximo atingido e que veio a converter-se em mínimo de garantia ecológica.

Prieur relaciona a prevalência dos direitos fundamentais em relação a outros, principalmente de linha econômica e produtiva, quando contrapõe a tutela ambiental progressiva em relação às situações econômicas constituídas. O autor afirma uma inexistência de direito a poluir ou manter níveis de poluição antes admitidos, mas ulteriormente vedados. Nessa linha, o que era tido como legítimo e mesmo admitido como exercício de direito fundamental de propriedade, por exemplo, pode deixar de sê-lo. A perpetuação é sempre voltada para a melhoria e tutela ambiental, e não seu inverso, afinal “consacrer un droit perpétuel à nuire sans pouvoir imposer ni contrôle, ni norme, ni redevance, violerait le principe de pollueur-payeur. Mieux vaut consacrer un droit perpétuel à l’amélioration de l’environnement grâce au principe de non régression” (PRIEUR, 2011, p. 185).

<sup>32</sup> “La question de conciliation entre le droit à l’environnement et d’autres droits fondamentaux mérita sûrement d’être revisitée. La traditionnelle non hiérarchie entre droits de l’homme doit désormais tenir compte de cet arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme selon lequel: ‘des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux comme le droit de propriété ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à l’environnement’ (para. 79 de l’arrêt Hamer c/ Belgique, n. 21861/03 du 27 novembre 2007)” (PRIEUR, 2012, p. 44).

<sup>33</sup> Neste sentido Michel Prieur indica limites dos limites aos direitos fundamentais do meio ambiente, ou seja, uma plataforma mínima de vedação ao retrocesso que não pode ser derrubada: “Em tout état de cause, il y a des limites aux limites tolérées. Le principe étant la non régression, les hypothèses de régression ne peuvent résulter que d’une interprétation restrictive.” (PRIEUR, 2012, p. 44).

A vedação ao retrocesso configura-se como um progresso substancial e cumulativo, sem possibilidade de retorno ou de permissão de refazer o nível de proteção ou garantia a bens ou fixação de limites a riscos ambientais considerados em sua dimensão de resguardo, pois o direito fundamental, na qualidade de direito fundamental, possui um nível de obrigações normativas mínimas “en dessous duquel toute mesure nouvelle devrait être considérée comme violant de droit à l’environnement” (Prieur, 2012, p. 44). Mas Prieur (2012, p. 45) considera mesmo questionável ser possível identificar em um *a priori* os níveis de proteção de um mínimo existencial ambiental ou mínimo ecológico essencial, sendo mesmo perigoso que assim se proceda. Admitir um mínimo essencial ecológico poderia abrir portas a reduções de proteção que se sustentem em um resultado final que ainda esteja superior ao mínimo de proteção exigido.<sup>34</sup> A trincheira ambiental não é fixa, ela avança sem retorno.

Além disso, Michel Prieur (2011, p. 1112-1113) advoga que a progressividade da tutela ambiental não é violada tão somente por tentativas de retrocesso ou situações de inefetividade, a própria estagnação de avanços fere o dever de evolução das garantias ambientais em seu aspecto substancial de proteção.<sup>35</sup> O progresso como mínimo ecológico substancial cumulativo encadeia a consequente fixação dos limites de tutela da vedação ao retrocesso já que “le contenu minimum en matière d’environnement devrait donc être la protection maximum compte tenu des circonstances locales” (PRIEUR, 2012, p. 45).

## **5 VEDAÇÃO AO RETROCESSO COMO IRREVERSIBILIDADE RELATIVA**

A vedação do retrocesso como irreversibilidade relativa abre espaço para um debate diverso na consideração do progresso e da própria tutela dos direitos fundamentais ao meio ambiente perdurável. A postulação chave desta via é a abertura dada ao confronto entre razões argumentativas. A proteção às normas ambientais não é escalada em uma ascensão substantiva inarredável, mas sim é colocada sob um escudo de resguardo diferenciado, ao que a vedação do retrocesso assume verdadeiro caráter

<sup>34</sup> “Aussi une régression locale même limitée risque d’avoir des effets ailleurs et dans d’autres secteurs de l’environnement.” (Prieur, 2012, p. 46).

<sup>35</sup> “La stagnation du droit de l’environnement se concrétise non seulement par l’incapacité à porter remède aux inconvénients de la non-effectivité de la règle de droit mais aussi par l’absence d’initiatives qui permettraient de faire progresser la protection de l’environnement par le droit” (PRIEUR, 2011, p. 1112).

de posição preferencial no regime dos direitos fundamentais. Isto significa que pode haver retorno às posições anteriores e mesmo reconformação de institutos de proteção aos bens ambientais e em face de riscos impostos ao ambiente como um todo. Entretanto, para que isto ocorra é necessário que seja superado todo o peso argumentativo provocado pela posição preferencial da tutela ambiental.

A condição de posição preferencial (CHEQUER, 2011) para as normas protetivas de bens ambientais e voltadas para resguardo em face de riscos robustece seus argumentos e medida a ponto que, para justificar uma postura voltada para o retorno ou revisão da conjuntura adotada, haja profundas, consistentes e fundamentadas argumentações, fortes o suficiente para superação dos padrões de proteção, ou seja, da posição de rechaço à retroação. Não se tem aqui uma fundamentação substancial por si só, abre-se portas para que os conflitos intra e intergeracionais sejam expressados e levados em conta em seus argumentos fundados na autodeterminação.

A abertura, antes de fraquejar, fortalece a tutela ambiental. Em um quadro em que toda e qualquer forma de incremento na tutela ambiental configure como substancialmente vinculadora em uma impossibilidade de retorno, fatalmente serão acrescidas em imensa medida resistências às postulações em sociedade para que haja elevação da própria proteção ambiental. Afinal, os setores e núcleos na sociedade que estejam indecisos quanto ao caminho a ser adotado, preferirão não aderir às postulações propostas, pois se terá um caminho sem volta. A consequência da adoção de argumentos refratários pode ser a anulação do amadurecimento cultural e social que sustente a tutela ambiental e a vedação do retrocesso como feições autodeterminadas das gerações em torno de compromissos morais recíprocos.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> A vedação do retrocesso toma o mínimo essencial substancial fixado de forma acumulada e sem possibilidade de retorno. Já a irreversibilidade relativa considera a configuração de retrocesso a partir da exigência de uma razão forte para que se reveja o posicionamento adotado. A própria dimensão tecnológica pode provocar a revisão e re colocação de tema em debate. Neste sentido, em exemplo, a Resolução CONAMA n. 431/2011 alterou a Resolução n. 307/2002, que estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil, indicando classe própria para “os resíduos para os quais não foram desenvolvidas tecnologias ou aplicações economicamente viáveis que permitam a sua reciclagem ou recuperação”. Tem-se aqui caso claro de abertura para o retorno de uma imputação ambiental, pois é possível que determinado resíduo seja reavaliado e reclassificado pela mudança tecnológica que venha a permitir sua reciclagem. Não se estabelece um *a priori* definitivo ou infenso às postulações de autodeterminação presentes em sociedade.

Isabelle Hachez (2012) desenvolve a compreensão do princípio do não retrocesso, ou da obrigação de *standstill*, denominação adotada no direito belga, a partir da via de irreversibilidade relativa. A obrigação de vedação de retrocesso configura-se como oposição a que legislativo, executivo e judiciário reduzam sensivelmente o nível de proteção ambiental sem que haja motivações relevantes de interesse geral a legitimar a própria redução (HACHEZ, 2012, p. 502). A dinâmica da proteção ambiental pela irreversibilidade relativa passa pela manutenção de um nível de proteção equivalente,<sup>37</sup> na consideração do meio ambiente protegido como um todo.

Evita-se uma tomada compartimentada ou fraturada das esferas protetivas do direito ambiental, tão plurais e diversificadas. Uma reconformação aparentemente redutora pode se demonstrar como mais efetiva e protetiva da proteção ambiental como um todo, pois “la loi du changement plaide en faveur de la possibilité d’adapter toute réglementation aux modification du contour de l’intérêt général” (HACHEZ, 2012, p. 506). Além disso, deve-se ter em conta que situações de crise e demanda por outros direitos a serem efetivados podem reclamar a ponderação pelo princípio da proporcionalidade, que será regente nos conflitos encadeados entre direitos fundamentais ecológicos e outros direitos, ou seja, os contornos de interesse geral e imperiosidade da satisfação de outras necessidades reclama uma participação do princípio da proporcionalidade no dimensionamento do que seja ou não retrocesso (HACHEZ, 2012, p. 511-513).

Isabelle Hachez (2012, p. 510) pondera que a consideração relativizadora da proporção de progresso e retrocesso vem dos direitos fundamentais em si, evita postulações absolutas e voltadas para a petrificação da autodeterminação presente na raiz do debate público-jurídico que envolve a qualificação de motivos como de interesse geral ou juridicamente imperativos.<sup>38</sup> Considerar a vedação do retrocesso como um patamar substantivo e infenso a revisões e alterações que ocorrerão no futuro é traçar os conflitos intergeracionais a partir de uma desconfiança

<sup>37</sup> “La jurisprudence belge s’accorde à considérer que l’obligation de standstill ne confère pas un ‘droit acquis’ à la norme venue concrétiser le droit fondamental en question, mais bien un droit au maintien d’un niveau de protection équivalent” (HACHEZ, 2012, p. 506).

<sup>38</sup> “Sur le plan des principes, la relativité de l’obligation de standstill ainsi comprise, qui est affirmée par la jurisprudence belge, doit être approuvée. En effet, on ne pourrait juridiquement défendre la thèse d’un standstill absolu, s’opposant à toute régression (significative), qu’à condition que la norme garantissant le droit fondamental dont découle l’obligation de standstill revête elle-même un caractère absolu. Or, les obligations positives induites des droits fondamentaux étant généralement relatives, il en va de même l’obligation de standstill qui les assortit.” (HACHEZ, 2012, p. 510).

inerente para com as próprias gerações futuras, como se as gerações mais próximas ou a presente fossem em si o risco das gerações vindouras. Trata-se de patrocinar o medo como fator de justificativa na apreciação dos conflitos intergeracionais, emperrando a própria solidariedade inerente aos direitos difusos ambientais.

Nessa vertente, as gerações futuras são coautoras e não destinatárias do fluxo da proteção jurídico-ambiental, “parce qu’en marquant le passé du sceau de l’irréversibilité, il prédétermine á ce point l’avenir qu’il l’étouffe, voire le met en péril en bridant toute créativité” (2012, p. 514). Sintetizando sua construção, Isabelle Hachez (2012, p. 521) fixa as bases para a relativização da irreversibilidade escorada no princípio da vedação ao retrocesso: a) não há um direito adquirido entre gerações presentes ou futuras a uma determinada norma jurídica ambiental, mas se exige a manutenção de certo nível de proteção ambiental equivalente; b) não é qualquer variação no nível de proteção que configura violação ao princípio do não retrocesso, exige-se um recuo significativo que realmente afronte o direito fundamental; c) motivos de interesse geral ou de caráter imperioso, calcados em níveis que atendam o princípio da proporcionalidade, podem justificar o afastamento da vedação do retrocesso.

O questionamento crítico que se faz é justamente em relação ao parâmetro avaliativo utilizado por Hachez em sua construção. Não há delimitação precisa quanto às particulares que envolvem a justiça distributiva em relação a bens e riscos ambientais. Abre-se espaço por vezes lacunoso para preenchimento do que seja o interesse geral ou de caráter imperioso, sem ter-se mesmo em conta o fundamento de unidade da humanidade como um todo que envolve os temas ambientais, constantemente tratados na obra da autora como questões restritas ao ideário do Estado nacional em sua configuração clássica.

## **6 VEDAÇÃO DO RETROCESSO COMO HERANÇA INTERGERACIONAL**

A perdurabilidade transgeracional proporciona a tutela da transcendência em solidariedade e compromisso inter e intrageracional, a par de orientar à consolidação das bases do Estado constitucional ecológico ou Estado socioambiental.<sup>39</sup> A autodeterminação é garantida pela vedação

<sup>39</sup> “A partir da sua dimensão intergeracional, o princípio (e dever) da solidariedade aponta para um complexo de responsabilidades e deveres das gerações contemporâneas ‘viventes’ em resguardar as condições existenciais para as pessoas que virão a habitar o planeta, devendo-se voltar o olhar para o futuro de um povo. No âmbito do Estado

do retrocesso em um viés relativo, apto a coordenar-se com postulações argumentativas que não assumam um arbitrário afirmar substantivo e cumulativo infenso a ponderações de proteção equivalente ou razões outras a legitimar proposições de retorno refletido.

Edith Brown-Weiss (2008) aborda a temática dos conflitos intrageracionais de forma congregada aos conflitos intergeracionais, além de pautar modelo de distribuição e geração produtiva que afeta os bens naturais e impacta em riscos ambientais. Sua construção é desenvolvida com núcleo de análise na mudança climática, a partir da qual realça o grau de risco global e intergeracional a envolver todos na humanidade e no planeta,<sup>40</sup> embora com medida diversa, pois os países em desenvolvimento e populações mais pobres tendem a ser afetadas com maior gravidade pelos problemas ambientais.<sup>41</sup> Esse impacto mais gravoso está ligado pela reduzida capacidade de adaptação às novas situações adversas e pelo menor potencial de resistência interna a exigir recursos econômicos reparadores em face de crises (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

Lado outro, desconsiderar efeitos ambientais nocivos entre as gerações é provocar situações de crise e confrontações futuras nos patamares de justiça distributiva. A crise se torna aguda em relação aos bens compartilhados (ou com pretensão a serem compartilhados) pelos conviventes das gerações que virão, fato que engloba crises entre Estados ou comunidades políticas então existentes, tais como desde imigrações e refugiados por razões ambientais até desenlaces bélicos pelo predomínio sobre bens ambientais necessários para a vida. Nesse grau de crise, há previsível aguçamento dos desequilíbrios entre países ricos e pobres, como alerta Edith Brown-Weiss em relação aos efeitos das mudanças climáticas, já que “climate change will strengthen the economic divisions

---

Socioambiental de Direito, a ‘referência ao outro’ formada pelo Estado Social adquire maior amplitude, na medida em que busca reconhecer e proteger também um ‘outro’ que se encontra num espaço temporal-geracional distinto do presente (ou seja, no plano futuro).” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 43).

<sup>40</sup> “The impacts from warming are predicted to be long-term, widespread, and severe. Even if a few countries may experience more favorable local climate in the near term, they are likely to suffer in long term because of potentially devastating consequences elsewhere that will affect their own economic and social conditions.” (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

<sup>41</sup> “We may classify countries according to their level of economic development today and the climate conditions that are projected within the next century. The level of economic development can be used as a guide to country’s ability to adapt to changed climate conditions. The higher the level of economic development with which to adapt to global climate change.” (BROWN-WEISS, 2008, p. 622)

which already exist between countries, since some countries will have a greater capacity to adapt than will others” (2008, p. 622).

Nesse contexto de dependência, Brown-Weiss assevera que “intergenerational equity and intragenerational equity are linked in this context” (2008, p. 618). Não se pode ter expectativas de que gerações presentes conviventes cumpram obrigações com gerações futuras se não são elas satisfeitas em suas necessidades básicas, donde a tutela das gerações futuras corresponde a um igual respeito por todos os conviventes das gerações presentes em seus direitos fundamentais.<sup>42</sup> A tutela intergeracional não é um juízo do sacrifício, mas sim do compromisso moral.<sup>43</sup>

Edith Brown-Weiss desenvolve princípios norteadores dessa equidade intra e intergeracional, com caráter normativo e avaliativo, mas não substancial em sua essência, pois abertos ao debate democrático e a considerações argumentativas, a fim de dotar a justiça distributiva ambiental de parâmetros. Não há um traçado prévio e inquestionável por uma acumulação substantiva *per se* e sem consideração do nível de equilíbrio conjuntural. A obrigação para com futuras gerações não é uma formulação matemática e infensa à argumentação, pelo inverso, submetese a um crivo contínuo em que a posição preferencial da tutela ambiental é tida em parâmetro avaliativo na obrigação intergeracional.

Os objetivos normativos conformam-se como parâmetros abertos mas definidores de sentido e orientação das interlocuções que medeiam os conflitos geracionais. Tem-se aqui um vetor normativo de juízos de progresso e retrocesso, pelo qual “to fulfill our obligation to future generations, we need to evaluate these strategies against the normative goals of ensuring that our descendants have access to a planet with diversity and quality comparable to prior generations” (BROWN-WEISS, 2008, p. 623). Brown-Weiss (2008) desenvolve padrões de conformação de justiça intergeracional<sup>44</sup> a partir de princípios fundamentais, todos derivados de

<sup>42</sup> “In the present generation, one cannot expect people to fulfill obligations to future generations if they are not able to satisfy their basic needs. As future generations become living generations, they inherit the intergenerational obligations to conserve options, quality, and access in relationship to other members of present generation.” (BROWN-WEISS, 2008, p. 618)

<sup>43</sup> Neste sentido parece-me caminhar o pensamento de Patryck de Araújo Ayala, ao salientar: “São aspectos reunidos no segundo momento, em torno da proposta de justificação de novos direitos fundamentais, que necessitam priorizar modelos de justificação moral plural, para o desenvolvimento de um estatuto jurídico do ambiente, relacionando futuras gerações e a natureza, sob o argumento de que ambas compõem, no texto constitucional brasileiro, os objetivos de proteção jurídica da vida no Estado de direito ambiental, expressos com grande ênfase através do princípio da equidade intergeracional.” (2010, p. 322).

<sup>44</sup> “theory of intergenerational equity, proposes principles of intergenerational equity,

um conceito básico: todas as gerações são parceiras que cuidam e vivem no planeta Terra (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

O progresso, portanto, é permanência transgeracional fundada na perdurabilidade, centrado na justiça distributiva de bens e riscos ambientais, compartilhados em padrões de compromisso, de solidariedade intra e intergeracional. Por isto, tem-se que cada geração há de legar bens ambientais (aqui entendidos tanto em termos de equivalência de diversidade biológica quanto de funções ambientais) e situações de risco vivenciado em condições no mínimo equiparadas à herança ambiental recebida pelas gerações passadas.<sup>45</sup> Não há instrumentalidade entre as gerações, no sentido herderiano já destacado, o que existe é um elo de continuação e aprendizado sequencial sem que se estabeleça um padrão hierárquico substantivo.

Em consequência, o risco de herança negativa remete à consideração de que as questões ambientais são necessariamente vertidas em torno do reconhecimento de níveis de fragilidade ambiental que podem levar ao comprometimento do legado intergeracional da diversidade biológica (situações de espécies em extinção, por exemplo), o que atrai maior contundência na densificação argumentativa das normas consideradas em um sistema jurídico coordenadamente considerado em sua aplicação.<sup>46</sup>

---

and sets forth both rights and obligations of future generations for the robustness and integrity of the Earth and its natural resources and for cultural resources. (BROWN-WEISS, 2008, p. 616)

<sup>45</sup> Desenvolvendo o conceito de compromisso intergeracional para com a Terra (e não somente para com os seres humanos em si, pois o dever de cuidado é para com o planeta), Brown-Weiss pondera que “every generation needs to pass the Earth and our natural and cultural resources on in at least as good condition as we received them” (2008, p. 616).

<sup>46</sup> Embora não se possa identificar e situar em totalidade as ideias de Heman Benjamin como ligadas à vertente do progresso como herança intergeracional na compreensão do princípio da vedação do retrocesso, em virtude de aproximações de alguns argumentos ligados ao mínimo existencial substancial cumulativo, tem-se que há relevante afinidade entre as concepções e campos de aplicação. Segundo o autor, “é seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrados na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou a beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção. Sim, princípio geral do Direito Ambiental, pois a previsão normativa explícita não se antepõe como pressuposto insuperável ao seu reconhecimento. E que a proibição de retrocesso não surge como realidade tópica, resultado de referência em dispositivo específico e isolado; ao contrario, nela se aninha um princípio sistêmico, que se funda e decorre da leitura conjunta e dialogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico do Direito Ambiental.” (BENJAMIN, 2012, p. 62-63).

Relevante notar o apontamento de Laura Westra (2006) em prolongar o conceito básico a fim de reparação dos danos causados a bens ambientais ou contenção de ameaças trazidas por riscos ambientais que tenham sido perpetrados por gerações anteriores. Ou seja, em termos de justiça distributiva ambiental, a solidariedade perante os bens e riscos ambientais não pode ser compartimentalizada, fluindo para cada geração<sup>47</sup> “a duty to repair any damage caused by any failure of previous generations to do the same” (WESTRA, 2006, p. 136).

Os princípios formulados por Brown-Weiss (2008) são o princípio da conservação de opções; o princípio da conservação da qualidade e o princípio da conservação do acesso. O princípio da conservação de opções remete ao não fechamento de possibilidades por uma geração em detrimento de outra, seja ela convivente, seja ela futura. Para Brown-Weiss, o princípio é “defined as conserving the diversity of the natural and cultural resources base” (2008, p. 623), sendo imperativa a conservação da diversidade biológica, do repertório de bens ambientais e disposições de risco existentes de modo que as outras gerações possam usá-los e satisfazer seus próprios valores e necessidades. Vê-se o claro traço da abertura para perdurabilidade, não voltado para um sufocamento instrumental, mas para o manejo do constante exercício da autodeterminação.<sup>48</sup>

O segundo princípio, conservação da qualidade, evoca a interação de vida entre o ser humano e o planeta, entre os seres humanos entre si e para com as influências antrópicas no planeta, considerado como unidade viva em uma dimensão de multiplicidades. Há um nível de existência, verdadeiro nível de qualidade do viver, que deve ser legado e herdado entre as gerações. Não se pode deixar o planeta em uma condição de qualidade de existência recíproca dos seus ocupantes em nível inferior ao recebido, identificando Brown-Weiss que o princípio é “defined as leaving the planet no worse off than received” (2008, p. 623). A manutenção da qualidade ecológica em seu todo de equivalência é parâmetro de condução na interlocução entre gerações.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Esta compreensão da perdurabilidade da tutela ambiental e do compromisso intergeracional permite entender a obrigação de reparação no presente de áreas então desflorestadas ou desmatadas no passado, seja ou não com autorização do então poder político, tendo em conta a necessidade de composição de herança ambiental positiva e impossibilidade de fracionar a solidariedade intergeracional.

<sup>48</sup> “The first, comparable options, means conserving the diversity of the natural resource base so that future generations can use it to satisfy their own values” (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

<sup>49</sup> “The second principle, comparable quality, means ensuring the quality of the environment on balance is comparable between generations” (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

O terceiro princípio elaborado por Edith Brown-Weiss remete à distribuição de bens entre gerações, sem que seja legítimo a uma geração patrocinar e exaurir bens ambientais ou provocar situações de risco incontornável ou irreversível que venham a nulificar a possibilidade de usufruto e satisfação equitativa de necessidades. Segundo Brown-Weiss, o princípio pode ser “defined as equitable access to the use and benefits of legacy” (2008, p. 623). Pode-se antever no princípio uma carga tanto intergeracional quanto intrageracional, pois a manutenção da diversidade ecológica em um patamar de acesso restrito a determinado país ou grupo de pessoas viola o sentido da justiça distributiva intergeracional dos bens e riscos ambientais, inclusive a comportar aqui o vetor de contrariedade à elitização do proveito e da satisfação das necessidades ecológicas.<sup>50</sup>

Mas as confrontações e suscetibilidades intra e intergeracionais não se perfazem sem ter em conta as diferenças nas composições das gerações conviventes e das que irão lhes suceder. Não se pode recair em um universalismo que reduza o humano em sua autenticidade perante o outro. As garantias voltadas à conformação de tutela ambiental intra e intergeracionais estão vinculadas à adoção de instrumentos de justiça distributiva em face da vulnerabilidade específica de determinadas pessoas, grupos ou países em face das privações e riscos ambientais. Como salienta Laura Westra, são necessários instrumentos e meios de preservação e proteção “that are needed for all present people, especially the most vulnerable, that is the poor, those in developing countries, and the children”<sup>51</sup> (2006, p. 141).

Repise-se mais uma vez que os princípios elencados são voltados ao conceito de compromisso intra e intergeracional, não desconhecendo desequilíbrios socioeconômicos. As linhas traçadas estão determinantemente coligadas à efetivação da justiça distributiva ambiental, sem que isso se traduza em afluxos de ossificação absoluta que convertam o ser humano em instrumentalidade intra e intergeracional. O que se tem é um postulado de progresso centrado no compromisso intra e intergeracional, guiado pela vedação do retrocesso como irreversibilidade

---

<sup>50</sup> “The third one, comparable Access, means non-discriminatory access among generations to the Earth and its resources” (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

<sup>51</sup> A condição das crianças nos conflitos intrageracionais e intergeracionais é particularmente ímpar, já que são as mais vulneráveis às mazelas ambientais, sujeitando-se aos seus efeitos ao mesmo tempo que terão o encargo de assumir dentro em pouco em sua vida a condição de manutenção do compromisso geracional. Neste sentido, Westra (2006, p. 147) denomina a infância como situação da primeira futura geração.

relativa, mas aberta às considerações avaliativas de gerações integradas em autodeterminação.<sup>52</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção do significado e a aplicação do princípio da vedação do retrocesso estão imersas em um constante cenário de confrontações e conflitos intra e intergeracionais, a par de demandar a fixação de sentidos e posições no quadro de direitos fundamentais e da conformação da figura do Estado em face de demandas ecológicas implicadas na cidadania. Essa conjuntura demanda uma necessária tomada da vedação do retrocesso aliada a compreensões de sentidos de progresso e configura a apresentação das disputas enlaçadas ao desiderato da razão prática em sua afirmação. Além disto, é imprescindível assumir paradigma que tenha os confrontos ambientais intra e intergeracionais como insertos no diagrama de significados, divisões, atribuições e compartilhamento de bens e riscos ambientais.

As vias de compreensão do progresso e do retrocesso devem-se indispor a aplicações instrumentais entre gerações ou conviventes de uma mesma geração, mas também a dever alicerçar e valorizar o debate democrático da multiplicidade na formação de sua autodeterminação. Dentre as vertentes possíveis, a mais adequada para lidar com questões de aplicação do princípio da vedação do retrocesso é a que analisa e problematiza a partir da concepção de herança intergeracional, centrada no pensamento de Edith Brown-Weiss, com aplicação de princípios guinados para a abertura discursiva, mas focados em critérios de avaliação distributiva.

A vedação do retrocesso não pode ser configurada em si como uma ordenação do progresso, sob pena de provocar fechamentos e instrumentalização, prendendo a construção dos argumentos e percepções do tema a visões lastreadas à compreensão de progresso fundada na Ilustração, com carga de abstração e mecanicismo intra e intergeracional. A vedação do retrocesso como progressão substancial do mínimo existencial

<sup>52</sup> "These principles satisfy the basic criteria of balance, flexibility, cultural acceptability, and clarity. One criterion is to balance the needs of future generations with those of the present, neither licensing the present generation to consume without attention to the interests of future generations or requiring it to sacrifice unreasonably to meet indeterminate future needs. Since we cannot predict the values of future generations, we also have to provide them with the options and quality to satisfy their own values and needs. In addition, the principles need to be generally acceptable to many different cultures in the world, and finally they have to be reasonably clear so that they can be implemented and applied." (BROWN-WEISS, 2008, p. 616-617).

cai diante do risco da instrumentalização dos conviventes de uma mesma geração e das gerações entre si. Some-se a tanto que essa perspectiva estrangula amadurecimento da comunidade política em sua multiplicidade, e adota uma cumulatividade fixada *a priori* e infensa a questionamentos que façam por distinguir retrocesso e retorno, periclitando por pendular entre o mito do declínio e o mito do progresso.

A irreversibilidade relativa evita a consideração absoluta da vedação do retrocesso e estabelece situações de excepcionalidade centradas no interesse geral ou interesse dotado de imperiosidade nas demandas sociais existentes. Entretanto, a abertura provocada lança ao relento a tutela protetiva ambiental pela falta de densificação e parâmetros avaliativos. A irreversibilidade relativa precisa de parâmetros avaliadores da própria configuração de retrocesso ou não para fins de aplicação normativa.

A vedação do retrocesso tomada sob o panorama da tutela da herança intergeracional combina o resguardo da autodeterminação da multiplicidade em intersubjetividade com compromissos de solidariedade. Concatena assim o conceito básico de herança ambiental positiva em favor das gerações futuras como verdadeira obrigação normativa. Entretanto, não procede a fechamentos ou restrições argumentativas, pelo inverso, pauta-se no desenvolvimento e confrontações de argumentos, colocando-os ao crivo de juízo de aplicação parametrizado por princípios retores, sendo eles o princípio da conservação de opções, o princípio da conservação da qualidade e o princípio da conservação do acesso.

## REFERÊNCIAS

ARENDT, H. **Compreender**: formação, exílio e totalitarismo. Ensaios (1930 – 1954). Tradução de Denise Bottmann. Org., introdução e notas Jerome Kohn. Belo Horizonte: Editora UFMG; São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

AYALA, P. A. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade de risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. *In*: FERREIRA, H. S. F. *et al* (Coord). **Estado de Direito Ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: ed. 34, 2011.

BENJAMIN, A. H. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. *In: Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012.

BORGES, R. C. B. Direito Ambiental e Teoria Jurídica no final do século XX. *In: VARELLA, M. D.; BORGES, R. C. (Orgs.). O novo em Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BROWN-WEISS, E. Climate change, intergenerational equity, and international law. *Vermont Journal of Environmental Law*, Vermont, 2007-2008, v. 9, p. 615-627, 2008. Disponível em: <http://vjel.vermontlaw.edu/publications/climate-change-intergenerational-equity-and-international-law/>. Acesso em: 10 set. 2018.

CANOTILHO, J. J. G. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. *In: FERREIRA, H. S. F. et al (Coord). Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

CHEQUER, C. **Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FENSTERSEIFER, T.; SARLET, I. W. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In: SARLET, I. W. (Org). Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HACHEZ, I. Le principe de non-régression en droit de l'environnement: une irréversibilité relative? *In: PRIEUR, M.; SOZZO, G. (Org.). La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2012.

HERDER, J. G. **Antropología e Historia**. Presentación, traducción y notas de Virginia López-Domínguez. Madrid: Editorial Complutense, 2002.

JONAS, H. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006.

LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S. Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil. *In: FERREIRA, Heline Sivini Ferreira et al (Coord). Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

LORENZETTI, R. L. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MACIEL, M. A. **Compensação ambiental**: instrumento para a implementação do sistema nacional de unidades de conservação. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

PELÁEZ, F. J. Contreras. **La filosofía de la historia de Johann G. Herder**. Sevilla: Secretariado de Publicaciones Universidad D Sevilla, 2004.

PRIEUR, M. **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz, 2011.

PRIEUR, M. Le nouveau principe de 'non régression' en droit de l'environnement. *In*: PRIEUR, M.; SOZZO, G. (Org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2012.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito Constitucional Ambiental**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

SOZZO, G. El principio de no retroceso en el campo de la teoría jurídica: el progreso como perdurabilidad para las generaciones futuras *In*: PRIEUR, M.; SOZZO, G. (Org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2012.

SUNSTEIN, C. **Laws of fear**: beyond the precautionary principle. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

WALZER, M. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Rev. Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALZER, M. **Thinking politically**: essays in political theory. Selected, edited, and with an introduction by David Miller. New Haven & London: Yale University Press, 2007.

WESTRA, L. **Environmental justice and rights of unborn and future generations**: law, environmental harm, and the right to health. London: Earthscan, 2006.

# DO ECOFEMINISMO AO ECOHUMANISMO

## FROM ECOFEMINISM TO ECOHUMANISM

Suzane Girondi Culau Merlo\*

Cleide Calgaro\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A ecologia e o feminino: uma breve análise. 3 Do ecofeminismo ao ecohumanismo: liberdades individuais preservadas. 4 Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** O presente estudo se propõe a trazer à luz os movimentos feministas e ecológicos que levaram ao estabelecimento do conceito de ecofeminismo, que se fundamenta na ideia de que a mesma opressão e dominação exercidas sobre as mulheres são exercidas sobre a natureza, vindas de uma mentalidade patriarcal e heterossexual como modelo de cidadania ideal. Nessa mesma linha

\* Taxista CAPES. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Comunicação com o Mercado pela Escola Superior de Propaganda e Marketing; Bacharel em Comunicação Social com ênfase em Produção Editorial pela Universidade Anhembi Morumbi; Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS; Membro da Diretoria da Associação Gaúcha dos Advogados de Direito Ambiental Empresarial (AGAAE); Pesquisadora membro do grupo de pesquisa Direito Ambiental Crítico da Universidade de Caxias do Sul. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7405-2095>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6924993917745528>. E-mail: [suzane.culau@gmail.com](mailto:suzane.culau@gmail.com)

\*\* Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, na condição de taxista CAPES. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestra em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade de Caxias do Sul. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul-UCS e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” da Universidade Federal da Paraíba-UEPB. Atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa “Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)” da Escola Superior Dom Helder Câmara e no CEDEUAM UNISALENTO - Centro Didattico Euroamericano sulle Politiche Costituzionali na Università del Salento-Itália. É membro do Comitê Assessor de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS: Membro Titular (2019-2021). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: [ccalgaro1@hotmail.com](mailto:ccalgaro1@hotmail.com).

Artigo recebido em 18/12/2018 e aceito em 17/12/2019.

**Como citar:** MERLO, Suzane Girondi Culau; CALGARO, Cleide. Do ecofeminismo ao ecohumanismo. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 23, n. 38, p. 317-333. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

de pensamento, propõe-se a reflexão de que os demais gêneros e sexualidades que não se encaixam na mentalidade dominante masculina, heterossexual, ou binária, como gays, lésbicas, travestis, transexuais ou transgêneros e intersexuais, acabam por passar à margem da chamada normalidade social, e são sentenciados à exclusão social. Em razão dessa constatação, propõe-se um novo passo para o ecofeminismo, qual seja, sua transmutação para um conceito de ecohumanismo, que busca uma ampla liberdade de gênero e sexualidade, com igualdade de direitos e plena aceitação social.

**Palavras-Chave:** ecofeminismo. ecohumanismo. liberdade individual. gênero. sexualidade. direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** *The present study proposes to bring to light the feminist and ecological movements that led to the establishment of the concept of ecofeminism, which is based on the idea that the same oppression and domination exercised over women are exercised over nature from a patriarchal and heterosexual mentality as a model of ideal citizenship. In this same line of thought, it is proposed the reflection that gender and sexualities that do not fit into the male, heterosexual, or binary dominant mentality, such as gays, lesbians, transvestites, transsexuals or transgenders and intersexuals, end up passing by of the so-called social normality, and are sentenced to social exclusion. Because of this, a new step is proposed for ecofeminism, that is its transmutation to a concept of ecohumanism, which seeks broad freedom of gender and sexuality, with equal rights and full social acceptance.*

**Keywords:** *ecofeminism. ecohumanism. individual freedom. gender. sexuality. fundamental rights.*

## INTRODUÇÃO

O presente estudo revela sua importância na sociedade atual na medida em que se entende que os conceitos de opressão e dominância das ideias masculinas e heterossexuais transbordam o direito das mulheres e invadem a esfera de privacidade de gays, lésbicas, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTQIA+).

Para compreensão do tema, inicialmente serão analisadas as relações entre a ecologia, os movimentos ambientais e a ideia do feminino, que levam à concepção do ecofeminismo ao estabelecer uma interconexão entre a dominação da natureza e a dominação das mulheres por um sistema patriarcal culturalmente opressor. Após, passa-se a analisar a necessidade de ir além dos conceitos tradicionais de ecofeminismo a fim de se ampliar o rol de proteção àqueles que vivem à margem de uma imposta normalidade social criada por sistemas de compreensão meramente binários.

O objetivo do estudo é contribuir para o entendimento do conceito de ecofeminismo e ampliá-lo, propondo-se um conceito que se denomina ecohumanismo, que nega a simplificação das relações a um sistema meramente binário e todas as formas de opressão às questões de gênero e sexualidade. O ecohumanismo tem a autodeterminação e a autonomia dos indivíduos na mais alta consideração, compreendendo que é necessário permitir que as pessoas tenham seus espaços privados protegidos e que possam fazer suas próprias escolhas, conforme suas vontades e valores.

A metodologia materializa-se pela análise da literatura especializada escolhida como base para a exposição e argumentação desenvolvidas. Para tal se utiliza o método analítico dedutivo tendo como base o estudo de referências que se apropriam da temática estudada, permitindo uma melhor compreensão e desenvolvimento da mesma.

Conclui-se que é preciso alternativas para a inserção de pessoas que são excluídas socialmente por suas escolhas, visto que se busca uma sociedade mais equitativa e igualitária, onde as questões de gênero e sexualidade não sofram tantos tabus. Por essa razão é que se propõe o conceito de ecohumanismo, que surge como uma ideia de inserção de um novo padrão social em que as liberdades individuais/privadas são preservadas e reconhecidas de forma plena, permitindo a existência de uma sociedade livre, justa e solidária, onde a dignidade humana e os direitos fundamentais possam se concretizar.

## 1 ECOLOGIA E O FEMININO: UMA BREVE ANÁLISE

Existem evidências de que nos tempos mais antigos, em especial no período paleolítico, vigorava o matriarcado e o universo era representado como uma grande mãe, *Mater Mundi*, que gerava, sozinha, o céu, os deuses, os seres humanos e todos os demais seres da natureza, conforme relata Leonardo Boff. Gaia era uma das formas dessa Grande Mãe, representando a Terra como um todo vivo e produtor de vida, com quem a sociedade mantinha uma relação de veneração, mas também de temor (BOFF, 1999, p. 63-64).

O termo matriarcado se tornou popular em 1861, por meio da obra de Johann Jakob Bachofen (Goettner-Abendroth, 2004, p. 02), denominada *Das Mutterrecht*, que é considerado uma contribuição importante para o desenvolvimento da antropologia social moderna.

Com o surgimento e avanço das ciências e das religiões, surgiram as ideias antropocêntricas, quando o ser humano passou a ser o centro de importância e a querer demonstrar seu domínio sobre a natureza, além de instituir a cultura do patriarcado, ou seja, sociedades onde o homem era senhor e chefe por excelência. Nesse ponto, cabe dizer que tanto a história sobre a existência de um matriarcado quanto sua suposta passagem para um patriarcado são temas bastante controversos<sup>1</sup>, assim como a própria

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, sugere-se leitura da obra “*The Myth of Matriarchal Prehistory: Why An Invented Past Will Not Give Women a Future*” (Beacon Press, 2000), de Cynthia Eller.

expressão matriarcado, debate que, apesar da sua importância, entende-se não contribuir de forma significativa para este estudo.

O patriarcalismo, segundo Castells, é caracterizado pela autoridade imposta do homem sobre a mulher e os filhos na esfera familiar. Para este autor, para que essa autoridade masculina possa ser exercida, é necessário que o patriarcalismo permeie de forma integral a organização da sociedade, seja no que se refere aos meios de produção, consumo, política, legislação e cultura (CASTELLS, 1999, p. 169).

Para Morgante e Nader, o conceito de patriarcado deve ser compreendido como um sistema de dominação e exploração das mulheres (MORGANTE; NADER, 2014, p. 05), e é nesse sentido que a expressão é entendida e empregada no presente estudo, ou seja, como detentora de um caráter opressor.

Lia Zanotta, ao fazer uma incursão no discurso lacaniano sobre a masculinidade em relação aos valores e atributos destinados a cada gênero, nos ensina que é masculino o gênero ligado à potência, enquanto o feminino é o gênero incompleto, distanciado da posição de ser portador da lei simbólica:

[...] é o masculino que se identifica como “tendo o falo” e a potência, e o feminino é o que se inscreve fortemente na ideia da “castração”, simbolizada pela “falta” do pênis. Assim, o feminino tende a ser portador do reconhecimento da impossibilidade da completude humana, e a se distanciar da posição de portador da lei simbólica, enquanto o masculino se define como portador da lei simbólica (MACHADO, 2001, p. 03).

Percebe-se que o homem é colocado em uma posição de superioridade em relação à mulher, como se a existência masculina fosse, de alguma forma, um fenômeno mais aceito e guardião da completude humana e das leis. Simone de Beauvoir questiona: “o que é uma mulher?” Pergunta sobre a qual reflete que, antes de tudo, ser mulher significa ser necessário declarar “sou mulher”, o que não acontece aos homens, expressão que designa não apenas o indivíduo nascido sob aquele sexo, mas todo o conjunto de seres humanos:

O próprio enunciado do problema sugere-me uma primeira resposta. É significativo que eu enuncie esse problema. Um homem não teria a ideia de escrever um livro sobre a situação singular que ocupam os machos na humanidade. Se quero definir-me, sou obrigada a declarar: “sou mulher”. Essa

verdade constitui o fundo sobre o qual se erguerá qualquer outra afirmação. Um homem nunca começa por se apresentar como um indivíduo de determinado sexo: que seja homem é evidente. [...] O homem representa a um tempo o positivo e o neutro, a ponto de dizermos “os homens” para designar os seres humanos [...]. (BEAUVOIR, 2008, p. 12).

Castells nos lembra de que a família patriarcal vem sendo contestada desde o fim do milênio passado em razão dos processos de transformação do trabalho feminino e da conscientização das mulheres, e prossegue afirmando que:

As forças propulsoras desses processos são o crescimento de uma economia global, mudanças tecnológicas no processo de reprodução da espécie e o impulso poderoso promovido pelas lutas da mulher e de um movimento feminista multifacetado, três tendências observadas a partir do final da década de 60. A incorporação maciça da mulher na força de trabalho remunerado aumentou o seu poder de barganha *vis-a-vis* o homem, abalando a legitimidade da dominação deste em sua condição de provedor de família (CASTELLS, 1999, p. 170).

Cumprir lembrar que foi também nas décadas de 60 e 70 que, após séculos de apropriação e de transformação da natureza, os impactos sobre o meio ambiente começaram a ser conhecidos pelo grande público, tendo como propulsores os adventos pós Segunda Guerra Mundial, como o lançamento de bombas atômicas e o crescente uso de armas e defensivos químicos. Foi também nesta época, em 1962, durante a Guerra Fria, que foi lançado o livro “Primavera Silenciosa”, de Rachel Carson, que se propôs a abrir os olhos da sociedade sobre os custos ocultos da utilização sem controle de pesticidas no meio ambiente, em especial o Dicloro-Difenil-Tricloroetano, conhecido como DDT.

Carson rompeu paradigmas em um tempo em que mulheres pouco tinham voz, especialmente no campo das ciências. Foi ela mesma uma perfeita junção de feminismo e ecologia<sup>2</sup>.

A obra de Rachel Carson auxiliou a uma transição, quando os desequilíbrios ecológicos passaram da categoria de tema de baixa preocupação científica para rapidamente transformar-se em prioridade para a opinião pública e mobilização política, incluindo o nascimento

---

<sup>2</sup> Para conhecer mais sobre a relação Rachel Carson e o início dos movimentos ambientais, sugere-se a leitura da obra *The Gentle Subversive: Rachel Carson, Silent Spring, and the Rise of the Environmental Movement*, de Mark Hamilton Lytle, além, claro, dos trabalhos da própria Rachel Carson, em especial a referida obra “Primavera Silenciosa”.

dos primeiros partidos verdes e de associações de defesa do meio ambiente, como o Greenpeace.

Desenvolveu-se, a partir daí uma consciência mais profunda sobre a interdependência entre os seres vivos, uma espécie de reconciliação com as raízes mais antigas das nossas civilizações, com o tempo em que o mundo não estava em estado de desencanto, em que a aliança entre o homem e a natureza não estava enfraquecida. Neste contexto, iniciou uma forte corrente filosófica intitulada *deep ecology*, cuja tradução literal é ecologia profunda (NAES, 1995, p. 27).

O termo *deep ecology* foi introduzido em um artigo intitulado *The shallow and the deep (O superficial e o profundo)*, em 1973, pelo filósofo norueguês Arne Naess, como uma resposta à visão dominante sobre o uso dos recursos naturais do planeta.

Em suma, tanto *shallow* quanto o *deep* referem-se aos movimentos ecológicos, contudo, os movimentos superficiais (*shallow ecology movement*) são os que lutam contra a poluição e o esgotamento dos recursos naturais, objetivando a saúde e a manutenção destes recursos para as pessoas, enquanto os movimentos profundos (*deep ecology movement*) inspiram um movimento cultural no sentido de se retirar o privilégio da espécie humana, assumindo o caráter de interdependência entre as espécies e valorizando o valor intrínseco da vida de todos os seres vivos. Os humanos, nessa visão, não têm o direito de reduzir a diversidade da vida, pois o homem não seria separável da natureza (NAES, 1995, p. 28).

Nesse contexto, em que a sociedade se levantava contra visões até então dominantes e pouco contestadas, surgiu o termo ecofeminismo, lançado por Françoise d'Eaubonne em sua obra *Le Feminism ou la Mort*, em 1974, definido, por Siliprandi, como uma escola de pensamento que orienta movimentos ambientalistas e feministas ao estabelecer uma interconexão entre a dominação da natureza e a dominação das mulheres (SILIPRANDI, 2000, p. 61).

O ecofeminismo busca colocar as mulheres em uma posição capaz de estruturar uma nova concepção relacional entre os gêneros masculino e feminino, bem como entre os seres humanos e o meio ambiente.

Sobre a relação entre a ecologia profunda e os movimentos feministas, Garcia reflete que é necessária a criação de um sistema baseado em relações mutualísticas e não de competitividade:

[...] neste nível que a análise feminista se conecta à Ecologia Profunda, pois se existe uma conexão histórica entre a dominação da natureza e da mulher, extinguir todas as formas de dominação exige a criação de uma utopia de um mundo construído sobre um sistema socioeconômico e uma cultura baseados em relações mutualísticas e não de competitividade (GARCIA, 2009, p. 11).

Importa referir que o conceito de ecofeminismo possui diversas variantes de acordo com as diferentes correntes de pensamento feminista, tais como socialista, liberal, radical, dentre outros. Todavia, independentemente das nuances percebidas, o núcleo essencial do ecofeminismo parecer ser mantido, qual seja, a ideia da opressão e da subordinação das mulheres e da natureza por uma cultura patriarcal dominante.

Vandana Shiva, uma das vozes expoentes do ecofeminismo, reflete sobre como as crises ecológicas estão conectadas a uma visão não ecológica da natureza e da cultura, em que há uma suposta aceitação de que a relação de dominância dos homens sobre as mulheres é natural:

Os símbolos da semente e da terra, portanto, passam por uma metamorfose quando inseridos no molde patriarcal; as relações entre os gêneros, assim como também nossa percepção da natureza e sua regeneração, são igualmente reestruturadas. Essa visão não ecológica da natureza e da cultura é o alicerce das concepções patriarcais dos papéis dos gêneros na reprodução através de religiões e eras. Essa metáfora semente/terra associada ao gênero é aplicada à produção e reprodução humana para fazer com que a relação de dominância dos homens sobre as mulheres pareça natural. Mas a naturalidade dessa hierarquia é construída sobre o dualismo matéria/espírito, com as características masculinas artificialmente associadas ao espírito puro, e os atributos femininos concebidos como não mais do que materiais, privados de espírito (SHIVA, 2001, p. 68).

Uma crítica por vezes endereçada ao ecofeminismo é a de que, ao buscar conectar o feminino com a natureza, acaba-se por se consentir com a ideia da mulher passiva, criando-se paralelos nos quais os desejos e ambições masculinas podem ser exercidas. Vandana Shiva, no entanto, sabiamente prossegue com seus ensinamentos afirmando que é justamente a atividade, e não a passividade, o ponto forte da natureza:

O construto social passividade/materialidade como feminino e animal e atividade/espiritualidade como masculino e distintamente humano está no centro do pressuposto patriarcal da superioridade do homem em relação à mulher. Isso se reflete em dualismos como mente/corpo, a mente sendo não material, masculina, ativa, e o corpo sendo físico, feminino, passivo. Também se reflete no dualismo cultura/natureza, com o pressuposto de que apenas os homens têm acesso à cultura enquanto as mulheres estão presas à terra que dá à luz todas as coisas. O que essas dicotomias encobrem é o fato de que a atividade, e não a passividade, é o ponto forte da natureza (SHIVA, 2001, p. 68).

A atividade como ponto forte da natureza pode ser ligada à autonomia do indivíduo, conceito liberal mais valioso para o feminismo para Martha Nussbaum. Para Nussbaum, existe uma grande diferença entre empurrar as pessoas para agir de modos que outros consideram valiosos e deixar a escolha para essas mesmas pessoas (NUSSBAUM, 2000, p. 240). Por óbvio, trata-se aqui de temas especialmente inerentes à preservação do espaço privado do indivíduo que, por sua vez, não fere a autonomia do outro.

Partindo das concepções apresentadas sobre valorização da autonomia e autodeterminação dos indivíduos, e sobre oposição à opressão de um sistema patriarcal/cultural dominante, este estudo passa a refletir e propor o que considera um passo além da concepção tradicional do ecofeminismo.

## **2 DO ECOFEMINISMO AO ECOHUMANISMO: LIBERDADES INDIVIDUAIS PRESERVADAS**

Uma vez demonstradas as conexões entre a sociedade patriarcal e a opressão feminina, e assumindo que o ecofeminismo, surgido ainda na década de 70, já foi capaz de produzir grandes avanços, entende-se que é momento de ir alguns passos adiante.

Isso pois verifica-se que, dentro deste sistema binário dominante, aqueles que não se encaixam na mentalidade dominante masculina e heterossexual, como gays, lésbicas, travestis, transexuais ou transgêneros e intersexuais, passam à margem da chamada normalidade social e são sentenciados à exclusão social e às mais diferentes variações de violência, físicas e psicológicas.

A partir dessa reflexão, propõe-se que também essas diversidades devem ser colocadas sobre o manto das ideias ecofeministas, indo contra qualquer hierarquia de gênero e sexualidade. Ou seja, propôs-se a ruptura do *status quo* para a construção de uma sociedade que aceite de forma plena a existência plural, e não meramente binária.

Tendo-se em mente a relação ecologia/humanidade conforme estrutura desenhada pelo ecofeminismo, importa lembrar que a Terra é um ser vivo em procura do constante equilíbrio dos seus sistemas, e a primeira característica essencial desse sistema ecológico é a interdependência, ou seja, a dependência mútua entre os diversos ecossistemas. Essas relações são variadas e recíprocas, caracterizando a interdependência como múltipla e não somente linear ou circular que, inclusive, ultrapassa fronteiras, permitindo-se afirmar que existem relações intersistêmicas, como uma complexa teia global (MELO, 2012, p. 99).

Sendo assim, quando ocorre a alteração de um componente do sistema, pode ser gerada a perturbação de outro e, conseqüentemente, ocorrerá a desestabilização de diversos ecossistemas inter-relacionados. Entende-se, portanto, que essas relações devem estar em equilíbrio, pois o dano perpetrado a um componente deste sistema, que, na leitura ampla aqui proposta, representa o indivíduo, pode levar a importantes rupturas no sistema como um todo, lido aqui como a coletividade.

O equilíbrio dinâmico presente nos ecossistemas, que faz com que se mantenham as funções básicas da vida, se relaciona a uma segunda característica, que é a capacidade de autorregulação, que necessita do respeito aos limites de tolerância no que tange às ações antrópicas sobre o meio (MELO, 2012, p. 99).

Neste ponto, entende-se muito oportuno trazer as conclusões do estudo de XXX (MEAD, 1935, p. 26-27), que afirma que o que se reputa como comportamentos naturalmente femininos ou masculinos são, na verdade, comportamentos ensinados, frutos de construções sociais e culturais:

Que conclusões podemos extrair de um estudo da forma pela qual uma cultura seleciona alguns traços da extensa gama de dotes humanos e especializa esses traços ou para um sexo ou para toda a comunidade? Que importância tem esses resultados para o pensamento social? Antes de considerarmos esta questão, será necessário discutir mais pormenorizadamente a posição do desajustado, o indivíduo cuja disposição inata é tão estranha à sua personalidade

social exigida por sua cultura para sua idade, sexo, ou casta, que jamais conseguirá usar perfeitamente a vestimenta de personalidade que sua sociedade lhe confeccionou (MEAD, 1935, p. 275).

Assume-se, neste cenário, o caráter de interdependência entre todos os seres e espécies, de modo que não há direito de se reduzir a diversidade da vida a valores não naturais, mas pré-definidos por uma cultura, por um espaço no tempo. Aceita-se o valor intrínseco de todos, oportunidade em que o respeito e a tolerância, valores trazidos pela *deep ecology*, devem fazer parte das fundações da sociedade global para o afastamento da opressão às liberdades individuais relacionadas a gênero e sexualidade, transmutando-se o conceito de ecofeminismo para a concepção do ecohumanismo.

Esta proposta não se presta a retirar a importância do ecofeminismo, ao contrário, se conecta à assunção plena dos fundamentos trazidos por essa escola de pensamento para ir um passo além e construir uma nova concepção relacional entre os diferentes gêneros e sexualidades, permitindo, assim, a liberdade e a realização pessoal plena dos indivíduos.

Não é apenas a dominação masculina que não é mais aceita, mas a própria ideia de binarismo (homem/mulher, heterossexual/homossexual) e do domínio da heterossexualidade e de qualquer padrão que imponha a vulnerabilização daqueles que não se encaixam nos padrões ditos normais pelas regras sociais predominantes.

Isso, pois, qualquer tentativa de se manter o sistema binário coloca à margem, como verdadeiros transgressores sociais, aqueles que não se encaixam nessas categorias, tais como, conforme referido, gays, lésbicas, travestis, transexuais ou transgêneros e intersexuais, criando cada vez mais categorias de exclusão social.

Há uma necessidade gritante de se romper com a lógica atual e sua “consequente hierarquização, classificação, dominação e exclusão, por meio de uma abordagem desconstrutiva” (ROSENDO, 2017, p. 24). Ou seja, é necessário o reconhecimento de que as inter-relações humanas são tão complexas quanto os sistemas ecológicos, terreno de diversidades infinitas, e não podem ser reduzidas a um simples sistema binário de classificação social.

Para Gaard, na raiz do ecofeminismo está a compreensão de que os vários sistemas de opressão se reforçam mutuamente. Para este autor, com base na visão feminista socialista de que o racismo, classismo e sexismo

estão interligados, ecofeministas reconheceram semelhanças adicionais entre todas aquelas formas de opressão humana e as estruturas opressivas (GAARD, 2011, p. 198), entendimento que reforça a necessidade de ampliação do conceito para o ecohumanismo.

Em um primeiro momento as ideias de interdependência e autonomia dos indivíduos podem parecer até mesmo antagônicas, mas o fato é que são tão naturais quanto os processos ecológicos. Vandana Shiva expressa que quanto mais graus de liberdade um sistema tiver à disposição, mais ele pode expressar sua auto-organização:

A capacidade de auto-organização é uma característica particular dos sistemas vivos. Os sistemas auto-organizados são autônomos e autorreferentes. Isso não significa que sejam isolados e não-reativos: eles interagem com seu meio ambiente, mas mantêm a autonomia. O meio ambiente simplesmente desencadeia as mudanças estruturais; ele não as especifica ou direciona. [...] A liberdade de auto-organização das espécies e ecossistemas variados é a base da ecologia. A estabilidade ecológica deriva da habilidade que a espécie e os ecossistemas têm de adaptar-se, evoluir e reagir. De fato, quanto mais graus de liberdade um sistema tiver à disposição, mais ele pode expressar sua auto-organização (SHIVA, 2001, p. 54).

Verifica-se a necessidade de se conferir, de forma comprometida com a tolerância e com a diversidade, igual dignidade para as pessoas e permitir o poder de escolha de cada indivíduo de acordo com suas autodeterminações. Para que as pessoas possam fazer suas escolhas, e vivê-las de forma digna, há necessidade de cooperação dos demais indivíduos que fazem parte da rede de inter-relações. Isso pode ser entendido como a habilidade de se planejar uma vida de acordo com a própria avaliação, com plena liberdade (CYFER, 2010, p. 140).

Para lidar com questões de diversidade de gênero e sexualidade à margem da normalidade masculina/heterossexual, surgiu a chamada teoria *queer* e, posteriormente, o chamado “ecofeminismo *queer*”. Sobre a temática, Silva reflete sobre a multitude de possibilidades de gênero a habitar diferentes corpos:

Em geral, a teoria feminista entende o gênero como a marca social do sexo. Sobre o corpo sexuado, assim, seriam continuamente inscritas e reinscritas as marcas que o identificam com seu gênero. Se, porém, trata-se de uma construção totalmente artificial, descolada do corpo, então é

concebível a existência de permutações entre corpos e gêneros. Corpos masculinos poderiam abrigar o gênero feminino, e vice-versa. Indo mais além, seria mesmo concebível o questionamento do sistema binário de gênero, abrindo caminho para a criação de uma multitude de possibilidades de gênero a habitar corpos dos dois sexos. Eis aqui uma das bases da teoria *Queer*. [...]. (SILVA, 2012, p. 230).

A teoria *queer* surgiu nos Estados Unidos, na década de 80, como uma oposição crítica aos estudos sociológicos sobre minorias sexuais e gênero, já que as ciências sociais tratavam a ordem social como sinônimo de heterossexualidade, lógica minorizante rejeitada pelos primeiros teóricos *queer* (MISKOLCI, 2009, p. 150-151). A expressão *queer*, originalmente surgida na Inglaterra, possuía um caráter pejorativo e, embora de difícil tradução, significava algo como “estranho”, “excêntrico”, “anormal”.

Como já afirmado, o conceito de ecohumanismo sugere o afastamento de qualquer estigma negativo, para grupos que não se encaixam na mentalidade binária, além do afastamento de qualquer entendimento de hierarquia de valor em relação a gênero e sexualidade. O ecohumanismo chama para si a plena aceitação social, retirando-se a possibilidade de promoção da exclusão social justificada por rótulos.

É de extrema importância que a exclusão social seja enfrentada na sociedade moderna, visto que a intolerância e o desrespeito com as questões de gênero e sexualidade são cada vez mais prementes. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 preza pela igualdade sem qualquer tipo de distinção, berço para o reconhecimento do ecohumanismo.

A vida em sociedade pressupõe o respeito para com a coletividade, que também é formada pelas escolhas individuais. Com isso, através da alteridade, de uma nova racionalidade e de uma visão ecohumanista, se permite uma vida harmônica onde todos são respeitados em sua integralidade como seres humanos, que são razoáveis, racionais e autodeterminados.

O ecohumanismo, portanto, é uma proposta de um novo padrão social, uma nova ética em que as liberdades individuais são preservadas e reconhecidas como pertencentes ao grande grupo (coletividade), sem qualquer forma de discriminação, mas com a adequada proteção do Direito, até que a vulnerabilidade atual se transforme no padrão de normalidade adotado e aceito socialmente.

Pode-se verificar, nos ensinamentos de Marques e Miragem, que a ética se desenvolveu exatamente a partir da visualização das diferenças do outro:

Na Grécia antiga, a ética se desenvolveu justamente a partir da visualização do ‘outro’ (*alter*) [...] Em outras palavras, foi a visualização do diferente, do outro, do estrangeiro que levou os filósofos gregos a refletirem sobre as bases e fundamentos de suas decisões, de sua moral, de suas ‘diferenças’ e identidades, de suas regras e de seu direito. Aqui o ‘outro’ é usado como um ‘espelho’, espelho para enxergar e analisar a si próprio [...] Esta ideia do ‘outro como espelho’ nos é muito importante, pois marca até hoje nossa visão da ‘diferença’: a imagem refletida é sempre uma ‘verdade’ invertida, igual, mas diferente. [...]. (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 111-112).

Seguindo, Marques e Miragem lecionam que é justamente o papel do Direito o trabalho para a superação das desigualdades criadas pelas diferenças detectadas no outro, fato que cria grupos sociais vulneráveis, como a comunidade LGBTQIA+.

[...]enxergar o outro ou a si próprio, no espelho, é localizar as diferenças, identificar elementos de ‘igualdade’ e ‘desigualdade’ (*vulnus*, feridas ou fragilidades) no espaço e no tempo. Aqui o novo ideal: ‘do outro como igual’. Esta visão do outro como igual representa os esforços do Direito de superar a desigualdade criada pela diferença ou, em nossa análise, pela vulnerabilidade pela fragilidade ou fraqueza de determinados grupos sociais. (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 111-112).

Simone de Beauvoir reflete sobre esse reconhecimento/estranhamento do outro. Dentro do estranhamento, se faz necessário o reconhecimento das liberdades individuais, o que demanda esforço, superação, amizade e generosidade:

Toda consciência tenta realizar-se reduzindo o outro à escravidão. Mas o escravo no seu trabalho e no seu medo, sente-se, também, como essencial e em virtude de uma reviravolta dialética é o senhor que a ele se apresenta como não essencial. O drama pode ser resolvido pelo livre reconhecimento de cada indivíduo no outro, cada qual pondo, ao mesmo tempo, a si e ao outro como objeto e como sujeito num movimento recíproco. Mas a amizade e a generosidade que realizam concretamente esse reconhecimento das liberdades, não são virtudes fáceis; são seguramente a mais alta realização do homem, e é desse modo que ele se encontra na sua verdade: mas essa verdade é a de uma luta

incessantemente esboçada e abolida. Ela exige que o homem se supere a cada instante. (BEAUVOIR, 2008, p. 216).

O conceito de ecohumanismo, portanto, se presta ao reconhecimento do outro como indivíduo igual, em todas as suas diferenças, que devem ser mais do que toleradas, mas respeitadas e abraçadas na grande teia social, livre de qualquer padrão ou hierarquia, com respeito à autonomia, autodeterminação e liberdade individual de todos.

O respeito à liberdade de escolha de cada ser humano permite que exista, de fato, igualdade, que jamais deve ser compreendida como uma padronização social, mas como a oportunidade de “diferentes” desfrutarem dos mesmos direitos sociais – neste caso, o direito à própria sexualidade e à própria identificação de gênero.

Quando as escolhas individuais são respeitadas e aceitas de forma plena, permite-se a existência de uma sociedade livre, justa e solidária. A igualdade deve ir além da forma, ou seja, além do preceito constitucional, para se consubstanciar na sociedade. Com isso, a intolerância e os padrões dominantes devem ceder espaço ao respeito e à aceitação das escolhas individuais que, juntas, formam uma coletividade fundamentada no ecohumanismo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As ideias opressoras contra a mulher vêm sendo contestada especialmente desde o fim do milênio passado, em razão dos processos de transformação do trabalho remunerado feminino e da conscientização das mulheres, o que retirou, até certo ponto, a supremacia masculina, tendo como mola propulsora a criação movimentos feministas.

No mesmo período, os desequilíbrios ecológicos passaram da categoria de tema de baixa preocupação científica para prioridade para a opinião pública e mobilização política, oportunidade em que se passou a desenvolver uma consciência mais profunda sobre a interdependência entre os seres vivos e foi criada a corrente filosófica intitulada *deep ecology* (ecologia profunda).

Nesse contexto, em que a sociedade se levantava contra a visão até então dominante em relação às mulheres e à natureza, surgiu o termo ecofeminismo, uma escola de pensamento que busca uma nova concepção relacional entre os gêneros masculino e feminino, bem como entre os seres humanos e o meio ambiente.

O ecofeminismo tem contribuído para uma luta ativista que traça conexões entre a opressão das mulheres a opressão da natureza e busca extinguir as formas de dominação. A autonomia do indivíduo é um conceito valioso, especialmente para as teorias feministas mais liberais: é necessário permitir que as pessoas tenham seus espaços privados preservados e possam fazer suas próprias escolhas, conforme suas vontades e valores.

Entendendo-se que o ecofeminismo já foi capaz de produzir grandes avanços, sugere-se que é momento de ir alguns passos adiante. Isso, pois, verifica-se que, dentro deste sistema opressor, aqueles que não se encaixam na mentalidade dominante masculina e heterossexual, como como a comunidade LGBTQIA+, passam à margem da chamada normalidade social e são sentenciados à exclusão social, vítimas das mais diferentes variações de violência.

Com isso, sugere-se que o próximo passo seja a adoção de um conceito de ecohumanismo, proposta de uma nova ética, de um padrão social em que as liberdades individuais são preservadas, reconhecidas e aceitas de forma plena. Para efetivação do conceito, entende-se necessária a atuação do Direito para a proteção dessas liberdades, até que a vulnerabilidade atual se transforme no padrão de normalidade socialmente aceito.

Que se possa caminhar a passos largos na direção de uma sociedade baseada no ecohumanismo, criando um ambiente de respeito amplo o suficiente para reconhecer nossas semelhanças e abraçar nossas diferenças.

## REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, S. **O Segundo Sexo: os factos e os mitos**. V.I. Tradução: Sérgio Milliet. Lisboa: Bertrand Editora, 2008.

BOFF, L. **Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 1999.

CYFER, I. Liberalismo e feminismo: igualdade de gênero em Carole Pateman e Martha Nussbaum. **Revista de Sociologia e Política**, v. 18, n. 36, p. 135-146, jun. 2010.

GAARD, G. C. Rumo ao ecofeminismo queer. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 19, n. 1, p. 312, jan./abr. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2011000100015>. Acesso em: 3 fev. 2019.

GARCIA, L. A Relação Mulher e Natureza: laços e nós enredados na teia da vida. **Gaia Scientia**, v. 3, n. 1, p. 11-16, 2009. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/gaia/article/view/3338/273>. Acesso em: 12 fev. 2019.

GOETTNER-ABENDROTH, H. **Matriarchal Society: Definition and Theory**. Roma: Meltemi Editore, 2004. Disponível em [http://wunrn.com/wp-content/uploads/013106\\_matriachial\\_society.pdf](http://wunrn.com/wp-content/uploads/013106_matriachial_society.pdf). Acesso em 27 jun. 2020.

MACHADO, L. Z. **Masculinidades e violências. Gênero e mal-estar na sociedade contemporânea**. Brasília: Universidade de Brasília, Departamento de Antropologia, 2001. Disponível em <http://www.dan.unb.br/images/doc/Serie290empdf.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2019.

MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEAD, M. **Sexo e Temperamento em Três Sociedades Primitivas**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/1219?show=full>. Acesso em: 28 jun. 2020.

MELO, M. E. **Restauração ambiental: do dever jurídico às técnicas reparatórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MISKOLCI, R. A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. **Sociologias**, Porto Alegre, a. 11, n. 21, jan./jun. 2009, Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n21/08.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2019.

MORGANTE, M. M.; NADER, M. B. O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. In: XVI Encontro Regional de História da Anpuh-Rio: Saberes e práticas científicas, 2014, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos**, 2014. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465ARQUIVOtextoANPUH.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2019.

NAES, A. **Ecology, community and lifestyle**. New York: Cambridge University Press, 1995.

NUSSBAUM, M. Women's Capabilities and Social Justice. **Journal of Human Development**, v. 1, n. 2, 2000. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/54fe/81caecc14bb20e69242bd7123b6f796c25b4.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

OST, F. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ROSENDO, D. Ecofeminismo queer: reflexões sobre uma teoria política não binária. Año IV. **Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales**, v. 1, jun. 2017. Disponível em <http://revistaleca.org/journal/index.php/RLECA/article/view/86>. Consulta em 28 jan. 2019.

SHIVA, V. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento.** Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

SILIPRANDI, E. Ecofeminismo: contribuições e limites para a abordagem de políticas ambientais. **Agroecologia e Desenvolvimento Rural Sustentável**, v.1, n.1, jan./mar. 2000. Disponível em: [http://www.emater.tche.br/docs/agroeco/revista/n1/11\\_artigo\\_ecofemi.pdf](http://www.emater.tche.br/docs/agroeco/revista/n1/11_artigo_ecofemi.pdf). Acesso em 04/02/2019.

SILVA, H. B. M. A querela Nussbaum x Butler como um conflito entre gerações. **Revista Ítaca**, Rio de Janeiro, n. 20, 2012. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/Itaca/article/view/209/198>. Acesso em: 10 fev. 2019.



# TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

## LEGAL-CRIMINAL TREATMENT OF CONTEMPORARY FORMS OF SLAVERY

Esteban Juan Pérez Alonso\*

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Estimación mundial de la esclavitud moderna. 3 Conceptuación de las formas contemporáneas de esclavitud. 3.1 Origen y expansión del concepto. 4 Problemática conceptual. 4.1 Legislación internacional profusa y confusa. 4.2 Jurisprudencia contradictoria 4.3 Equivocidad del concepto. 5 Delimitación conceptual. 5.1 Bien jurídico protegido. 5.2 Tratamiento penal. 5.3 Propuesta de regulación penal. Referencias.

**RESUMEN:** En este trabajo se lleva a cabo un estudio de un nuevo fenómeno criminal llamado formas contemporáneas de esclavitud, que supone una grave violación de los derechos humanos a nivel mundial. En primer lugar se realiza una caracterización general del mismo, para comprender su dimensión real y global. Se analiza la problemática conceptual que plantea tanto en el marco legal como jurisprudencial, para intentar buscar una delimitación de las formas extremas de explotación de la persona que resulte eficaz y eficiente conforme a la prohibición universal de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado. Sobre estos presupuestos se realiza un análisis jurídico-penal del fenómeno, determinando en primer término el bien jurídico protegido, denunciando la falta de regulación legal que ofrece el Código Penal español en esta materia, para finalizar con una propuesta de *lege ferenda* consistente en la introducción de un nuevo título en el Código Penal español denominado “delitos contra la libertad general y la personalidad jurídica”, donde se incluya el delito de sometimiento a trabajo forzado, servidumbre y esclavitud, junto a la trata de seres humanos.

**Palabras-clave:** derecho penal. esclavitud moderna. problemática conceptual. regulación penal.

**ABSTRACT:** *This paper studies a new criminal phenomenon called contemporary forms of slavery, which constitutes a serious violation of human rights worldwide. Firstly, a general characterization is made, in order to highlight its real and global dimension. This work analyses the conceptual problems it poses in the legal and jurisprudential framework, as an attempt to find a delimitation of the extreme forms of exploitation of the person that is effective and efficient in accordance with the universal prohibition of slavery, servitude and forced labour. Based on these assumptions, a legal-criminal analysis of the phenomenon is carried out, starting by determining the protected legal asset, then denouncing the lack of legal regulation offered by the Spanish Criminal Code in this field, and finishing with a proposal of *lege ferenda*. The latter proposes the introduction of a new Title in the Spanish Criminal Code named “crimes against general freedom and legal personality”, which includes the crime of submission to forced labour, servitude and slavery, along with human trafficking.*

**Keywords:** *criminal law. modern slavery. conceptual problem. criminal regulation.*

\* Doctor en Derecho. Catedrático de la Universidad de Granada. Departamento de Derecho Penal.

Artigo recebido em 29/06/2020 e aceito em 10/07/2020.

**Como citar:** ALONSO, Esteban Juan Pérez. Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 335-371. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

## INTRODUCCIÓN

La esclavitud no es solo una institución jurídica y una práctica abominable del pasado, inscrita en la parte más oscura y tenebrosa de la historia de la humanidad,<sup>1</sup> sino que es una práctica de irritante actualidad, por muy anacrónico y paradójico que pueda resultar en el umbral del tercer milenio de la civilización. La esclavitud moderna aparece disfrazada bajo nuevos métodos y formas, pero, “si despojamos al fantasma de su sábana para mostrar su verdadero rostro, siempre encontraremos a alguien que somete y explota a otra persona para obtener algún tipo de provecho, sobre todo, económico”.<sup>2</sup> Nos referimos a esa “infeliz condición de hombres que han soportado el peso de la sociedad sin compartir sus beneficios”,<sup>3</sup> tanto en el pasado como también en el presente.

La OIT define la esclavitud como “una forma de trabajo forzoso. Implica el control absoluto de una persona por otra o, en ocasiones, de un colectivo social por otro”.<sup>4</sup> La esclavitud de hoy se basa en las vidas baratas y en los grandes beneficios, pues en el nuevo sistema-mundo generado por la globalización la vida humana carece de valor: hoy hay vidas no vividas, hay muertos en vida. La esclavitud de hoy como la de ayer es la muerte civil y social de la persona,<sup>5</sup> que se traduce en el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad sobre el cuerpo humano del que ha sido ya desposeído de su personalidad (jurídica) como ser humano.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Vid. al respecto, por todos, FINLEY, M. I.: *Esclavitud antigua e ideología moderna*. Editorial Crítica, Barcelona, 1982; BRADLEY, K.: *Esclavitud y sociedad en Roma*. Traducción: Fina Marfá, Ediciones Península, Barcelona, 1998; MELTZER, M.: *Slavery. A World History*, De Capo Press, Nueva York, 1993. Más recientemente, vid. CASADEI; MATTARELLI, 2009.

<sup>2</sup> Cfr. PÉREZ ALONSO, E.: “La nuova schiavitù del XXI secolo: il traffico illegale di persone”. En, *Il senso della repubblica. Schiavitù*, Thomas Casadei y Sauro Mattarelli (Coords.), (Traducción al italiano por Eloisa Celico), Franco Angeli ed., Milan, 2009, p. 163.

<sup>3</sup> Cfr. BRADLEY, K.: *Esclavitud...*, p. 9.

<sup>4</sup> Cfr. OIT: *Una alianza global contra el trabajo forzado*. Informe del Director General. Conferencia internacional del trabajo, 93ª reunión, 2005, p. 8. Vid. también, OIT: *El costo de la coacción*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, 2009.

<sup>5</sup> En este sentido se expresa, DOCKES, P.: *La liberación medieval*. Traducción de María C. Díaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, cuando señala que “el esclavo es un muerto civil, que ha perdido sus vínculos con la tierra, con la comunidad y con la familia”; PATTERSON, O.: *Slavery and Social Death. A Comparative Study*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1982, p. 13, donde señala que “la esclavitud es el dominio permanente y violento de individuos alienados desde su nacimiento y privados de todo sentido de su propio honor”.

<sup>6</sup> Vid. BORMANS, C.: “Esclavitud moderna e ideología antigua”. <http://www>.

Pero, a diferencia de la antigüedad o del colonialismo, hoy, en la época de la globalización económica ultra liberal, la persona y el concepto mismo de persona tiene un valor muy residual y tangencial, frente al dominio absoluto del poder y la rentabilidad económica; cada vez más se avoca y se habla de residuos humanos y de una infraclase de seres humanos a los que el nuevo sistema-mundo les niega su condición de personas.<sup>7</sup>

La esclavitud está prohibida y abolida en el plano internacional desde el 25 de septiembre de 1926, cuando se firmó en Ginebra la Convención sobre la Esclavitud. Esta convención la define por primera vez como “el estado o condición de un individuo sobre el que se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. Se trata, en primer término, de la *esclavitud de derecho*, es decir, de un derecho legal de propiedad sobre otra persona, que ciertamente está erradicada y ya hay pocos lugares en el mundo donde se presente en su versión originaria. Pero la esclavitud de hoy no es de derecho sino de hecho, es decir, se trata del ejercicio fáctico de los atributos del derecho de propiedad.<sup>8</sup> Por tanto, *las formas contemporáneas de esclavitud* ya no se vinculan al derecho legal de propiedad sobre el esclavo, sino a la propiedad del mismo. Podemos hablar aquí de una *esclavitud de hecho*,<sup>9</sup> caracterizada por dos ideas básicas: dominio (fáctico) de personas vulnerables, es decir, por las ideas de sometimiento y vulnerabilidad.

De un modo similar se expresan las *Directrices Bellagio-Harvard* de 2012 sobre los parámetros jurídicos de la esclavitud, elaboradas por los expertos de la Red de Investigación sobre los Parámetros Jurídicos de la Esclavitud. En estas directrices se afirma que lo determinante para la existencia de esclavitud es tener “el control sobre una persona de tal manera que se le prive significativamente de su libertad individual” (directriz 2) y ese control es precisamente “el atributo del derecho de propiedad conocido como posesión” (directriz 3). De modo gráfico, Bales señala que la nueva esclavitud “no es solo robar el trabajo de alguien, sino su vida entera. Está [psychanalyste-paris.COM/Esclavage-moderne-et-ideologie.html](http://psychanalyste-paris.COM/Esclavage-moderne-et-ideologie.html).”

<sup>7</sup> Vid. FERNÁNDEZ VÍTORES, R.: *Teoría del residuo*, Ediciones Endymion, 1997; ESPOSTIO, R.: *El dispositivo de la persona*. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2011.

<sup>8</sup> Así lo reconoce también UN, vid. OHCHR: *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*. David Weissbrodt y la Liga contra la esclavitud, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/02/4, 2002, p. 7.

<sup>9</sup> En este sentido, vid. ALLAIN, J.: “La definición de esclavitud en el derecho internacional y el delito de esclavitud en el Estatuto de Roma”. Conferencia pronunciada en el Ciclo de Conferencias de la Oficina del Fiscal en La Haya, el 26 de abril de 2007; CASADEI, T.: “La “nueva” esclavitud”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Libertad y Seguridad, N° 43, 2009, p. 167 y ss.

más próxima a los campos de concentración que a las malas condiciones laborales. La esclavitud no admite discusión: tiene que acabar”.<sup>10</sup> En suma, la esclavitud consiste en quitar la vida, sin matar físicamente a la persona.

Por ello, debe quedar claro desde un principio que cualquier tipo de explotación de la persona no se puede identificar con la nueva esclavitud, sino que ahora nos estamos refiriendo a situaciones de extrema explotación humana donde el control de la libertad de la persona está en manos de un tercero y ello va acompañado de un absoluto desprecio por la condición de persona del sometido a tal situación. Es por tanto la falta de libertad general y la degradación de la persona lo que caracteriza a estas formas extremas de explotación humana, entre las que cabe incluir cuatro situaciones diferentes, pero interrelacionadas por la existencia de una gradación entre las mismas y por la instrumentalidad que puede existir entre ellas. Nos estamos refiriendo a la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos. Se trata de la violación de cuatro derechos fundamentales reconocidos a nivel universal, internacional y regional, que requieren de un estudio conjunto para poder establecer su diferenciación legal y conceptual, así como analizar y proponer el tratamiento jurídico-penal que resulte más adecuado para su prevención y erradicación. Posiblemente, el precepto legal donde mejor quedan plasmadas y proscritas las formas contemporáneas de esclavitud sea el art. 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (CDFUE):<sup>11</sup> “1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. Se prohíbe la trata de seres humanos”.

## 1 ESTIMACIÓN MUNDIAL DE LA ESCLAVITUD MODERNA

La estimación mundial de las formas contemporáneas de esclavitud no es fácil de establecer, lógicamente, porque estamos hablando del nuevo mercado negro de seres humanos que, por su propia naturaleza, es un negocio oscuro, turbio e ilegal. Además, una de las características de este fenómeno es precisamente su invisibilidad, que viene provocada por su prohibición universal. A lo que hay que añadir la profusión y confusión estadística existente en este terreno, sobre todo, si las estadísticas por lo general poco fiables van referidas a la trata sexual y a la prostitución,

<sup>10</sup> Cf. BALES, K.: *La nueva esclavitud en la economía global*. (Trad. Fernando Borrajo Castañedo), Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000, p. 8.

<sup>11</sup> Vid. DO C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

donde la profusión y confusión de cifras puede ser interesada.<sup>12</sup> Aunque del mismo modo hay que reconocer que se está avanzando mucho en este terreno por el trabajo cada vez más riguroso que se está desarrollando ya en el ámbito de UN como en el de la OIT. Pese a estos avances, una medida de elemental prudencia aconseja observar y analizar los datos estadísticos con una dosis importante de escepticismo.<sup>13</sup>

No obstante, se calcula que en la actualidad hay, al menos, 27 millones de esclavos.<sup>14</sup> En el Índice Mundial de Esclavitud (IME) de 2014 se calcula que el número de esclavos en el mundo asciende a 35,8 millones.<sup>15</sup> Este índice es el resultado del estudio promovido por la Fundación Free Walk, organización australiana dedicada a la defensa de los derechos humanos y que ha propuesto como objetivo poner fin a la esclavitud moderna en el transcurso de una generación.<sup>16</sup>

El estudio abarca a 167 países, entre los que destaca considerablemente la India, con 14,3 millones de personas víctimas de esclavitud. También destaca el salto cuantitativo que ha dado Qatar, con motivo de la organización de la Copa del Mundo de 2022, pasando de la posición 96, que ocupada en el IME de 2013, a la cuarta posición en 2014. Europa, por el contrario, es la región del mundo con menor prevalencia de esclavitud, con un 1,6 % del total global. No obstante, dicho porcentaje significa que hay al menos 550.000 personas víctimas de esclavitud en Europa, sobre todo en la explotación sexual y laboral. España se sitúa en el puesto 132 del global, con un 0,013 % de población esclava, y en el puesto 24 de Europa.

Por su parte, la OIT viene ofreciendo una información bastante completa y rigurosa sobre el trabajo forzado en el mundo. En su último informe de 2012, estima que hay 21 millones de personas víctimas de

---

<sup>12</sup> Sobre las dificultades en la estimación de datos, vid. REQUENA ESPADA, L., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. y DE JUAN ESPINOSA, M.: “Estudiar la trata de personas. Problemas metodológicos y propuestas para su resolución”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-13, 2012.

<sup>13</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 95 y ss.; de la misma autora: “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 10, 2013, p. 319 y ss.

<sup>14</sup> Vid. BALES, K.: *La nueva esclavitud...*, p. 9 y 10.

<sup>15</sup> Vid. [www.globalslaveryindex.org](http://www.globalslaveryindex.org).

<sup>16</sup> Vid. [www.walkfreefoundation.org](http://www.walkfreefoundation.org), donde ofrece una definición bastante acertada de esclavitud, cuando señala que “la esclavitud moderna implica el control de una persona sobre otra de tal manera que priva significativamente a esa persona de su libertad individual con la intención de explotarla a través de su uso, gestión, beneficio, transferencia o, incluso, eliminación”.

trabajo forzado (es decir, el 3 por mil).<sup>17</sup> Las mujeres y niñas constituyen la mayor proporción en comparación con los hombres y niños, el 55% frente al 45%, pero la diferencia no es tan grande como se suele pensar. El 74% son personas adultas, mientras que en 26% son menores de 18 años. El 90% de las víctimas son explotados en la economía privada. De ellas, sólo el 22% son víctimas de explotación sexual forzada, mientras que el 68% son víctimas de explotación laboral forzada. Otro dato importante es que el 44% de las víctimas son migrantes, mientras que la mayoría (el 56%) son sometidos a trabajos forzados en su propia tierra. Los movimientos transnacionales se relacionan con la explotación sexual, mientras que el resto de trabajadores forzosos no se mueven de sus lugares de residencia.

En último término, la Oficina contra la Droga y el Crimen de Naciones Unidas (UNODC) también ofrece datos significativos sobre la trata de seres humanos en los informes que viene elaborando anualmente a nivel mundial.<sup>18</sup> De los datos extraídos en su último informe de 2012 y del informe de la OIT ya mencionado, puede estimarse que hay, al menos, cinco millones de víctimas de trata en el mundo, especialmente mujeres y niñas que representan el 75 % del total, porcentaje muy similar al que representan los adultos frente a los menores, aunque existen notables diferencias entre unas regiones y otras del mundo en cuanto al sexo y la edad de las víctimas.<sup>19</sup>

En cuanto a las formas de explotación, en América, Europa y Asia central predomina la explotación sexual, mientras que en el resto del mundo la explotación laboral. Se observa también que la trata con fines de explotación sexual es más frecuente que la trata con fines de trabajo forzoso, aunque esta última modalidad está aumentando considerablemente –quizá por la mejora en los sistemas de detección y de elaboración de las estadísticas-, pasando a ocupar ya un 36 % del total. El resto de fines de explotación personal, como la extracción de órganos, la adopción ilegal, el matrimonio forzoso, el empleo de las víctimas en la comisión de actividades delictivas representan sólo el 6 % del total.<sup>20</sup> Por lo que la

<sup>17</sup> Vid. OIT: *Estimación mundial sobre el trabajo forzoso*. Resumen ejecutivo, 2012, archivo en pdf accesible en [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

<sup>18</sup> Entre los estudios más recientes, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, passim; AAVV.: *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*. Ángeles Lara Aguado (Dir.), Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2012; AAVV.: *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*. Carolina Villacampa Estiarte (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

<sup>19</sup> Vid. UNODC: *Informe mundial sobre la trata de personas*. Resumen Ejecutivo, 2012, p. 2 y ss., accesible en [www.unodc.org](http://www.unodc.org).

<sup>20</sup> Vid. UNODC: *Informe mundial sobre la trata...*, p. 6 y 7.

trata con fines de explotación sexual representa realmente un 58 % del total, pese a la creencia generalizada de que esta modalidad de trata es la absolutamente mayoritaria.

Por lo que respecta a las corrientes de la trata, que sin duda es un delito de alcance mundial, se observa que casi la mitad de las víctimas pertenecen a un país de la misma región de origen, mientras que la otra mitad se reparte en proporciones iguales entre la trata interna y la interregional. Por tanto, el 75 % de la trata tiene un recorrido corto o mediano, por la mayor facilidad para el control del tráfico y el menor riesgo que supone para los tratantes. La mayor parte de la trata internacional se da en Oriente medio, América del norte y la Unión Europea.<sup>21</sup>

## **2 CONCEPTUACIÓN DE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD**

### **2.1 Origen y expansión del concepto.**

Esta denominación parte de la Comisión de Derechos Humanos de UN que en 1988 atribuyó el nombre de “Grupo de Trabajo sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud” al Grupo de Expertos nombrado en 1975<sup>22</sup> para analizar las cuestiones relativas a la esclavitud, la trata de esclavos y las prácticas esclavistas, el apartheid y el colonialismo, la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena, y que en un principio se denominó “Grupo de trabajo sobre la Esclavitud”. Con posterioridad, en 2007, la mencionada comisión decidió sustituir este grupo de trabajo por un Relator Especial sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud, incluidas sus Causas y Consecuencias.<sup>23</sup> Hasta la fecha ha habido dos Relatoras Especiales, la Sr. Gulnara Shahinian, que ha hecho diversos informes sobre temas importantes como la servidumbre doméstica (2010),<sup>24</sup> la esclavitud infantil (2011)<sup>25</sup> y el matrimonio servil (2012),<sup>26</sup> y en la actualidad la Sra. Urmila Bhoola.

<sup>21</sup> Vid. UNODC: *Informe mundial sobre la trata...*, p. 7 y ss.

<sup>22</sup> En el seno de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías de Naciones Unidas.

<sup>23</sup> Vid. Resolución 6/14, de 28 de septiembre de 2007. La renovación de su mandato por tres años más fue aprobada por la Resolución 15/2, de 5 de octubre de 2010.

<sup>24</sup> Vid. A/HRC/15/20, de 28 de junio de 2010.

<sup>25</sup> Vid. A/HRC/18/30, de 4 de julio de 2011.

<sup>26</sup> Vid. A/HRC/21/41, de 10 de julio de 2012.

La relatora mantiene un *concepto amplio de esclavitud*,<sup>27</sup> ya en su primer informe de 2008,<sup>28</sup> en la línea que venía defendiéndose desde UN,<sup>29</sup> como por ejemplo en el informe que presentó en 1982 B. Whitaker, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías de Naciones Unidas. En dicho informe definía la esclavitud como “todas las maneras de tratar a seres humanos que implicasen una explotación forzada de su trabajo”. La relatora también sigue al sociólogo K. Bales, máximo especialista en la materia, que define la esclavitud como “una condición que se caracteriza por la pérdida del libre albedrío, y en virtud de la cual una persona sometida a la violencia o a la amenaza de la violencia se ve obligada a renunciar a su capacidad de vender libremente su propia fuerza de trabajo”. En esta definición, señala la relatora, “la esclavitud tiene tres dimensiones fundamentales: el control por otra persona, la apropiación de la fuerza de trabajo y la utilización o la amenaza de utilización de la violencia”.<sup>30</sup> En la actualidad K. Bales ha abandonado este amplio concepto sociológico<sup>31</sup> para defender uno más estricto desde el punto de vista jurídico y que comparte con J. Allain.<sup>32</sup>

Los movimientos abolicionistas de la esclavitud y las ong’s también mantienen una visión demasiado amplia del concepto, pues incluyen situaciones de explotación personal de muy diverso alcance. Con ello, como denuncia la doctrina,<sup>33</sup> se provoca una confusión terminológica

<sup>27</sup> Así lo advierte también, COURTIS, C.: “Comentario al artículo 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En, *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coord.), Granada, 2012, p. 92.

<sup>28</sup> Vid. A/HRC/9/20, de 28 de julio de 2008.

<sup>29</sup> La amplitud del concepto de esclavitud se reconoce también en OHCHR: *La abolición de la esclavitud...*, p. 59.

<sup>30</sup> Cfr. A/HRC/9/20, de 28 de julio de 2008, p. 6.

<sup>31</sup> Que defendía en BALES, K. y ROBBINS, P.T.: “No One Shall Be Held in Slavery or Servitude: A critical analysis of international slavery conventions”. *Humans rights Review*, 2 (2), 2001.

<sup>32</sup> Vid. ALLAIN, J. y BALES, K.: “Slavery and Its Definition”, *Queen’s University Belfast Law Research Paper*, N° 12-06, 2012.

<sup>33</sup> Vid. JORDAN, A.: “La esclavitud, el trabajo forzado, la servidumbre por deudas y la trata de personas: de la confusión conceptual a de soluciones acertadas”. En, <http://rightswork.org/wp-content/uploads/2011/04/Documento-de-Discusion-2.pdf>, 2011; p. 1 y ss.; BORMANS, C.: “Esclavitud moderna...”, p. 1 y ss.; ALLAIN, J.: “La definición de esclavitud...”, p. 2; DE LA CUESTA AGUADO, M.P.: “Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud”. *Revista de Derecho Social*, N° 41, 2008, p. 83 y 84; VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V.: *Esclavitud ¿moderna? Reflexiones desde el derecho internacional de los derechos humanos*. Editada por la Oficina de promoción de las paz y de los derechos humanos de la Generalidad de Cataluña, Barcelona, 2009, p. 11 y ss.; RAMÍREZ ARELLANO, R.: “Esclavitud como “regla de la casa” en la industria agrícola del Valle de San Joaquín, California”. *Acta Universitaria*, Vol. 23, N° 1, Universidad de Guanajuato, 2013, p. 37 y ss.

importante que desdibuja el fenómeno de la extrema explotación personal que podemos denominar como formas contemporáneas de esclavitud y enturbia, por tanto, el concepto legal de esclavitud que nos debe permitir enfrentar los atentados más graves contra la personalidad y libertad del ser humano. Por esa vía expansiva la abolición universal de la esclavitud quedará en una zona de penumbra, en un limbo jurídico, que a la postre caerá en desuso y resultará ineficaz para alcanzar el fin propuesto. Una visión y conceptualización tan amplia del fenómeno de la moderna esclavitud difícilmente permitirá ofrecer una respuesta firme y segura de los Estados y los tribunales de justicia, a nivel internacional y nacional. Es más, como advierte C. Bormans, este enfoque puede llegar a convertirse en una coartada ideológica perfecta para mantener las situaciones de explotación (laboral) que se están produciendo en el Tercer Mundo como consecuencia de los nuevos equilibrios económicos y productivos a los que está llevando la globalización a nivel mundial.<sup>34</sup> Por ello, como también advierte J. Allain, es clave “delimitar con exactitud hasta donde llega el término explotación y cuando comienza a entrar en el terreno de la esclavitud”.<sup>35</sup>

### 3 PROBLEMÁTICA CONCEPTUAL

En efecto, el concepto legal de esclavitud y el de sus formas contemporáneas plantea una problemática especialmente importante y compleja, en la que convergen factores de muy diversa índole. Se trata de una cuestión controvertida que está generando una situación de gran confusión terminológica, por lo que resulta necesario clarificarla para evitar equívocos y usos indebidos –interesados o no- de tales conceptos. Es posible que esta situación se deba en parte a que la prohibición universal de la esclavitud y de sus formas contemporáneas plasmada en el art. 4 DUDH no ha ido acompañada de una definición legal de estos conceptos, tal y como también ha sucedido en el resto de instrumentos internacionales y regionales que proscriben tales prácticas. Esta falta de definición obliga a acudir a las convenciones internacionales referidas específicamente a la esclavitud para dotar de contenido material a dicha prohibición, así como a la jurisprudencia existente al respecto.

Sucede, sin embargo, que los principales factores determinantes de esta problemática conceptual son la propia legislación internacional,

<sup>34</sup> Vid. BORMANS, C.: “Esclavitud moderna...”, p. 7 y ss. Así también, RAMÍREZ ARELLANO, R.: “Esclavitud como “regla de la casa” en la industria agrícola...”, p. 47.

<sup>35</sup> Cfr. ALLAIN, J.: “La definición de esclavitud...”, p. 2.

la jurisprudencia recaída por los tribunales internacionales y regionales y, en último término, la equivocidad de la expresión misma de formas contemporáneas de esclavitud acuñada en el seno de UN.

### 3.1 Legislación internacional profusa y confusa

En efecto, la legislación internacional y regional protectora de los derechos humanos no ayuda demasiado a clarificar esta problemática conceptual,<sup>36</sup> sino que más bien aumenta la confusión, ya que se pueden encontrar profusas y dispares referencias a las situaciones de extrema explotación personal, que han sido denominadas como las formas contemporáneas de esclavitud y que no son necesariamente idénticas, como son la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos.<sup>37</sup> Así, por ejemplo, el art. 4 DUDH prohíbe sólo la esclavitud, la servidumbre y la trata de esclavos, mientras que el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 prohíbe además el trabajo forzoso u obligatorio, tal y como hace también el art. 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 1950, y el art. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1966, donde incluso llega a prohibirse también la trata de mujeres, a diferencia del art. 5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 que solo incluye la esclavitud y el comercio de esclavos entre las formas de explotación y degradación del hombre que ahora interesan. En último término señalar, como se advirtió, que el instrumento jurídico donde aparecen más claramente plasmadas las formas contemporáneas de esclavitud es en el art. 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, mediante la prohibición conjunta de estas cuatro violaciones de los derechos humanos.

La situación de mayor confusión legislativa y por tanto de mayor dificultad interpretativa la provoca la prohibición internacional y regional de la trata de seres humanos, que está huérfana de una referencia expresa en el art. 4 de la Declaración Universal de 1948, en el art. 8 del Pacto Internacional de 1966 y en el art. 4 del Convenio Europeo de 1950. Aunque en aplicación de este último convenio el TEDH ha reconocido, en el *caso*

<sup>36</sup> Sobre la historiografía de la esclavitud y los derechos humanos, vid. el interesante trabajo de CLAVERO, B.: “¿Se debe a los derechos humanos la abolición de la esclavitud? (A propósito de los *Usos de la Historia* de Samuel Moyn y de sus críticos)”. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44, Tomo II, 2015, p. 1075 y ss.

<sup>37</sup> Vid. JORDAN, A.: “La esclavitud, el trabajo forzado...”, p. 9 y ss.; VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V.: *Esclavitud ¿moderna?...*, p. 28 y ss., y 40.

*Rantsev vs Chipre y Rusia*,<sup>38</sup> que la trata es una forma de esclavitud y que le alcanza la prohibición general de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso del art. 4 del Convenio, pese a que la trata no esté recogida de forma expresa y nominal en dicha prohibición.

En esta misma línea se expresa el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 cuando define la esclavitud, como crimen de *lesa humanidad*, y se refiere expresamente al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad “en la trata de personas, en particular mujeres y niños” (art. 7.2, c), por lo que concibe a la trata claramente como una forma de esclavitud. Por su parte, el Convenio de la OIT N° 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de 1999, también incluye expresamente como forma de esclavitud “la venta y tráfico de niños” en el concepto que ofrece de peores formas de trabajo infantil (art. 3, a), por lo que también da a entender que la trata de niños es una modalidad de esclavitud.

También conviene recordar que el art. 6 de la Convención Americana de 1969 prohíbe la esclavitud y la servidumbre junto a la “trata de esclavos y la trata de mujeres”, dando a entender nuevamente que ésta es una forma de aquella. Al tiempo que el art. 5 de la Carta de la Unión Europea de 2000 prohíbe la trata de seres humanos en plano de igualdad junto a la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso y obligatorio.

Pero sin duda la confusión legal aumenta con la definición internacional de la trata de personas contenida en el Protocolo Adicional para reprimir y combatir la trata de personas, especialmente mujeres y niños, adoptado en Palermo en noviembre de 2000, junto a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.<sup>39</sup> Entre las finalidades de explotación de la persona que se persiguen con la trata el art. 3 contiene una referencia expresa a la esclavitud, la servidumbre, las prácticas análogas a la esclavitud y el trabajo forzado, junto a la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual, además de la extracción de órganos. Definición que se traslada prácticamente igual al art. 4 del Convenio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos del Consejo de Europa de 2005, así como al art. 1 de la Decisión Marco del Consejo (2002/629/JAI), de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha

---

<sup>38</sup> Vid. Sentencia del TEDH de 7 de enero de 2010. Vid. MACKINON, C.A.: “Rantsev v. Chipre & Rusia, Ap. No. 25965/04 (Eur. Ct. H.R. Ene. 7, 2010)”, accesible en [www.anuariodch.uchile.cl](http://www.anuariodch.uchile.cl). Vid. también, DÍAZ BARRADO, C.M.: “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 45, 2013, p. 475 y ss.

<sup>39</sup> Vid. A/RES/55/25, de 8 de enero de 2001.

contra la trata de seres humanos<sup>40</sup> y al art. 2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.<sup>41</sup>

### 3.2 Jurisprudencia contradictoria

La delimitación conceptual de la esclavitud y de sus formas contemporáneas tampoco se ha visto favorecida por la escasa jurisprudencia existente en aplicación de la legislación internacional y regional sobre esta materia. Se han mantenido interpretaciones totalmente contradictorias, que pasan de una visión absolutamente restrictiva del concepto de esclavitud (de derecho), como la propuesta por el TEDH en el *caso Siliadin*, hasta una visión más amplia que viene a incluir también la esclavitud de hecho, como propugna el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia en el *caso Kunarac*.

a) En efecto, el TEDH en el *caso Siliadin vs Francia*<sup>42</sup> consideró que el Estado francés había incumplido la obligación positiva que surge del art. 4 del Convenio de 1950 de tipificar de forma expresa y reprimir de forma efectiva todo acto tendente a mantener a una persona en situación de esclavitud o servidumbre. Señala que en este caso se produjo como mínimo una situación de trabajo forzoso, pero que dicha situación llega a ser más grave y debe considerarse como servidumbre, pues la negación de la libertad del individuo no se limita tan solo a la prestación obligatoria del trabajo, sino que también se extiende a sus condiciones de vida, y que debido a ello, no existen posibilidades de mejora o de remover esta situación. Sin embargo, este elemento no aparece en el concepto de trabajo forzoso.

Analiza si la niña fue sometida a esclavitud o a servidumbre, señalando que fue claramente privada de su libre arbitrio, pero del expediente no se desprende que fuese mantenida en esclavitud en el sentido propio del término, es decir, que se hubiese ejercido sobre ella,

<sup>40</sup> Vid. DO L 203/1, de 1 de agosto de 2002.

<sup>41</sup> Vid. DO L 101, de 15 de abril de 2011.

<sup>42</sup> Sentencia del TEDH nº 73316/01, de 26 de julio de 2005. Vid. al respecto, Cfr. BORONAT TORMO, M. y GRIMA LIZANDRA, V.: “La esclavitud y la servidumbre en el derecho español. A propósito de la STEDH de 26 de julio de 2005 (“Siliadin c/ Francia”): un caso de trabajo doméstico servil”. En, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 257 y ss. Vid. también la sentencia del TEDH nº 67724/09, de 11 de octubre de 2012 del *caso C.N vs Francia* y la sentencia del TEDH nº 4239/08, de 13 de noviembre de 2012 del *caso C.N. vs Reino Unido*.

jurídicamente, un verdadero derecho de propiedad, reduciéndola al estado de “objeto”.<sup>43</sup> En cuanto a la servidumbre, “ésta prohíbe una forma de negación de la libertad particularmente grave... Incluye además de la obligación de proporcionar a otra persona ciertos servicios... la obligación para el “siervo” de vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de cambiar su condición”.<sup>44</sup> Entiende, por tanto, que la servidumbre significa “la obligación de proporcionar servicios bajo el imperio de la coacción”.<sup>45</sup> De este modo el TEDH lleva a la conclusión de que en este caso se da una situación de servidumbre pero no de esclavitud, ya que mantiene un concepto estricto de esclavitud vinculado exclusivamente a su sentido clásico, a la esclavitud de derecho, es decir, la que se basa en la propiedad legal sobre el esclavo.

b) Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el *caso Fiscal vs Kunarac*<sup>46</sup> condenó a los acusados por el crimen de esclavización previsto en el art. 5, c) del Estatuto. Sentencia que fue confirmada por la Sala de Apelaciones de dicho Tribunal,<sup>47</sup> donde se realizaron algunas consideraciones complementarias sobre el concepto de esclavización o reducción a servidumbre dignas de consideración, pues señaló que “la concepción tradicional de la esclavitud, centrada sobre la noción de propiedad sobre la seres humanos (“*chatel slavery*”), ha evolucionado de modo que lo que importa considerar hoy en día no es la existencia de un título de propiedad sobre el esclavo, sino el ejercicio de poderes vinculados con la propiedad que se traducen en una destrucción o anulación de la personalidad jurídica del ser humano”.<sup>48</sup> De donde cabe inferir claramente la apuesta por un concepto no estricto de esclavitud.<sup>49</sup> Podría decirse que el concepto tradicional de “esclavitud” ha evolucionado hasta abarcar las diversas formas contemporáneas de esclavitud basadas en el ejercicio de cualquiera o de todos los poderes atribuidos al derecho de propiedad. En esta línea el Tribunal sostuvo que “la cuestión de si un determinado fenómeno es una forma de esclavitud dependerá de la operación de factores o indicios de esclavitud (como) “el control de

<sup>43</sup> Cfr. párrafo 122.

<sup>44</sup> Cfr. párrafo 123.

<sup>45</sup> Cfr. párrafo 124.

<sup>46</sup> Sentencia de la Sala de Instancia de 22 de febrero de 2001. Vid. al respecto, BOU FRANCH, V.: “Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 24, 2012, p. 27 y ss.

<sup>47</sup> Mediante la Sentencia de la Sala de Apelaciones de 12 de junio de 2002.

<sup>48</sup> Cfr. párrafo 117.

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, BOU FRANCH, V.: “Los crímenes sexuales en la jurisprudencia...”, p. 29.

los movimientos de una persona, control del entorno físico, el control psicológico, las medidas tomadas para prevenir o disuadir del escape, la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción, la duración, la afirmación de la exclusividad, el sometimiento a tratos crueles y abusos, el control de la sexualidad y el trabajo forzoso. En consecuencia, no es posible de forma exhaustiva enumerar todas las formas contemporáneas de esclavitud que están comprendidas en la expansión de la idea original”.<sup>50</sup>

### 3.3 Equivocidad del concepto

En último término, hay que advertir también de la equivocidad de la propia expresión “*formas contemporáneas de esclavitud*” que se utiliza como aglutinador de todas estas nuevas formas de explotación extrema del ser humano o, como se señala desde UN, de “explotación manifiesta de la persona humana y la degradación humana”.<sup>51</sup> Sin duda que se trata de un concepto elocuente y evocativo que tiene un *efecto positivo* de atracción y posicionamiento frente a estas situaciones de grave explotación personal, además de poner el acento en lo nuevo, es decir, en las nuevas formas de sometimiento del ser humano que resultan equiparables a la denostada y proscrita esclavitud. Con esta expresión se lanza un mensaje claro y directo de denuncia y repudio de las situaciones de extrema explotación humana que se están produciendo en la actualidad a nivel planetario para despertar la conciencia social de la ciudadanía y provocar la acción pública de los organismos internacionales, los gobiernos y las instituciones. Es claro que todo el mundo está en contra de la esclavitud, sobre todo, si además es moderna.

Pero esta expresión también puede tener *efectos negativos*, pues al tiempo de pretender referirse a toda forma de explotación extrema de la persona puede terminar por no referirse realmente a nada. En este sentido, J. Allain señala que se llegado a “entender el término “esclavitud” como algo tan general que ha dejado de tener sentido en el Derecho, su significado dentro de la ley se convierte en algo demasiado etéreo”.<sup>52</sup> Su gran vis expansiva puede terminar considerando como esclavitud cualquier forma de explotación de la persona, con lo que en última instancia todo se mezcla y se confunde, resultando ineficaz. Como advierte C. Bormans,

<sup>50</sup> Cfr. párrafo 119.

<sup>51</sup> Esta expresión se incluía en la propuesta de modificación de la denominación del Grupo de Trabajo sobre la Esclavitud creado en 1974, vid. OHCHR: *La abolición de la esclavitud...*, p. 46.

<sup>52</sup> Cfr. ALLAIN, J.: “La definición de esclavitud...”, p. 18.

haciendo esto “se llega a adoptar una definición de esclavitud que, por ser muy general, llega de una parte a casi confundirse con aquella misma del no respeto a los Derechos del Hombre, de los que, no obstante, en el origen ella se ocupa, al menos en un pequeño artículo; y por otra parte, llega a ser tan grosera que llega a englobar una gran parte de las relaciones de trabajo que operan en el Tercer Mundo”.<sup>53</sup>

Esta expresión puede terminar convirtiéndose en una fórmula general que resulte vacía de contenido y que, por tanto, se pueda convertir en coartada perfecta para no hacer nada y que todo siga igual o incluso tener consecuencias perversas para las víctimas. En este sentido denuncia C. Bormans que “a decir verdad, la única diferencia cierta propiamente hablando entre el esclavo y el trabajador informal de los países del Tercer Mundo sometidos a formas degradantes de puesta al trabajo, es que el primero posee un verdadero estatuto jurídico mientras que es justamente el segundo quien no posee uno verdadero”<sup>54</sup> y, por tanto, se encuentra en un “limbo” jurídico.

En definitiva, esta expresión puede traducirse en una fórmula mágica para *aludir* a un problema social de primer orden y *eludir* realmente su tratamiento y solución. Quien dudará de la necesidad de intervención penal en esta materia. Pero con tal intervención no estaremos entonces ante un ejemplo más de Derecho Penal simbólico, que pretende erradicar una grave forma de delincuencia, pero sin atajar las causas reales que provocan estas vulneraciones de los derechos humanos, que estratégicamente son hurtadas del debate político y de la responsabilidad social, para convertirlo en un problema estrictamente penal. Es claro que las formas contemporáneas de esclavitud son un problema jurídico-penal, pero al mismo tiempo, sin género de duda alguno, son mucho más que eso. El Derecho Penal por sí solo no puede resolver este complejo problema social de primer orden a nivel mundial.

Es claro, por tanto, que estamos en el terreno de la confusión, abonado además por factores culturales, sociales, políticos y económicos, que exigen de una contextualización de este fenómeno, pues, como advierte A. Jordan, “una talla para todos no existe”.<sup>55</sup> Por ello se hace absolutamente necesario brindar claridad conceptual en un fenómeno tan complejo como este, pero teniendo una sana dosis de escepticismo a la hora de enfrentar esta tarea.<sup>56</sup> Incluso hay quien se cuestiona atinadamente el resurgimiento

<sup>53</sup> Cfr. BORMANNS, C.: “Esclavitud moderna...”, p. 13.

<sup>54</sup> Cfr. BORMANNS, C.: “Esclavitud moderna...”, p. 13.

<sup>55</sup> Cfr. JORDAN, A.: “La esclavitud, el trabajo forzado...”, p. 11.

<sup>56</sup> Vid. JORDAN, A.: “La esclavitud, el trabajo forzado...”, p. 11 y ss.

de los trabajos y estudios sobre la esclavitud en los últimos años, cuando parecía ya un campo abonado para la historia, así como su inclusión en la agenda de los organismos internacionales.<sup>57</sup> Por ello, también resulta necesario denunciar el uso interesado y esquivo que se puede estar haciendo de la expresión “formas contemporáneas de esclavitud” para tomar conciencia del fenómeno de la sobreexplotación del ser humano que está comportando el nuevo sistema de explotación capitalista que ha emergido en la actualidad como una consecuencia negativa más del fenómeno más amplio y complejo de la globalización (económica).<sup>58</sup>

#### 4 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Pese a la complejidad de la problemática conceptual expuesta, quizá se pueda encontrar un punto de equilibrio para el uso de la expresión “formas contemporáneas de esclavitud”, que aglutine sus efectos positivos y permita desterrar los efectos nocivos que tiene. Todo dependerá, en gran medida, del sentido y alcance que se le dé en la actualidad a la prohibición universal de la esclavitud contemplada en el art. 4 DUDH. Con este propósito, huyendo de las posiciones antagónicas existentes sobre el concepto de esclavitud (expansionismo/reduccionismo), quizá exista un camino intermedio que se pueda recorrer haciendo una interpretación diferente del concepto de esclavitud plasmado en el Convenio de 1926, que permita incluir tanto la esclavitud de derecho como la de hecho y, con ello, las formas contemporáneas de esclavitud más graves.<sup>59</sup>

En esta línea J. Allain<sup>60</sup> considera que el art. 1 del Convenio de 1926 incluye la *esclavitud de derecho*, cuando se refiere al “estado... de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad...”, y la *esclavitud de hecho*, cuando se refiere a la “...condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. Se habla de atributos del derecho de propiedad y no de propiedad legal en sí misma considerada, pues basta con ejercer alguno de los atributos sin necesidad de tener el derecho de propiedad legal.

Esta interpretación encuentra un apoyo legal importante en la definición de esclavitud recogida como crimen de lesa humanidad en el

<sup>57</sup> Vid. BORMANS, C.: “Esclavitud moderna...”, p. 1 y ss.; RAMÍREZ ARELLANO, R.: “Esclavitud como “regla de la casa” en la industria agrícola...”, p. 47.

<sup>58</sup> Vid. BORMANNNS, C.: “Esclavitud moderna...”, p. 14.

<sup>59</sup> Esta fue la vía interpretativa iniciada por el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia en el *caso Kumarac* y que ha sido seguida por las *Directrices Bellagio-Harvard*.

<sup>60</sup> Vid. ALLAIN, J.: “La definición de esclavitud...”, p. 5 y ss.

Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 7.1, c) y en *los Elementos de los Crímenes* acordados como criterios de interpretación (art. 9).<sup>61</sup> En nuestro derecho interno también encontramos un soporte jurídico muy explícito en la definición legal de esclavitud que ofrece el art. 607 bis 2, 10º CP, cuando la tipifica como un delito de lesa humanidad, señalando expresamente que “por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que se ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque”. El legislador español sigue aquí el referente internacional que le sirve de base, pero, además, en la propia definición legal de esclavitud llega a ser más explícito, pues incluye una referencia expresa a la esclavitud de hecho.

En sentido similar se expresan *las Directrices Bellagio-Harvard* cuando señalan que “el ejercicio de “los atributos del derecho de propiedad” debe ser entendido como la manifestación de un control sobre una persona de tal manera que se le prive significativamente de su libertad, con intención de explotación mediante el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse de esa persona (Directriz 2). A lo que se añade que el derecho de propiedad implica una relación de fondo de control y ese “control es el atributo del derecho de propiedad conocido como posesión”, por lo que “para determinar jurídicamente un caso de esclavitud, hay que buscar la posesión”, con independencia de cuál sea la forma, lo importante es el control sobre una persona como si fuera una cosa. “La posesión es fundamental ya que, no sólo es uno de los atributos del derecho de propiedad, sino que también crea las condiciones fácticas para el ejercicio de alguno o de todos los atributos del derecho de propiedad” (Directriz 3). De este modo, se distinguirá la esclavitud del trabajo forzoso –o de otras

<sup>61</sup> Los elementos del crimen de lesa humanidad de esclavitud se refieren a que “el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad”. Esta ejemplificación se centra más en los atributos del derecho de propiedad que en el derecho de propiedad en sí mismo considerado, por lo que se apunta en la idea de aceptar tanto la esclavitud de derecho como de hecho. Pero con la referencia final a la imposición de “algún tipo similar de privación de libertad” parece claro que se pretende ampliar el concepto de esclavitud, para incluir no solo la de *iure* sino la de *facto*, incluso podría alcanzar a las servidumbres menores, como por ejemplo el trabajo forzoso o, incluso, la trata de seres humanos. Esta ampliación conceptual queda corroborada con la nota a pie de página que acompaña a los elementos del crimen, donde aclara que “se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil (...). Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños”.

instituciones o prácticas análogas- en función de que se haya ejercido o no los atributos del derecho de propiedad, de tal forma que “la esclavitud no estará presente en casos de trabajo forzoso en los que no exista un control sobre la persona equivalente a posesión” (Directriz 8).

En definitiva, las *Directrices Bellagio-Harvard* consideran con buen criterio –en la línea interpretativa propuesta por la TEDH en el caso *Siliadin* y otros posteriores-<sup>62</sup> que existe una *gradación* entre las violaciones de derechos humanos a que nos venimos refiriendo, de tal manera que la situación de trabajo forzoso sería la menos grave, pasando por la servidumbre hasta llegar a la esclavitud. Estamos, por tanto, ante situaciones diferentes, que podemos delimitar por el grado de afección a la libertad personal y a la personalidad jurídica de la víctima, es decir, por el grado de degradación o cosificación de la persona. En esta línea podría afirmarse que “la esclavitud engloba la servidumbre y el trabajo forzoso, y la servidumbre, el trabajo forzoso. O, en otras palabras: todos los casos de esclavitud son casos de servidumbre y de trabajo forzoso y todos los de servidumbre son también de trabajo forzoso; pero no al revés”.<sup>63</sup> De este modo las *Directrices Bellagio-Harvard* llegan a la conclusión de que “aceptando que en una situación determinada puedan darse al mismo tiempo tanto la esclavitud como servidumbres menores tales como el trabajo forzoso o “instituciones o prácticas análogas a la esclavitud”, la manera de proceder consiste en hacer referencia al fondo de la relación y no simplemente a la forma, siendo la primera pregunta que se debe plantear la de saber si se han ejercido atributos del derecho de propiedad. De ser así, estaremos en presencia del delito más grave de esclavitud. En caso contrario, se debe hacer referencia a la definición jurídica de la servidumbre menor que se corresponda en sustancia con la particular circunstancia en cuestión” (Directriz 10).

De este modo cabe concluir que de la diferenciación entre “estado” y “condición”, de la noción de poderes atribuidos al derecho de propiedad y del uso de la palabra “atributos”, todo ello apunta hacia una definición internacional de la esclavitud que incluye tanto la esclavitud “de iure” como “de facto”, como a la postre termina aceptando el Código

<sup>62</sup> Vid. la sentencia del caso *Siliadin* del TEDH nº 73316/01, de 26 de julio de 2005, párrafos 120 y 123; la sentencia del caso *C.N. y V. vs Francia* del TEDH nº 67724/09, de 11 de octubre de 2012, párrafos 91 y 92; y la sentencia del caso *C.N. vs Reino Unido* del TEDH nº 4239/08, de 13 de noviembre de 2012.

<sup>63</sup> Cfr. BORONAT TORMO, M. y GRIMA LIZANDRA, V.: “La esclavitud y la servidumbre...” p. 280. Vid. también, DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “Mujeres inmigrantes...”, p. 82 y ss.

Penal español. Con ello puede abrirse una vía interpretativa bastante razonable en la actualidad, tanto desde la perspectiva histórica como sistemática, que permita incluir las formas contemporáneas de esclavitud más graves en el concepto universal de la misma y delimitarlas de las otras formas de explotación extrema del ser humano de menor grado a que nos venimos refiriendo, como son la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos.

#### 4.1 Bien jurídico protegido

La prohibición universal de la esclavitud recogida en el art. 4 DUDH es una norma de *ius cogens* de la que nace un derecho absoluto que obliga a todos los Estados, al tratarse de una obligación *erga omnes* dimanante de la normativa de los derechos humanos.<sup>64</sup> Además esta prohibición universal no admite derogación, reserva ni renuncia, por lo que el reconocimiento de este derecho humano a no ser sometido a esclavitud está protegido contra todos los Estados. De esta disposición surge, por tanto, un derecho fundamental y absoluto a no ser sometido a esclavitud ni servidumbre que tiene una titularidad universal, predicable de todas las personas por el propio hecho de serlo, por lo que entronca directamente con la dignidad personal. Prevalece, por tanto, frente a cualquier conflicto con otro derecho o interés, por lo que resultaría inadmisibles cualquier práctica esclavista basada en regímenes legales relativos al matrimonio, la familia o la religión, en costumbres sociales propias del patriarcado, etc.<sup>65</sup>

Los destinatarios de la prohibición son fundamentalmente los particulares que tienen bajo su dominio y control la vida de las personas más vulnerables y dependientes susceptibles de ser esclavizadas, aunque también cabe pensar que este tipo de prácticas sean realizadas por agentes estatales. Pero, más bien, de esta disposición universal nacen obligaciones para los Estados, como la de prohibir y penalizar estas prácticas, la de investigar y enjuiciarlas, la de asistir y proteger a las víctimas, etc.<sup>66</sup> De hecho, como se ha señalado, la práctica de la esclavitud ha sido reconocida universalmente como un crimen de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 7.1, c).

<sup>64</sup> Vid. OHCHR: *La abolición de la esclavitud...*, p. 3.

<sup>65</sup> Vid. CANOSA USERA, R.: “Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso: un ejemplo de integración entre tratados internacionales. (Comentario al art. 4)”. En, *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, J. García Roca y P. Santolaya (Coords.), 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

<sup>66</sup> Vid. COURTIS, C.: “Comentario al artículo 5 de la Carta...”, p. 92 y 93.

Sin embargo, como con acierto advierte B. Clavero, la prohibición universal de la esclavitud no puede ni debe ser considerada como el reconocimiento de un derecho humano a no ser sometido a esclavitud para preservar el derecho personal a la libertad más elemental si no va acompañado al mismo tiempo de una protección jurisdiccional internacional, pese a su plasmación en el art. 4 DUDH. Solo con abolir la esclavitud “sin responsabilidades ni públicas ni privadas depurables y exigibles por instancias supraestatales, las globales o las regionales, de fallar las estatales, no hay reconocimiento de derecho humano, ni teórico ni práctico que valga”.<sup>67</sup> De este modo concluye que “derechos sin amparo judicial tanto civil como penal habrá de recordarse que no son propiamente derechos. Entre los comités de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas que pueden supervisar la conducta de los Estados no lo hay que se ocupe de la abolición de la esclavitud, esto es, del derecho personal de libertad más elemental”.<sup>68</sup> Como argumento complementario, no falto de razón, añade este autor que el Estatuto de la Corte Penal internacional no tipifica como delito en sí y por sí, sino como crimen de lesa humanidad.<sup>69</sup>

El bien jurídico a proteger con esta prohibición universal no resulta fácil de determinar, pues más bien parece ser el resultado de un complejo mosaico cuya base está constituida por la dignidad personal, entendida en sentido amplio, que posiblemente en nuestro ordenamiento constitucional puede concretarse en el respeto a la integridad moral, reconocido como derecho fundamental en el art. 15 CE. El sometimiento a esclavitud supone la despersonalización o deshumanización de la persona que es objeto de prácticas cosificadoras, que pretenden la instrumentalización del ser humano en beneficio (económico) ajeno. Como señala el TPI en el *caso Kunarac*, la moderna esclavitud consiste en “el ejercicio de poderes vinculados con la propiedad que se traducen en una destrucción o anulación de la personalidad jurídica del ser humano”.<sup>70</sup>

Pero, además supone ante todo y sobre todo un grave atentado a la libertad y seguridad personal, pues comporta una violación extrema de la libertad de voluntad del ser humano, que conlleva a la dependencia y sometimiento vital de designios ajenos, quebrando también de un modo

<sup>67</sup> Cfr. CLAVERO, B.: “¿Se debe a los derechos humanos la abolición de la esclavitud?...”, p. 1096.

<sup>68</sup> Cfr. CLAVERO, B.: “¿Se debe a los derechos humanos la abolición de la esclavitud?...”, p. 1096 y 1997.

<sup>69</sup> Vid. CLAVERO, B.: “¿Se debe a los derechos humanos la abolición de la esclavitud?...”, p. 1098 y ss.

<sup>70</sup> Cfr. párrafo 117.

importante el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación personal. Como señala el TEDH en el *caso Siliadin*, aquí se produjo una “negación de la libertad particularmente grave”,<sup>71</sup> que llegó a calificar como servidumbre. En esta misma línea, en las *Directrices Bellagio-Harvard* se advierte que la esclavitud consiste en tener “el control sobre una persona de tal manera que se le prive significativamente de su libertad individual”. De este modo, resulta bastante explícito al respecto el relato de una víctima de esclavitud, cuando la describe así: “Primero te quitan la dignidad, te hacen sentir miserable, que no vales nada. Dejas de ser persona. No tienes poder de elección sobre tu propia vida. Pasas a ser una mercancía que pertenece a un amo. Te sitúas en una especie de limbo jurídico donde no existen los derechos más elementales. Puedes ser comprado y vendido. Eres una especie de marioneta cuyos hilos son movidos por unos individuos que deciden por ti el resto de tu vida...”<sup>72</sup>

Todo ello podría configurar el *status libertatis* de la persona, tal y como se postula en la doctrina italiana, donde lo determinante es sin duda el derecho a la libertad general y el respeto de la personalidad jurídica.<sup>73</sup> En este sentido, M. García Arán entiende el *status libertatis* “no como una u otra manifestación de la libertad, sino como el conjunto de manifestaciones que se resumen en el llamado “estado de libertad” y que

<sup>71</sup> Cfr. párrafo 123.

<sup>72</sup> Cfr. HIDALGO, M.: Esclavos del siglo XXI”. *Revista Fusión.com*, febrero de 2004.

<sup>73</sup> En este sentido vid. por todos, SUMMERES, K. y otros autores: *Trattato di diritto penale. Parte Speciale, I reati contro la persona, II. Reati contro l'onore e la libertà individuale*, M. Papa (Coord.), UTET, 2006 p. 193 y ss. (esp. 212 y ss.); PICOTTI, L.: “Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazione penali fra normativa interna ed internazionalane”. *L'indice Penale*, 2007, Fas. 1, p. 15 y ss.; CANNEVALE, A. G. y LAZZARI, C.: “Schiavitù e servitù nel Diritto Penale”, *L'indice Penale*, 2006, Fas. 1, p. 309 y ss.; ROMANO, B.: “Riflessioni penalistiche sulle misure contro la tratta di persone”, *L'indice Penale*, 2006, Fas. 2, p. 651 y ss.; MUSACCHIO, V.: “Schiavitù e tratta di esseri umani: análisis del fenomeno ed esigenza d'una normativa penale intenzionale”. En *Il Diritto di famiglia e delle persone*, Guiffré, 2003, p. 236 y ss. En la doctrina española, vid. GARCÍA ARÁN, M.: “Esclavitud y tráfico de seres humanos”. En *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, (Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli, coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 376 y ss.; PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 364 y ss. (esp. 371 y ss., y 379); del mismo autor: “La trata de seres humanos en el Derecho Penal español”. En *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*. Carolina Villacampa Estiarte (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 93 y ss. Vid. también, BORONAT TORMO, M. y GRIMA LIZANDRA, V.: “La esclavitud y la servidumbre...”, p. 279 y 280; POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 13-15, 2011, p. 6 y 7; BEDMAR CARRILLO, E.: “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”. *La ley Penal*, julio, 2012, p. 82 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La moderna esclavitud...”, p. 337 y 338.

constituye el presupuesto de las libertades concretas. La lesión del *status libertatis* supone la privación de las capacidades relativas a la personalidad individual y la cosificación de *iure* o de *facto*, de la persona, negando su centralidad”.<sup>74</sup>

## 4.2 Tratamiento penal

Este proceso de despersonalización o de degradación de la persona y de negación de la libertad a que nos venimos refiriendo y que se ha venido produciendo en las últimas décadas, no ha sido tenido en cuenta en absoluto por parte del legislador español desde que se aprobara el Código Penal de 1995. Dicho texto punitivo se ha caracterizado por una falta total de previsión legal en esta materia, provocando un vacío legal ciertamente escandaloso. No ha habido una visión integral de este nuevo fenómeno criminal, sino más bien alguna aproximación tangencial y sectorial al hilo de la protección de otros derechos, como la integridad moral o los derechos laborales, claramente insuficiente, hasta que se otorga una protección parcial de los bienes afectados a través de la introducción del delito de trata de seres humanos que, no obstante, no ofrece una protección completa de dichos bienes.<sup>75</sup> Por tanto, como suele ser habitual, el legislador español ha llegado tarde y mal para enfrentar el tratamiento penal que requieren las formas contemporáneas de esclavitud.

Tarde porque tan solo se ha ocupado de tipificar el delito de trata de seres humanos en 2010, olvidándose del resto de violaciones de los derechos reconocidos en el art. 4 DHDH, en el art. 4 CEDH y en el más completo art. 5 CDFUE. Y mal no solo por la falta de regulación penal, sino por el enfoque trafiquista y sectario que ha mantenido desde el principio de este fenómeno.

a) En efecto, el Código Penal español adolece de un vacío legal considerable en esta materia en la medida que no establece una tipificación legal expresa del delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso, a diferencia de lo que sucede con otros textos punitivos de nuestro entorno europeo y latinoamericano. Es cierto, no obstante, que el art. 607 bis 2, 10º tipifica el delito de sometimiento a esclavitud

<sup>74</sup> Cfr. GARCÍA ARÁN, M. y otros autores: *Trata de personas y explotación sexual*. Mercedes García Arán (Coord.), Comares, Granada, 2006, p. 6.

<sup>75</sup> Vid. BORONAT TORMO, M. y GRIMA LIZANDRA, V.: “La esclavitud y la servidumbre...”, p. 277 y 281; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La moderna esclavitud...”, p. 336 y ss.

como un delito de lesa humanidad, pero, por ello precisamente exige que tal conducta de sometimiento se lleve a cabo “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra parte de ella”. Pero, fuera de este contexto referido a los crímenes contra la comunidad internacional, no hay una tipificación específica de la esclavitud, como sería lo deseable y más apropiado si se quiere realmente luchar contra las formas contemporáneas de esclavitud, como delito que lesiona bienes individuales tales como la libertad y la dignidad personal, concretada en la integridad moral, es decir, lo que hemos dado en llamar el estado de libertad personal.

De hecho, este vacío legal permite afirmar con toda rotundidad que el Estado español está incumpliendo el art. 4 CEDH, que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado.<sup>76</sup> El TEDH tiene declarado ya desde el *caso Siliadin* y en otros posteriores, que de la prohibición establecida en el art. 4 CEDH cabe establecer también obligaciones positivas para los Estados que en este caso pasan por la exigencia de tipificación expresa como delito y de represión efectiva de todo acto tendente a mantener a una persona en situación de esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de seres humanos.<sup>77</sup> Obligación que el Estado español sólo cumple en relación a la última situación señalada, aunque también lo hace de forma muy tardía, pues ha venido incumpliendo reiterada y sistemáticamente la legislación internacional y europea contra la trata de seres humanos, en particular, el Protocolo de UN de 2000, la Decisión Marco del Consejo (2002/629/JAI) de 2002 y el Convenio del Consejo de Europa de 2005. No podemos olvidar que la introducción de la tipificación expresa de la trata de seres humanos como delito en el art. 177 bis CP español se lleva a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio.<sup>78</sup>

Por otra parte, hay que señalar que este vacío legal no puede quedar cubierto en modo alguno acudiendo a la aplicación de los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311 y 312 CP, que van referidos a situaciones de explotación laboral de los trabajadores pero que no alcanzan el umbral mínimo de las situaciones de trabajo forzoso y, por ende, en mucha menor medida las de servidumbre o esclavitud. Como

<sup>76</sup> Vid. BORONAT TORMO, M. y GRIMA LIZANDRA, V.: “La esclavitud y la servidumbre...”, p. 277 y 283.

<sup>77</sup> Vid. Sentencias del TEDH de 26 julio 2005, párrafos. 112 y 89 (*caso Siliadin vs. Francia*); de 1 julio 2010, párrafo 288 (*caso Rantsev vs. Chipre y Rusia*); de 13 febrero 2013, párrafos. 65 y ss. (*caso C.N. v. Reino Unido*).

<sup>78</sup> Vid. al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, p. 354 y ss.; PÉREZ ALONSO, E.: “La trata de seres humanos...”, p. 101 y ss.

se viene insistiendo en las formas contemporáneas de esclavitud estamos ante situaciones de explotación extrema del ser humano donde se niega su propia condición de persona y su libertad personal más básica, mientras que los delitos laborales se refieren solo a los trabajadores y no a todas las personas, en la medida que tiene que haber una relación laboral de la que se abusa para obtener un provecho explotando su fuerza de trabajo y vulnerando con ello los derechos legalmente reconocidos al colectivo de trabajadores. Por ello, la aplicación de los arts. 311 y 312 CP no agotaría el total contenido de injusto que suponen las formas contemporáneas de esclavitud,<sup>79</sup> ni tan siquiera en aplicación conjunta con el delito de trato degradante del art. 173.1 CP, como se ha propuesto en la doctrina.<sup>80</sup>

El trato degradante genérico tipificado en el art. 173.1 CP protege el derecho a la integridad moral que en efecto también se ve afectado gravemente en las situaciones de esclavitud moderna a que nos estamos refiriendo. Ciertamente se produce una situación de instrumentalización en beneficio ajeno de la persona, dejando de ser un fin en sí mismo, por lo que se niega su dignidad y se le degrada a la mera condición de cosa. Pero, en las formas contemporáneas de esclavitud la situación de degradación personal llega a ser muy grave y puede no estar suficientemente atendida por el simple delito de trato degradante, que está reservado para casos de degradación grave pero no extrema. Además, la esclavitud requiere un poder de disposición fáctico sobre la persona que afecta también y de forma primordial a su libertad personal, aspecto esencial del injusto esclavista que está al margen del delito de trato degradante genérico. Por ello, creemos que el art. 173.1 CP tampoco alcanza a cubrir la exigencia positiva de tipificar de forma específicamente el delito de sometimiento a esclavitud que se deriva del art. 4 CEDH.<sup>81</sup>

b) Pero, el vacío legal y la tardía respuesta ofrecida por el legislador español a las formas contemporáneas de esclavitud ha ido acompañada, además, de un tratamiento penal bastante desacertado de este fenómeno.

En efecto, la regulación penal española ha venido adoleciendo de graves defectos técnicos y de un desmedido afán punitivista y expansionista, en la medida que se ha pretendido hacer del Derecho Penal el instrumento

<sup>79</sup> Vid. BORONAT TORMO, M. y GRIMA LIZANDRA, V.: “La esclavitud y la servidumbre...”, p. 281 y 282.

<sup>80</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, p. 480; de la misma autora: “La moderna esclavitud...”, p. 338; POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos...”, p. 27.

<sup>81</sup> En este sentido, vid. BORONAT TORMO, M. y GRIMA LIZANDRA, V.: “La esclavitud y la servidumbre...”, p. 284 y 285; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La moderna esclavitud...”, p. 338.

básico para ordenar y controlar los flujos migratorios en nuestro país. Desde un principio, desde el año 2000, se ha venido manteniendo un enfoque trafiquista de la trata de personas y de la inmigración clandestina, pues estos fenómenos han sido confundidos y mezclados interesadamente con el objetivo (oculto o no) de frenar la avalancha de clandestinos que han llegado a nuestro país en la última década, aunque con el pretexto de proteger a las víctimas de la trata. Se ha ofrecido una visión instrumental y cínica de la trata de personas y de sus víctimas como medio de reprimir, con la máxima extensión e intensidad, el tráfico ilegal de inmigrantes. En nuestro país, a través del art. 318 bis CP, se ha criminalizado la pobreza y los actos de solidaridad con los inmigrantes, pues se ha terminado castigando *todo trato* con personas que se encuentren en situación irregular.<sup>82</sup>

Aquí no ha existido realmente una política criminal clara y definida contra este fenómeno, como se evidencia por el hecho (grave) de que el Estado español ha venido incumpliendo sistemáticamente los compromisos internacionales y europeos adquiridos por el propio Estado para hacer frente a estas formas de delincuencia. Lo dicho también se evidencia por las continuas reformas sufridas por el CP en esta materia, que en dos décadas y media se ha visto reformado en ocho ocasiones, suponiendo algunas de ellas la contrarreforma de la reforma realizadas por el mismo legislador en un período de tiempo muy corto. De hecho, acaba de aprobarse la octava reforma de esta materia a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015, que modifica el delito de trata de seres humanos introducido en el CP mediante la LO 5/2010, de 22 de junio.

La propia Exposición de Motivos de esta ley acierta y coincide en el diagnóstico de la defectuosa regulación que hemos denunciado y que justifica, en gran medida, la necesidad de una profunda reforma penal de esta materia. Señala que “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos”.

La reforma operada a través de la LO 5/2010 ha supuesto la creación de un nuevo Título VII bis en el Libro II del Código Penal que lleva por rúbrica “De la trata de seres humanos”. La introducción de este nuevo delito en el art. 177 bis CP hay que valorarla positivamente por su ubicación sistemática, tras los delitos contra la integridad moral, lo que pone de manifiesto el carácter individual del bien jurídico protegido. Pero, sobre todo, porque viene a acoger con corrección técnica la definición

<sup>82</sup> Vid. PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas...*, p. 42 y ss.

ofrecida en los instrumentos internacionales y europeos sobre la trata de personas. Además, como se ha venido señalando, esta reforma resulta absolutamente necesaria para superar la muy deficiente regulación que ofrecía el art. 318 bis CP a este fenómeno.<sup>83</sup>

Sin embargo, pese a la valoración positiva de la reforma operada por la LO 5/2010, hay elementos de juicio suficientes como para pensar que el legislador español sigue manteniendo un enfoque trafiquista de esta materia; que sigue pensando y actuando en clave migratoria cuando introduce el nuevo delito de trata de personas en el art. 177 bis CP, utilizándolo como escudo protector de las fronteras españolas y no de los derechos de las víctimas, en un claro ejemplo de hipocresía legislativa bastante preocupante.<sup>84</sup> Aunque esta situación ha quedado paliada en parte con la reciente reforma del art. 318 bis CP llevada a cabo por la LO 1/2015, donde se produce una modificación muy importante del delito de inmigración clandestina, tanto en su configuración típica, más adecuada a la normativa europea, como en su penalidad, que por fin es objeto de una rebaja bastante considerable. Con ello, de una vez por todas, viene a dejarse claro la gran diferencia de injusto que existía y existe entre la trata de seres humanos y la inmigración clandestina, lo que ya tiene un adecuado reflejo también a nivel punitivo, corrigiendo de este modo los graves dislates penológicos existentes entre estos delitos desde 2010 a 2015.<sup>85</sup>

No obstante, la disparidad punitiva sigue estando presente con la regulación ofrecida a los hechos constitutivos de la explotación posterior al delito de trata y que se pretenden evitar, en última instancia, mediante la tipificación de la trata. Disparidad penológica que pone de manifiesto el enfoque trafiquista que denunciamos. Así, por un lado, la pena prevista para el delito de trata es superior a los delitos de explotación posterior de los que puede ser víctima la persona traficada, como sucede, por ejemplo, con los delitos relativos a la prostitución. El ejercicio forzado de la prostitución de adultos (art. 187.1 CP) o la intervención en la prostitución de menores o discapacitados (art. 188.1 CP) se castiga con pena de 2 a 5 años de prisión, mientras que la trata con fines de explotación sexual (art. 177 bis 1 CP) se castiga con pena de 5 a 8 años de prisión. Creo que este

<sup>83</sup> Sobre la regulación penal de este fenómeno a través del art. 318 bis CP, vid. por todos PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas...*, p. 208 y ss. y la bibliografía allí citada. Sobre la nueva regulación del delito de trata de personas del art. 177 bis CP, vid. Por todos. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de personas...*, p. 361 y ss. y la bibliografía allí citada.

<sup>84</sup> Vid. al respecto, PÉREZ ALONSO, E.: “La trata de seres humanos...”, p. 103 y ss.

<sup>85</sup> Vid. nota anterior.

dislate punitivo pone de manifiesto que el legislador está más preocupado porque no lleguen a España las víctimas de la trata, en su mayoría mujeres extranjeras, que por evitar su explotación posterior en la prostitución una vez en España. Por eso castiga mucho más lo primero que lo segundo, es decir, que sean reclutadas y trasladadas a España más que su explotación posterior en España.

Lo que se evidencia, además, por el hecho de que se castigue la trata que tiene por finalidad el sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzado y que, sin embargo, no se haya tomado paralelamente la decisión político criminal de castigar el delito mismo de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzado; tal y como hacen, en coherencia con la regulación de la trata, el Código Penal alemán, italiano o el portugués. Es claro que la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado importan muy poco al legislador español, tan solo le interesa evitar que lleguen potenciales víctimas de estos gravísimos delitos a nuestro país, pero estos delitos no están tipificados en España, no se castigan de forma expresa.

Incluso, en el único caso en que nuestro ordenamiento penal castiga el sometimiento a esclavitud como delito de lesa humanidad en el art. 607 bis 2, 10º CP, también se produce un dislate penológico bastante considerable, pues este gravísimo delito se castiga con menos pena que la trata de seres humanos. El art. 607 bis 2, 10º CP establece la pena de 4 a 8 años de prisión, mientras que el art. 177 bis CP establece el mínimo punitivo en 5 años.

Todo ello, evidencia que no se ha tenido una visión global e integral de la problemática real y compleja que plantean las formas contemporáneas de esclavitud, ni tan siquiera la trata de seres humanos. Al contrario, el legislador español sigue empeñado en mantener una visión parcial y sectaria, vinculada a las políticas migratorias, y en no tomar serio la grave violación de los derechos humanos más básicos de las víctimas sometidas a las formas contemporáneas de esclavitud.

### **4.3 Propuesta de regulación penal**

Como señalé al principio, el fenómeno de las formas contemporáneas de esclavitud no se puede resolver solo con la intervención del Derecho Penal, tan solo es un instrumento jurídico más a tomar en consideración para su erradicación, que tiene una eficacia bastante limitada. Pensar que los grandes males generados por el nuevo sistema-mundo en

que vivimos se pueden solucionar con el Derecho Penal representa un pensamiento bastante ingenuo de la realidad. No obstante, considero que la intervención penal puede ayudar a la erradicación de esta nueva forma de delincuencia, aunque insisto en que su eficacia será ciertamente limitada, sobre todo porque se trata de un fenómeno global que requiere respuestas globales, pero que también deben ser locales, por lo que hemos de pensar en una respuesta “glo-cal”. Además, habría que abogar, en todo caso, por una respuesta subsidiaria y fragmentaria del Derecho Penal, donde deben tener un claro protagonismo otros ámbitos del Derecho, como el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo, así como otros entes de control social de mucha mayor incidencia y eficacia para la prevención y erradicación de estas formas extremas de explotación del ser humano. Sin duda alguna, lo importante sería analizar las causas y consecuencias de este fenómeno para abrir un gran debate público sobre el mismo, que permita atajarlo de raíz, fundamentalmente mediante una concienciación social de su ilicitud que favorezca su prevención y persecución, al tiempo que tome muy en consideración la perspectiva de las víctimas, para protegerlas y asistirles, acabando de este modo con el absoluto abandono en el que se encuentran en la actualidad.

No obstante, ahora solo cabe referirse a la respuesta criminalizadora que se puede ofrecer desde el Derecho Penal para hacer frente a este nuevo fenómeno (criminal), siendo consciente de que con ello se dejan al margen otros aspectos igual o más importantes del fenómeno que ahora no se pueden abordar. Desde esta perspectiva, estrictamente punitivista, y siendo conscientes de su absoluta limitación, resulta necesario proponer la introducción de un nuevo título en el Código Penal que llevara por rúbrica “Delitos contra la libertad general y la personalidad jurídica”, donde se incluyeran las violaciones de los derechos humanos prohibidas en el art. 4 DUDH y en el art. 4 CEDH, o quizá como acoge con mejor criterio el art. 5 CDFUE, que se refiere a la prohibición conjunta de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzado y la trata de seres humanos.

No debe olvidarse, por otra parte, que esta exigencia de tipificación penal expresa de las formas contemporáneas de esclavitud se deriva directamente del art. 4 CEDH, tal y como ha puesto de manifiesto el TEDH en su jurisprudencia al respecto, desde el *caso Siliadin*. Según el TEDH hay dos tipos de obligaciones positivas que emanan del precepto que prohíbe la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y también la trata de seres humanos: a) penalizar y perseguir efectivamente la

situación de violación del artículo 4 CEDH; b) investigar efectivamente las situaciones de explotación potencial cuando el asunto llama la atención de las autoridades<sup>86</sup>. Jurisprudencia y legislación europea que, como advertimos, viene incumpliendo sistemáticamente el Estado español.

Incluso, a nivel internacional también se ha establecido una exigencia similar recientemente en el caso de la prohibición y tipificación penal del trabajo forzado. En efecto, el Protocolo de la OIT, de 11 de junio de 2014, relativo al Convenio núm. 29 sobre el trabajo forzoso de 1930, toma conciencia de que constituye una violación de los derechos humanos, que ha cambiado en las últimas décadas, suscitando una creciente preocupación internacional que requiere la adopción de medidas urgentes para su efectiva eliminación, como que los Estados se cercioren de que el trabajo forzoso es objeto de sanciones penales. Por ello, en su art. 1.1, el Protocolo establece que “al dar cumplimiento a sus obligaciones en virtud del Convenio de suprimir el trabajo forzoso u obligatorio, todo Miembro deberá adoptar medidas eficaces para prevenir y eliminar su utilización, proporcionar a las víctimas protección y acceso a acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización, y sancionar a los autores del trabajo forzoso u obligatorio”.

Así, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, a nivel europeo encontramos países que si han dado cumplimiento a estas exigencias regionales e internacionales, como es el caso del StGB<sup>87</sup>, el CP italiano<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Vid. la sentencia del TEDH no. 73316/01, 26 julio 2005, del *caso Siliadin contra Francia*, p. 89; 112; la sentencia del TEDH no. 25965/04, 1 julio 2010, del *caso Rantsev contra Chipre y Rusia*, p. 288; la sentencia del TEDH no. 4239/08, 13 febrero 2013, del *caso C.N. v. Reino Unido*, p. 65 y ss.

<sup>87</sup> El *Código Penal alemán* regula esta materia en la Sección 18 de la Parte Especial, referida a los delitos contra la libertad personal, considerando a la trata de personas como el delito vehicular de las demás formas de explotación extrema del ser humano. Así, el § 232 se refiere a la trata de personas con fines de explotación sexual donde, en realidad, viene a tipificar la prostitución forzada o cualquier otro acto de naturaleza sexual no consentida, con penas que van desde los 6 meses hasta 10 años. El § 233 se refiere a la trata con fines de explotación laboral, donde viene a castigar el delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados con penas que también van desde los 6 meses hasta los 10 años. A continuación, el § 233<sup>a</sup> se refiere al fomento de la trata de personas, donde ahora sí se viene a castigar el delito de trata de personas en la línea de su definición internacional y europea, con pena de 3 meses a 5 años. Este precepto pone en relación la trata con los dos párrafos anteriores, en el sentido de que la finalidad perseguida debe ser la explotación sexual a que se refiere el § 232 o la explotación laboral recogida en el § 233. Y finalmente, el § 236 se refiere a la trata de niños, donde en realidad se tipifica el abandono de niños, la adopción ilegal y el tráfico de niños.

<sup>88</sup> El *Código Penal italiano* regula esta materia entre los Delitos contra la personalidad individual en la Sección I del Capítulo II, referido a los delitos contra la libertad individual, dentro del Título XIII, referido a los delitos contra la persona. Son tres los delitos que se recogen aquí. Primero, en el art. 600 se tipifica el delito de sometimiento a esclavitud,

o el CP portugués.<sup>89</sup> Se trata de dos regulaciones distintas donde se tipifican las violaciones de los derechos humanos a que venimos haciendo referencia, teniendo un protagonismo especial la trata de seres humanos como delito instrumental en torno al que giran la tipificación del delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. Aunque con una técnica legislativa diferente, en el Reino Unido también se ofrece una regulación penal bastante completa de las formas contemporáneas de esclavitud, mediante la aprobación de la Modern Slavery Act 2015 c. 30, de 30 de marzo de 2015.<sup>90</sup>

En el contexto iberoamericano también se está ofreciendo un tratamiento legal bastante completo de las formas contemporáneas de esclavitud en los últimos años, como consecuencia principal de la nueva legislación que se está aprobando en dichos países sobre la trata de seres humanos. Hay ya muchos países que están optando por la adopción de una ley integral contra la trata de personas y que en realidad vienen a responder al mismo modelo legislativo, como está sucediendo en Panamá,<sup>91</sup>

---

conforme a la definición internacional ofrecida por la Convención de 1926 y la de 1956, castigándolo con penas de 8 a 20 años, que se ven incrementadas de un tercio a la mitad cuando tengan como víctimas a menores o las conductas se dirijan a la explotación de la prostitución o a la extracción de órganos. Por su parte, el art. 601 tipifica el delito de trata de personas referido al artículo anterior, es decir, de sometimiento a esclavitud, o bien se induzca o determine a otro mediante fuerza, engaño o abuso a entrar, permanecer o salir de Italia o a trasladarse dentro de dicho territorio con el fin de cometer los delitos del artículo anterior. La pena también va desde los 8 a los 20 años, estableciendo la misma agravación por los mismos motivos que el artículo anterior. Y, finalmente, en el art. 602 se castiga con la misma pena la compra, venta o cesión de esclavos, es decir, de personas que se encuentren en alguna de las situaciones descritas en el art. 600 (sometimiento a esclavitud), añadiendo también las mismas circunstancias de agravación.

<sup>89</sup> El *Código Penal portugués* regula también esta materia entre los delitos contra la libertad personal, en su Capítulo IV, incluido en el Título I referido a los delitos contra las personas. En el art. 159 tipifica el delito de reducción a esclavitud y también la alienación, cesión o adquisición de una persona o su posesión para mantenerla en la esclavitud, conductas castigadas con pena de 10 a 15 años de prisión. Por su parte, el art. 160 regula el delito de trata de seres humanos, conforme a los estándares internacionales, sancionándolo con pena de 3 a 10 años de prisión, al tiempo que también castiga al cliente, es decir, a quien utiliza los servicios u órganos de una persona víctima de trata, teniendo conocimiento de la comisión del delito de trata de personas.

<sup>90</sup> En esta ley se tipifica de forma diferenciada el delito de sometimiento a esclavitud, ofreciendo un concepto legal de la misma en el art. 1, para diferenciarla de los delitos de explotación infantil y en general que recoge en los arts. 2 y 3. La trata de niños y de adultos recibe también un tratamiento legal específico en los arts. 4 y 5.

<sup>91</sup> Vid. la Ley N° 79, Sobre la trata de personas y actividades conexas, de 9 de noviembre de 2011.

Honduras,<sup>92</sup> Bolivia,<sup>93</sup> Costa Rica,<sup>94</sup> El Salvador,<sup>95</sup> Nicaragua,<sup>96</sup> etc. Sirva como ejemplo el caso de México,<sup>97</sup> que mediante una ley especial ofrece un enfoque y tratamiento integral para la prevención, sanción y erradicación de la trata de personas, así como para la protección y asistencia de las víctimas, de un modo bastante completo y detallado. Al adentrarse en su contenido pronto se ve que en realidad no es solo una ley contra la trata de personas sino una ley contra las formas contemporáneas de esclavitud, pues no solo castiga la trata de personas, sino las formas de explotación personal que pueden constituir el fin de la trata. Así, en su art. 10, en el concepto de explotación personal incluye, la esclavitud, la servidumbre, la explotación laboral, el trabajo forzado, la mendicidad forzada, la utilización de menores en actividades delictivas, la adopción ilegal de menores, el matrimonio forzoso, el tráfico de órganos y la experimentación biomédica ilícita con seres humanos. Por tanto, vemos como la rúbrica de esta ley puede resultar engañosa, pues so pretexto de prevenir y erradicar la trata de seres humanos termina tipificando y castigando penalmente las formas contemporáneas de esclavitud; incluso, diría que de forma excesiva en algún caso. Aunque también hay que reconocer que ofrece un concepto bastante adecuado de esclavitud y una tipificación técnicamente correcta del delito de sometimiento a esclavitud, donde incluye no solo la esclavitud de derecho sino también la esclavitud de hecho, en la línea propuesta por el TPI para la ex-Yugoslavia en el *caso Kunarac* y las *Directrices Bellagio-Harvart*.

En consecuencia, teniendo presente la exigencias legales de alcance internacional y regional a que está sometido el Estado español para tipificar y perseguir eficazmente las formas contemporáneas de esclavitud, así como los diversos modelos de regulación penal expuestos, se propone la creación de un nuevo título en el Código Penal, el Título V Bis, bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad general y la personalidad jurídica”. En este título deberían incluirse junto al delito de trata de seres humanos, los delitos de sometimiento a trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud.<sup>98</sup> De

<sup>92</sup> Vid. el Decreto N° 59-2012, Ley contra la trata de personas, de 6 de julio de 2012.

<sup>93</sup> Vid. la Ley N° 263, Integral contra la trata y el tráfico de personas, de 31 de julio de 2012

<sup>94</sup> Vid. la Ley N° 9095, Contra la trata de personas, de 8 de febrero de 2013.

<sup>95</sup> Vid. el Decreto N° 824, Ley especial contra la trata de personas, de 16 de octubre de 2014.

<sup>96</sup> Vid. la Ley N° 896, Contra la trata de personas, de 28 de enero de 2015.

<sup>97</sup> Vid. la Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y la asistencia a las víctimas de estos delitos, de 14 de junio de 2012.

<sup>98</sup> También proponen la intervención penal en esta materia, aunque con perspectivas parcialmente diferentes, VILLACAMPÁ ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, p. 477 y ss., 570 y 571; de la misma autora: “La moderna esclavitud...”, p. 337; POMARES

este modo se ofrecería una visión conjunta e integral de esta materia, para dar satisfacción a lo establecido en el art. 4 DUDH, en el art. 4 CEDH, y en el art. 5 CDFUE.

Se trata de la violación de cuatro derechos humanos en cuya esencia se encuentra la falta de libertad general y la degradación extrema de la persona humana, aunque con un distinto grado de intensidad en dicha violación y de manifestación o forma de realización. Por ello, el atentado básico a estos derechos lo constituye el delito de trabajo forzoso, seguido del delito de sometimiento a servidumbre hasta llegar al más grave de sometimiento a esclavitud, contando como delito instrumental de estas tres formas de explotación extrema de la persona con la trata de seres humanos, que también constituye una grave atentado a la libertad y dignidad personal. Se propone, por tanto, ofrecer un tratamiento penal unitario y autónomo de las manifestaciones más importantes de las formas contemporáneas de esclavitud.

La ubicación sistemática de este nuevo Título V Bis debe ser anterior al Título VI referido a los delitos contra la libertad, pues en este nuevo título se trata de proteger un estadio previo al ejercicio de otros derechos y a las concretas facetas de la libertad que se protegen en el vigente título relativo a los delitos contra la libertad. Lo que se protege en el nuevo título es el estado de libertad de la persona, es decir, las condiciones mínimas del ser humano para poder ser considerado como tal y poder actuar en consecuencia ejerciendo libremente el resto de derechos fundamentales.

De este modo, el primer delito a tipificar en el nuevo título sería el de la trata de seres humanos con la configuración actual que tiene en el art. 177 bis CP, aunque con algunas mejoras de carácter técnico-jurídico que cabría proponer. A Continuación se tipificaría el delito de sometimiento a trabajo forzado, castigado con la misma pena que el delito anterior, como atentado básico a la libertad y personalidad jurídica. El delito de sometimiento a servidumbre constituye el siguiente escalón en la lesión de este bien jurídico, por lo que merece una mayor penalidad, que podría oscilar entre los 6 a 9 años de prisión. Y el atentado más grave contra el *status libertatis*, sin duda, lo constituye el delito de sometimiento a esclavitud, que debe ser castigado con una pena de 8 a 12 años de prisión. En este nuevo delito ha de tener cabida tanto la esclavitud de derecho como la esclavitud de hecho, en la línea doctrinal que se ha venido defendiendo en este trabajo y que bien ha quedado plasmada en la definición legal CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos...”, p. 27.

de esclavitud que ofrece el art. 11 de la ley mexicana contra la trata de personas de 2012 y a la que se refiere también del forma explícita el art. 607 bis 2, 10º CP.

A modo de conclusión, cabría señalar que la propuesta de regulación penal de realizada puede ser considerada como punto de partida adecuado para abrir la discusión social y académica sobre la necesidad y conveniencia político criminal de elaborar una propuesta legislativa adecuada y eficaz para la lucha jurídico-penal contra las formas contemporáneas de esclavitud. Aunque, insisto, siendo muy conscientes de las muchas limitaciones que el Derecho Penal tiene en esta materia y abogando, por ello, por una discusión pública sobre las causas reales y consecuencias más graves de este fenómeno con el propósito de su prevención y erradicación, así como de la asistencia y protección a las víctimas.

## REFERÊNCIAS

AGUADO, M. P. C. “Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud”. **Revista de Derecho Social**, [S . n], n. 41, 2008.

AGUARDO, A. L. (Dir.). **Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque interdisciplinar**. Pamplona: Cívitas; Thomson Reuters, 2012.

ALLEIN, J. La definición de esclavitud en el derecho internacional y el Delito de esclavitud en el Estatuto de Roma. Conferencia pronunciada en el Ciclo de Conferencias de la Oficina del Fiscal en La Haya, el 26 de abril de 2007.

ALLAIN, J.; BALES, K. Slavery and Its Definition. **Queen`s University Belfast Law Research Paper**, [S . n], n. 12-06, 2012.

ALONSO, E. J. P. **Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ALONSO, E. J. P. La nuova schiavitù del XXI secolo: il traffico illegale di persone. En: CASADEI, Thomas; MATTARELLI, Sauro. (Coords.) **Il senso della repubblica. Schiavitù**. Traducción al italiano por Eloísa Celico. Milan: Franco Angeli ed., 2009.

ALONSO, E. J. P. La trata de seres humanos en el Derecho Penal español. En, **La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual**. Carolina Villacampa Estiarte (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

ARÁN, M. G.: “Esclavitud y tráfico de seres humanos”. En, **Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón**, (Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli, coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ARÁN, M. G. et al. **Trata de personas y explotación sexual**. Mercedes García Arán (Coord.), Comares, Granada, 2006.

ARELLANO, R. R. Esclavitud como “regla de la casa” en la industria agrícola del Valle de San Joaquín, California. **Acta Universitaria**, Guanajuato, v. 23, n. 1, 2013.

BALES, K. **La nueva esclavitud en la economía global**. (Trad. Fernando Borrajo Castañedo), Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000.

BALES, K.; ROBBINS, P.T. “No One Shall Be Held in Slavery or Servitude: A critical analysis of international slavery conventions. **Humans rights Review**, [S . n], 2 (2), 2001.

BARRADO, C. M. D. La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**, [S . n], n. 45, 2013.

BORMANS, C. Esclavitud moderna e ideología antigua. **Psychanalyste-Paris.com**, Paris, [1996]. Disponible en: <http://www.psychanalyste-paris.COM/Esclavage-moderne-et-ideologie.html>. Acceso en: 10 nov. 2020.

BRADLEY, K. **Esclavitud y sociedad en Roma**. Traducción: Fina Marfá, Ediciones Península, Barcelona, 1998.

CANNEVALE, A. G.; LAZZARI, C. Schiavitù e servitù nel Diritto Penale, **L'indice Penale**, [S . n], 2006, Fas. 1.

CARRILLO, E. B. El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos. **La ley Penal**, [S . n], jul. 2012.

CASADEI, T. La “nueva” esclavitud. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, Libertad y Seguridad, [S . n], n. 43, 2009.

CINTAS, E. P. El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, [S . n], n. 13-15, 2011.

CLAVERO, B. ¿Se debe a los derechos humanos la abolición de la esclavitud? (A propósito de los **Usos de la Historia** de Samuel Moyn y de sus críticos). **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, 44, Tomo II, 2015.

COURTIS, C. Comentario al artículo 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En: **La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea**, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coord.), Granada, 2012.

DOCKES, P.: **La liberación medieval**. Traducción: María C. Díaz. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1995.

ESPADA, L. R.; FRAMIS, A. G. S.; ESPINOSA, M. J. Estudiar la trata de personas. Problemas metodológicos y propuestas para su resolución. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, [S . n], p. 14-13, 2012.

ESPÓSTIO, R.: **El dispositivo de la persona**. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2011.

ESTIARTE, C. V. **El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional**, Aranzadi, Pamplona, 2011.

ESTIARTE, C. V. (Coord.). **La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual**. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

ESTIARTE, C. V. La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S . n], 3. ed. Época, n. 10, 2013.

FERNÁNDEZ, V. V. **Esclavitud ¿moderna? Reflexiones desde el derecho internacional de los derechos humanos**. Editada por la Oficina de promoción de las paz y de los derechos humanos de la Generalidad de Cataluña, Barcelona, 2009.

FINLEY, M. I.: **Esclavitud antigua e ideología moderna**. Editorial Crítica, Barcelona, 1982.

FRANCH, V. B. Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional. **Revista electrónica de estudios internacionales**, n. 24, 2012.

HIDALGO, M. Esclavos del siglo XXI. **Revista Fusión.com**, [S . n], febrero de 2004.

JORDAN, A. **La esclavitud, el trabajo forzado, la servidumbre por deudas y la trata de personas**: de la confusión conceptual a de soluciones acertadas. Disponible en: <http://rightswork.org/wp-content/uploads/2011/04/Documento-de-Discusion-2.pdf>. Acceso en: 2011.

MACKINON, C. A. Rantsev v. Crhipre & Rusia, Ap. No. 25965/04 (Eur. Ct. H.R. Ene. 7, 2010). Accesible en [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl).

MELTZER, M. **Slavery. A World History**, De Capo Press, Nueva York, 1993.

MUSACCHIO, V. Schiavitù e trata di esseri umani: análisis del fonomeno ed esigenza d'una normativa penale intenazionale. En: **II Diritto di famiglia e delle persone**, Guiffré, 2003.

OHCHR. **La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas**. David Weissbrodt y la Liga contra la esclavitud. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/02/4.

OIT. **Estimación mundial sobre el trabajo forzoso**. Resumen ejecutivo, 2012, archivo en pdf accesible en [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

PATTERSON, O. **Slavery and Social Death. A Comparative Study**, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1982.

PICOTTI, L. Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazione penali fra normativa interna ed internaziolane. **L'indice Penale**, 2007, Fas. 1.

ROMANO, B. Riflessioni penalistiche sulle misure contro la trata di persone, **L'indice Penale**, 2006, Fas. 2.

SUMMERES, K. et al. **Trattato di diritto penale. Parte Speciale, I reati contro la persona, II. Reati contro l'onore e la libertà individuale**, M. Papa (Coord.), UTET, 2006.

TORMO, M. B.; LIZANDRA, V. G. La esclavitud y la servidumbre en el derecho español. A propósito de la STEDH de 26 de julio de 2005 (“Siliadin c/ Francia”): un caso de trabajo doméstico servil. En: **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón**, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

UNODC. **Informe mundial sobre la trata de personas.** Resumen Ejecutivo, 2012. Disponible en: [www.unodc.org](http://www.unodc.org). Acceso en: 10 nov. 2020.

USERA, R. C. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado: un ejemplo de integración entre tratados internacionales. (Comentario al art. 4). En: ROCA, J. G.; SANTOLAYA, P. (Coords.). **La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. 2. ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

VÍTORES, R. F.: **Teoría del residuo**, Ediciones Endymion, 1997.



# REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA EM QUESTÕES DE DIREITO E PROCESSO PENAL: A NECESSÁRIA LIBERTAÇÃO DA ÓTICA DO PROCESSO CIVIL, O JULGAMENTO DA QUESTÃO DE ORDEM 966.177/RS, STF E SEUS REFLEXOS NA SUSPENSÃO DOS PROCESSOS PENAIS E NOS MARCOS PRESCRICIONAIS

*GENERAL REPERCUSSION IN CRIMINAL LAW AND PENAL PROCEDURE: THE NECESSARY LIBERTATION FROM THE CIVIL PROCEDURAL SYSTEM, THE JUDGMENT OF THE QO 966.177/RS AND THE REFLECTIONS IN THE SUSPENSION OF THE CRIMINAL PROCESS AND PRESCRIPTION DEADLINES*

Flávio Augusto Maretta Sgrilli Siqueira\*

**SUMÁRIO:** 1 Uma visão geral acerca da repercussão geral da matéria no CPC. 2 O precedente assentado no julgamento da QO 966.177/RS. 3 Da suspensão das ações penais em curso. 4 A questão envolvendo a inovação nas modalidades de suspensão da prescrição penal. 5 Desdobramentos da decisão do STF aplicáveis aos juízes de 1º grau de jurisdição. 6 Conclusões. 7 Referências.

**RESUMO:** A repercussão geral da matéria foi regulamentada no Código de Processo Civil, porém, não houve a preocupação com a delimitação de seu alcance no processo penal. Há sensível diferença na sistemática de ambos e a adoção dos preceitos no CPC/15 desnuda sua insuficiência para regulamentar o processo penal. O julgamento QO 966.177/RS apontou a necessidade do STF tentar ajustar o texto do CPC ao processo penal, porém, ao realizar isso tem que enfrentar a sistemática constitucional do último, o que acentua os pontos de tensão entre ambos.

**Palavras-chave:** repercussão geral. processo penal. lacuna.

**ABSTRACT:** *The general repercussion of the matter was regulated in the civil procedure law, but, there was no concern about the delimitation of its reach in the criminal procedure. There's a significant difference among their foundations and the adoption of the CPC/15 unveils its failure to treat the criminal procedure. The judgment of the QO966.177/RS pointed the necessary intervention of the STF in order to try to adjust the CPC text to the criminal procedure, but, in order to do that they must confront the constitutional principles of the criminal law, which elevate the tension points between both processual systems.*

**Keywords:** *general repercussion. criminal law. legal gap.*

\* Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos - Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Penal e Política Criminal - Universidade de Granada. Mestre em Direito Penal e Tutela dos interesses supraindividuais - Universidade Estadual de Maringá. Especialização em Direito e Processo Penal - Universidade Estadual de Londrina.

Artigo recebido em 24/04/2020 e aceito em 28/10/2020.

**Como citar:** SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretta Sgrilli. Repercussão geral da matéria em questões de Direito e Processo Penal: a necessária libertação da ótica do Processo Civil, o julgamento da Questão de Ordem 966.177/RS, STF e seus reflexos na suspensão dos processos penais e nos marcos prescricionais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 373-386. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

# 1 UMA VISÃO GERAL ACERCA DA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA NO CPC

A necessidade de se implementar mecanismos que procedam ao desafogamento do Poder Judiciário, garantir segurança jurídica e também assegurar a conclamada duração razoável do processo passou a ser adotada com frequência em mecanismos que tendem a implementar os importantes motivos da tempestividade da jurisdição.

Um destes mecanismos foi a repercussão geral da matéria e se trata de “um eficiente instrumento de *filtragem* para redução da demanda” (LOPES JÚNIOR, 2018, p.1086).

A repercussão geral da questão constitucional disposta no artigo 102, § 3º, da CRFB não cuida dela como sendo um requisito positivo de admissibilidade, mas sim, ao reverso, porque a CF trata da questão de forma negativa (BADARÓ, 2018, p.929), posto que o RE não será admitido se houver manifestação de, no mínimo, dois terços dos membros do STF pela ausência dela.

Em não sobrevivendo essa manifestação, o RE será admitido.

A matéria é prevista inteiramente no CPC, a contar do artigo 1035, § 1º: “§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

A importância do aspecto a ser analisado deve ser relevante de modo a impactar elementos econômicos, políticos, sociais ou jurídicos e os efeitos multiplicadores daquela questão devem superar as raias da lide individual que gerou a demanda (caráter metaindividual), superando o direito individual.

Desvela-se que um problema constitucional que afete a poucas pessoas ou um determinado estado federado, de modo esparço ou isolado, não se admite repercussão geral (DEZEM, 2017, p.1139), o que pode ser objetado quanto a aplicação ao direito e processo penal, visto que os reflexos alcançam a todos os sujeitos que estiverem envolvidos naquele injusto penal ou que sofram consequências da equivocada interpretação de regras de processo penal com uma multiplicidade de ações, o que atrairia a relevância jurídica da questão.

Ainda que a questão circunscreva a um estado federado a razão para não se admitir a repercussão geral deita seus fundamentos na

existência de mecanismo para pacificação da questão, a saber, o incidente de uniformização de jurisprudência.

A amplitude dos temas em que se infere a repercussão (aspectos econômicos, políticos, sociais ou jurídicos) denota “conteúdo indeterminado, com grande ductibilidade hermenêutica” (BADARÓ, 2018, p.931), o que permite uma elevada discricionariedade judiciária.

Temos que a lei diz que em alguns casos ocorre a repercussão *ope legis*, posto que o artigo 1035, § 3º, do CPC diz que a repercussão ocorrerá sempre que nos depararmos com: a.) RE que impugne súmula ou jurisprudência dominante do STF; b.) tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Em juízo de admissibilidade não é dado aos julgadores *a quo* negar seguimento ao RE sob o argumento da falta de repercussão, sob pena de subtrair competência constitucional do STF (BADARÓ, 2018, p.931).

Acerca da tramitação, o relator analisa se verifica a presença da repercussão geral e encaminha aos demais Ministros seu voto para que manifestem-se em vinte dias. Caso não sobrevenha decisão totalizando oito pela falta de repercussão, o RE é admitido. Poderá o relator abrir oportunidade para terceiros *amicus curiae* intervirem no feito (artigo 1035º 4º, do CPC).

Recusada a repercussão geral, o precedente valerá para casos idênticos podendo o presidente ou Relator sorteado rejeitar os RE’s sob esse argumento que poderá ser impugnada via agravo interno (artigo 1028, do CPC). Ressalva-se a questão referente a possibilidade dela estar sendo submetida a processo de revisão (artigo 327, *caput*, RISTF).

Com a rejeição da repercussão geral, o presidente ou vice-presidente dos tribunais locais irão negar seguimento aos recursos extraordinários sobrestados que afrontem a tese consagrada no STF (artigo 1035, § 8º, CPC) por faltar requisito de admissibilidade (BADARÓ, 2018, p.932), onde o sucumbente poderá insurgir-se contra mediante Agravo Regimental para comprovação de *distinguishment* que admitirá agravo em recurso extraordinário. A decisão que não reconhece repercussão geral é irrecorrível (artigo 1035, *caput*, CPC), sendo que não é toda matéria que apresenta tal sorte de reflexo.

## **2 O PRECEDENTE ASSENTADO NO JULGAMENTO DA QO 966.177/RS**

De início temos que é imperiosa a necessidade de se repensar os reflexos da repercussão geral da matéria nos processos de natureza criminal, posto que a adoção dos preceitos encampados no CPC trazem elevados pontos de tensão entre a ótica do processo civil com os princípios informadores do processo penal.

O processo penal, por seus próprios limites constitucionais, apresenta estreita margem para inovações para além do texto legal exatamente por conta dos princípios que marcam o direito e o processo penal. Logo, conseguimos perceber que há um apoderamento jurisprudencial pelo STF/STJ, com amplo criacionismo, de anomia na seara penal.

A realidade se descortina por intermédio de posicionamentos jurisprudenciais que, não raras vezes, inova no ordenamento jurídico-penal, aproveitando-se do enfraquecimento da atividade legislativa que se perde em descrédito por escândalos e se perder na execução de sua importantíssima função.

A desregulamentação da repercussão geral da matéria no processo penal começa a apresentar alguns problemas de natureza prática como se infere do julgamento da QO 966.177/RS, onde o relator Ministro Luiz Fux apontou:

QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELECEM OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS

## CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE.

1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, susta o curso da prescrição da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A suspensão de processamento prevista no §5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la. 3. Aplica-se o §5º do art. 1.035 do CPC aos processos penais, uma vez que o recurso extraordinário, independentemente da natureza do processo originário, possui índole essencialmente constitucional, sendo esta, em consequência, a natureza do instituto da repercussão geral àquele aplicável. 4. A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida. 5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais. 6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do Parquet e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do *due process of law*. 7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; *in casu*, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal. 8. A interpretação conforme à Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada, uma vez que a exegese proposta não implica

violação à expressão literal do texto infraconstitucional, tampouco, à vontade do legislador, considerando a opção legislativa que previu todas as hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva previstas no ordenamento jurídico nacional, qual seja, a superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado-acusador. 9. O sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral não abrange: a) inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; b) ações penais em que haja réu preso provisoriamente. 10. Em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, poderá o juízo de piso, a partir de aplicação analógica do disposto no art. 92, caput, do CPP, autorizar, no curso da suspensão, a produção de provas e atos de natureza urgente. 11. Questão de ordem acolhida ante a necessidade de manutenção da harmonia e sistematicidade do ordenamento jurídico penal. (BRASIL, 2017).

### **3 DA SUSPENSÃO DAS AÇÕES PENAIS EM CURSO**

Infere-se, de modo claro, a ‘modulação dos efeitos’ da decisão em repercussão geral da matéria penal para que se proceda a suspensão das ações penais conforme a vontade do relator em obediência ao artigo 1035, § 5º, do CPC.

O dispositivo da legislação adjetiva cível assinala que o relator determinará a suspensão dos processos em que se avalia a questão constitucional objeto da repercussão.

Aury Lopes Júnior assinala que a suspensão “somente terá efeito após a decisão de segundo grau, quando então a questão jurídica fica circunscrita e individualizada” (2018, p.1089).

Todavia, infere-se que o relator limita essa suspensão para dizer que ela não é um efeito automático do reconhecimento da repercussão, como assinala o CPC, para dizer que ela não alcança inquéritos ou procedimentos investigatórios sob o crivo do Ministério Público e as ações penais em que há acusado preso a título provisório.

O estado de insegurança jurídica é verificado onde decisões monocráticas vem sendo adotadas para fins de determinar o sobrestamento do curso de investigações criminais, por exemplo, STF. RE 1.055.941/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli pelo fato da questão ter sido objeto de repercussão geral em outro RE no tema 990 da repercussão geral.

A motivação da suspensão não ser automática deflui da natureza do processo penal, onde a comunidade em que ocorreu o delito deve ter uma resposta célere ao fato ocorrido até mesmo para fins de cumprimento das funções do bem jurídico e para o acusado não ficar à mercê de questões prejudiciais externas.

Instaura-se novamente um conflito entre efeito *ope legis* e *ope judicis*, visto que a lei processual civil diz que a suspensão dos feitos em que se discute a constitucionalidade da questão decorre automaticamente da decisão que reconhece a repercussão geral da matéria enquanto a decisão do Ministro, a qual, escapa aos limites da legislação de regência do tema apresenta certa flexibilização a regra legal da não suspensão.

A questão não é nova e já fora objeto de observação na doutrina nacional por ocasião do julgamento, ainda pendente, envolvendo a incompatível interpretação constitucional que se tenta imprimir ao princípio da presunção de inocência, onde a lei concede poderes ao relator para conceder efeito suspensivo no recebimento de RE/REsp, mas a jurisprudência do STF instaura verdadeiro efeito *ope judicis* ao transmutar a natureza da prisão a contar do julgamento no TJ/TRF.

O princípio da presunção de inocência deve repelir a regra do artigo 995, do CPC para admitir, como regra, a concessão do efeito suspensivo no RE/REsp afastando-se a integralidade do dispositivo do CPC<sup>1</sup>.

Ao julgar o HC 126.292/SP alterou o posicionamento do HC 84.078/MG para reconhecer a possibilidade do início da execução da pena por ocasião da confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição. Sustentou-se a falta de violação ao princípio da presunção de inocência porque a preservação da sentença inviabiliza a discussão acerca de fatos e provas, pois a matéria a ser futuramente discutida limitar-se a questões de direito.

Os processualistas penais, em sua maioria, de modo correto, insurgiram-se contrariamente a esse posicionamento (BADARÓ, 2018, p. 957) pela presunção de inocência não sofrer marco demarcatório antecipatório de sua incidência no artigo 5º, LVII, da CRFB, sendo que

---

<sup>1</sup> Gustavo Badaró aponta que: “O correto é, em matéria criminal, mesmo diante da regra do art. 995, *caput*, do CPC/2015, que nega efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário, ainda assim tais recursos terão efeito suspensivo *ope legi*, por força do art. 5º, *caput*, LVII, da Constituição. A consequência prática de tal posicionamento é que os tribunais locais não poderão, em caso de acórdão condenatório, determinar a suspensão de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada” (BADARÓ, 2018, p. 956).

ela deve incidir integralmente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O STF, com o entendimento do HC 126.292/SP, disse que o RE/REsp não possuem efeito suspensivo, o qual fora julgado após a vigência do CPC, o que nulificaria os poderes do relator previstos no artigo 995, do CPC.

A insurgência está em seu efeito automático, sendo que a prisão antes do trânsito em julgado é lastreada em caráter cautelar, ou seja, na forma dos artigos 312, 313 e 387, § 1º, do CP. Exige-se a fundamentação concreta dos requisitos para a prisão preventiva para justificar a restrição da liberdade prévia ao trânsito em julgado.

O lapso da sua aplicação automática pelos tribunais inferiores refere-se a decisão do STF não ter caráter vinculante e tampouco eficácia *erga omnes*, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário” (LOPES JÚNIOR, 2018, p.1090).

Nesse diapasão, a decisão do STF foi correta porquanto reconhece a duração razoável do processo, o contraditório, a ampla defesa e reforça a disparidade de tratamento da matéria entre o processo civil e o processo penal, porém, o acórdão vai além para inclusive determinar a suspensão da prescrição com amparo no artigo 116, I, do CP.

#### **4 A QUESTÃO ENVOLVENDO A INOVAÇÃO NAS MODALIDADES DE SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL**

Tem-se aqui que, a despeito da fundamentação do Ministro Luiz Fux, a opção decidida não fora ajustada corretamente ao texto constitucional representando verdadeira analogia *in malam partem* com o Código Penal que diz em seu artigo 116: “Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime”.

. A uma porque o entendimento estaria majorando os limites das hipóteses de prescrição em desfavor do requerido, visto que a prescrição fluiria normalmente até chegar no STF e, quando do reconhecimento da repercussão geral da matéria, a prescrição seria novamente suspensa.

Ou seja, ocorreria a fluência da prescrição, com respeito aos marcos interruptivos anteriores, porém, quando a questão chegar no STF teríamos verdadeira hipótese de não fluência do prazo prescricional para além dos limites legais<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Defendendo ser hipótese de não fluência do prazo prescricional por impedir sua

O artigo 116, do Código Penal trata de hipótese de não fluência do lastro prescricional ao passo que em se cuidando de processos em curso não há como se inovar para substituir retroativamente o lapso de tempo já corrido e dizer que estaríamos diante de reinício do prazo prescricional em desfavor do acusado.

Trata-se de verdadeira recontagem do prazo prescricional ou, na pior das hipóteses de um estado de completa insegurança jurídica pelo risco da alta corte constitucional em descompasso com o que diz o Código Penal determinar a sua não fluência até que resolvida a questão atinente a repercussão geral da matéria.

A depender das circunstâncias podemos ter efeito quase análogo a imprescritibilidade, sendo que um entendimento dessa natureza não seria surpreendente dado ao equívoco advindo da equiparação da injúria racial ao delito de racismo (STF, AgR no RE 983.531).

A duas porque não é dado ao julgador inovar para criar novas hipóteses de interrupção da prescrição para além daquelas previstas no artigo 117, do Código Penal com real e significativo prejuízo ao acusado que não pode ver a corte constitucional determinar, ao arrepio da lei, o estado de insegurança jurídica pela falta de prescrição nas questões da repercussão geral.

A argumentação de restaurar o equilíbrio da relação jurídico-processual, em estancar o prejuízo da acusação com a pendência da repercussão geral da matéria não pode resvalar na parte mais frágil da relação jurídico-processual, ou seja, argumentação de proteção deficiente deve ser resolvida por meio do devido processo legal, sob pena de analogia *in malam partem*.

Em terceiro lugar porque ao adotarmos esse entendimento estaríamos cooperando ainda mais para o desequilíbrio entre acusação e defesa no curso da ação penal e como se aplicaria o dispositivo nas hipóteses em que não se discutisse a existência do delito, ou seja, algum fator que afete as categorias do delito, mas discutisse aspectos atinentes a validade de circunstâncias que elevam a pena<sup>3</sup>, por exemplo, a inconstitucionalidade de uma causa de aumento, uma qualificadora.

incidência: CALLEGARI; OLIVEIRA, 2015, p. 608.

<sup>3</sup> André Luís Callegari e Eugênio Pacelli de Oliveira: “Pensamos que, também diante de outras questões- senão tão importantes, de todo modo valiosas para a comprovação de determinadas circunstâncias penalmente relevantes (causas de aumento/diminuição, agravantes/atenuantes e de exclusão de pena), tal como ocorre no art. 181, CP -, da mesma forma será possível a suspensão do processo. Nesses casos, em princípio, não seria cabível a suspensão da prescrição, por ausência de previsão legal. Contudo, há de se observar que, ao menos no que tange à comprovação de circunstâncias *mais favoráveis*

Logo, a prejudicial nem sempre discutiria a existência em si do delito por um vício de inconstitucionalidade ou em que se der interpretação conforme à Constituição Federal ao tipo penal objeto de questionamento na suprema corte nacional.

A repercussão geral da matéria discutiria questões de amplitude normativo-constitucional, mas efetivamente não debateria a existência do crime. Ao buscarmos o que seria conceituado como existência do crime encontramos a legislação penal adjetiva tratando dela em alguns momentos, *ex vi legis*, artigos 5º, § 3º, 126, 239, 312, 413, do CP.

Em todos esses instantes verifica-se a presença da comprovação da existência de um lastro probatório mínimo e suficiente para que seja deferida algum tipo de medida ou prolatada alguma decisão. Ou seja, é necessária a demonstração da justa causa.

A justa causa é a amarração entre as provas produzidas e o ordenamento jurídico-penal, o qual desemboca na comprovação de provas de autoria e materialidade da infração penal. Como ela implica na análise superficial de provas torna-se incompatível vincular a repercussão geral da matéria com a não fluência do prazo prescricional, posto que essa análise de provas é incompatível com a filtragem de constitucionalidade que se deseja imprimir via repercussão geral da matéria.

A matéria deveria ser disciplinada por lei com alteração legislativa no Código Penal ou no Código de Processo Penal, mas nunca deixar a decisão nas mãos do Poder Judiciário que tende a ter posturas cada vez mais ativistas em detrimento da Constituição Federal.

Há margem inclusive para defender que a legislação penal estaria sendo redigida pelo STF ao tentar no plano jurisdicional estabelecer uma situação jurídica não retratada pelo legislador como se a prescrição fosse um instituto unilateralmente existente em favor do acusado, o que é exemplificado com a recente criminalização da homofobia.

A prescrição, dentre outros motivos, existe para que as atividades de investigação não eternizem, para que os processos possam ser instruídos e julgados em tempo razoável e, ao fim, que se cumpra a pena privativa de liberdade, no caso de condenação, e o reeducando possa posteriormente buscar sua reintegração social<sup>4</sup>.

---

ao acusado (de novo, o exemplo do art. 181, CP), a suspensão da prescrição permitiria a ampliação da prova no processo de natureza cível e daria mais liberdade ao juiz criminal” (CALLEGARI; OLIVEIRA, 2015, p. 609).

<sup>4</sup> Em detalhes acerca dos fundamentos políticos da prescrição vide: DE BEM; MARTINELLI, 2016, p.945-946.

Acima de tudo, a prescrição mede a eficácia do sistema de justiça penal e estabelece que ela deve ocorrer dentro de parâmetros de celeridade, confere segurança jurídica a todos e, especificamente, com relação ao acusado promove que o direito de punir do Estado não seja eternizado.

O CPC, em seu artigo 1035, § 9º, diz que o RE com repercussão geral será julgado em um ano, porém, ao compulsarmos a jurisprudência do STF encontramos a ultrapassagem desse lapso em várias hipóteses, por exemplo, o RE 635.659 que aguarda julgamento desde 2011. Todavia, o que se espera é exatamente o contrário por força da necessária segurança jurídica, ou seja, que sejam julgados os processos com repercussão geral dentro desse período de tempo ou até mesmo em período menor de tempo.

Como ficariam, a título de exemplo, as questões constitucionais na hipótese em que não ocorrer o reconhecimento de repercussão geral da matéria ou o RE não for analisado? A matéria seria devolvida aos tribunais inferiores para análise? Não haveria análise da corte constitucional, mas será que ela ocorreria na instância inferior? Ficaria sem análise? Caso seja considerada ofensa reflexa quem deveria analisar a matéria pretensamente constitucional? Deveria o STF remeter ao tribunal inferior ou aplicar a equivocada Súmula 400, do STF?

Como se verifica diversos desdobramentos dependem da análise da questão pelo STF, isso é, se ele entender e resolver decidir a questão constitucional.

É certo que o STF vem tentando reduzir sua competência, ainda que valendo-se de mecanismos ortodoxos e de questionável constitucionalidade, por exemplo, o fatiamento da competência da corte em hipóteses que envolvem delitos praticados por agentes com foro de prerrogativa de função (STF, QO, AP 937, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

É certo que concordamos com tal redução do espectro da competência do STF para aquelas em que haja um liame conectivo entre a infração penal praticada e a função pública ou mandato eletivo, porém, isso deve ser realizado com respeito as normas constitucionais vigentes e, como se sabe, competências constitucionais são interpretadas taxativamente.

Assim, o resultado que objetiva transformar o STF em uma corte constitucional por excelência não é compatível com a construção das atuais normas constitucionais e a interpretação que dela advier não permite chegar nessa solução.

## 5 DESDOBRAMENTOS DA DECISÃO DO STF APLICÁVEIS AOS JUÍZES DE 1º GRAU DE JURISDIÇÃO

Lado outro, como ficam os poderes dos juízes de instância inferior com a decretação da repercussão geral da matéria?

Poderia o juiz de instância inferior determinar o sobrestamento do feito e do curso da prescrição em razão da decisão do Ministro afetando a questão para a repercussão geral?

Caberia a antecipação das provas consideradas urgentes, a decretação da prisão preventiva e ou temporária? Seria possível decretar provas referentes a quebra de sigilo?

Buscaremos, em breves linhas, responder algumas destas perguntas deixando aos processualistas penais uma análise mais acurada da questão.

A resposta, segundo o STF, seria afirmativa valendo-se do artigo 92, do CP. Porém, a repercussão geral da matéria não se assemelha a matéria a ser resolvida no juízo cível por se cuidar de questão do estado civil das pessoas.

Trata-se de questão puramente de direito que deve ser resolvida no juízo cível e não em processo penal diverso como se dá na repercussão geral da matéria.

Logo, a argumentação de aplicação analógica do artigo 92, do CPP não merece guarida porque implicaria em antecipação da colheita de provas e atos de natureza urgente, o que representaria evidente inovação na interpretação da lei em desfavor do sentenciado (BADARÓ, 2018, p.122) em descompasso com o artigo 366, do CP.

Ressalta-se que a solução é prevista na parte final do artigo 93, do CPP, onde serão realizadas as provas de natureza urgente (BADARÓ, 2018, p.327).

Em se cuidando de processos de natureza cível afetados pelo incidente de demanda repetitiva, o CPC autoriza o juiz da causa ou tribunal a apreciar tutelas de urgência forte nos artigos 314 e 982, o que deve ser interpretado *cum granus salis*, visto a natural incompatibilidade entre a liberdade do processo civil e o cunho mais cerrado das regras processuais penais.

Assim sendo, poderia o juiz valer-se do artigo 366, do CPP para fins de antecipar a colheita de provas, suspender o curso do feito e da prescrição? A hipótese agravaria o risco concreto de afetação à liberdade do acusado,

mas nada impediria que ele decretasse a prisão temporária ou preventiva desde que presentes os requisitos legais e haja fundamentação concreta.

Em relação as provas de natureza urgente, em especial, as que envolvam a quebra do sigilo constitucionalmente garantido tem-se que igualmente não há nenhum impedimento, a não ser o atendimento dos requisitos legalmente previstos para fins de deferimento da coleta da prova. A lei processual penal autorizaria a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes na forma do artigo 156, I, do CP.

Todavia, a aceleração da produção de provas não poderá ocorrer nas hipóteses em que não ocorrer a urgência e relevância, posto que com a suspensão do feito não teríamos como burlar a norma processual penal acima indicada.

Na pior das hipóteses seria caso de suspensão facultativa do curso do processo com arrimo no artigo 93, do CPP (DE BEM; MARTINELLI, 2016, p.966), mas, não obrigatória em função do objeto do processo penal ser indisponível.

## CONCLUSÕES

Assim sendo, calha dizer que o processo penal sofre pela inércia legislativa em providenciar o tratamento legislativo da tramitação processual dos recursos para as instâncias raras nos tribunais superiores.

Em função da alegada carência de previsão legal específica para cuidar das naturais diferenças entre processo civil e processo penal temos que o STF vem sendo instado a enfrentar questões e a prolatar decisões que perpassam pelas omissões e pelo antagonismo que marca ambos os ramos do processo.

Ocorre que, malgrado haja uma omissão legislativa significativa, não é crível a adoção de parâmetros normativos estabelecidos com exclusividade pela jurisprudência do STF, visto que isso representa uma perigosa ultrapassagem do princípio da legalidade.

A determinação casuística da suspensão do curso das ações penais não é compatível com a segurança jurídica, sendo que sequenciados atos de *overruling* implica na falta de assentamento de parâmetros que orientam a interpretação e aplicação das normas de direito e processo penal.

No julgamento da questão de ordem noticiada no presente artigo é possível verificar que a decisão do STF extrapolou os limiares estreitos

do princípio da legalidade para ampliar o espectro de alcance do artigo 116, I, do CP, ou seja, sem amparo legal houve o dilatamento dos prazos.

Urge que o CPP seja objeto de uma reforma, o ideal seria a criação de um novo código, mas que ao menos saneie parte das dúvidas referentes aos poderes do juiz nos graus de jurisdição mais inferiores em virtude do elevado estado de insegurança provocado pela perpetuação da discussão acerca da repercussão geral da matéria no processo penal.

## **REFERÊNCIA**

**BADARÓ, G. Curso de Processo Penal.** 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). TF. **RE-RG-QO 966177.** Questão de ordem na repercussão geral no recurso extraordinário. Direito penal e processual penal. Contravenções penais de estabelecer ou explorar jogos de azar. Art. 50 da lei de contravenções penais. Repercussão geral reconhecida. Possibilidade de suspensão, conforme a discricionariedade do relator, do andamento dos feitos em todo território nacional, por força do art. 1.035, § 5º, do CPC/2015. Aplicabilidade aos processos penais. Suspensão da prescrição da pretensão punitiva relativa aos crimes processados nas ações penais sobrestadas. Interpretação conforme a constituição do art. 116, I, do CP. Postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais. Força normativa e aplicabilidade imediata aos fundamentos constitucionais do exercício da pretensão punitiva, do princípio do contraditório e da vedação à proteção penal insuficiente. Relator: Min. Luiz Fux, 7 jun. 2017. Brasília: Diário Oficial de Justiça, 1 fev. 2019.

**CALLEGARI, A. L.; OLIVEIRA, E. P. Manual de Direito Penal, parte geral.** São Paulo: Atlas. 2015.

**DE BEM, L. S.; MARTINELLI, J. P. O. Lições fundamentais de Direito Penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva. 2016.

**DEZEM, G. M. Curso de Processo Penal.** 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

**LOPES JÚNIOR, A. Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva. 2018.

# A TUTELA DO EMIGRANTE BRASILEIRO: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A EVOLUÇÃO DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS ENVOLVENDO O BRASIL, DA DIÁSPORA BRASILEIRA A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO.

## *THE TUTELAGE OF THE BRAZILIAN EMIGRANT: A COMPARATIVE STUDY BETWEEN THE EVOLUTION OF MIGRATORY FLOWS INVOLVING BRAZIL, FROM THE BRAZILIAN DIASPORA TO THE NEW MIGRATION LAW.*

Rafael Clementino Veríssimo Ferreira\*

Deilton Ribeiro Brasil\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Contexto histórico do fluxo migratório no Brasil da colonização ao estatuto do estrangeiro. 3 Da diáspora brasileira a nova perspectiva do século XXI. 4 A proteção ao emigrante trazida pela nova lei de migração. 5 Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** O artigo aborda os fluxos migratórios envolvendo o Brasil, desde a sua colonização, passando pela imigração dos africanos e europeus, a diáspora brasileira, até os dias atuais. O estudo se vale das legislações brasileiras que estão ou já estiveram em vigor, com o objetivo de demonstrar como a diáspora brasileira influenciou o nosso movimento emigratório e importância da Lei de Migração na tutela dos emigrantes. Quanto à metodologia, para a realização do estudo, utilizou-se o método indutivo, de modo a se utilizar de uma premissa inicial para buscar respostas práticas à necessidade da tutela legal da política emigratória brasileira.

**Palavras-chave:** Emigrante; Imigrante; Lei de Migração; Estatuto do Estrangeiro; Diáspora Brasileira.

**ABSTRACT:** *The article addresses the migratory flows involving Brazil, from its colonization, through the immigration of Africans and Europeans, the Brazilian diaspora, to the present day. The study will use Brazilian legislation that is or has already been in force, with the objective of demonstrating how the Brazilian diaspora influenced our migratory movement and the importance of the Migration Law in the protection of emigrants. As to the methodology, to carry out the study, it was applied the inductive method, in order to use an initial premise to seek practical answers justifying the need for legal protection of Brazilian immigration policy.*

**Keywords:** *Emigrant; Immigrant; Statute of the Foreigner; Migration Law; Brazilian Diaspora.*

\* Mestrando do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna (UIT)

\*\* Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi de Messina, Itália. Doutorado em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA).

Artigo recebido em 10/05/2020 e aceito em 01/11/2020.

**Como citar:** FERREIRA, Rafael Clementino Veríssimo; BRASIL, Deilton Ribeiro. A tutela do emigrante brasileiro: um estudo comparativo entre a evolução dos fluxos migratórios envolvendo o Brasil, da diáspora brasileira a nova Lei de Migração. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 387-404. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

## INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade os fluxos migracionais moldaram e têm moldado as composições sociais em todo o planeta. No Brasil não foi diferente. O processo colonizatório brasileiro se iniciou por volta de 1500 e desde então, muita coisa se transformou. Primeiramente com o escravagismo, posteriormente com a vinda da coroa portuguesa ao Brasil. Mais recentemente no Século XX, o Brasil voltou a se tornar destino de milhares de refugiados das duas Grandes Guerras Mundiais.

Porém, durante a década de 1960 passou a ocorrer a inversão da corrente migratória. A diáspora brasileira representou o primeiro momento histórico da saída definitiva dos brasileiros do país. Ou seja, os brasileiros passaram a deixar o Brasil com o propósito de buscar uma melhor qualidade de vida ou simplesmente de buscar uma liberdade no exterior.

Ao entrar em vigor, a Lei nº 6.815 de 1980 (Estatuto do Estrangeiro) passou a regulamentar a situação jurídica dos imigrantes no Brasil. Porém, o Estatuto também atuava no sentido de cercear tais direitos e conseqüentemente limitar as liberdades individuais dos imigrantes que viviam no país. Além disso, a Lei nº 6.815 de 1980 não versava sobre os direitos e garantias dos emigrantes, ou seja, dos brasileiros que vivem no exterior.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada em 5 de outubro daquele mesmo ano e chegou trazendo um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. Apesar de não ter revogado expressamente o Estatuto, pode se dizer que a Constituição Federal revogou, pelo menos tácitamente, muitos dos artigos do Estatuto do Estrangeiro.

Considerando o lapso que se compreende entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 até a entrada em vigor da Lei de Migração pouco se evoluiu em relação ao tema. Provável motivo que justifique esse longo período foi a baixa incidência de imigração em massa para o Brasil entre os anos de 1980 e a primeira década do século XXI. Sendo que a emigração de brasileiros foi muito maior que a imigração durante esse período.

Porém, com a crise econômica e humanitária no Haiti e na Venezuela, o Brasil passou a ser destino desses refugiados. E como o país não possuía uma legislação moderna e apta a tutelar o interesse dessas pessoas, se fez necessário criar uma lei democrática de migração. Ou seja,

um texto legal pautado na inclusão, e não na segregação dos imigrantes, sobre o pretexto de suposta garantia da segurança nacional.

A entrada em vigor da Lei nº 13.445 de 2017 (Lei de Migração), ajudou a tutelar e criar diretrizes para os não nacionais que ingressaram no Brasil. E além disso, criou um capítulo específico para tratar da regulamentação do direito dos emigrantes, algo inédito na legislação brasileira. E é nesse sentido que será feita a pergunta problema desse trabalho, se a Lei de Migração é eficaz na proteção do emigrante brasileiro.

Serão abordados, primeiramente, os fluxos imigratórios para o Brasil entre os séculos XVI e XX. Posteriormente será analisado o contexto de Ditadura Militar, e a diáspora brasileira (primeiro grande movimento emigratório brasileiro), além dos movimentos que culminaram no Estatuto do Estrangeiro. E por fim, será analisada a nova era democrática brasileira a partir da Constituição Federal de 1988, e finalmente a tutela do migrante na atual Lei de Migração.

O trabalho objetiva demonstrar a necessidade de se ter uma Lei de Migração, atual e democrática, voltada para a proteção dos direitos fundamentais e das liberdades individuais dos imigrantes. Somente assim, o Estado brasileiro poderá exigir de outros Estados que tratamento democrático seja dispensado aos emigrantes brasileiros.

A pesquisa foi feita com base em análises teórico-bibliográfica e documental, a partir do estudo de artigos, legislações pertinentes ao tema e algumas obras de literatura voltadas para a história do Brasil. O método utilizado na pesquisa foi o indutivo, ou seja, partiu-se de uma premissa inicial para buscar uma resposta prática para o estabelecimento da tutela legal da política emigratória brasileira.

O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

# 1 CONTEXTO HISTÓRICO DO FLUXO MIGRATÓRIO NO BRASIL DA COLONIZAÇÃO AO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO

As imigrações trazem reflexos permanentes nos países e também em suas populações. Atualmente é cada vez mais comum que pessoas escolham países diversos de sua terra natal para se estabelecerem e constituírem suas famílias. E por esse motivo, faz-se necessário que os Estados criem dispositivos legais de modo a tutelar a política migratória que os envolve.

Com o propósito de elucidar melhor os fluxos migratórios, serão usados como base, os conceitos trazidos pela Lei de Migração. Com base nela, imigrante é “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalhe ou resida e se estabeleça temporária ou definitivamente na República Federativa do Brasil” (BRASIL, 2017).

O emigrante brasileiro é o tema central desse trabalho, que é definido pela Lei nº 13.445 de 2017, como “brasileiro que se estabeleça temporária ou definitivamente no exterior” (BRASIL, 2017).

A Lei de Migração que entrou em vigor no ano de 2017, chegou com o propósito de tutelar a entrada dos migrantes no país e estabelecer princípios, diretrizes, direitos e deveres aos mesmos. Ao entrar em vigor, a Lei de Migração, revogou o antigo Estatuto do Estrangeiro (BRASIL, 2017).

O fluxo migratório brasileiro foi diretamente influenciado, por três fatores, que são: a transferência da família real para o Brasil, a escravidão que vigorou durante todo o processo colonizatório, e mais recentemente, pelas duas Grandes Guerras Mundiais que fez com que o Brasil se tornasse o destino dos refugiados do conflito.

A família real portuguesa, se transferiu ao Brasil em 1808, e influenciou diretamente nos rumos da nação. Tanto no quesito cultural, quanto no geográfico. Laurentino Gomes entende que “se a corte não tivesse vindo para o Rio de Janeiro [...] o país simplesmente não existiria na sua forma atual” (GOMES, 2007, p. 327).

A teoria mais provável em relação aos rumos do país, é que se a corte imperial não fosse transferida para o Brasil, “a Independência e a República teriam vindo mais cedo”. Considerando o fato de o Brasil possuir proporções continentais, tornaria ainda mais difícil a sua administração à distância (GOMES, 2007, p. 327).

Nessa perspectiva, possivelmente “a antiga colônia portuguesa se fragmentaria em um retalho de pequenos países autônomos, muito

parecido com seus vizinhos da América espanhola, sem nenhuma outra afinidade além do idioma” (GOMES, 2007, p. 327).

O escravismo na história do Brasil, teve seu início no século XVI, e persistiu, pelo menos oficialmente, até o ano de 1.888, quando através da Lei Áurea, foi declarada extinta a escravidão no país (BRASIL, 1888).

A escravidão fez com que o país se tornasse a pátria de milhares de pessoas que vieram da África. E como resultado disso, tem se o estabelecimento de várias religiões de matriz africana no país, que contribui ainda mais para a pluralidade cultural brasileira, que é uma das mais ricas do planeta.

Portanto, é inegável que o processo colonizatório moldou a estrutura do Estado brasileiro, de modo que tais reflexos são facilmente observados tanto na culinária que varia muito entre os estados-membros, quanto nos sotaques, fator que evidencia ainda mais a pluralidade que um país continental possui.

O século XX representou grande influência na política migratória do país, devido as duas Grandes Guerras Mundiais. Os conflitos devastaram boa parte da Europa, e por esse motivo, milhares de refugiados migraram para o Brasil em busca de um recomeço.

Estima-se que entre 50 e 60 milhões de pessoas deixaram o continente europeu entre 1815 e 1930. Sendo que o Brasil foi um dos destinos escolhidos por essas pessoas. Apesar de uma pequena parte ter decidido retornar a Europa, a grande maioria se estabeleceu definitivamente no novo continente (STRUCK, 2015).

Em relação ao Brasil, especificamente, “cerca de 370 mil alemães chegaram entre 1824 e 1960, e estimativas apontam que eles deixaram cerca de 5 milhões de descendentes” (STRUCK, 2015). Portanto, é inegável que se fazia necessário a criação de um diploma legal, a fim de tutelar os interesses desse grupo específico de pessoas.

A política migratória brasileira ocorreu por diversos anos sem uma lei específica que tutelava a entrada e saída de estrangeiros do país. Porém, a Lei 6.815, entrou em vigor no dia 19 de agosto de 1980, justamente com o propósito de “definir a situação jurídica do estrangeiro no Brasil” e criar Conselho Nacional de Imigração.

No ano de 1980, o país ainda estava vivendo sob a égide da Ditadura Militar, e o revogado Estatuto do Estrangeiro. Esse diploma legal tinha (em tese) no seu escopo, o propósito de garantir a segurança nacional,

mas na prática o que se percebeu foi uma lei cerceadora direitos e garantias fundamentais dos imigrantes. Vejamos o artigo a seguir:

Artigo 107. O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

I - organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de ideias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem;

II - exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a ideias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país;

III - organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não se aplica ao português beneficiário do Estatuto da Igualdade ao qual tiver sido reconhecido o gozo de direitos políticos (BRASIL, 1980).

Ao criar restrições aos exercícios de atividades para imigrantes, a legislação brasileira se mostrava mais protecionista e preocupada em cercear direitos fundamentais dos não nacionais, do que promover a inclusão destes.

Na mesma perspectiva do supracitado artigo 107, o artigo 108, criminalizava o direito de associação por partes dos migrantes, de modo a limitar de forma praticamente irrestrita as garantias inerentes as liberdades desse grupo de pessoas. Vejamos:

Artigo 108. É lícito aos estrangeiros associarem-se para fins culturais, religiosos, recreativos, beneficentes ou de assistência, filiarem-se a clubes sociais e desportivos, e a quaisquer outras entidades com iguais fins, bem como participarem de reunião comemorativa de datas nacionais ou acontecimentos de significação patriótica. (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

Parágrafo único. As entidades mencionadas neste artigo, se constituídas de mais da metade de associados estrangeiros, somente poderão funcionar mediante autorização do Ministro da Justiça (BRASIL, 1980).

O Estatuto do Estrangeiro, era uma clara demonstração do cerceamento e limitação dos direitos e liberdades fundamentais presentes em ditaduras. Contudo, oito anos após a Estatuto do Estrangeiro entrar em vigor, foi promulgada a Constituição Federal de 1988.

O novo texto constitucional já chegou carregando consigo amplo e irrestrito rol de direitos e garantias fundamentais. O artigo 1º, por exemplo, trouxe como “fundamentos” da República, em seus incisos II e III, a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana”, respectivamente (BRASIL, 1988).

A promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, está elencada no artigo 3º do texto constitucional, também como fundamento da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

As relações internacionais são regidas, pelos princípios da: “prevalência dos direitos humanos, repúdio ao terrorismo e ao racismo e concessão de asilo político” (dentre outros), com base no artigo 4º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ao se valer de uma interpretação extensiva do texto constitucional, a xenofobia se equipara ao racismo.

Ao se tomar por base o amplo e irrestrito rol de direitos e garantias fundamentais trazidas pela Constituição da República Federativa de 1988, pode-se afirmar que o Estatuto do Estrangeiro foi (pelo menos parcialmente) revogado. A justificativa reside no fato de que uma norma infraconstitucional não pode, em hipótese alguma, contrariar o texto constitucional.

## **2 DA DIÁSPORA BRASILEIRA A NOVA PERSPECTIVA DO SÉCULO XXI**

Desde a colonização, até os anos de 1960, o Brasil foi destino de muitos refugiados na intenção de buscar uma vida próspera e pacífica. Contudo, a partir da segunda metade do Século XX, houve uma inversão do fluxo migratório e os brasileiros passaram a emigrar para outros países em busca de uma nova vida e de novas oportunidades.

Com inversão do fluxo migratório, passou a ser necessário tal atualização na legislação. Uma vez que, não era razoável deixar de dar um tratamento não humanitário e segregatório ao não nacional. E ao mesmo tempo, exigir de um país estrangeiro que os brasileiros que lá estivessem, fossem tratados de forma diversa.

A fluxo emigratório brasileiro começou a crescer a partir de 1964, justamente devido a Ditadura Militar e o cerceamento da liberdade. Esse fenômeno ficou conhecido como “diáspora brasileira”.

O conceito de “diáspora<sup>1</sup>” remonta a vários significados, contudo, “o termo diáspora tem designado a dispersão forçada do povo africano pelo mundo atlântico especialmente no hemisfério ocidental” (SILVA; XAVIER, 2018, p. 2).

Posteriormente, “o termo passou a ser estendido a processos históricos semelhantes tanto no Mediterrâneo quanto nos mundos do Oceano Índico” (SILVA; XAVIER, 2018, p. 2).

Trata-se uma construção que se originou na bíblia, proveniente de traduções gregas, baseando-se na etimologia muito citada do termo do grego dia que significa “através” e “speirein” que significa “semear” ou “dispersão”. O termo é encontrado no livro do Deuteronômio 28:25 (SILVA; XAVIER, 2018, p. 2).

O fato de haver cerca de 3,13 (dados de 2007) milhões de brasileiros vivendo no exterior, ajuda a comprovar que “a diversidade desses fluxos humanos e a expressão dos seus números compõem a diáspora brasileira no exterior e confirmam o fato de que o Brasil se transformou também em um país de emigrantes” (LESSA, 2009, p. 8).

O principal motivo que causou o primeiro fluxo emigratório do Brasil, foi sem dúvidas a Ditadura Militar que vigorou no país entre 1964 e 1985. Muitas pessoas foram obrigadas a se exilar fora do país ou simplesmente se auto exilaram em busca de exercer suas liberdades.

Porém, com o passar dos anos, outros fatores como o desemprego, as crises e as desestabilidades econômicas que um país em processo de crescimento, como é o Brasil vive, também contribuíram para esses movimentos emigratórios (MARCIANO; BRASIL, 2019, p. 495).

A globalização também contribui e muito para a emigração, uma vez que, atualmente se tornou possível para boa parcela da população ter acesso a cursos de línguas estrangeiras. E principalmente o fato de se encontrar passagens aéreas a preços mais acessíveis que os praticados há algumas décadas.

A Lei de Migração (Lei nº 13.445 de 2017, trouxe como inovação a tutela do emigrante brasileiro. Nesse sentido, é importante salientar que no plano das relações diplomáticas entre países, o princípio da reciprocidade

---

<sup>1</sup> Etimologicamente, diáspora significa, dispersão de um povo, em decorrência de perseguição, quer seja, étnica, política ou religiosa

é essencial, pois, em regra, um país devolve ao outro o tratamento que recebe (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, fica ainda mais latente a obrigação que o Brasil detinha de sancionar uma lei de migração que fosse ao mesmo tempo, constitucional e consoante com a proteção aos direitos fundamentais dos migrantes. Esse diploma legal serviria entre outros fatores, como garantia para o Estado brasileiro exigir um tratamento humanizado ao seu emigrante.

A falta de uma norma regulamentadora (em consonância com a Constituição) que tutelava os direitos e deveres dos imigrantes brasileiros, fez com que a maioria deles estivesse na ilegalidade no Brasil após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Com o propósito de sanar tal lacuna, foi sancionada a Lei nº 11.961 de 2009 (Lei de Anistia de 2009). O artigo 1º da Lei, tinha a seguinte redação: “Poderá requerer residência provisória o estrangeiro que, tendo ingressado no território nacional até 1º de fevereiro de 2009, nele permaneça em situação migratória irregular” (BRASIL, 2009).

A Lei de Anistia de 2009, tinha como claro proposto resolver a situação de pessoas que se encontrava em irregularidade no Brasil. E apesar de ajudar de alguma forma os imigrantes que se beneficiaram dela, a Lei acabou tendo um caráter de certa forma paliativo.

Poucos anos após a sanção da Lei nº 11.961 de 2009, o Brasil se tornou o destino refugiados de diversas partes do planeta. Esse fato foi preponderante de modo a reafirmar a urgência de uma Lei de Migração, de caráter amplo e servisse para tutelar os direitos dos imigrantes e emigrantes.

A crise econômica e humanitária pela qual Haiti e Venezuela vêm passando, tem interferido drasticamente no panorama socioeconômico da América Latina, e com o Brasil não tem sido diferente. Estima-se que dos 492,7 mil imigrantes de longo termo(ou seja, aqueles que permaneceram no país por um período superior a um ano) que vieram para o Brasil, 21,5% são haitianos e 39% de venezuelanos (CAVALCANTI *et al.*, 2019).

O Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais emitido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, aponta os números da imigração no Brasil. É estimado que cerca de 774,2 mil pessoas vieram para o Brasil na condição de imigrantes entre 2011 e 2018. (CAVALCANTI *et al.*, 2019).

Entre 1988 e 2017, o Estatuto do Estrangeiro vigorou em dissonância com a Constituição da República, sendo que muitos dos seus artigos já estavam tacitamente revogados. O impasse só foi resolvido com

a entrada em vigor da atual Lei de Migração, que já nasceu de acordo com texto constitucional, defendendo e ampliando os princípios que devem reger a tutela dos destinatários dessa.

Com o passar dos anos, ficou cada vez mais latente a necessidade de se manter os vínculos com os brasileiros que vivem no exterior. Uma vez que, os emigrantes podem ajudara fortalecer a democracia do país, não só como eleitores, mas também como contribuintes fiscais.

No ano de 2009, por exemplo, o Brasil, “tornou-se o segundo maior receptor de recursos provenientes do exterior, constituídos por valores superiores a 5 bilhões de dólares por ano” (MARCIANO; BRASIL, 2019, p. 496). Esses “recursos” são provenientes dos impostos pagos pelos emigrantes.

O emigrante brasileiro somente passou a ter seus interesses expressamente tutelados com a entrada em vigor da Lei de Migração. A Lei nº 13.445 de 2017, dedicou ao o seu Capítulo VII, exclusivamente a tutela do Emigrante. Enquanto o Decreto nº 9.199 de 2017, que regulamenta a Lei de Migração trata exclusivamente do Emigrante em seu Capítulo VIII (BRASIL, 2017).

A eleição de 2018 foi a primeira após a entrada da nova Lei de Migração em vigor. Haviam mais de 500 mil eleitores brasileiros aptos a votar no exterior. Fato que evidencia ainda mais a necessidade que o Brasil detinha de atualizar sua legislação migratória para se aproximar desses nacionais que vivem no exterior (MORENO, 2018).

A atual lei chegou trazendo amplas inovações, de caráter não só tutetatório, mas também informativo, de modo a oportunizar aos brasileiros, quer seja em caráter eventual ou definitivo no exterior, a chance de se valer do escopo legal para satisfazerem suas pretensões ou interesses.

### **3 A PROTEÇÃO AO EMIGRANTE TRAZIDA PELA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO**

A ausência de uma legislação nacional expressa para tutelar interesses dos emigrantes era latente. Os dados indicam um número superior a 3 milhões de brasileiros vivendo no exterior (LESSA, 2009, p. 8), o que indica que essas pessoas possuem as mais variadas necessidades, quer seja direcionada a proteção diplomática, ou até mesmo a algum tipo de ajuda para retornar ao Brasil.

A Lei de Migração nasceu também com o propósito de sanar a então lacuna legislativa, que pairava sobre a tutela do emigrante, que é tratada no seu Capítulo VII. O capítulo versa sobre as “Políticas Públicas para os Emigrantes” e os “Direitos dos Emigrantes”, sendo esses temas divididos em Seção I e Seção II, respectivamente (BRASIL, 2017).

Nesse seguimento, se faz elogiosa a iniciativa do legislador ao levar as garantias constitucionais aos brasileiros que não mais residem no Brasil, através do artigo 77, da Lei de Migração, que tem a seguinte redação:

Artigo 77. As políticas públicas para os emigrantes observarão os seguintes princípios e diretrizes:

I - proteção e prestação de assistência consular por meio das representações do Brasil no exterior;

II - promoção de condições de vida digna, por meio, entre outros, da facilitação do registro consular e da prestação de serviços consulares relativos às áreas de educação, saúde, trabalho, previdência social e cultura;

III - promoção de estudos e pesquisas sobre os emigrantes e as comunidades de brasileiros no exterior, a fim de subsidiar a formulação de políticas públicas;

IV - atuação diplomática, nos âmbitos bilateral, regional e multilateral, em defesa dos direitos do emigrante brasileiro, conforme o direito internacional;

V - ação governamental integrada, com a participação de órgãos do governo com atuação nas áreas temáticas mencionadas nos incisos I, II, III e IV, visando a assistir as comunidades brasileiras no exterior; e

VI - esforço permanente de desburocratização, atualização e modernização do sistema de atendimento, com o objetivo de aprimorar a assistência ao emigrante (BRASIL, 2017).

O inciso II, do artigo 77, ao tratar expressamente, da “promoção de condições de vida digna”, o legislador busca que o emigrante brasileiro, receba no exterior, o mesmo amparo em relação a direitos e garantias que os imigrantes recebem no território brasileiro.

O amplo rol de direitos e garantias que regem a política migratória do Brasil, estão localizados, expressamente, não só na Constituição Federal, mas também na Lei de Migração, precipuamente nos artigos 3 e 4 (e em todos os seus incisos) (BRASIL, 2017). Vejamos:

Artigo 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

[...]

XIX - proteção ao brasileiro no exterior;  
[...]

Artigo 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:  
[...] (BRASIL, 2017).

A importância da reciprocidade é facilmente percebida quando se trata da relação entre países, por isso se faz imperioso que o Brasil dispense um bom tratamento aos imigrantes que aqui se encontram. Uma vez que, é uma garantia que o Estado brasileiro poderá vir a usar, para exigir que emigrante tenha seus direitos e garantias resguardadas.

A Lei de Migração garante ao emigrante “a prestação de serviços consulares relativos às áreas de educação, saúde, trabalho, previdência social e cultura”. Fato demonstrativo da preocupação que o legislador brasileiro passou a ter em proteger o seu nacional, que se estabeleceu no exterior. (BRASIL, 2017).

Importante salientar que boa parte dos brasileiros no exterior depositam suas contribuições fiscais perante a receita federal brasileira. Isso faz com que eles tenham o direito de gozar dos mesmos direitos e prerrogativas que os contribuintes que se encontram no Brasil possuem.

Elogiosa se faz a iniciativa do legislador na Seção II, em relação aos “Direitos dos Emigrantes”, ao buscar modos de dar isenção de algumas taxas ao brasileiro que decida retornar ao Brasil com ânimo de estabelecer residência. Vejamos o artigo 78, da Lei nº 13.445 de 2017:

Artigo 78. Todo emigrante que decida retornar ao Brasil com ânimo de residência poderá introduzir no País, com isenção de direitos de importação e de taxas aduaneiras, os bens novos ou usados que um viajante, em compatibilidade com as circunstâncias de sua viagem, puder destinar para seu uso ou consumo pessoal e profissional, sempre que, por sua quantidade, natureza ou variedade, não permitam presumir importação ou exportação com fins comerciais ou industriais (BRASIL, 2017).

A isenção de direitos de importação e de taxas aduaneiras dos brasileiros que decidam voltar ao Brasil, é importante ajuda que o legislador traz ao nacional que decida recomeçar sua vida no país. Esse é outro aspecto que demonstra o caráter garantidor de direitos da atual

Lei de Migração, ao sanar lacuna que sempre existiu no ordenamento jurídico brasileiro.

No século XXI, um dos motivos que fez com que os brasileiros decidissem por retornar ao Brasil, foi a crise econômica mundial de 2008. Muito disso se explica pelo fato de que “os países mais atingidos foram justamente aqueles que receberam nossos emigrantes”. Estima-se que “entre 2008 e 2011, aproximadamente 563.000 cidadãos retornaram ao Brasil em caráter definitivo” (IRIGARAY; FREITAS, 2014, p. 629).

Portanto, fica a reflexão de que, se no ano de 2008, a atual Lei de Migração já estivesse em vigor, ela poderia ter sido importante aliada a atuar no apoio ao retorno do emigrante brasileiro ao país. E principalmente o alento de que, pela atual volatilidade e globalização da Terra, provável que novos fluxos migracionais em massa voltem a ocorrer.

A Lei de Migração é regulamentada pelo Decreto nº 9.199 de 2017 (BRASIL, 2017b), e é o artigo 257 deste que versa sobre a assistência consular prestada aos emigrantes brasileiros:

Artigo 257. A assistência consular compreende:

I - o acompanhamento de casos de acidentes, hospitalização, falecimento e prisão no exterior;

II - a localização e a repatriação de nacionais brasileiros; e

III - o apoio em casos de conflitos armados e catástrofes naturais.

§ 1º A assistência consular não compreende o custeio de despesas com sepultamento e traslado de corpos de nacionais que tenham falecido do exterior, nem despesas com hospitalização, excetuados os itens médicos e o atendimento emergencial em situações de caráter humanitário.

§ 2º A assistência consular observará as disposições do direito internacional e das leis locais do país em que a representação do País no exterior estiver sediada.

Portanto, nos termos do Decreto nº 9.199 de 2017, todo brasileiro que precisar de algum tipo de apoio do Brasil no exterior deve procurar o consulado. É com base no inciso III, do artigo 257, que se enquadra a assistência consular em decorrência da pandemia de coronavírus (COVID-19) que tem assolado o planeta nesse primeiro semestre do ano de 2020.

Acredita-se que o surto de epidemia do novo coronavírus tenha se originado na China. Mais especificamente na cidade de Wuhan, que fica

na província de Hubei. Sendo que 34 brasileiros que lá residiam, pediram ajuda ao Governo Federal para retornarem ao Brasil.

Nesse sentido, o artigo 79 da Lei de Migração, foi, pela primeira vez, colocado em prática de modo a atender o interesse das pessoas que foram diretamente afetadas pela pandemia, conforme *in verbis*:

Artigo 79. Em caso de ameaça à paz social e à ordem pública por grave ou iminente instabilidade institucional ou de calamidade de grande proporção na natureza, deverá ser prestada especial assistência ao emigrante pelas representações brasileiras no exterior (BRASIL, 2017).

Com a ajuda dos diplomatas da Embaixada do Brasil na China, os 34 brasileiros puderam retornar para casa. Sendo que a operação foi toda coordenada e organizada pelo governo brasileiro, e os aviões da FAB (Força Aérea Brasileira), foram usados na repatriação (BENITES, 2020).

Com o novo coronavírus sendo considerado uma pandemia, o governo brasileiro, através do Itamaraty (Ministério das Relações Exteriores do Brasil), começou a agir de modo a buscar meios de ajudar os proteger os emigrantes brasileiros, que optassem voltar ao país durante o surto causado pela doença.

Foram criadas “as orientações aos brasileiros no exterior afetados pela crise do novo coronavírus”. Juntamente com um formulário a ser preenchido, com informações essenciais para que o consulado possa entrar em contato e garantir meios de fornecer ajuda aos emigrantes.

Na página, também estão presentes os números de telefone que os emigrantes poderão usar para entrar em conato com os consulados brasileiros, de modo a conseguirem o apoio necessário do Estado brasileiro para que seus interesses sejam devidamente protegidos.

Portanto, ao analisar a pandemia de coronavírus pelo prisma da Lei de Migração, aparentemente, restou comprovado a mudança positiva trazida pelo no diploma legal, no sentido do amparo ao emigrante.

A atualização na legislação, se fazia essencial para solidificar no prisma infraconstitucional o que já está sedimentado na Constituição Federal de 1988. E conseqüentemente, reafirmar também em relação ao emigrante, o compromisso com a proteção aos direitos fundamentais presentes no texto constitucional, que o Brasil tem com aqueles que se encontram em seu território.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fluxos migratórios estiveram presentes na construção da cultura e da identidade do Brasil. Ocorrendo em grande proporção desde o descobrimento do Brasil, até a primeira metade do século XX. Tais características moldaram e ajudaram a construir um Brasil rico e plural no aspecto cultural e em outros campos como na culinária.

Seria impossível imaginar como seria o Brasil atual sem a influência direta dos descendentes africanos, que trouxeram consigo aspectos que hoje são identidades culturais do país, como o samba e o carnaval. A herança do idioma deixada pelos portugueses, que colonizaram o Brasil. Além da influência oriental, alemã e italiana, mais presentes nas regiões centro-sul do país.

O Brasil foi essencialmente desde seu descobrimento um país de chegada, e não de saída. O país recebia muitos imigrantes e refugiados de todos os cantos do planeta, porém não era um país que emigrava. Em regra, era pouco comum que brasileiros saíssem do país em caráter definitivo.

Essa é a justificativa provável pelo qual o país não possui nenhum tipo de Lei de Migração até o ano 1980. O primeiro momento da história do Brasil que realmente houve uma saída em massa de brasileiros do país em caráter definitivo, foi durante a ditadura militar.

Muitos brasileiros foram exilados do país, ou se auto exilaram em outros países com medo de serem perseguidos ou mortos pelo regime de exceção que o Estado brasileiro enfrentava. No ano de 1980, ainda durante o período ditatorial, entrou em vigor no Brasil o Estatuto do Estrangeiro.

O Estatuto era uma lei que tinha como propósito claro, atuar de modo a garantir a segurança nacional. O texto legal limitava, praticamente integralmente, a atuação política e social do imigrante que vivia no Brasil. Ao restringir as liberdades e cercear direitos fundamentais dos imigrantes que estavam no Brasil, a legislação brasileira fechava seus olhos para os emigrantes brasileiros.

Como o Brasil não dispensava um tratamento justo e humanizado aos seus imigrantes, os emigrantes brasileiros não poderiam exigir tratamento humanizado nos países que eles escolheram para viver. Uma vez que a relação entre países é, em regra pautada na reciprocidade. Isso quer dizer que, o país que recebe o emigrante brasileiro, vai tratá-lo da forma que o seu nacional é tratado no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada e trouxe um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. Como consequência disso, o Estatuto do Estrangeiro perdeu parte da sua eficácia, haja vista que estava em dissonância com o texto constitucional. Acima de tudo, a constituição veio com o propósito de assegurar direitos e liberdades individuais, fato que tacitamente revogava o Estatuto do Estrangeiro.

Na prática, o Brasil ficou de 1988 até 2017 sem uma Lei atualizada e constitucional que tutelava os interesses individuais e coletivos de imigrantes e emigrantes.

A Lei de Migração entrou em vigor, prezando principalmente pela proteção aos direitos humanos e garantindo direitos e liberdades aos imigrantes que vieram ao Brasil. O texto chegou para preencher uma lacuna legislativa existente em relação aos direitos e deveres daqueles que passaram a ser os destinatários dela.

Em relação ao emigrante, a nova Lei de Migração, foi inédita ao tratar dos direitos e garantias dessas pessoas. Ao elencar expressamente os direitos e prerrogativas desses sujeitos de direito, o texto legal passou a ter um respaldo no sentido de garantir a tutela dos brasileiros que vivem fora do país.

O tratamento humanizado ao imigrante, juntamente com a garantia de manutenção de suas liberdades individuais, ajuda o Brasil a fortalecer sua democracia e instituições. Esse fortalecimento traz o respaldo para exigir de outros Estados que o emigrante brasileiro tenha suas prerrogativas garantidas, respeitando os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BENITES, A. **Brasileiros que deixaram a China para fugir do coronavírus iniciam quarentena sob clima de alívio**. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2020-02-09/brasileiros-que-fugiram-do-coronavirus-na-china-iniciam-quarentena-sob-clima-de-alivio.html>. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 nov. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm). Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.961, de 02 de julho de 2009. Dispõe sobre a residência provisória para o estrangeiro em situação irregular no território nacional e dá outras providências. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 jul. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11961.htm). Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 maio 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm). Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm). Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 ago. 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm). Acesso em: 26 mar. 2019.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACÊDO, M; PEREDA, L. Resumo Executivo. Imigração e Refúgio no Brasil. A inserção do imigrante, solicitante de refúgio e refugiado no mercado de trabalho formal. **Observatório das Migrações Internacionais**: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra2019. Disponível em: <http://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a>. Acesso em: 27 mar. 2020.

GOMES, L. **1808**: Como Uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. 11. reimpressão. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007. 414 p.



# A GRATUIDADE DA JUSTIÇA E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO PROGRESSIVA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS – UMA ANÁLISE CARTESIANA DO FATO JURÍDICO

## *THE GRATUITY OF JUSTICE AND THE PHENOMENON OF PROGRESSIVE JUDICIALIZATION IN THE SPECIAL CIVIL COURTS - A CARTESIAN ANALYSIS OF THE LEGAL FACT*

Vera Grion Maleronka\*

Elcio Nacur Rezende\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A assistência judiciária gratuita e a gratuidade da justiça. 3 O amplo acesso ao Poder Judiciário. 4 As custas judiciais e o tratamento isonômico das partes nos Juizados Especiais Cíveis. 5 Considerações finais. Referências

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar a correlação existente entre o fenômeno da judicialização progressiva nos Juizados Especiais Cíveis e a concessão do benefício da isenção de custas contemplada pelo art. 54 da Lei 9.009/95. A compreensão do tema passa pela diferenciação entre a assistência judiciária gratuita e a gratuidade da justiça, preocupando-se em estabelecer em que medida seria justificável a isenção de custas, taxas e honorários advocatícios e qual a consequência para o estabelecimento de tal benefício de forma não vinculada a hipossuficiência financeira da parte. Analisa-se, com a utilização do método hipotético-dedutivo, a concessão da gratuidade e o acesso à Justiça nos Juizados Especiais Cíveis sob o enfoque da isonomia, buscando-se abstrair o tólos, ou seja, o propósito da gratuidade conferida. Por fim, concluiu-se que não seria correto premiar-se com a isenção de custas aquele que se quedou inerte e evitou a imediata resolução do conflito, favorecendo, com tal omissão, a intervenção judicial e o incremento da litigiosidade.

**Palavras-chave:** justiça gratuita. judicialização progressiva. Juizados Especiais Cíveis.

**ABSTRACT:** *The present article aims to analyze the correlation between the phenomenon of progressive judicialization in Special Civil Courts and the granting of the benefit of the exemption from costs contemplated by art.54 of Law 9.009/95. Understanding the theme involves*

\* Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2001). Pós Graduação em Direito Civil e Empresarial. Pós Graduação em Direito Notarial e Registral. Atualmente é defensora pública - Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

\*\* É Doutor (2009) e Mestre (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Fez investigação Pós-Doutoral em Direito na Universidade de Messina na Itália (2015) e na Universidade Castilla - La Mancha na Espanha (2020). Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997) e Graduação em Administração (1994) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. É Procurador da Fazenda Nacional.

Artigo recebido em 31/05/2019 e aceito em 30/11/2020.

**Como citar:** MALERONKA, Vera Grion; REZENDE, Elcio Nacur. A gratuidade da justiça e o fenômeno da judicialização progressiva nos Juizados Especiais Cíveis – uma análise cartesiana do fato jurídico. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 23, n. 38, p. 405-422. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*differentiating between free legal aid and free justice, taking care to establish to what extent the exemption from costs, fees and legal fees would be justified and what the consequence would be for establishing such a benefit in a non-discriminatory manner; linked to the party's financial under-sufficiency. It is analyzed, with the use of the hypothetical-deductive method, the granting of gratuity and access to Justice in Special Civil Courts under the focus of isonomy, seeking to abstract the telos, that is, the purpose of the gratuity conferred. Finally, it was concluded that it would not be correct to award the exemption of costs to those who remained inert and avoided the immediate resolution of the conflict, favoring, with such omission, judicial intervention and the increase of litigation.*

**Keywords:** *gratuity of justice. progressive litigation. special civil courts.*

## INTRODUÇÃO

Uma sociedade justa deve garantir o amplo acesso de seus cidadãos ao Poder Judiciário. Entretanto, não se pode entender alcançado o ideal de Justiça em uma sociedade na qual os cidadãos somente conseguem a efetivação de seus direitos ao invoca-los por intermédio de uma demanda judicial. O número excessivo de ações repetitivas e a explosão de litigiosidade não são indicativos de uma sociedade justa, mas sim de uma sociedade ineficiente na proteção dos direitos estabelecidos em sua legislação.

O presente estudo tem, como tema central, a análise da influência da isenção de custas, taxas e honorários de sucumbência na litigiosidade progressiva apresentada nos Juizados Especiais Cíveis, considerando tal benefício como fator economicamente relevante na política de resolução de conflitos de empresas. A criação dos Juizados Especiais Cíveis, nos quais a isenção de custas é assegurada a todos os que litigam em primeiro grau de jurisdição, cumpriu o papel a que se destinou, no sentido de facilitar o acesso do cidadão brasileiro a obtenção de um provimento jurisdicional? A resposta afirmativa a este questionamento indica o alcance dos cidadãos brasileiros a uma sociedade mais justa?

O objeto de análise será, assim, a isenção de taxas concedida pela Lei n 9.099/95, buscando-se compreender, com a utilização de dados sobre a litigiosidade apresentados após decorridos vinte anos da criação dos Juizados Especiais Cíveis, os efeitos de sua concessão no tocante a facilitação do acesso ao Poder Judiciário, proteção jurídica dos jurisdicionados, políticas empresariais de resolução de conflitos e incremento da litigiosidade.

O problema que se enfrentará consiste em identificar se seria ou não referida desoneração um fator propulsor da judicialização progressiva, atuando como uma circunstância motivacional a justificar a reparação retardatária do dano e impor a necessidade do ajuizamento de uma

demanda. Referido problema será analisado sob a perspectiva da garantia do amplo acesso ao Poder Judiciário, prevista expressamente no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

O objetivo do presente estudo, assim, passa pela compreensão dos efeitos da concessão da gratuidade em favor do hipossuficiente, bem como da isenção conferida pelo artigo 55 da Lei nº 9.099/95, buscando-se estabelecer quais seriam as medidas necessárias para a correção de potencial desvirtuamento na utilização do referido benefício, que se mostra potencialmente favorável ao incremento da judicialização, desmotivando a busca por meios alternativos de solução do conflito.

Justifica-se o presente estudo na medida em que a litigiosidade progressiva é um dos grandes entraves ao adequado funcionamento do Poder Judiciário, apresentando-se, atualmente, como um desafio a ser superado em nossa sociedade. Ademais, considerada a crise econômica pela qual passa o Estado brasileiro, onde se torna defensável a negativa de prestações em áreas essenciais como saúde e educação, em prol do que a jurisprudência denomina “cláusula da reserva do possível”, emerge o estudo da isenção de custas como medida necessária para a compreensão e validação de sua manutenção.

Diante disso, o presente estudo buscará, a partir do pensamento dedutivo propagado pelo racionalismo cartesiano, com a utilização do método hipotético-dedutivo, obter as respostas viáveis ao problema apresentado.

## **1 A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E A GRATUIDADE DA JUSTIÇA**

As últimas décadas foram profícuas na criação de instrumentos aptos a viabilizar o amplo acesso do cidadão ao Poder Judiciário. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) trataram dos obstáculos ao acesso dos indivíduos às instituições jurídicas, evidenciando uma realidade presente nas últimas décadas do século passado, mencionando como necessárias ondas de reforma do Judiciário consubstanciados nas garantias de assistência judiciária gratuita, maior proteção dos direitos difusos e na simplificação de procedimentos.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada com a concepção de uma necessária aproximação entre o cidadão e o Poder Judiciário, demonstrando-se presente tal desígnio com a disciplina, como garantia fundamental, do livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Outrossim,

dispôs sobre a criação da Defensoria Pública, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida de prestar a orientação jurídica e promoção dos direitos da população hipossuficiente (art. 134). Ademais, estabeleceu a criação de Juizados Especiais competentes para o julgamento de causas de menor complexidade, com o intuito de simplificar procedimentos e reduzir custos de ações judiciais.

Referidos Juizados Especiais, instituídos com a edição da Lei nº 9.099/95, possibilitaram o ajuizamento de ações judiciais com o benefício do que aqui denominamos por “gratuidade da justiça” por implicar na dispensa, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas, bem como em razão da vedação a condenação, também em primeiro grau de jurisdição, da condenação do vencido a custas e honorários advocatícios (art. 54 e 55).

A isenção de custas, taxas ou despesas estabelecida pela legislação que rege os Juizados Especiais como ferramenta apta a reduzir os óbices que dificultavam o amplo acesso ao Judiciário, não se confunde com a garantia da assistência judiciária gratuita prevista na Lei nº 1.060/50 e aquela mencionada no art. 98 do Código de Processo Civil.

A assistência judiciária gratuita, garantida aos hipossuficientes, abrange a informação, assessoria e representação judicial, bem como auxílio extrajudicial aos que dela necessitem, enquanto mantida a insuficiência de recursos financeiros. Por sua vez, a justiça gratuita compreende a isenção de custas, taxas e demais despesas de ordem processual. (TARTUCE; DELLORE, 2014)

A isenção de custas objeto do presente estudo pode ser conferida em razão da hipossuficiência financeira da parte ou mesmo em prol de uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, como aquela conferida pela Lei nº 9.099/95, sendo, neste último caso, não relacionada necessariamente à capacidade econômica da parte a quem favorece.

A gratuidade da justiça vinculada a situação econômica da parte não é uma novidade no sistema jurídico brasileiro. As Ordenações Filipinas, enquanto em vigor no Brasil, já isentavam réus dos custos da justiça criminal, se demonstrada a insuficiência de recursos. Após a independência do Brasil, também foram editados diplomas legais que estabeleciam a isenção de custas processuais. Peter Messitte, estudando sobre o tema, esclarece que:

Depois de 1840, começaram a aparecer as primeiras leis nitidamente brasileiras, que, embora não objetivas especialmente a proteção jurídica dos pobres, deram passos naquela direção. Assim, em 1841, a lei que regulava as custas em processos penais, continha uma provisão isentando o réu pobre de pagar as custas do processo até que ele estivesse em condições de pagá-las. No ano seguinte, outra lei dispoñdo sobre as custas no processo civil, isentou o litigante pobre de pagar o dízimo de chancellarias. Mas tais leis foram de alcance muito limitado e algumas até foram revogadas no decorrer do tempo. (MESSITTE, 1967, p. 129)

Após as primeiras leis de gratuidade da justiça, tivemos a edição, em 8 de fevereiro de 1897, do Decreto nº 2.457, que garantia a assistência jurídica gratuita aos necessitados. Todavia, maior amplitude a assistência judiciária gratuita foi conferida pela Lei Federal nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Referido diploma legal expressamente concedeu a isenção de custas processuais, bem como de honorários advocatícios, àqueles cuja situação econômica não lhes permitisse tal pagamento sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Naquela época, a prestação da assistência judiciária gratuita era feita por advogados, com a participação de acadêmicos. A respeito do tema, esclarece Peter Messitte que “um decreto baixado pelo Presidente Getúlio Vargas em 1942 permitiu a ‘criação de serviços auxiliares de justiça gratuita nas faculdades de direito, e o Centro Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo estabeleceu o serviço por volta de 1947’”. (MESSITTE, 1967)

Ocorre que a tal modelo não se mostrava suficiente para a consecução de uma efetiva prestação de assistência integral e gratuita aos hipossuficientes. Tal tarefa somente seria alcançada com a criação de uma instituição, cuja missão institucional fosse a prestação de assistência jurídica aos que dela necessitassem, mas não possuíssem condições financeiras de arcar com seus custos. Assim foi concebida a Defensoria Pública, inicialmente não prevista expressamente na Constituição Federal, conforme ensina Luiz Eduardo Motta:

A formação e o desenvolvimento da Defensoria Pública do Rio de Janeiro se inserem tanto na chamada “primeira onda de acesso à justiça” que vem ser a assistência judiciária aos pobres como também na “segunda onda”, que abrange os direitos coletivos e difusos. Isto porque a criação dessa instituição no Estado do Rio de Janeiro e, logo em seguida, no

antigo Distrito Federal, nos anos 1950, foi inspirada no modelo de representação funcional que começou a ser implantado no início da Era Vargas. Esse tipo de representação permaneceu presente no contexto de democratização do país entre os anos de 1945 e 1964, como também no período do regime militar que se iniciou em 1964, e recebeu novas tonalidades a partir da Constituição de 1988, a qual deu um novo significado a esse tipo de representação. (MOTTA, 2007, p. 8)

A Constituição Federal de 1988 não somente materializou a Defensoria Pública como instituição a ser criada nas esferas da União, dos Estados e do Distrito Federal, como também lhe conferiu o *status* normativo de função essencial à justiça, conforme se depreende da leitura do seu artigo 134.

Não se discute o papel do Estado de garantidor da prestação dessa assistência e não se busca, com este estudo, vincular o incremento da litigiosidade a concessão da gratuidade em benefício dos hipossuficientes econômicos. Reconhece-se que a isenção de custas processuais, bem como a assistência jurídica aos que dela necessitem, é efetiva garantia de isonomia e acesso à Justiça, efetivando os mais caros direitos sociais.

O objeto da discussão que aqui se pretende fazer não é referente a essa gratuidade, decorrente de uma longa evolução de direitos sociais, que culminou com a normatização de prestações jurídicas gratuitas em prol das classes econômicas menos favorecidas, desprovidas de condições financeiras que lhe possibilitem arcar com custas e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento, mas sim daquela gratuidade da justiça conferida a todos os cidadãos em determinada circunstância legal, independentemente de análise de qualquer situação financeira.

A concessão dessa isenção de custas dissociada da condição financeira da parte, disciplinada nos artigos 54 e 55 da Lei nº 9.099/95, foi estabelecida com o efetivo propósito de garantir o amplo acesso ao Judiciário, sendo um instrumento de facilitação da propositura de ações judiciais frente ao reconhecimento dos direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. Assim, permite-se o acesso aos Juizados Especiais Criminais, independente do pagamento de taxas ou despesas, bem como prevê-se a impossibilidade de condenação do vencido em custas e honorários advocatícios, tornando a busca pela solução do litígio por meio de ações judiciais uma medida simplificada e sem custos. Não é difícil perceber, por tal razão, que a medida contemplada nos artigos 54 e 55 da Lei dos Juizados Especiais foi um grande avanço.

A referida simplificação em busca de uma justiça mais acessível e célere, entretanto, gera o questionamento a respeito da ausência de estímulo a resolução extrajudicial da controvérsia, colocando a busca pelo Poder Judiciário como primeira ou única alternativa da parte, gerando, assim, impactos negativos para o bom funcionamento do referido Poder. Conforme afirmam Zenildo Bodnar e José Antonio Savaris: “o primeiro aspecto a ser reconhecido e enaltecido é que de fato o sistema de justiça dos juizados representou efetivamente uma ampliação quantitativa no acesso. Todavia, a dimensão preventiva e inibitória da jurisdição ainda deixa muito a desejar.” (BODNAR, 2018, p. 518)

O questionamento a respeito da eficácia da isenção de taxas conferida pela Lei nº 9.099/95 é feito no presente estudo escolhendo-se como paradigma a filosofia da consciência de Descartes, com objetivo de confirmar a validade da gratuidade estabelecida. A dúvida metódica de René Descartes, apresentada em seu livro “Discurso do Método”, utilizada como forma segura para a descoberta da verdade, é instrumento para a obtenção de uma conclusão a respeito do tema ora tratado. As causas e os efeitos interligam-se, formando um círculo lógico a ser explorado. Conforme ensinamentos de Descartes “para examinar a verdade é necessário, pelo menos uma vez na vida, pôr todas as coisas em dúvida, tanto quanto se puder.” (DESCARTES, 2004, p. 27)

Busca-se, assim, a conformidade da ideia e realidade formal, através da dúvida sistemática como instrumento para aquisição de respostas, analisando-se as evidências indubitáveis a partir das dúvidas levantadas.

## **2 O AMPLO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO**

Decorridos mais de vinte anos da criação dos Juizados Especiais Cíveis, não há dúvidas de que as ondas de reforma do Judiciário mencionadas por Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988) nos idos de 1984 obtiveram êxito em ampliar o acesso da população ao Judiciário. Em uma população de 209 milhões de habitantes, foram ajuizados, somente no ano de 2017, 20.207.585 novos processos somente na Justiça Estadual de 1º grau, sendo que destes 3.708.805 novos processos foram ajuizados nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, conforme dados do Relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2018. (BRASIL, 2018).

Os números demonstram não somente um amplo acesso ao Poder Judiciário, mas um excesso de demandas judiciais, decorrente de uma verdadeira explosão massificada de litigiosidade, termo este utilizado pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos (1986).

Giselle de Amaro e França, em artigo publicado na obra “As Demandas Repetitivas e os Gandes Litigantes”, ao comentar o incremento da litigiosidade apresentado pelo Relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2015, menciona que “para termos uma dimensão mínima do que estes números indicam, basta afirmar que em 1988 tramitavam por volta de 350 mil processos, o que significa que em 25 anos a demanda da justiça aumentou 270 vezes.” (ALVES, 2016, p. 11).

O número excessivo de ações poderia ser interpretado com a percepção de que o cidadão brasileiro obtém o amparo e proteção jurídica suficientes de seus Direitos, já que evidenciado um Poder Judiciário tão atuante. Ocorre que uma análise mais detalhada aponta pela conclusão contrária. A necessidade de ajuizamento de uma demanda judicial, bem como a demora pelo provimento jurisdicional, distanciam a parte da solução mais justa e eficiente para o caso apresentado.

O litígio judicial, que deveria ser a última medida, somente necessária em casos cujas teses debatidas pelas partes não poderiam ser solucionadas sem a reflexão e ponderação do Estado-juiz, é utilizado como primeira ou única forma de se obter a satisfação de uma pretensão. O cidadão vê-se compelido a acionar o Poder Judiciário mesmo nas hipóteses em que o direito invocado já está pacificado. Não se questiona, por exemplo, que a inserção indevida do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito gera o dever de indenizar, mas se avolumam ações com essa temática no Poder Judiciário.

Autor e réu muitas vezes sequer discutem a procedência do direito invocado, sendo ofertada proposta de conciliação na primeira audiência realizada. Sendo assim, por que necessário o ajuizamento de uma ação perante o Poder Judiciário para a resolução da pendência?

Facilmente podemos concluir que razões econômicas influenciam na omissão deliberada para a resolução anterior da demanda. Ações promovidas em face de empresas de telefonia, instituições financeiras, administradoras de planos de saúde e empresas de transporte aéreo são repetidamente ajuizadas, não se vislumbrando, na maior parte das vezes,

controvérsia a respeito da tese objeto da ação. A respeito do tema, Maria Stella Faria de Amorim menciona:

Os consumidores de serviços fornecidos por empresas como bancos e companhias de energia elétrica e comunicações telefônicas, por exemplo, reclamam da falta de atendimento, quando a elas se dirigem para apresentar queixas sobre prejuízos decorrentes dos maus serviços prestados. Dizem que não conseguem encontrar a seção destinada a atendê-los e que ficam andando de um atendente para outro, sem sequer conseguir encaminhar a reclamação sobre o problema que lhes aflige, demonstrando assim o quanto se sentem desconsiderados. Queixam-se também de que, antes de comparecerem à empresa, tentaram exaustivamente fazer a reclamação pela via de atendimento eletrônico, sem obter sucesso na busca por solução de seu problema. Segundo essa visão, somente restaria aos reclamantes recorrer ao Estado para reparar o sentimento por ofensas recebidas. (AMORIM, 2006, p. 112)

O que se verifica, na verdade, é uma opção empresarial em omitir-se na resolução da pendência apresentada, já que a interposição da ação significará dilação do prazo para arcar com a condenação devida, sem que isso implique, nestes casos, em majoração do valor devido em razão de custas judiciais. O consumidor lesado, assim, será compelido a ajuizar uma ação perante um Juizado Especial Cível, sendo a empresa ré condenada a pagar valor que já sabia ou deveria saber devido anteriormente, sendo ainda beneficiada com a isenção de custas e taxas daquele litígio.

Referido custo judicial não deixa de existir, mas é custeado não pela empresa responsável pelo ajuizamento da demanda, mas sim pelo contribuinte. A empresa ré fica dispensada de contabilizar o acréscimo decorrente do custo de sua omissão para com o Poder Judiciário e a sociedade como um todo.

O Relatório do Conselho Nacional de Justiça aponta que as despesas do Poder Judiciário somaram, somente no ano de 2017, R\$ 90,8 bilhões. (BRASIL, 2018). Cada ação judicial possui um custo, que será de responsabilidade da parte sucumbente ou, nos casos de gratuidade, de responsabilidade do contribuinte. Este contribuinte, assim, arca com o valor da redução de custos feitas por empresas que não privilegiam a rápida solução da controvérsia, economizando com centrais de relacionamento com os clientes e resolução amigável de conflitos. Em troca, recebe os

frutos de um Poder Judiciário ineficiente e incapaz de absorver o número excessivo de processos ajuizados.

Tornar o Poder Judiciário acessível à população é objetivo a ser alcançável por uma sociedade justa e democrática. Entretanto, permitir sua utilização como meio de obtenção de redução de custos empresariais, em prejuízo do consumidor, é inadmissível, sendo necessária uma resposta legislativa apta a desaprovar tal prática, e não a premiar com a concessão da gratuidade da justiça.

A justiça gratuita é relevante instrumento de ampliação do acesso à justiça, mas deve ser concedida ao hipossuficiente, cuja condição justifique sua concessão. Não pode esta garantia ser dissociada dos fundamentos que a justificam e tornam necessária, sob pena de favorecer a litigiosidade e prejudicar, com isso, a parte a quem se objetivou proteger. A indiscriminada concessão da justiça gratuita gera o incremento da litigiosidade ao tornar a espera pela ação judicial mais vantajosa que a imediata resolução da pendência.

Será que tantas ações seriam ajuizadas nos Juizados Especiais Cíveis em face de empresas de telefonia, instituições financeiras e administradoras de planos de saúde se cada ação gerasse a condenação da empresa ré ao pagamento dos custos a que deu efetivamente causa?

A gestão de empresas envolve cálculos de custos e riscos, sendo por vezes desconsiderados os valores mais caros a uma sociedade. A contabilização de danos como prática empresarial envolve o potencial custo de ações judiciais e possíveis condenações. Esse cálculo responderá de que forma atuará a empresa frente aos desafios que lhe forem colocados futuramente.

Michel J. Sandel (2018), em sua obra “Justiça, O que é fazer a coisa certa?”, menciona o caso da indústria automobilística Ford Motor Company que, nos anos 1970, ciente do perigo de explosão do tanque de gasolina de seus carros, após contabilizar os custos das indenizações aplicadas judicialmente, decidiu omitir-se e não tomar as medidas de correção de danos cabíveis.

Para calcular os benefícios, a empresa estimou que, se não tomasse qualquer providência, em um ano, ocorreriam 180 mortes e 180 queimaduras, com indenizações totalizando 49,5 milhões de dólares. Calculou, outrossim, o custo da instalação de um dispositivo que evitaria tais incidentes e concluiu que o custo dessa instalação seria de 137,5 milhões de dólares, valor esse que foi preponderante para a tomada de

decisão da companhia em não realizar qualquer reparo preventivo nos carros fabricados. (SANDEL, 2018)

O referido episódio ocorreu há algumas décadas atrás, mas práticas da mesma espécie, infelizmente, não restam isoladas ou adstritas ao século passado. Recentemente, no Estado de Minas Gerais, centenas de mortes foram causadas pelo rompimento de barragens de rejeitos de mineração. Divulgou-se, após os desastres ocorridos, que a empresa responsável tinha ciência de que aquele tipo de construção, apesar de mais econômica, possuía maior risco de ruptura, sendo inclusive proibida em outros países da América do Sul, como o Chile. Apesar de ciente dos riscos e mesmo após o primeiro rompimento, ocorrido na cidade de Mariana, a empresa quedou-se inerte, calculando os prejuízos potenciais e optando por uma omissão deliberada frente a estes.

A resposta estatal em casos como o narrado por Sandel (2018) ou o rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho foi e será efetivada através da atuação do Poder Judiciário. No caso apresentado por Sandel (2018), foi fixada alta indenização para autor de uma ação cujo objeto era a condenação da Ford Motor Company em arcar com os danos materiais e morais provocados por sua omissão. A condenação da empresa Vale S.A., responsável pelas barragens de rejeitos de mineração que romperam e causaram inúmeras mortes, prejuízos ambientais, materiais e morais, será também definida nas demandas já ajuizadas e por meio de acordos extrajudiciais firmados.

A par da atuação do Poder Judiciário, alterações legislativas são necessárias para que as políticas empresariais incluam medidas preventivas e aptas a evitar maiores danos e prejuízos, seja no caso de desastres de grandes proporções ou na hipótese em que a omissão gere diários prejuízos a direitos de consumidores de todo um país.

Ações judiciais devem ser evitadas, já que os custos da movimentação do Poder Judiciário são de responsabilidade da sociedade como um todo. Não se pode manter, como opção legislativa, uma gratuidade que favorece uma atuação empresarial omissiva. Os custos dessa omissão são altos e devem ter uma correta resposta estatal, com a condenação da empresa ao ressarcimento dos danos causados e ao pagamento de todas as taxas e custos da ação promovida, sob pena de premiar-se exatamente a ação que se busca coibir.

### **3 AS CUSTAS JUDICIAIS E O TRATAMENTO ISONÔMICO DAS PARTES NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1444/PR, custas judiciais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias, tendo como fato gerador a prestação do serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte que busca o acesso do Poder Judiciário por intermédio do ajuizamento de uma demanda. Nery (2010, p.189), ao tratar das despesas processuais, as relaciona como “todos os gastos necessários dispendidos para fazer com que o processo cumpra sua finalidade ontológica de pacificação social”.

Referidas custas processuais são antecipadas pelas partes no momento da produção dos atos judiciais, nos termos do disposto pelo artigo 82 do Novo Código de Processo Civil. Posteriormente, as mencionadas despesas são ressarcidas ao vencedor da demanda, com a condenação do vencido ao pagamento integral do valor dispendido.

Percebe-se, assim, que a sucumbência é o critério para a atribuição da responsabilidade pelo custeio das custas processuais, atribuindo-se, em regra, sua obrigação ao suposto responsável pelo ajuizamento da ação judicial. Na hipótese desta parte vencida ser favorecida com o benefício da Justiça Gratuita, dispõe o Código de Processo Civil que o pagamento ficará sujeito a condição suspensiva de exigibilidade, sendo possível a execução das custas no período de cinco anos, caso demonstrado que a situação de hipossuficiente deixou de se verificar no decorrer do mencionado prazo.

Atualmente, não existem estudos oficiais sobre os custos médios de ações judiciais promovidas em nosso país. As despesas com a movimentação do Poder Judiciário são projetadas em lei orçamentária anual, sendo realizados os devidos repasses dos recursos financeiros pelo Poder Executivo até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, nos termos do artigo 168 da Constituição Federal. No ano de 2017, as despesas totais do Poder Judiciário cresceram 4,4% em relação ao ano anterior, de acordo com os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), totalizando R\$ 90,8 bilhões/ano a serem dispendidos pelos contribuintes.

Em razão de tal circunstância, faz-se essencial para a sociedade atual a discussão sobre as hipóteses de isenção de custas judiciais, principalmente em um momento em que a máxima da finitude dos recursos

atinge o Estado em questões tão caras como o custeio de medicamentos, prestação de serviços de saúde, educação e previdência social.

Conceder-se a isenção de custas, neste momento, é uma opção econômica a ser validada em prol de um ideal maior comum a toda a sociedade, qual seja, a consecução de um amplo acesso ao Poder Judiciário, retirando obstáculos que impeçam ou restrinjam a busca por seu auxílio. Raciocinamos de forma teleológica para entender o propósito da concessão dessa isenção, que possui como elemento consequencial a geração de um relevante impacto financeiro a ser custeado por toda a sociedade.

Neste ponto, faz-se necessária a compreensão da ampla concessão da gratuidade nos Juizados Especiais Cíveis. Nestes, inaplicável em primeira instância a regra processual do ônus da sucumbência, isentando-se o vencido e, portanto, aquele que ao menos suspostamente deu causa ao ajuizamento do processo, do pagamento das custas da ação promovida. Independentemente da condição econômica desta parte vencida, não arcará com a responsabilidade pelo pagamento das despesas que gerou.

Uma análise teleológica da concessão desta gratuidade nos aponta que almejou o legislador facilitar o acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário, dependendo a consecução de tal intento da exoneração do risco econômico advindo do ajuizamento da demanda. Garantiu-se e facilitou-se o amplo acesso ao Poder Judiciário, o que se evidencia, inclusive, pelos números de demandas ajuizadas perante os Juizados Especiais Cíveis de todo o país.

Isentar-se o consumidor lesado do risco de uma demanda e facilitar o seu acesso ao Poder Judiciário é, portanto, o tólos da norma, validando a gratuidade da justiça conferida ao autor da demanda promovida perante o Juizado Especial Cível. Tal validação, entretanto, não se sustenta na hipótese recorrente deste autor restar vencedor da demanda, já que não se encontra justificativa a isenção do risco econômico em favor da parte demandada, principalmente se considerada a inexistência de hipossuficiência econômica desta. Ao contrário, referida isenção atua em desfavor do sujeito destinatário da maior proteção conferida pelo ordenamento jurídico, já que desmotiva a obtenção de uma reparação imediata do direito lesado.

Propulsiona-se a progressiva litigiosidade, que não demonstra a consecução do objetivo de efetivação de direitos, mas sim uma política empresarial voltada para o retardamento da solução de conflitos de forma extrajudicial, beneficiada pela concessão da isenção tributária conferida pelo artigo 55 da Lei nº 9.099/95.

Não se pode desconsiderar, assim, que a norma concessiva da isenção influencia o comportamento dos agentes econômicos, incrementando a busca pelo Poder Judiciário, em detrimento de direitos protegidos pelo ordenamento jurídico. Forgioni explica, nesse sentido, que as “normas jurídicas nada mais são que incentivos ou não incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício de seus possíveis comportamentos” (FORGIONI, 2006).

É preciso ponderar de que forma pode ser solucionada referida questão. A restrição da isenção aos hipossuficientes ou ao menos a limitação àqueles a quem a norma reconheceu vulnerabilidade e concedeu a legitimidade ativa para demandar perante os Juizados Especiais Cíveis parece ser a medida mais eficaz para a resolução do problema apresentado. Referida restrição, implementável por intermédio de alteração legislativa, não ofenderia o princípio da isonomia, assim como não o ofende a restrição da legitimidade disposta no parágrafo 1º do artigo 8º da Lei nº 9.099/9.

Em tempos de crise econômica, não se admite que o custeio dos Juizados Especiais Cíveis seja de responsabilidade da sociedade como um todo e não daqueles responsáveis por sua necessidade. Instituições financeiras, operadoras de plano de saúde, empresas de telefonia, empresas de transporte aéreo, dentre outros, devem arcar com os custos das milhares de ações promovidas por consumidores lesados em seus direitos básicos, evitando-se a manutenção da presente concessão da gratuidade como verdadeira premiação pela ineficiência empresarial.

Deve-se buscar a proteção de direitos, que somente será obtida em um sistema jurídico em que exista a responsabilização imediata do causador do dano, impelindo-o a abster-se de praticar novas lesões, bem como a reparar o dano de forma ágil e desburocratizada, atuando o Poder Judiciário como último recurso, evitável por aquele que potencialmente pode ser acionado. Como afirma Norberto Bobbio (2004), o problema mais grave de nosso tempo não é o de fundamentar os direitos do homem, mas sim o de protegê-los.

Faz-se necessário o levantamento dos custos de cada uma das ações promovidas perante o Poder Judiciário para que se possa ponderar os efeitos da gratuidade para toda a sociedade, permitindo-se a correção de distorções atualmente verificadas. Ademais, a revisão do teor dos artigos 54 e 55 da Lei nº 9.099/95, de forma a adequar seu conteúdo, corrigindo os desvios ora apresentados, é medida recomendável. Neste sentido, observa-

se que foi aprovado, em maio de 2019, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, proposta de lei que altera o artigo 54 da Lei nº 9.099/95, incluindo o parágrafo 2º no referido dispositivo, o qual dispõe a respeito da antecipação de valor necessário ao custeio da diligência com oficial de justiça, salvo se parte hipossuficiente.

Referida alteração não se mostra apta a corrigir as falhas do sistema de custeio dos Juizados Especiais Cíveis, mas talvez seja o início de uma nova visão a respeito da gratuidade estabelecida pela Lei nº 9.099/95.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Gratuidade da Justiça em favor dos hipossuficientes mostrou-se relevante instrumento a efetivar a garantia de livre acesso ao Poder Judiciário. Retirar obstáculos ao livre acesso ao Poder Judiciário é o que se espera de uma sociedade justa e democrática. Entretanto, há que se ponderar os efeitos gerados pelas leis concessivas da isenção de custas, taxas e honorários de sucumbência desconectadas da hipossuficiência econômica.

Decorridos mais de duas décadas da instalação dos Juizados Especiais Cíveis verifica-se um evidente incremento da litigiosidade que não demonstra, por si só, a consecução de uma ordem jurídica efetivamente protetiva ao cidadão e ao consumidor. O volume de ações promovidas evidencia, em uma análise mais acurada, a omissão deliberada de empresas em reparar direitos lesados de forma voluntária e extrajudicial.

No cálculo empresarial, a isenção de custas e honorários de sucumbência favorece a decisão a favor da inércia na solução do conflito e espera pelo ajuizamento da cabível ação judicial. O consumidor, que deveria ser amparado pela gratuidade da justiça, é indiretamente prejudicado, visto que se vê compelido a acionar o Poder Judiciário. Premia-se a inércia na resolução imediata do conflito com a gratuidade da justiça, em detrimento do contribuinte que arca com o custo de tal ineficiência.

A garantia da isenção de custas, taxas, despesas e honorários de sucumbência atua, assim, como fator propulsor do incremento da litigiosidade, desmotivando a resolução imediata de pendências e penalizando o consumidor lesado, bem como o contribuinte, real responsável pelo pagamento dos custos da movimentação do Poder Judiciário.

Estudos a respeito dos valores dispendidos com a manutenção dos Juizados Especiais Cíveis, bem como do efetivo custo das ações nele ajuizadas, são necessários para que a sociedade avalie a necessidade de

reformulação de normas desse sistema. Alterações legislativas no sentido de restringir o benefício da gratuidade da justiça nos Juizados Especiais Cíveis e atribuir-se ao responsável pela demanda o custo gerado por esta, são medidas necessárias destinadas a efetivar o acesso do cidadão a almejada Justiça, que não se confunde com o acesso ao Poder Judiciário. Mencionada restrição da gratuidade aos hipossuficientes é medida recomendada, já que exonera o contribuinte e retira o incentivo a protelação na reparação imediata do direito lesado.

## REFERÊNCIAS

ALVES, C. M. S. P. Sistema brasileiro de precedentes: uma promessa não cumprida de redução da litigiosidade? *In*: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: ENFAM, 2016. (Coleção Selo).

AMORIM, M. S. F. Juizados Especiais na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 107-131, 2006. Disponível em <https://app.uff.br/riuff/handle/1/11306>. Acesso em: 04 nov. 2020.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODNAR, Z.; SAVARIS, J. A.; STAFFEN, M. A Primazia da Realidade na Jurisdição dos Juizados Especiais Federais. **Revista Jurídica Unicuritiba**, v. 03, n. 52, Curitiba, 2018. pp. 508-533. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3237/371371753>. Acesso em: 03 nov.2020.

BORGES, L. C. **Acesso à justiça e litigiosidade na crise do poder judiciário do Brasil**. Dissertação – Faculdade de Direito, Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2012. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2012/22.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2018**: ano-base 2017, Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2019.

CAPPELLETTI, M.; GARTH B. G. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIARLONI, S. Uma perspectiva comparada da crise na justiça civil e dos seus possíveis remédios. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, 2014.

COSTANDRADE, P. H. A. C. **Por que as partes litigam?: a racionalidade econômica da litigância**. Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/275/1/Pedro%20Henrique%20Arazine%20de%20Carvalho%20Costandrade.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2019.

DESCARTES, R. **Discurso do método: Meditações; Objeções e respostas; As paixões da alma; Cartas**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

DESCARTES, R. **Princípios da Filosofia**. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 2004.

FORGIONI, P. A. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, p. 35-61, 2006.

GABBAY, D. M.; CUNHA, L. G. (org.). **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica**. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série Produção Científica).

MENDES, A. G. C.; ROMANO NETO, O. R. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos juizados especiais. **Revista de Processo**, [S. l.], v. 245, p. 275-309, jul. 2015.

MESSITTE, P. Assistência Judiciária no Brasil: uma pequena história. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 7, p. 126-150, 1967.

MOTTA, L. E.; RIBEIRO, L. M. A Defensoria Pública do Rio de Janeiro no contexto da judicialização. **Revista Comum**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 5-25, 2007.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANDEL, M. J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SANTOS, B. S. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21, p. 11-44, nov. 1986. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10797/1/Introdu%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20Sociologia%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2019.

TARTUCE, F.; DELLORE, L. Gratuidade da Justiça no Novo CPC. **Revista de Processo**, [S. l.], v. 236, p. 305-323, out. 2014.

VIEIRA, J. R. et al. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. **Revista Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 44-57, 2009.

WISNIEWSKI, A.; WOHJAN B. M. Considerações acerca dos princípios norteadores do juízo especial cível na perspectiva da jurisdição constitucional. **In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**, 12, 2015, Santa Cruz do Sul. **Anais [...]**, Santa Cruz do Sul: UNISC, 2015.

# RESENHA DO LIVRO “TUTELA DE EVIDÊNCIA, TEORIA DA COGNIÇÃO E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA” DE FRANCISCO RABELO DOURADO DE ANDRADE

*RESENHA DO LIVRO “TUTELA DE EVIDÊNCIA, TEORIA DA COGNIÇÃO E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA” ANDRADE, FRANCISCO RABELO DOURADO DE ANDRADE*

Adriano da Silva Ribeiro\*

## RESENHA

Trata-se de trabalho desenvolvido, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, de significativo valor para o direito processual brasileiro, pois a temática recebeu nova roupagem a partir do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), nos termos do art. 294, vez que a tutela provisória poderá fundamentar-se em urgência ou evidência, que poderão ser concedidas em caráter antecedente ou incidente.

A proposta do Professor Francisco Rabelo é justamente compreender se a ciência dogmática do direito fundante do discurso jurídico tendente à instalação da jurisdição sem processo (desprocessualização) tem alguma aderência com o Estado Democrático de Direito.

\* Pós-Doutorando em Direito Constitucional pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho (2013) Bacharel em Direito da PUC Minas (2010) e ex-Monitor de Direito Constitucional da PUC Minas Betim (2010). Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim (2002). Especialista em Arte, Educação e Tecnologias Contemporâneas pela UNB (2006). Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Professor da disciplina Metodologia de Pesquisa Jurídica na Pós-Graduação em Direito do IUNIB. Professor da disciplina Teoria Geral do Estado no IEC/PUC Minas, em parceria com EJEF/TJMG.

Artigo recebido em 17/12/2019 e aceito em 26/10/2020.

**Como citar:** RIBEIRO, Adriano da Silva. Resenha do livro “Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática” de Francisco Rabelo Dourado de Andrade. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 23, n. 38, p. 423-421. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

Para tanto, no primeiro capítulo, o Professor examina as origens e tratamento legislativo das tutelas de urgência, com destaque para o panorama histórico do procedimento ordinário, além da relação com o tempo e a assunção das tutelas diferenciadas enquanto medidas jurisdicionais.

A tutela de evidência é apresentada no capítulo segundo, inclusive suas origens na fase inicial do processualismo científico, ocorrida na segunda metade do século XIX, com destaque para a proposta de Wach e os principais seguidores como Chiovenda, Calamandrei e Liebman até chegar em Luiz Fux, principal expoente e defensor do instituto no Código de 2015.

No capítulo terceiro, é abordado o modelo linguístico-filosófico, quanto aos contornos da evidência, ofertada por Fernando Gil. Também cita a importante contribuição de Karl Popper para o crescimento do conhecimento humano, a partir da metodologia epistemológica com a finalidade de arguir a linguagem da evidência, da verdade entre outras mencionadas pelo Professor Francisco Rabelo.

A demarcação do referencial teórico da dissertação do Professor Francisco Rabelo está apresentada no quarto capítulo, mediante estudo da teoria neoinstitucionalista do processo, elaborada pelo Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal como a

teoria da processualização testificante do discurso dogmático-jurídico que trabalha uma linguagem jurídica obstativa do igual direito de interpretação para todos (hermenêutica isomênica) no âmbito de criação, atuação, modificação, fiscalização e extinção de direitos pelo processo (locus hermenêutico da democraticidade).

No quinto capítulo, a tutela de evidência é exposta à testabilidade, mediante a correlação do direito evidente com a interpretação do juiz para aplicar o art. 311, sem o devido processo. Há, também, a demonstração de que a tutela de evidência é concebida, pelo Código de 2015, instrumento de desprocessualização. O Professor Francisco Rabelo dedica esse capítulo também ao exame de cada hipótese elencada no art. 311 com base no marco teórico eleito.

Na obra, encontramos a seguinte manifestação do Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal:

[...]excelente dissertação que deverá ser um ponto alto da ciência crítico-epistemológica do direito processual a impactar as demais áreas do ensino e a produção de novas matrizes jurídicas a orientarem a sistematização de um direito incessantemente aberto à fiscalidade processual

pelos destinatários normativos desde o nível instituinte ao nível coconstituído.

A grande contribuição ao estudo do direito processual civil, em especial o Código de 2015, de acordo com Professor Francisco Rabelo “[...]foi possível demonstrar que, para doutrina instrumentalista, o processo é o maior entrave da jurisdição e o Código de Processo Civil de 2015 não inaugura “novo” sistema processual, como tem sido propalado pelos juristas que animaram a sua criação.”

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 230 p.

