BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 947

(Ano XII)

(29/02/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA *(DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.*

MARCELO FERNANDO BORSIO *(MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.*

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO *(MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.*

RODRIGO LARIZZATTI *(DF/Argentina)**:** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.*

MARCELO FERREIRA DE SOUZA *(RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.*

KIYOSHI HARADA *(SP)**:** Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.*

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO *(Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.*

CAMILA ALENCAR COIMBRA: *Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.*

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico

Publicação semanal em formato digital

Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

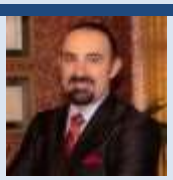
www.conteudojuridico.com.br

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



A nova tentativa de execução provisória da pena na Lei nº 13.964/2019
28/02/2020 | Adel El Tasse, 04.

ARTIGOS

Uma nova execução criminal confusa: tendência de mais uma declaração de inconstitucionalidade
26/02/2020 | Sidio Rosa de Mesquita Júnior, 10

O Direito Desportivo no Brasil
28/02/2020 | Paulo Juliano Roso Teixeira

Teoria da boa-fé objetiva e sua concretização no direito brasileiro.
28/02/2020 | Joana Nogueira Bezerra, 56

Parcerias e Convênios Como Instrumentos De Políticas Públicas: O Caso Dos Ofícios Da Cidadania
28/02/2020 | Daniele Messias Corrêa Luiz, 63.

Concurso Público: abordagem sobre a realização do certame para fins meramente de cadastro de reserva
28/02/2020 | Miguidonio Inacio Loiola Neto, 71.

A atuação dos órgãos jurídicos das Casas Legislativas na defesa dos parlamentares como corolário do estado democrático de direito
28/02/2020 | Hélio Lúcio Dantas da Silva, 84.

O Neoconstitucionalismo Latino-Americano e suas peculiaridades.
27/02/2020 | Joana Nogueira Bezerra, 102.

Os instrumentos legais que visam eliminar e coibir o Trabalho Infantil
26/02/2020 | Valdemar Neto Oliveira Bandeira, 107.

Os impactos do novo CPC e da Lei nº 13.606/18 sobre a Medida Cautelar Fiscal
26/02/2020 | Clarissa de Cerqueira Pereira, 124.

30 anos do ECA: um estudo sobre as principais modificações ocorridas na legislação infanto juvenil
26/02/2020 | Fabíola Vilela Chaves Marcolino, 138

Impactos transcendentais da Constituição de Cádis na América Latina
26/02/2020 | Joana Nogueira Bezerra, 150.

O princípio da dignidade da pessoa humana à luz das legislações internacional e nacional
24/02/2020 | Valdemar Neto Oliveira Bandeira, 155.

As fazendas de cadáveres sob análise jurídica e médico-legal
24/02/2020 | Maiara Agustini Zagato. 173.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e sua jurisdição contenciosa
24/02/2020 | Fabíola Vilela Chaves Marcolino, 186.

A crise do Poder Judiciário e o direito constitucional de acesso à justiça
24/02/2020 | Luciana Oliveira Coimbra Roman, 202.

TESE

Repercusión socioeconómica del tratamiento jurídico diferenciado del micro-emprendedor individual brasileño
27/02/2020 | Francisco William Pinheiro Lopes, 222.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A NOVA TENTATIVA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NA LEI Nº 13.964/2019

ADEL EL TASSE: Advogado em Curitiba (PR). Procurador Federal. Professor de Direito Penal, em cursos de graduação e pós-graduação, em diferentes instituições de ensino superior. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor no Curso CERS. Mestre em Direito Penal. Coordenador no Paraná da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Coordenador Geral do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais.

Uma das alterações da legislação processual penal introduzida pela lei nº 13.964/2019, é a tentativa de novamente estabelecer a execução provisória da pena, no caso, vinculada ao Tribunal do Júri.

A questão está inserida na modificação ao artigo 492 do Código de Processo Penal, em especial, pela inserção de letra e ao seu inciso I e três novos parágrafos, o 3º, o 4º e o 5º:

> *"Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:*
>
> *I - no caso de condenação:*
>
> *e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;*
>
> *§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do **caput** deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução*

pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia."

Claramente há uma tentativa, pela legislação infraconstitucional, do restabelecimento da execução provisória da pena, hipótese já rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

A questão ventilada na Lei nº 13.964/2019 diz respeito à execução provisória da pena quando o veredicto do Tribunal do Júri for condenatório, resultando a pena fixada em tempo igual ou superior a 15 (quinze) anos.

Evidente que se trata de condenação por delito grave, afinal diante de ação que colocou fim à vida humana, com particularidades que resultaram em expressivo apenamento e possibilidade grande de constituir hipótese qualificada, portanto, crime dotado de hediondez.

Inobstante, a questão a ser refletida é se, mesmo diante de situação particularmente grave, está o legislador infraconstitucional autorizado a ofertar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estrutura jurídica que atinja garantia constitucional, excluindo sua incidência para determinadas hipóteses.

A partir do julgamento das ADCs 43, 44, e 54, o Pretório Excelso retornou à sua posição histórica na matéria, restabelecendo a normalidade constitucional ao proclamar que o artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*, não deixa margem a dúvidas ou a controvérsias de interpretação, ou seja, a execução provisória da pena é incompatível com o regramento constitucional, pois há dependência do trânsito em julgado para que se possa iniciar o apenamento.

Assim, a única possibilidade de aprisionamento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é a de caráter processual, evidente que, desde que atendidas as regras específicas da espécie, atreladas de maneira lógica à necessidade de salvaguarda do processo e de seus efeitos, portanto, incompatível com o simples fluir de determinada etapa processual, ainda que seja a sentença condenatória.

Com isso, fica muito claro que mesmo tratando de delitos de gravidade extrema, como o homicídio com resultante de pena recorrível igual ou superior a 15 (quinze) anos, a determinação de cumprimento imediato da pena outra coisa não é que limitar a presunção de inocência, afirmando, por via infraconstitucional, ser esta presunção somente aplicável em algumas hipóteses, traçado que não foi o estabelecido na Lei Maior.

Claramente, portanto, a alteração promovida na matéria em comento, pela Lei nº 13.964/2019, é de todo inaplicável e eventual insistência nela por Juiz-Presidente do Tribunal do Júri implica em ter que reconhecer estar ele se contrapondo a matéria já pacificada pela Corte Suprema.

Não socorre, nesse sentido, o argumento de que ao julgar as ADCs 43, 44 e 54 o Pretório Excelso não abordou a nova redação do artigo 492 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, pois, independente do dispositivo alterado, a matéria de fundo é inexoravelmente a mesma, o conflito entre a execução provisória da pena e o estado constitucional de inocência, sendo amplamente conhecido que a Corte Constitucional, a quem cabe a última interpretação na matéria, já proclamou impossibilidade de aplicação da execução provisória da pena, não abrindo margem para qualquer exceção, até porque a

Constituição Federal não excepciona nenhuma situação à incidência da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Chama atenção a insistência em impor a execução provisória da pena pela legislação infraconstitucional, neste ponto, decorrente de proposta originária da chefia do Ministério da Justiça, pois demonstra resistência, incompatível com o regime democrático, em adotar, em matéria constitucional, as manifestações da Corte Maior, indicando instabilidade na separação e harmonia dos poderes, com aparência do desejo de setores de estabelecer seus desejos próprios como regras absolutas, à margem de qualquer debate ou respeito às estruturas fundamentais do Estado brasileiro.

A questão da insistência com a execução provisória da pena, também traz a desconfortável verificação de que efetivamente se tem caminhado para o sentido de supervalorização patrimonial e segmentação da sociedade, com total desrespeito aos aspectos humanitários mínimos, isto porque, ao passo que se insiste reiteradamente com a questão da execução provisória da pena não se cogita de garantir execução provisória, sem caução, nos processos não criminais, ou seja, cíveis, trabalhistas, tributários etc.

Destarte, ocorre uma insuperável contradição do sistema que admite que onde ocorre a imposição das medidas mais gravosas e irreversíveis possa se executar ainda pairando dúvida e onde ocorrem as medidas menos gravosas e reversíveis necessitar existir certeza jurídica.

Isso no campo da análise crítica demonstra algo ainda mais constrangedor, pois como a grande maioria das pessoas processadas criminalmente são de não integrantes das estruturas socialmente mais bem situadas, dentro de evidente seletividade sistêmica, enquanto a outra parcela da sociedade é justamente a grande clientela das execução cíveis, trabalhistas e tributárias, outra coisa não se verifica que a proteção da camada que na sociedade goza de mais benefícios e um ataque direto aos demais, talvez sequer por também cometerem delitos, mas apenas por serem incômodos aos interesses dos que são pelo sistema protegidos.

Não se pode deixar de dizer ser verdadeiro que os julgamentos pelo Tribunal do Júri tem particularidades, estando estruturados, nos diferentes países do mundo que o adotam, dentro de microssistemas próprios, gozando as decisões dos jurados de dignidade ímpar, porém, em um sentido muito mais profundo ao ofertado pela Lei nº 13.964/2019, que mais do que garantir dignidade à decisão dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

jurados, manifesta aparente desejo de simplesmente aumentar os mecanismos punitivos, redutores da liberdades e contribuir em um processo de prisionalização de algumas parcelas da sociedade.

A dignidade das decisões do júri principia pela inatacabilidade do mérito de suas decisões absolutórias, assunto sobre qual, a bem da verdade, a atividade legislativa e mesmo a Jurisprudência esquivam-se de tratar, com exceção de recentes e elogiosos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, em relação aos recursos contra a absolvição lastreada no quesito genérico (O jurado absolve o acusado?).

Nesse sentido é desarrazoado pretender respeito às decisões dos jurados para punir e desrespeito para bloquear o poder punitivo, o que se tem não é nenhum prestígio à instituição do júri, mas simples e direta medida redutora de direitos, em prol do agigantamento do poder estatal.

Não se deve esquecer, ainda, o que em trabalhos anteriores sobre o tema temos reiteradamente insistido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, no artigo 8º item 2, letra h, ao tratar das garantias judiciais deixa patente ser garantia decorrente da própria condição humana, a de recorrer ao menos uma vez, ou seja, a execução de uma pena, já a partir da decisão de primeiro grau, constitui verdadeiro ataque a aspecto essencial da pauta mínima dos direitos humanos, pois implica vedar, por via indireta, a possibilidade recursal, na medida em que retira qualquer eficácia real de eventual recurso, em prol da pessoa condenada.

Não se cogite que o cumprimento da pena a partir do primeiro grau não estaria em confronto com a Convenção Americana de Direitos Humanos por não impedir que o réu, se o desejar, recorra, pois este raciocínio é mera ficção, pois um recurso do réu que desde logo inicia o cumprimento da pena é um "não recurso", pois ainda que provido, seus efeitos são nulos, o tempo de pena cumprido é irreparável, não havendo como resgatar este tempo de vida indevidamente subtraído, o sofrimento havido, os danos colaterais para familiares, eventual perda de emprego, de patrimônio pela paralisação da atividade produtiva garantidora de sua manutenção, entre outras tantas consequências.

Também há que se afastar, com bastante veemência, a argumentação contra os direitos humanos que os associam a uma tutela de bandidos, contra as pessoas de bem. Essa argumentação de contornos segregacionistas e autoritários esbarra

no conhecimento básico sobre o tema, pois os direitos humanos não são e nunca foram pensados e desenvolvidos, senão para proteger todos os seres humanos, contra os abusos passíveis de serem praticados pela utilização do poder punitivo descontrolado.

Não minora o problema, ao contrário, o agrava as regras dos §§3ª, 5º e 6º do modificado artigo 492 do Código de Processo Penal, ao trazerem a possibilidade de que o juiz-presidente do júri ou o tribunal possam deixar de executar provisoriamente a pena, conferindo efeitos suspensivo à apelação, isto porque, somente é criada possibilidade de aprofundamento da seletividade sistêmica, estruturando mecanismo pelo qual a regra infraconstitucional que excetua a Constituição Federal, como se isso possível fosse, no que tange ao estado constitucional de inocência, somente será aplicável para alguns, definidos com base em critérios casuísticos, de ordem puramente subjetiva.

Válido afirmar, portanto, que no referente à alteração pretendida pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 492 do Código de Processo Penal nada se salva, sendo de toda inaplicável, marcando, porém, preocupante manifestação de confronto institucional e resistência de alguns setores em guiarem-se pelas regras constitucionais e democráticas, quando estas são contrárias a seus posicionamentos pessoais.

Por outro lado, a hipótese é muito oportuna para que seja reafirmado o compromisso constitucional, com posicionamento claro de que, mesmo em hipóteses de gravidade ímpar, mesmo em situações em que posicionamentos pessoais possam indicar o aprisionamento, o que ao final deve prevalecer é o estabelecido na Carta fundacional do Estado, pois, de outra forma, qualquer anseio de segurança jurídica é ilusório e, sem esta, o Estado Democrático de Direito resta corrompido e o caminho seguido é o da sua contra cara, ou seja, do totalitarismo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

UMA NOVA EXECUÇÃO CRIMINAL CONFUSA: TENDÊNCIA DE MAIS UMA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR: Procurador Federal; Concluiu o Curso de Formação de Oficiais (APMG) e Graduou-se em Direito (UniCEUB); Especialista em Direito Penal e Criminologia (UniCEUB); e em Metodologia do Ensino Superior (UniCEUB); Mestre (UFPE) e Doutor em Direito (UNZL); Professor, Procurador Federal e Advogado; Autor dos livros "Prescrição Penal", "Execução Criminal: Teoria e Prática" e "Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006" (Editora Atlas); e de vários artigos jurídicos.

1. BREVE INTRODUÇÃO

Inicialmente, gostaria de destacar que, recentemente publiquei artigo que foi concluído com o seguinte parágrafo:

> Em síntese, a Lei n. 13.964/2019 torna a *lei hedionda* ainda mais *hedionda*, isso porque amplia o rol de crimes hediondos, inserindo até crime em que a conduta preparatória constitui crime autônomo (art. 1º, parágrafo único, inc. V)...[1]

Este novo texto é resultado da cobrança de 2 amigos e especialmente da necessidade de esclarecer aquilo que consta da nova lei, em prenúncio de nova inconstitucionalidade, isso porque o STF decidiu e foi publicada a lei, mantida, mas que viola o princípio da proporcionalidade. Aliás, cria um grande problema.

Em um momento niilista, em uma política ao modo Trump,[2] em decorrência do Projeto de Lei n. 10.372/2018, de autoria de vários Deputados Federais,[3] que é denominado *Projeto Alexandre de Moraes* e de *Pacote Anticrimes*, hoje, *lei anticrimes*, foi que surgiu a Lei n. 13.964, de 24.12.2019, publicada no mesmo dia.

Neste artigo, nos ocuparemos da parte em que a lei que (segundo a sua ementa, "Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal") se ocupa da execução criminal. Em seu art. 4º, a Lei n. 13.964/2019 altera a Lei n. 7.210/1984 (Código de

Execução Criminal, mais conhecido como Lei de Execução Penal – porque assim se autodenomina), iniciando pelo seu controverso art. 9º-A, inserido pela Lei n. 12.654, de 28.5.2012.

2. ALTERAÇÕES NA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO

Apresento a seguir o art. 9º-A da Lei n. 7.210/1984 com os novos acréscimos em itálico:

> Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.
>
> § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.
>
> *§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.*
>
> § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.
>
> *§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.*
>
> *§ 4º O condenado pelos crimes previstos no **caput** deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.*
>
> *§ 5º (VETADO).*
>
> *§ 6º (VETADO).*
>
> *§ 7º (VETADO).*
>
> *§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.*

Seria alterado o *caput*, cuja nova redação seria a seguinte:

> Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

São razões do veto, conforme da Mensagem n. 726, de 24.12.2019, dirigida ao Presidente do Senado Federal:

> A proposta legislativa, ao alterar o *caput* do art. 9º-A, suprimindo a menção expressa aos crimes hediondos, previstos na Lei n. 8.072, de 1990, em substituição somente a tipos penais específicos, contraria o interesse público, tendo em vista que a redação acaba por excluir alguns crimes hediondos considerados de alto potencial ofensivo, a exemplo do crime de genocídio e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, além daqueles que serão incluídos no rol de crimes hediondos com a sanção da presente proposta, tais como os crimes de comércio ilegal de armas, de tráfico internacional de arma e de organização criminosa.[4]

Esta é uma matéria que, caso o STF venha se posicionar de forma garantista, declarará a inconstitucionalidade do art. 9º-A. No entanto, foi declarada repercussão geral, em 24.6.2016, no RE 973837-MG, havendo parecer da PGR pelo improvimento do recurso.[5] O veto evita um erro, mantendo outro, visto que o tráfico ilícito de psicotrópicos, crime assemelhado a hediondo continua fora da autorização para o cadastro de perfil genético, quando se trata de crime constitucionalmente assemelhado a hediondo. De todo modo, mantenho a minha posição, exposta academicamente alhures:

> Não vou me estender muito sobre o assunto, apenas esclarecendo que concordo com Pacelli, no sentido de que o art. 9º-A do CEC é inconstitucional,[6] eis que não prevê prazo para manutenção do cadastro no perfil genético dos condenados.[7]

Ao contrário de corrigir a inconstitucionalidade, a reforma que visa a aprimorar a legislação, amplia o alcance do inconstitucional cadastro de perfil genético. Pior, considera falta grave a pessoa se recusar a fornecer dados e materiais biológicos para tal cadastro. Ao meu sentir, é inconstitucional obrigar uma pessoa a produzir prova criminal contra si mesma.

Creio que já li sobre o princípio *nemo tenetur se degenere*, "segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em atividade probatória da acusação".[8] Veja-se que o cadastro é pior do que isso, é uma prova predisposta, caso o cadastrado venha a praticar crime, o Estado terá como encontrá-lo por intermédio dos dados armazenados.

Tenho até medo de citar Luigi Ferrajoli, mesmo academicamente, porque, após fazer sustentação oral em um *habeas corpus*, ouvi de uma Desembargadora de Justiça que pretende um garantismo em um sistema de justiça que não prestigie o acusado, como o preconizado por Ferrajoli,[9] mas que defenda a sociedade pelo rigor jurídico criminal. Em suma, que se danem os direitos individuais em nome de uma suposta boa coletividade. No Brasil de hoje, a posição da referida Desembargadora de Justiça, que sequer merece ter o nome citado para não ser valorizada, tem grande número de obstinados apoiadores, o que faz com que as leis caminhem nessa direção policialesca e punitivista. Apenas posso afirmar com Assis Toledo:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A lei penal mais repressiva, com penas cruéis, já foi utilizada aqui e alhures, mas contraditoriamente deu como resultado novos tipos de crime, como ocorreu com gangsterismo por ocasião da lei seca... É um círculo vicioso interminável.[10]

O novo § 1º-A do art. 9º-A nada ou pouco acresce. Garantia de respeitar regras científicas é o mínimo que se pode esperar de um Estado de Direito.

Doutrinariamente se afirma ser o *direito criminal do autor* inconstitucional. É isso que consagra o art. 9º-A, especialmente o seu § 2º, razão de não concordar com o mesmo e a ampliação dos rigores para o tal cadastro de perfil genético, eis que defendo a sua revogação.

O novel § 3º procura acrescer algo garantista ao condenado. Isso não retira o caráter de um ultrapassado *Direito Criminal do Autor* ao prestigiar o famigerado cadastro de perfil genético. Essa valorização fica mais clara no § 4º, o qual determina a submissão ao cadastro na fase da execução criminal, caso não tenha isso havido antes.

O § 5º e as razões do seu veto se seguem:

> § 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.
>
> **Razões do veto**
>
> A propositura legislativa, ao vedar a utilização da amostra biológica coletada para fins de fenotipagem e busca familiar infralegal, contraria o interesse público por ser uma técnica que poderá auxiliar no desvendamento de crimes reputados graves, a exemplo de identificação de irmãos gêmeos, que compartilham o mesmo perfil genético, e da busca familiar simples para identificar um estuprador, quando o estupro resulta em gravidez, valendo-se, no caso, do feto abortado ou, até mesmo, do bebê, caso a gestação seja levada a termo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Somente um utilitarismo exagerado poderá levar à justificação do veto. Ele é ruim por si mesmo, eis que pretender alcançar outrem por meio de um inocente, como se os fins justificassem o meio poderia justificar o absurdo veto. Se a pessoa sujeita ao exame não é autora do crime, por que deverá se submeter ao exame?

O veto pretende tão somente prestigiar a inconstitucionalidade de se ter uma investigação criminal que não respeita direitos fundamentais de primeira dimensão.

Curiosamente, tendente a minimizar a inconstitucionalidade do art. 9º-A, vetou-se o § 6º do art. 9º-A. Veja-se:

> § 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do **caput** deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.
>
> **Razões do veto**
>
> A proposta legislativa, ao prever o descarte imediato da amostra biológica, uma vez identificado o perfil genético, contraria o interesse público tendo em vista que a medida pode impactar diretamente no exercício do direito da defesa, que pode solicitar a refeitura do teste, para fins probatórios. Ademais, as melhores práticas e recomendações internacionais dizem que após a obtenção de uma coincidência (**match**) a amostra do indivíduo deve ser novamente testada para confirmação do resultado. Trata-se de procedimento de controle de qualidade com o objetivo de evitar erros.

Seria inconstitucional a prova não submetida ao crivo do contraditório, razão de se concordar com o veto. Pior é a pretensão da manutenção do *Direito Criminal do Autor* na legislação criminal pátria, razão de entender que todo art. 9º-A seja declarado inconstitucional.

O § 8º estabelece: "Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético". Ao meu sentir, isso é inconstitucional por violar o princípio *nemo tenetur se degenere*, conforme já afirmamos anteriormente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Consequência natural da inserção do § 8º no art. 9º-A, foi o novel art. 50, inc. VIII, que inclui a falta grave de o condenado se "recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético". Ocorre que tal obrigatoriedade viola o princípio *nemo tenetur se degenere*.

3. MAIS RIGORES PARA O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A Lei n. 13.964/2019 modificou o *caput* do art. 52, com todos os seus incisos (embora tenha mantido a redação do inc. II), passando a dispor:

> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:
>
> I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;
>
> II - recolhimento em cela individual;
>
> III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas;
>
> IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;
>
> V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário;
>
> VI - fiscalização do conteúdo da correspondência;

VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros:

I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;

II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

§ 2º (Revogado).

§ 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

§ 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso:

I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade;

II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário.
>
> § 5º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais.
>
> § 6º A visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário.
>
> § 7º Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos.

A redação originária do Código de Execução Criminal trazia apenas o art. 52, sem incisos e parágrafos, com a seguinte redação: "A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e sujeita o preso, ou condenado, à sanção disciplinar, sem prejuízo da sanção penal".

Na 3ª edição do meu *Execução criminal: teoria e prática*, inseri um apêndice intitulado "Comentários ao Projeto de Lei n. 12/2003". Na ocasião, iniciei expondo:

> Existem vários projetos de lei no Congresso Nacional, todos tendentes à modificação da Lei de Execução Penal, sendo principais o que ora está em tramitação na Câmara dos Deputados sob o n. 5.075/2001. O Projeto de Lei n. 5.075/2001 ganhou novo número no Senado, passando a ser o n. 12/2003. Aquele tem sido chamado de "lepona" e este, o que comentamos, de "lepinha".
>
> .....

> O Manual está repleto de colocações contrárias à ideia de que o problema da criminalidade pode ser superado pela simples edição de nova lei criminal. A grande inflação legislativa leva à banalização do Direito Criminal,[11] ao contrário de dar-lhe maior conotação científica ou utilitária. Entretanto, fácil é perceber que inúmeros fatos graves, de conotação criminal, com indícios de envolvimento de presos, fazem emergir a urgência de aprovação do Projeto de Lei n. 12/2003, como se a nova lei fosse a resposta necessária à criminalidade e superasse todos os problemas.[12]

O Projeto de Lei n. 5.075/2001 (PLS n. 12/2003) transformou-se na Lei n. 10.792, de 1.12.2003, a qual inseriu incisos no *caput* do art. 52 do Código de Execução Criminal e os §§ 1º-2º.[13] Também, os arts. 3º-8º da Lei n. 10.792/2003 regulou o regime disciplinar diferenciado e ela aproveitou a parte do Projeto de Lei n. 5.075/2001 para disciplinar o interrogatório, alterando os art. 185-196 do Código de Processo Penal. Agora, a Lei n. 13.764/2019, inseriu no § 2º no 1º e, consequentemente, revogou o § 2º.

O novel inc. I, ao meu alerta, carecia, no mínimo de melhora na técnica legislativa. Com efeito, antes da aprovação da Lei n. 10.792/2003, afirmei:

> ...o legislador desconhece o art. 10 do CP, uma vez que se o conhecesse não teria pensado em 360 dias, mas em um ano, tendo em vista que o prazo de direito material criminal é contado segundo o calendário comum...
>
> O art. 52 da LEP está repleto de equívocos... infrações distintas devem gerar sanções também distintas,... não é coerente estabelecer o máximo de 1/6 da pena,... Em síntese, melhor seria criar *regime disciplinar diferenciado* com prazo inferior a um ano, mas com possibilidade de imposição por todo o período da pena.[14]

Os prazos penais devem ser previstos em dias, meses e anos. A nova redação, adequou a linguagem ao previsto no art. 10 do Código Penal. Mas, o ideal mesmo seria desaparecer com o regime disciplinar diferenciado do nosso sistema legislativo. Ao contrário, ampliou-se o prazo de 1 ano para 2 anos, sem o limite máximo de 1/6 da pena.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os direitos do preso no regime disciplinar diferenciado serão significativamente mitigados, visto que não se possibilitarão visitas íntimas, nem contatos físicos (inc. III). Mais ainda, a visitas serão gravadas em sistema de áudio ou áudio e vídeo e, com autorização judicial, ser fiscalizada por Agente Penitenciário (§ 6º). A entrega de algum objeto ou documento ao preso, somente poderá se dar por intermédio do Defensor e com expressa autorização judicial (inc. V).

A fiscalização do conteúdo da correspondência, com previsão expressa no inc. VI do *caput* do art. 52, já é aplicada a todos os presos, o que natural para evitar graves perturbações da ordem e tráfico ilícito de psicotrópicos. Mas, a preferência por audiências judiciais por vídeo conferência é algo pouco justificável se o preso estiver na comarca ou circunscrição judicial de se concretizará a audiência. De todo modo, em nome da segurança pública, muitas restrições aos direitos fundamentais têm se concretizado.

O § 3º do art. 52 obriga o recolhimento em presídios federais dos líderes de organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que atuem em 2 ou mais Estados da Federação. Nesses casos, o regime disciplinar diferenciado se dará com alta segurança interna e externa para evitar os contatos com os seus antigos grupos ou rivais (§ 5º).

A supressão do prazo máximo do regime disciplinar diferenciado, em 1/6 da pena, permitiu a criação do § 4º, o qual autoriza a prorrogação do prazo do regime por períodos de 1 ano se a pessoa continuar apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem e da sociedade; ou se a pessoa mantiver vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada.

O § 7º possibilita que o preso no regime disciplinar diferenciado que não receber visitas, após 6 meses de ingressar no regime, possa ter contato telefônico com uma pessoa da família, por 10 minutos, 2 vezes por mês, sendo tais telefonemas gravados. Observe-se a prática do Direito Penal do Inimigo, de extremo simbolismo que constatamos no dia-a-dia: elegem um inimigo do RJ, transferem para o DF e o máximo que ele poderá ter de contato com apenas 1 ente familiar, por mês, será de 20 minutos, com tudo gravado. Isso viola o princípio da humanização da pena.

4. UM SISTEMA PROGRESSIVO MAIS BRASILEIRO E MENOS IRLANDÊS

Acerca dos sistemas penitenciários clássicos, academicamente, expliquei:

1. ***Modelo pensilvânico*** (ou **regime da Filadélfia**) (1828): baseado no completo isolamento celular, em que os condenados não podiam sair da cela em nenhum momento, sendo que somente depois de alguns anos de criado é que foi autorizado o trabalho, mas ainda na cela. Tal sistema autoriza o exercício permanente da tortura, aniquilando a dignidade humana.[15]

2. ***Sistema alburniano*** (ou do **silêncio**): iniciado no Estado de New York, com a Penitenciária de Alburn, consiste no trabalho em comum diurno, com isolamento celular durante à noite.[16] Tanto o sistema alburniano como o pensilvânico, na última fase, vedam a comunicação com o exterior e baseiam sua eficácia no trabalho.[17]

3. ***Sistema progressivo***: iniciado em 1840 por Maconochie, Capitão da Marinha Inglesa, tendo sido aplicado na Austrália aos deportados da Grã-Bretanha, previa três fases: (a) período de prova (isolamento diuturno com trabalho obrigatório); (b) trabalho em comum durante o dia e isolamento noturno; (c) livramento condicional.[18] O ***sistema irlandês*** adotou o ***sistema progressivo*** (ou ***inglês***), introduzindo um novo estágio a este, ou seja, antes de entrar em livramento condicional, o condenado passava por uma fase intermediária, que era a do trabalho externo. Também fragilizou a ideia concebida, que era a da adoção do ***sistema pensilvânico*** durante o primeiro estágio, e durante o segundo estágio não mais exigia a rigidez do ***sistema alburniano***, rigores adotados pelo ***sistema progressivo inglês***.[19]

4. Também é importante o ***Sistema de Elmira***, instituído em 1876, o qual é um modelo progressivo, mas que não tem pena determinada. Aliás, o estabelecimento tem caráter reformatório, ou seja, o interesse maior não é fazer com que o infrator tenha que pagar a pena, mas que o mesmo melhore,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> optando, portanto, pela pena indeterminada, ou seja, o condenado, de acordo com seu comportamento, poderia ter o prazo da pena aumentado ou diminuído, pois a pena seria extinta somente no dia em que se tornasse evidente sua recuperação.[20]

Veja-se que partimos de um sistema de isolamento total para um sistema de silêncio, tentando evitar a promiscuidade e a má-influência de um preso sobre outro para um sistema mais flexível. O Brasil, adota um sistema inspirado no progressivo irlandês, mas vem estabelecendo rigores pretendendo resgatar um sistema próximo ao do isolamento, visto que amplia os rigores do regime disciplinar diferenciado e cria novos dificultadores à progressão de regime.

A Lei n. 13.964/2019 alterou significativamente a redação ao art. 112 da Lei n. 7.210, de 11.7.1984 (constarão em itálico, as novas alterações):

> *Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:*
>
> *I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.[21]

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

§ 7º (VETADO). (NR)

Vê-se que o *caput* foi dividido em incisos e os §§ 1º e 2º ganharam novas redações, mas foram mantidos os §§ 3º e 4º. Estes foram introduzidos na Lei n. 7.210/1984 por força da Lei n. 13.769, de 19.12.2018, visando a adequar o nosso Código de Execução Criminal à decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos do *Habeas Corpus* n. 143.641/SP,[22] sendo recomendável a leitura de texto específico sobre tal lei, que visa a adequar a individualização da pena da mulher grávida, com filho criança ou dependente com deficiência física.[23]

A seguir, em um quadro comparativo, apresentarei os requisitos da Lei n. 13.964/2019, a qual, em seu art. 4º, altera a Lei n. 7.210/1984. Informarei como a lei

estava redigida e, sucintamente, esclarecerei sobre eventual alteração ou manutenção dos requisitos temporais legais.

Lei n. 7.210, de 11.7.1984, art. 112: inovações acerca do requisito temporal para progressão de regime		
Dispositivo	Requisito: nova lei	Lei anterior
Inc. I	16% - primário em crime sem violência ou grave ameaça	1/6 – houve arredondamento, visto que representa 16,666667%
Inc. II	20% - reincidente em crime sem violência ou grave ameaça	Inovação legislativa (20% é igual a 1/5). Antes era 1/6.
Inc. IIII	25% - primário em crime com violência ou grave ameaça	Inovação legislativa (25% é igual a 1/4). Antes era 1/6.
Inc. IV	30% - reincidente em crime com violência ou grave ameaça	Inovação legislativa (30% é quase 1/3). Antes era 1/6.
Inc. V	40% - primário em crime hediondo ou assemelhado	Mantido o requisito anterior (art. 2º, § 2º da Lei n. 8.072/1990). 40% é o mesmo que 2/5.
Inc. VI	50% - primário em: (a) crime hediondo ou assemelhado com resultado morte; (b) exercer comando em organização criminosa para	Inovação legislativa. 50% é o mesmo que 1/2. Antes era 2/5.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

	crime hediondo ou assemelhado; (c) constituição de milícia privada	
Inc. VII	60% - reincidente em crime hediondo ou assemelhado	Mantido o requisito anterior (art. 2º, § 2º da Lei n. 8.072/1990). 60% é o mesmo que 3/5.
Inc. VIII	70% - reincidente em crime hediondo ou assemelhado com resultado morte	Inovação legislativa. 70% é mais do que 2/3, o exigido para o livramento condicional de primário em crime hediondo ou equiparado
§ 3º	1/8 – mulher gestante, mãe de criança ou responsável por deficiente	Inserido pela Lei n. 13.769/2018, no caso de qualquer crime e sendo ela primária ou reincidente (1/8 é igual a 12,5%)

Os sistemas de computação utilizados para a execução criminal estão preparados para no caso de condenado por crime hediondo ou assemelhado e por outros crimes, utilizarem o requisito de 3/5 para as penas por crimes hediondos e assemelhados e 1/6 para os demais crimes.[24] Hoje, a distinção será muito mais imperiosa e difícil de se efetivar.

Sendo Tício primário em crime sem violência ou grave ameaça contra pessoa, condenado a 2 penas, 1 de 3 anos e outra de 2 anos, deverá cumprir 16% de 5 anos para progredir de regime. Mas se for considerado reincidente em uma das sentenças, o requisito será de 20% de 5 anos para a progressão de regimes.

No caso de Caio, primário, ser condenado por crimes sem violência e grave ameaça contra a pessoa à pena de 3 anos e considerado reincidente em nova condenação, à pena de 8 anos, por crime com violência ou grave ameaça contra a pessoa, deverá cumprir 16%, de 3 anos, e 25%, de 8 anos, para progressão de

regime, eis que Caio será primário em crime com violência ou grave ameaça contra pessoa.

Veja-se que o requisito de 30% exigirá ser "reincidente em crime com violência à pessoa ou grave ameaça". O mesmo critério se aplicará aos demais requisitos, em que serão exigidos percentuais superiores (40%, 50%, 50% e 70%), visto que entendimento diverso levará à injustificável violação ao princípio da legalidade. Assim, se condenado por um crime hediondo sem violência real contra pessoa e outro com resultado morte, para o primeiro crime o requisito será 40% da pena, enquanto para o 50% será 50%.

4.1 Omissão legislativa quanto ao exame criminológico

A redação originária do Código de Execução Criminal era técnica, exigindo o requisito temporal de 1/6 da pena e exame do mérito, facultando expressamente a realização de exame criminológico para efetiva compreensão do mérito.[25]

A Lei n. 10.792/2003 tentou adequar o art. 112 ao art. 2º da Lei n. 8.072/1990, o qual estabelecia o regime integralmente fechado para o condenado por crime hediondo ou assemelhado. À época, esse preceito violador do princípio da individualização da pena era considerado constitucional pelo STF. Mais ainda, o parágrafo único foi desmembrado em 2 parágrafos, retirando-se a referência expressa ao exame criminológico.[26] Alguns começaram a aduzir que era vedada a submissão ao exame criminológico para aferir o mérito para a progressão de regime. No entanto, me posicionei no sentido de que não haveria excesso na determinação para submissão ao referido exame.[27]

Embora o § 1º do art. 112 só faça referência à boa conduta e o § 2º só exija a manifestação do Ministério Público e da defesa técnica, é razoável exigir-se, em alguns casos, a submissão do condenado ao exame criminológico para aferir o mérito.

4.2 Favorecimento às mulheres

Se antes eu já manifestava a minha preocupação com o favorecimento às grávidas e mães durante a execução, os novos rigores tornam ainda mais oportuna a preocupação, assim exposta:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Sem aprofundar uma discussão de gênero, registra-se que a isonomia é relativa e não parece adequado partir do pressuposto que mulher seja sempre melhor para a educação de filhos do que o homem. Também, não parece coerente conceder um prêmio à mulher que vier a engravidar com o único objetivo de alcançar um benefício na execução criminal ou prisão provisória.
>
> Concluo dizendo que, embora tenha algumas objeções à nova lei, considero pior a perspectiva punitivista que assola o Brasil e entendo que devemos repensar todo sistema jurídico-criminal para combatermos o alarmante crescimento da criminalidade.[28]

Uma condenada por crime hediondo, que seja reincidente, terá que cumprir 70% da pena para progredir de regimes, ou seja, 14 anos. No entanto, caso se engravide ou venha a parir no cárcere, o requisito temporal cairá para 5 anos. Isso justifica a minha preocupação. No entanto, antes de pensar em piorar o tratamento às mulheres, estou certo que os rigores só levarão a piorar o caos carcerário do que já concretizamos no Brasil, eis que fatalmente acentuará a superpopulação carcerária.

4.3 Complicadores advindos da interrupção do prazo pela prática de falta grave

O rol de faltas graves consta do art. 50 do Código de Execução Criminal. O cometimento de qualquer delas, segundo o § 6º do seu art. 112, interromperá o prazo para obtenção de progressão de regime.

Altamente discutível é o § 6º do art. 112, visto que um condenado reincidente à pena de 20 anos e que cumprir 10 anos, dos 14 necessários à progressão, terá o prazo do requisito de progressão interrompido, ultrapassando a pena total. Nesse caso, a única interpretação lógica possível será considerar inconstitucional o referido dispositivo legal, isso por violar o princípio da proporcionalidade.

Veja-se o imbróglio criado: **(a)** o ato de fugir constituirá falta grave (Código de Execução Criminal, art. 50, inc. II); **(b)** interrompem o prazo prescricional, o início e a continuação do cumprimento da pena (Código Penal, art. 117, inc. III); **(c)** no

caso de fuga ou de revogação do livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena (Código Penal, art. 113).

Entender que o § 6º do art. 112 do Código de Execução Criminal impõe considerar que a interrupção deverá ser entendida literalmente, ou seja, que o prazo de cumprimento anterior à interrupção deverá ser desprezado, reiniciando-se a contagem tomando por base o total da pena, conduzirá, em muitos casos, à impossibilidade de nova progressão de regime. Pior, levaria à necessária interpretação de que o art. 113 do Código Penal estaria tacitamente revogado senão haveria uma incompreensível aceitação de que o rigor só obstará a progressão de regimes, em uma diferença radical de valorização de situações semelhantes.

A interpretação restritiva do § 6º do art. 112 do Código de Execução Criminal, permitirá entender que a falta grave não impedirá a concessão de livramento condicional, haja que este não representará progressão de regime, podendo ingressar no livramento condicional quem se encontrar no regime fechado.

Não podemos nos olvidar do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 4.9.1942). Assim, naquilo que a nova lei quis alterar em relação ao livramento condicional, o fez. E, como lei especial que é, não podemos entender que revoga tacitamente o Código Penal naquilo que não regula expressamente.

O fato é que retirar a esperança de menor rigor na execução da pena, mediante progressão paulatina, que inspirou o surgimento do sistema progressivo irlandês, representa um retrocesso perante o atual estado de civilização. A cada vez que nos distanciamos, mais de tal sistema, tendemos a criar um caos ainda maior.

As unidades federativas mais estruturadas estão utilizando o *regime semiaberto* harmonizado, pelo qual o condenado permanece em prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Nas outras unidades federativas, nem isso há para o condenado no regime semiaberto, bastando assinar periodicamente uma folha de frequência e cumprir determinadas condições. Aumentando o rigor maior será o descumprimento prático da lei, isso por falta de estrutura.

5. MAIORES RIGORES PARA O LIVRAMENTO CONDICIONAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O livramento condicional, segundo o sistema irlandês, é a última fase. No entanto, admitimos que o condenado possa ingressar no livramento condicional, ainda que esteja no regime fechado.

Na prática, o livramento condicional será mais grave do que o regime aberto e, na maioria das comarcas brasileiras, pior do que o regime semiaberto, pois nelas, o regime semiaberto será apenas "assinar quinzenalmente ou mensalmente". De todo modo, falemos da lei.

O Código Penal regula os requisitos para a concessão do livramento condicional no art. 83, o que será apresentado em pequenos tópicos adiante.

5.1 Requisitos objetivos: art. 83 do Código Penal

Condenação à pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 anos (*caput*); não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses (inc. III, alínea "b"); prova de poder prover a própria subsistência licitamente (inc. III, alínea "d"); reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo (inc. IV); submissão ao exame criminológico (parágrafo único); ter cumprido parte da pena, a saber:

- 1/3 se for primário ou reincidente em crime negligente;
- 1/2 se for reincidente em crime doloso;
- 2/3 se for primário em crime hediondo.

O Código de Execução Criminal prevê um procedimento para a concessão do livramento condicional que trazem outros requisitos objetivos, por exemplo, obrigatoriedade de manifestação do Conselho Penitenciário (art. 131).

5.2 Requisito subjetivo: mérito (art. 83 do Código Penal)

Bom comportamento (inc, III, alínea "a"); bom desempenho no trabalho (inc. III, alínea "c"); e resultado do exame criminológico.

5.3 Proibição de concessão do livramento condicional

A Lei n. 8.072, de 8.072, de 25.7.1990, inseriu o inciso V no art. 83 do Código Penal, criando uma nova espécie de reincidência específica para efeitos de proibição de livramento condicional. Será reincidente específico condenado por crime

hediondo e vier a praticar outro crime hediondo ou assemelhado. Esse não poderá obter livramento condicional.

Ao alterar o art. 112 do Código de Execução Criminal, a Lei n. 13.964/2019 criou nova proibição ao livramento condicional, conforme transcrito no início deste artigo, a saber: condenado primário em crime hediondo ou assemelhado com resultado morte (inc. VI, alínea "a).

O Código Penal prevê que se o livramento condicional for revogado, pela mesma condenação não poderá haver novo livramento condicional, salvo quando a revogação resultar de condenação por outro crime anterior ao início do benefício (art. 88).

Enfrentaremos adiante um tema complicado que é acerca da intertemporariedade da lei, em relação à execução criminal e, especialmente, em face do livramento condicional.

6. APLICABILIDADE, PARCIAL, IMEDIATA DA LEI N. 13.964/2019

O surgimento da Lei n. 8.072/1990 de 1990 fez reacender a discussão sobre a aplicação intertemporal da norma de execução criminal. Naquela ocasião, Alberto Silva Franco se posicionou pela irretroatividade dos rigores da referida lei, seja em relação aos à proibição de progressão de regime ou obtenção de livramento condicional.[29]

Atento ao art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, Auri Lopes Jr. não admite a tese sequer da irretroatividade da lei processual criminal mais benéfica, visto que a Constituição Federal não distinguiu e entende não ter fundamento científico pretender distinguir a lei material da lei processual. Criticando a regra da imediatidade da lei processual, ele entende ser ele aplicável apenas às regras procedimentais puras, que não ensejarem gravames aos acusados. Daí, propor uma (re)leitura constitucional da matéria.[30]

Citado por Aury Lopes Jr, Paulo Queiroz trata especificamente do regime disciplinar diferenciado, expondo:

> Exemplo disso foi dado pela Lei n. 10.792/2003, que, alterando a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), introduziu (art. 52) o regime disciplinar diferenciado, que consiste no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> cumprimento da pena em condições extremamente penosas para o preso, regime a ser imposto exclusivamente àqueles que cometeram delito após a sua vigência, e não antes, sob pena de violação ao princípio da legalidade da pena.[31]

Este texto já está longo, razão de não nos estendermos sobre a questão respeito. Mas, posiciono-me a favor da regra da imediatidade em relação às normas eminentemente processuais. Assim, como o Supremo Tribunal Federal decidiu, acerca dos rigores dos regimes das penas, entendo ser irretroativa a norma jurídica mais grave. Mas, é retroativa a mais benéfica.[32]

Imagine-se, Mévio, primário em crime sem violência ou grave ameaça contra pessoa, foi condenado a 20 anos de prisão. O requisito para progressão de regime, segundo a nova lei (16%), será 3 anos, 3 meses e 28 dias. Na lei anterior, o requisito (1/6) era 3 anos e 4 meses. Portanto, a Mévio a lei retroagirá.

Contrariamente, imagine-se que Tício, reincidente em crime com violência ou grave ameaça contra pessoa, venha a ser condenado a 20 anos de prisão. Na lei anterior, o requisito (1/6) é de 3 anos e 4 meses, enquanto na nova lei, o requisito seria de 6 anos. Assim, essa inovação será irretroativa, aplicando-se a regra anterior.

7. CONCLUSÃO

O presente texto evidencia que todos erram. Considero equivocados os novos rigores, afastarmos de uma progressão paulatina, em quatro fases. Veja-se que a nova lei é fruto de um trabalho conduzido por Ministro do STF, discutido no Congresso Nacional e Sancionado pelo Presidente da República. Assim, não se deve isolar um dos Poderes da República Federativa do Brasil para atribuir a ele toda culpa pelo retrocesso representado pela nova lei.

Falei da vontade de rigor, mas remeti o histórico legislativo àquele texto foi citado no início deste artigo. Aqui, restringi a abordagem ao Código de Execução Criminal, tratando inicialmente da ampliação dos rigores do cadastro de identificação do perfil genético, o qual tenho por inconstitucional, especialmente quando obriga o condenado a produzir prova preordenada contra si mesmo. Mas, a matéria está em discussão perante o STF, com declaração de repercussão geral, esperando que ela tenha uma interpretação respeitadora de direitos fundamentais ali.

Passei superficialmente pelo garantismo, que tem bases sólidas. Mas, entendo ser necessário conjugar posições distintas para não cair em extremismos, como é exagerado o do momento, o qual traz tão somente um discurso policialesco de rigor.

A seguir, tratei dos novos rigores do regime disciplinar diferenciado, isso sem deixar de elogiar a evolução legislativa ao mencionar os prazos. Mas, ele tende ao sistema penitenciário do isolamento, que não deu certo. Resgatá-lo é um erro. Então, fiz uma defesa da necessidade de recuperarmos um pouco da inspiração irlandesa de um sistema progressivo da pena.

Apresentei o novo art. 112 do Código de Execução Criminal, comparando com o que havia antes e as modificações anteriores à Lei n. 13.964/2019, operadas pela Lei n. 10.792/2003, também, ruim.

Demonstrei a minha preocupação com o fomento à gravidez irresponsável, em face da Lei n. 13.769/2018, remetendo o leitor a outro artigo da minha autoria. O pior é que a nova lei fomenta ainda mais a gravidez inconsequente da mulher presa.

Procurei demonstrar que os requisitos devem ser considerados separadamente, podendo-se até por agrupar penas, mas por categorias de condenações: primário em crime sem violência ou grave ameaça contra pessoa; reincidente em crime com violência ou grave ameaça contra pessoa etc.

Passei superficialmente pelo exame criminológico, esquecido pelo legislador. Porém, cheguei ao terrível complicador advindo da previsão de interrupção do prazo pelo cometimento de falta grave, considerando absurda a previsão legislativa, especialmente, ante tantos novos rigores. Depois, comentei os novos rigores ao livramento condicional, especialmente a proibição da concessão do benefício ao condenado primário por crime hediondo ou assemelhado com resultado morte.

Finalmente, defendi a retroatividade benéfica da nova lei, mas a sua irretroatividade, em matéria de execução criminal, naquilo que ela for mais grave. Nessa parte, ela só poderá ser aplicada aos crimes cometidos a partir de 23.1.2020.

Não se olvide, em breve, o Estado não suportará o grande número de presos e ele próprio buscará corrigir o erro já praticado com a Lei n. 8.072/1990, que proibia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a progressão de regimes, pois se continuar como está, logo teremos mais brasileiros presos do que em liberdade.

Longe de esgotar a matéria, para não transformar este artigo em um ensaio cansativo, afirmo que a nova lei é essencialmente mais grave (só é menos grave no arrendondamento de 1/6 para 16%) e, portanto, é irretroativa, só alcançando fatos que se concretizaram após 23.1.2020, salvo nos casos em que ela for mais benéfica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 10.372, apresentado em 6.6.2018. Deputados Federais José Rocha (PR/BA), Marcelo Aro (PHS/MG) Wladimir Costa (SD/PA) *et al*. Disponível em: <*https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170*>. Acesso em: 2.1.2020, às 2h05.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem n. 726, de 24.12.2019. Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm*>. Acesso em: 22.1.2019, às 19h41.

BRASIL. STF. 2ª Turma. *Habeas Corpus* n. 143.641/SP. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento, em 20.2.2018. Disponível em: <*http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053*>. Acesso em: 18.4.2019, às 2h.

BRASIL. STF. Pleno. RE 97383. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <*http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018*>. Acesso em: 22.1.2019, às 20h46.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. 3, v. 1.

_____. *Exame criminológico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 284-285.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: notas sobre a Lei 8.072/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o homem do século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 2.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal*: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Manual de execução penal*: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Participação em suicídio. Novo crime formal e que pode não ser propriamente contra a vida. Teresina: Revista Jus Navigandi, Dez2019. Disponível em: <*https://jus.com.br/artigos/78705/participacao-em-suicidio-novo-crime-formal-e-que-pode-nao-ser-propriamente-contra-a-vida*>. Acesso em: 2.1.2020, às 1h38.

_____. Rápidas considerações acerca da Lei n. 13.769/2018. Teresina: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, ano 24, n. 5774, 23.4.2019. Disponível em: <*https://jus.com.br/artigos/73455*>. Acesso em: 19.1.2020, às 15h24.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. v. 1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

TEMONTI, Giulio. Apresentação. GRAZIANO, Giusepe. *Il futuro del diritto penale*. Milão: Seam, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOTAS:

[1] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Participação em suicídio. Novo crime formal e que pode não ser propriamente contra a vida. Teresina: Revista Jus Navigandi, Dez2019. Disponível em: <*https://jus.com.br/artigos/78705/participacao-em-*

suicidio-novo-crime-formal-e-que-pode-nao-ser-propriamente-contra-a-vida>. Acesso em: 2.1.2020, às 1h38.

[2] HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o homem do século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 31.

[3] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 10.372, apresentado em 6.6.2018. Deputados Federais José Rocha (PR/BA), Marcelo Aro (PHS/MG) Wladimir Costa (SD/PA) *et al*. Disponível em: <*https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170*>. Acesso em: 2.1.2020, às 2h05.

[4] BRASIL. Presidência da República. Mensagem n. 726, de 24.12.2019. Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm*>. Acesso em: 22.1.2019, às 19h41.

[5] BRASIL. STF. Pleno. RE 97383. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <*http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018*>. Acesso em: 22.1.2019, às 20h46.

[6] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 396-397.

[7] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal*: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2014. p. 168.

[8] LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 242.

[9] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[10] TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. IX.

[11] TEMONTI, Giulio. Apresentação. GRAZIANO, Giusepe. *Il futuro del diritto penale*. Milão: Seam, 1998. p. 11.

[12] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Manual de execução penal*: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 358-359.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[13] Com a Lei n. 10.792/2003, a redação passou a ser a seguinte:

> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:
>
> I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
>
> II - recolhimento em cela individual;
>
> III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
>
> IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.
>
> § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.
>
> § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

[14] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Manual... Op. cit.* p. 362. Na última edição, já com novo título: MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução... Op. cit.* p. 200.

[15] COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. 3, v. 1, p. 1.455.

[16] Ibidem. p. 1.456.

[17] LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 2, p. 90.

[18] COSTA, Álvaro Mayrink da. *Exame criminológico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 284-285.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[19] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. v. 1, p. 269.

[20] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução... Op. cit.* p. 378-379.

[21] Redação anterior:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.
>
> § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.
>
> § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

[22] BRASIL. STF. 2ª Turma. *Habeas Corpus* n. 143.641/SP. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento, em 20.2.2018. Disponível em: <*http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053*>. Acesso em: 18.4.2019, às 2h.

[23] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Rápidas considerações acerca da Lei n. 13.769/2018. Teresina: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, ano 24, n. 5774, 23.4.2019. Disponível em: <*https://jus.com.br/artigos/73455*>. Acesso em: 19.1.2020, às 15h24.

[24] Nos autos do Agravo na Execução n. 20180020005086 (0000508-47.2018.8.07.0000), a 2ª Turma do TJDFT decidiu:

> Execução penal. Crime hediondo e crime comum. Concurso formal. Progressão de regime. Fração.
>
> 1 - Tratando-se de concurso formal entre crime hediondo e crime comum, aplicam-se, em regra, as frações de 2/5 ou 3/5 para a pena do crime hediondo, e de 1/6 para o crime comum.

> 2 - Na hipótese excepcional em que não fixada a pena do crime comum na sentença condenatória, deve ser aplicada a fração de 1/6 sobre diferença de pena referente à fração de aumento do concurso formal.
>
> 3 - Agravo provido.
>
> (Publicado no DJe, de 8.3.2018, p. 187-199, Rel. Jair Soares. Disponível em: <*https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/indexadoracordaos-web/sistj*>. Acesso em: 28.1.2019, às 18h30).

[25] A redação era a seguinte:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.
>
> Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

[26] Com a Lei n. 10.792/2003, a redação do artigo passou a ser a seguinte:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.
>
> § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.
>
> § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

[27] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução... Op. cit.* p. 398.

[28] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Rápidas considerações acerca da Lei n. 13.769/2018. Teresina: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, ano 24, n.

5774, 23.4.2019. Disponível em: <*https://jus.com.br/artigos/73455*>. Acesso em: 19.1.2020, às 15h24.

[29] FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: notas sobre a Lei 8.072/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 80-82; e 116-120.

[30] LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 247-251.

[31] QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 148.

[32] BRASIL. STF. Súmula Vinculante n. 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO DESPORTIVO NO BRASIL

PAULO JULIANO ROSO TEIXEIRA:
Bacharel em Direito, Especializado em Direito Penal. Funcionário Público, assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Resumo: O presente trabalho tem a finalidade de apresentar uma reflexão sobre o Direito Desportivo brasileiro, sua importância, evolução e grau de concretização no atual contexto social. Nesse sentido, realizou-se pesquisa bibliográfica e buscou-se contextualizar a importância da temática e sua disciplina no âmbito normativo interno e externo, com destaque aos problemas e soluções possíveis para o seu completo desenvolvimento. Por fim, ressalta-se a importância e o caráter transformador da disciplina desportiva, em especial sua característica internacionalista que exige profunda reflexão de modo a garantir a concretização deste indispensável direito social.

Palavras-Chave: Direito. Desporto. Importância. Concretização. Transformação.

Abstract: The present work aims to present a reflection on Brazilian Sports Law, its importance, evolution and degree of implementation in the current social context. In this sense, a bibliographic research was carried out and it was sought to contextualize the importance of the theme and its discipline in the internal and external normative sphere, with emphasis on the problems and possible solutions for its complete development. Finally, it stand out the importance and transforming character of sports discipline, especially its internationalist characteristic that requires deep reflection in order to ensure the realization of this indispensable social right.

Keywords: Right. Sport. Importance. Realization. Transformation.

Sumário: 1. Introdução. 2. A importância do Direito Desportivo e sua consagração normativa. 3. A legislação desportiva nacional. 3.1. A Lei nº. 8.672/93– Lei Zico. 3.2. A Lei n.º 9.615/98 – Lei Pelé. 4. A transferência internacional de atletas menores. 5. Conclusão. 6. Referências.

1.Introdução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O esporte, atividade nitidamente social e cultural, basilarmente democrática, constitui prática que, para além de finalidade recreativa, educativa e profissional, tem espaço ímpar na promoção da cidadania, saúde e integração de um povo, conforme aduz o notável estudioso, Richard D. Mandell (1986, pág. 291-292):

> [...] Todas las manifestaciones del deporte-espectáculo son puntos culminantesde nuestra cultura popular – la celebración festiva de la oportunidad democrática, de la burocracia deportiva, de la supremacia homologable y de la belleza fisica. Las competiciones desportivas tienen lugar, actualmente, miles veces al dia... El deporte moderno fomenta y demuestra el principio democrático del éxito. Es incontestable (como nunca lo fuera anteriormente) que el triunfo cuantificable (y no otra cosa) debe ser la base de la recompensa material... La idea de que los resultados deban sobmeter-se a la igualdad de oportunidades nos resulta tan natural como lo fueran las viejas nociones de la inevitabilidad de la esclavitud para la mayoria de los humanos o de la recompensa en el otro mundo, exclusivamente, de la buena conducta moral [...].

Na mesma esteira o ilustre jurista espanhol Luis Maria Cazorla Prieto (1992, pág. 28).

> [...] El deporte es uno de los fenómenos sociales más importantes que rodea la vida diária del hombre moderno. Hoy vivimos en la era del deporte – como dice Cagigal – la sociedad moderna es una sociedad no deportiva pero si desportivizada en cuanto el deporte desde la ciência o desde las varias aproximaciones de la cultura inunda nuestra existência cotidiana... La creciente importancia del deporte como realidad cotidiana resulta acreditada por su significación econômica y social, sin olvidar su dimensión cultural y educativa [...].

A notável influência do desporto na sociedade e, em especial, no mundo jurídico é notada por se ter, ao tema, dedicado ramo específico, o denominado Direito Desportivo.

Por se tratar de ramo pouco explorado da ciência jurídica, o Direito Desportivo apresenta graves lacunas em sua composição, com publicações diminutas, concentradas e de difícil acesso, carecendo de material e democratização de seus institutos.

A relevância deste ramo do Direito, com reconhecimento por organizações internacionais e guarida na Constituição Federal, reclama uma acurada análise de sua estrutura e do tratamento legislativo conferido pelo ordenamento jurídico Pátrio.

É neste sentido que, no presente trabalho, se tem o objetivo de analisar o arcabouço normativo da disciplina e identificar os gargalos e possibilidades para o amadurecimento e completo desenvolvimento da ciência jurídica aplicada ao desposto.

2.A importância do Direito Desportivo e sua consagração normativa

O Direito Desportivo, consoante valiosa lição de Perry (2000, p. 28), é "o conjunto de técnicas e regras e instrumentos jurídicos sistematizados que tenham por fim disciplinar os comportamento exigíveis na prática dos esportes em suas diversas modalidades.".

A seu turno, Franco Montoro (1997, pág. 553) destaca as diversas facetas do Direito Desportivo:

> [...] um direito esportivo estatal, representado pelas leis ou normas estatais que disponham sobre a atividade esportiva; um direito social esportivo, constituído de normas reguladoras do esporte, elaboradas e aplicadas pelas próprias organizações esportivas [...].

A relevância da matéria transcende a mera dimensão lúdica ou profissional, mas reflete o próprio estágio de concretização dos direitos sociais em uma determinada sociedade, sobrelevando, no Direito Desportivo, seu marcado caráter supranacional e sua intima relação com a própria vida social.

Sobre o tema, colhe-se a lição de Lyra Filho (1978):

> O desporto resguarda-se no Estado de Direito que o inspira a ser dentro de cada país, com ramificações universalmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> entrelaçadas sob a égide de um organismo central, uma coluna de suporte da vida social de cada povo, senão mesmo uma válvula de escape por muitos, procurada para atenuar as pressões de suas angústias. A pluralidade jurídica contrapõe-se a absorção, pelo Estado, das franquias humanas. O Estado não é o único fator normativo do direito. O Direito Desportivo, tal como o Direito Canônico, perderia seu caráter ecumênico se participasse do elenco jurídico de cada Estado. A intervenção estatal na construção do Direito Desportivo só se explica para regular as relações entre as atividades públicas e as do deporto, jamais para desfigurá-las em proveito de qualquer filosofia avessa aos seus objetivos sociais.

Em verdade a temática tem sido mais detalhadamente analisada pela doutrina estrangeira, que traz notável contribuição e inspiração para os cânones pátrios a sustentar o Direito Desportivo nacional.

Neste sentido, as diversas implicações do exercício do desporto e a relevância de sua garantia enquanto direito social foi objeto de análise pelo autor argentino Barbieri (2000, pág. 19-20).

> Las implicâncias que lá práctica deportiva puede acarrear son sumamente numerosas y seria tedioso, quizá, deterner-se a analizar puntillosamente cada una de ellas, excediendo ello la temática impuesta al presente trabajo. Sin embargo – y a modo meramente ejemplificativo –, podemos enumerar los seguientes: – La prática del deporte cumple una función social de transcendencia [...]; – Tiene una misión claramente formativa (El deporte se nutre de ética, solidaridad, trabajo en equipo disciplina, liderazgo, mejoramiento en pos del logro de un resultado, valores éstos que son resaltados por todas las sociedades [...]; – Es una fuente constante de representación del país a nível internacional [...]; – El deporte genera espectáculo que, a su vez, provoca la apertura y el aumento de fuentes de trabajo [...]; – Finalmente, el deporte se ha convertido en una fuente generadora de recursos y negócios com contenido netamente económico (...) Paralelamente a estas líneas dominantes, el deporte ha

> ganado espacio en los medios de prensa, tanto radiales como televisivos y escritos [...] Para sintetizar, el deporte se há convertido en una de las actividades más importantes de la sociedad y su desarollo parece no tener fronteras.

Esta vistosa relevância da matéria e, em especial, o seu potencial de transformador social foi objeto de atenção pela Organização das Nações Unidas (ONU) que, por meio de levantamento realizado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), conclui ser o esporte preciosa ferramenta para o desenvolvimento e para a paz, apontando, em seus estudos, recomendação de utilização do esporte para ações conjuntas, no propósito de se atingir uma parceria global para o desenvolvimento, com destaque para as ações agregadoras e fomento à socialização, inclusão social, cidadania e coesão nacional (Unesco, 2001).

A penetração do esporte na sociedade e suas mais diversas formas de concretização e influência foram bem captadas por Melo Filho (1998, pág. 142), que ressalta curioso dado:

> [...] a) a ONU reúne 176 nações, enquanto a FIFA congrega 200 países; b) as roupas desportivas (trainings, tênis, e etc.) estão incorporados ao modus vivendi da sociedade atual, daí proclamar-se o desporto como um "meio de civilização"; c) o espaço ocupado pelo desporto na imprensa escrita, falada e televisada é abundante em qualidade e quantidade, por ser uma temática de primeira magnitude; d) a copa do mundo da França é assistida por 41 bilhões de telespectadores e o futebol gera empregos diretos e indiretos para 450 milhões de pessoas com um movimento financeiro anual de 250 bilhões de dólares; e) a progressiva mercantilização do desporto fá-lo corresponder, presentemente, a 2,8% do comércio mundial (...) Os significativos dados estatísticos e financeiros do fenômeno desportivo jungidos às variadas e múltiplas espécies de prática desportiva atestam que o desporto é parte integrante e indissociada dos hábitos cotidianos dos cidadãos e revelam o verdadeiro sentido e alcance da lapidar assertiva de que "o desporto é um idioma universal, apesar de não ser nenhuma língua". Nessa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> perspectiva, o desporto avulta como uma poderosa linguagem universal de comunicação para favorecer a paz internacional e para estreitar a compreensão mútua entre povos de diferentes culturas [...].

Captando a urgência e atualidade do tema, o legislador constituinte inseriu o art. 217 na Constituição Federal (1988), que prevê:

> Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:
>
> I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;
>
> II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
>
> III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não- profissional;
>
> IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.
>
> § 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.
>
> § 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.
>
> § 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Como se pode observar, o Direito Desportivo, em que pese ainda carecer de maior penetração no meio jurídico nacional, tem reconhecida relevância internacional e status constitucional, concretizando-se como catalisador do desenvolvimento social e notável instrumento de concretização da democracia e cidadania.

3.A legislação desportiva nacional

O início da regulamentação sobre o desporto advém do Estado Novo, com a criação do Conselho Nacional de Cultura pelo Decreto-lei n° 526/38. No ano seguinte, pelo Decreto-lei n° 1.056/39, era instituída a Comissão Nacional de Desportos, posteriormente extinta pelo Decreto-lei n° 3.199/40, que institui o Conselho Nacional de Desportos, de âmbito nacional, e os Conselhos Regionais de Desportos, de abrangência estadual.

Foi somente em outubro de 1975, com a edição da Lei n° 6.251/75, que foram estabelecidas regras gerais sobre a prática do desporto, norma posteriormente complementada pela Lei n° 6.354/76, que dispôs sobre as relações entre jogador profissional de futebol e sua agremiação esportiva.

Contudo, somente com a Constituição de 1988 é que o desporto viria a receber seu mais alto reconhecimento, com a já mencionada previsão do artigo 217 da Carta Magna, estabelecendo o desporto como direito individual e incumbindo ao Estado fomentar a prática esportiva, seja ela fundada em normas e regras (prática formal) ou não.

Ao longo de quatro incisos estão dispostas as regras fundamentais garantidoras de autonomia às entidades desportivas – tanto para organização quanto para funcionamento – disciplinando o emprego de recursos públicos e resguardando o quinhão devido ao desporto de alto rendimento.

Seguem-se, no artigo 217 da Constituição Federal, três parágrafos que instituem a Justiça Desportiva, sua disciplina geral, e, ao mesmo tempo, estabelecem a correlação entre lazer e promoção social.

Em âmbito infraconstitucional, atualmente o desporto brasileiro é regido, de forma ampla, pela Lei Geral Sobre Desportos (Lei n° 9.615/98) e pelo Estatuto do Torcedor (Lei n° 10.671/03), diplomas que formam a espinha dorsal da matéria.

Além dos citados diplomas normativos, ganham relevância, a Lei n° 9696/98, que dispõe sobre a regulamentação da Profissão de Educação Física; a Lei n° 6.354/76, sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol; a Lei n° 10.220/01, que alçou o peão de rodeio a atleta profissional; a Lei n° 10.264/01, chamada de Queiroz/Piva, estabelecendo recursos para o desporto Olímpico e Paraolímpico; a Lei n° 10.671/03, conhecida como Lei da responsabilidade do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

desporto profissional, algumas destas incorporadas ao texto definitivo da Lei Geral Sobre Desportos. Lei Geral Sobre Desportos, em seu art. 1°, §1°, dita que "A prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto".

Neste contexto, verifica-se o marcado caráter supranacional da regulação em matéria desportiva, trazendo-se o exemplo da imediata absorção, pela comunidade desportiva nacional, da eliminação da regra da vantagem pela Federação Internacional de Vôlei.

Esta relação, entretanto, nem sempre se dá de forma automática, cabendo destacar que, no futebol, a introdução dos cartões amarelo e vermelho, mesmo após a sua disciplina internacional, só foi possível após a regulação da matéria pela Portaria 27/84 do então Ministério de Educação e Cultura.

Como se observa, para além de influências dos ramos tradicionais da ciência jurídica, o direito desportivo é dotado de característica peculiar, pois está atrelado aos princípios e práticas internacionais.

Neste sentido, destaca Oliveira Viana (1949, pág. 14-15):

> [...] O direito desportivo organizou instituições suas peculiares, que velam pela regularidade e exação dos seus preceitos e dispõe de uma constituição própria – clubes, ligas, federações e confederações – cada qual com administração regular, de tipo eletivo e democrático, além de um código penal seu, com a sua justiça vigilante e os seus recursos, agravos e apelações, obedecidos uns e outros, na sua atividade legislativa ou repressiva, como se tivessem ao seu lado o poder do Estado. Quanto mais profundo e mais extenso o movimento do desporto, mais vivo o direito desportivo [...].

No mesmo sentido a preciosa lição de Lyra Filho (1959, pág. 186):

> [...] A instituição do desporto não é privativa de um país; impõe a criação de um direito universal, que se baseia em princípios, meios e fins universais, coordenados por leis

> próprias de âmbito internacional. Tais características conferem ao Direito Desportivo uma importância que, sob certos aspectos, supera o maior número dos demais ramos do direito desportivo (...), [acrescentando ainda, que o direito desportivo] :(...) é regulado na conformidade de princípios internacionais codificados. A disciplina esportiva estende-se à feição de uma pirâmide nascida na soma dos indivíduos e projetada ao ápice de um comando universal exclusivo. Eis que faz ver a extensão e a profundidade do Direito, cuja realização impõe a criação de processos específicos que preservam a substância da organização e a eficiência do funcionamento [...].

Havendo, contudo, dissonância entre norma internacional desportiva e norma nacional sobre o tema é clara a predominância desta, tendo em vista o indispensável respeito à soberania nacional, conforme aponta Perry (idem): "o esporte tem que ser regido com independência seja pelo Comitê Olímpico internacional porque ele precisa manter a sua soberania, sobretudo porque tem origem na liberdade individual.".

É certo que, com a consagração constitucional do direito desportivo, altera-se, também, o perfil de negócios nas agremiações desportivas que, buscando-se adequar à nova realidade, passam a buscar auxilio jurídico, fomentando a criação de entidades de suportes e profissionais especializados, além de reclamar disciplina normativa específica a trazer segurança jurídica sobre a matéria.

3.1 A Lei nº. 8.672/93– Lei Zico

Em 1993, com a promulgação da Lei nº. 8.672/93, também conhecida como Lei Zico – assim batizada por causa da passagem de Arthur Antunes Coimbra (Zico) pela Secretaria de Esportes do Governo Federal – é que, ainda de modo incipiente, se busca dar concreção à previsão do artigo 217 da Constituição Federal.

Mencionado diploma normativo buscou disciplinar a autonomia das entidades dirigentes e associações quanto à sua organização e funcionamento, bem como instituiu normas gerais sobre o desporto e reuniu diretrizes normativas mais democráticas, ajustando-se às aspirações atuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como pontos de destaque desta lei vale ressaltar a faculdade concedida aos clubes de se tornarem empresas, a previsão do fim da Lei do Passe e a exclusão do Superior Tribunal de Justiça Desportiva da estrutura da justiça desportiva.

3.2 A Lei n.º 9.615/98 – Lei Pelé

Publicada em março de 1998, a Lei n.º 9.615 (Lei Pelé), revogou a Lei nº. 8.672/93 e promoveu profunda alteração no cenário desportivo nacional, disciplinando temas como contrato de trabalho do atleta profissional, valor da multa rescisória, dentre outros aspectos, que, por trazer distinções da regulação trabalhista, evidenciam a autonomia do ramo desportivo no direito nacional.

Mencionada norma jurídica dedica, ainda, capítulo específico para tratar da Justiça Desportiva.

Em seu capítulo sétimo, a Lei n.º 9.615/98, além de legitimar as atribuições da Justiça Desportiva fixadas pelo Código Brasileiro Disciplinar de Futebol (CBDF) e Código Brasileiro de Justiça e Disciplina Desportiva (CBJDD), prevê a criação de tribunais de Justiça Desportiva.

A composição destes tribunais de Justiça Desportiva, que devem existir em cada federação e confederação, é disciplinada no art. 55 da Lei Pelé ao prever no mínimo sete e no máximo onze membros, sendo ao menos três deles advogados indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil.

E, em que pese o mencionado regramento garantir a autonomia destes tribunais, sem vinculação com as entidades administrativas de futebol, existe forte crítica sobre o modelo adotado, pois os recursos financeiros necessários à manutenção da justiça desportiva são garantidos por instituições mantenedoras do desporto que, na realidade, são constituídas de integrantes de clubes.

Fortes questionamentos, também, são centrados no artigo 27 da Lei Pelé que, como exigência para disputa de esporte profissional, exige que se organizem os clubes sob forma de sociedade com fim lucrativo, requisito alvo de grande polemica.

Certo é que, a despeito da relevância das comentadas alterações no desporto nacional promovidas pela Lei Pele, a mais rumorosa foi a extinção do "passe".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O denominado "passe" consistia em vinculo que, mesmo após o término do contrato, unia desportista a entidade de prática esportiva. Este vínculo só era dissolvido segundo os interesses do clube que, com fundamento no "passe", poderia atuar de modo quase senhorial, não renovando o contrato do atleta e, também, impedindo-o de firmar novo vínculo com outra entidade desportiva, impedindo-o de praticar o esporte profissionalmente.

Com inspiração no "caso Bosman" – o jogador Jean Marc Bosman conseguiu no tribunal de Luxemburgo a liberdade de passe entre os países Europeus – a Lei Pelé, em seu art. 28, § 2º, pôs fim ao passe, prevendo que "o vínculo desportivo do atleta com a entidade contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se para todos os efeitos legais com término da vigência do contrato de trabalho".

4.A transferência internacional de atletas menores

Tema de curial relevância no âmbito da prática desportiva é a possibilidade de transferência de atletas menores e o assedio praticado pelos grandes clubes mundiais.

No âmbito do futebol, onde prevalece a captação de jovens atletas em especial em países como o Brasil, quando o esporte evidencia possibilidade de ascensão social, o tema ganha ainda maior relevância.

A Federação Internacional de Futebol prevê que a transferência internacional de jogadores só é permitida a partir dos 12 anos, preceituando, ainda, que, a família deve se mudar para o país juntamente com a criança, por motivação que não o futebol (FIFA, 2001).

Em que pese a relevância destas exigências pela entidade máxima do futebol mundial, a possibilidade de transferência de jovens atletas constitui motivo de preocupação social, mormente considerando a vulnerabilidade familiar destes jovens que, iludidos por promessas de fama e fortuna, por vezes são abandonados à própria sorte em países longínquos, sem qualquer formação profissional ou educacional, por não corresponderem as expectativas dos clubes e seus dirigentes.

De igual modo, essa possibilidade de transferência precoce é causa de temor para os clubes formadores que, sem condições de competir com entidades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estrangeiras, por vezes não se veem compensados pelos custos de formação de futuras promessas.

Buscando atenuar o prejuízo dos clubes formadores, após o citado caso Bosman, a FIFA previu a necessidade de que o clube com quem o jogador assinar o primeiro contrato profissional restitua financeiramente o gasto realizado no período de formação – dos 12 aos 23 anos.

A despeito do reconhecimento da importância desta iniciativa, a compensação das perdas geradas pelo fim do passe, como tem mostrado a prática, é por vezes infrutífera para os clubes de formação. São verdadeiros prêmios consolação, pois as cifras geradas com estas indenizações se mostra aquém dos valores obtidos após o contrato do atleta.

Outro mecanismo instituído pela FIFA como forma de compensação ao clube formador é a clausula de solidariedade que estabelece compensação de cinco por cento sobre o valor de futura venda à agremiação que tiver o contrato com um jovem atleta rescindido.

Novamente louvando a iniciativa, a previsão também não está imune de críticas, principalmente considerando o diminuto valor que é conferido ao clube formador, responsável, por vezes, pela manutenção de um atleta durante a maior parte de sua vida.

Esta realidade evidencia a precária compressão da entidade máxima do futebol mundial para com a realidade vivenciada nos países formadores, formatando normas que prestigiam a capacidade financeira de clubes que dão prevalência à aquisição de atletas.

Neste contexto, com o futebol cada vez mais fragilizado e dependente de transferências precoces de atletas – realidade que se espraia, ainda de forma incipiente, sobre demais modalidades esportivas – carece o Brasil de legislação específica e construção de soluções exponenciais a garantir que, em toda a sua potencialidade, seja o desporto fonte de cidadania, promoção social e desenvolvimento nacional.

5.Conclusão

A notável relevância da prática desportiva e sua concretização no ordenamento jurídico nacional evidenciam a necessária democratização de sua gestão e a consolidação e aperfeiçoamento de suas estruturas.

Neste contexto, através da análise de seu atual patamar e dos problemas e desafios enfrentados, busca-se acrescer às obras já publicadas sobre o tema um olhar sobre o desporto nacional, desvelando as formas de concretizar ao máximo o seu potencial transformador, sem, claro, pretender esgotar ou detalhar demasiadamente este tema que é fonte latente de novas reflexões.

Sendo assim, seja através da qualificação do arcabouço normativo ou mesmo promovendo a conscientização e profissionalização dos dirigentes e responsáveis pela gestão da prática desportiva nacional, o certo é que o desporto brasileiro, enquanto direito ou negócio, ainda carece de profícua discussão que possibilite a concretização do dever constitucional e o resguardo deste direito social.

6.Referências

BARBIERI, Pablo C. Futebol y derecho. Buenos Aires: Editorial Universidad S.R.L, 2000.

Câmara dos Deputados. Decreto-Lei nº 1.056 de 19 de janeiro de 1939. Institui a Comissão Nacional de Despostos. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1056-19-janeiro-1939-349204-publicacaooriginal-1-pe.html. > Acesso em 26 de fevereiro de 2020.

Câmara dos Deputados. Decreto-Lei nº 526 de 1º de julho de 1938. Institui o Conselho Nacional de Cultura. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-526-1-julho-1938-358396-publicacaooriginal-1-pe.html. > Acesso em 26 de fevereiro de 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Direito Constitucional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. > Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LYRA FILHO, João. Introdução ao direito desportivo. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1959.

LYRA FILHO, João. Tese apresentada e que consta dos anais do I Congresso Internacional de Ciência do Desporto, na cidade de Córdoba, na Argentina, em 1978.

MANDELL, Richard D. Historia cultural del deporte. Barcelona: Edicions Bellaterra, 1986.

MELLO FILHO, Álvaro. Comentários a Lei n. 9.615/98. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

MONTORO, Franco André. Introdução a ciência do direito. 24. ed. São Paulo: RT, 1997.

PERRY. Valed. Código Brasileirao Disciplinar de Futebol e Legislação Complementar. Lumen Juris. 2000. 2.ª edição.

Presidência da República. Decreto-Lei 3.199 de 14 de abril de 1941. Estabelece as bases de organização dos desportos em todo o país. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del3199.htm. > Acesso em 26 de fevereiro de 2020.

Presidência da República. Lei 8.672 de 06 de julho de 1993. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8672.htm.> Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Presidência da República. Lei 10.671 de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm.> Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Presidência da República. Lei 10.264 de 16 de julho de 2001. Acrescenta inciso e parágrafos ao art. 56 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10264.htm.> Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Presidência da República. Lei 10.220 de 11 de abril de 2001. Institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10220.htm.> Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Presidência da República. Lei 6.354 de 02 de setembro de 1976. Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6354.htm.> Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Presidência da República. Lei 9.696 de 01 de setembro de 1988. Dispõe sobre a regulamentação da Profissão de Educação Física e cria os respectivos Conselho Federal e Regionais de Educação Física. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9696.htm.> Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Presidência da República. Lei 9.615 de 24 de março de 1988. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9615consol.htm.> Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

PRIETO, Luis Maria Cazorla. Derecho del deporte. Madrid: Tecnos, 1992.

UNESCO. Cultivando vida, desarmando violências: experiência em educação, cultura, lazer, esporte e cidadania com jovens em situação de pobreza: Brasília, 2001.

VIANA, Oliveira. Instituições políticas brasileiras. Rio de Janeiro: José Olympio, 1949, v. 1.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

TEORIA DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA CONCRETIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

JOANA NOGUEIRA BEZERRA:
Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

RESUMO: O presente artigo pretende abordar a teoria da boa-fé objetiva, analisando suas etapas de evolução, desde o direito romano, passando pelo direito canônico, pelo direito francês (principalmente através da escola da exegese), pelo direito germânico e culminando em sua aplicação e concretização no Direito Brasileiro. Procura traçar ainda um paralelo comparativo entre os conceitos da boa-fé objetiva e da boa-fé subjetiva, buscando uma melhor compreensão através de suas aplicações na realidade. Visa também gerar um melhor entendimento do princípio da boa-fé objetiva e de sua necessidade nas relações atuais, demonstrando que há de ser aplicada no plano real, ultrapassando o plano de ideias e intenções.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-fé objetiva. Boa-fé subjetiva. Obrigações.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. CONCEITUAÇÃO DE BOA-FÉ. 3. DISTINÇÃO ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E BOA-FÉ SUBJETIVA. 4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 5. FUNÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Constituindo um tema de grande relevância jurídica na sociedade atual, a boa-fé objetiva se apresenta como uma evolução da boa-fé subjetiva, deixando de pertencer apenas ao plano intencional e passando a sua concretização no plano real, através da lealdade entre as partes. Assim, é demonstrado o progresso vivenciado na legislação brasileira, em que o Código Civil de 1916, de caráter individualista e patrimonialista, cede lugar ao Código Civil de 2002, sendo, então, pautado pelos princípios de eticidade, sociabilidade e operabilidade. Princípios estes que se concretizam através da aplicação da boa-fé objetiva, ocorrendo sua positivação através de sua cláusula geral, encontrada no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90.

O princípio da boa-fé objetiva trata dos deveres de cuidado, respeito, transparência, confiança e colaboração entre as partes envolvidas, devendo-se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sempre agir com honestidade, lealdade e razoabilidade. Norteia as relações de modo a revolucionar o direito privado, analisando a situação de acordo com o comportamento das partes; cita-se, como exemplo, o surgimento da *venire contra factum proprium*, pelo qual se proíbe o comportamento contraditório e se firma o princípio em estudo.

2. CONCEITUAÇÃO DE BOA-FÉ

O conceito de boa-fé deve, primeiramente, ser compreendido por meio de sua origem etimológica, derivando do termo em latim *bona fides* (lealdade, fidelidade, confiança). A expressão *fides*, em sentido lato, significa coerência e honestidade no cumprimento da expectativa de terceiro, como conceitua Cláudia Lima Marques, "Fides significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromisso assumidos, significa, mais além do compromisso expresso, a "fidelidade" e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído".

3. DISTINÇÃO ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E BOA-FÉ SUBJETIVA

Para uma efetiva compreensão do conceito de boa-fé objetiva e de sua aplicação no Direito Brasileiro, faz- se mister sua comparação com o conceito de boa-fé subjetiva. De acordo com o mestre Carlos Roberto Gonçalves, "o princípio da boa-fé se biparte em boa-fé subjetiva, também chamada de concepção psicológica da boa-fé, e boa-fé objetiva, também denominada concepção ética da boa-fé".

Entende-se, de tal modo, que a boa-fé subjetiva diz respeito a uma motivação íntima do sujeito, a substâncias psicológicas próprias do agente, ou seja, faz referência a uma decisão da vontade, representando a motivação interior da parte de agir de acordo com o direito. Nas palavras do professor Miguel Reale (2003, A boa-fé no Código Civil) "[...] corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito". Contrária à boa-fé subjetiva encontra-se a má-fé, consistindo na intenção de prejudicar a outra parte envolvida no negócio ou terceiro.

Já a boa-fé objetiva caracteriza-se por ser um modelo de conduta social, isto é, é um principio que estabelece o modo de atuação nos negócios jurídicos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

primando pela honestidade, lealdade e probidade. Sob a perspectiva da boa-fé subjetiva, o aplicador do direito deverá ater-se ao comportamento individual, a sua vontade. Em contrapartida, tendo como prisma a boa-fé objetiva, deverá se considerar conduta do homem médio para, então, analisar o caso em questão.

De forma bastante prática e didática a doutrinadora Judith Martins-Costa apresenta em seu livro um exemplo extraído do direito alemão:

> A senhora W, de manhã, às 8hs e 45min. , entra na casa comercial de têxteis K para, na seção de miudezas, comprar botões. Ela tropeça, cai, sofre uma fratura no colo da coxa. Uma investigação constata que ela veio a cair devido a um botão esférico que, na seção de miudezas, estava no chão. K, o dono da casa comercial, acha que, presumivelmente, uma freguesa tirara o botão de uma gaveta e deixara cair. Sobre a limpeza do estabelecimento, que diz estar muito bem organizada, nunca ouvira queixas. Apesar disso, a senhora W pede indenização de K. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, p.413).

O caso supracitado se resolvido de acordo com o principio da boa-fé subjetiva, levaria a um julgamento a favor da casa, pois nem o dono, nem seus funcionários queriam que tal fato ocorresse. No entanto, se o mesmo caso fosse analisado sob o prisma do principio da boa-fé objetiva, levaria a um julgamento a favor da senhora, pois, apesar de não ser da vontade do dono e de seus funcionários o tal acidente, a fábrica descumpriu o dever de diligência, não bastando a intenção, mas se primando pela ação.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A teoria da boa-fé, no âmbito do direito, surge com os romanos, para quem esta servia como referência para as relações entre cidadãos livres e clientes (tais relações deviam ser regidas pela fides), para os negócios contratuais e para a proteção possessória. Durante esse período, a fides, ou seja, a ideia de confiança e de honestidade que deveria haver entre as partes, caracterizava-se como um conceito ético, não sendo adotada expressamente como uma técnica jurídica.

Sob influência do cristianismo, se dá uma maior consolidação da teoria da boa-fé objetiva, através da máxima de que não é suficiente que se esteja bem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

intencionado, mas de que há de se agir de acordo com tais intenções. Assim, a boa-fé passa a ser entendida e conceituada, nas palavras de Judith Martins-Costa, como "a consciência intima e subjetiva da ausência de pecado, isto é, de se estar agindo corretamente, de não estar lesando regra jurídica ou direito de outrem".

A escola da exegese surge na França, caracterizada por um extremo sentimento de fidelidade e observância aos códigos, os quais eram entendidos como obras perfeitas e destituídas de quaisquer erros e falhas. De tal forma, os códigos eram adotados como a fonte única e incoercível do direito. Através do método adotado por essa escola, a teoria da boa-fé enfrenta uma notável redução e atrofiamento em sua aplicação, passando a ser adotada sem nenhuma possibilidade de interpretação, como um dispositivo fechado, sendo proveniente da legislação codificada e, portanto, não comportando maiores interpretações ou aplicações.

É na Alemanha pós-guerra que o conceito de boa-fé objetiva ganha um novo desenvolvimento. Fundamentada no § 242 do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil alemão de 1900), a boa-fé é adotada como princípio que deve reger a relação entre as partes, surtindo, assim, efeitos em toda a teoria alemã de contratos. O referido dispositivo estabelece que o devedor é obrigado a realizar a prestação da maneira exigida pela boa-fé e pela intenção das partes, determinada de acordo com seus usos. Nessa fase, a boa-fé objetiva é consolidada como deveres anexos ou laterais, inerentes a qualquer contrato, qualquer obrigação e determina uma boa conduta dos participantes, passando a ser entendida como uma fonte autônoma de direitos e deveres.

Outra notável mudança concernente à teoria da boa-fé objetiva se dá através do surgimento de uma sociedade coletiva, de um ambiente massificado. Com essas mudanças, a boa fé objetiva ganha uma diferente interpretação, passando a ser entendida, em seu sentido coletivo, como uma forma de não agir de maneira contrária à justiça, ou seja, torna-se proibido que se pactue opostamente aos objetivos da justiça. Surge, no Código Comercial de 1850, a primeira manifestação da boa-fé na nação brasileira, não possuindo, entretanto, grande efetividade, pelo não reconhecimento de sua função. Assim, ressurge no Código Civil de 1916, apresentando demasiada preocupação com a segurança, ficando, de tal forma, isolada apenas a casos de direito de família e casos possessórios. Consagra-se a boa-fé objetiva no Direito Brasileiro através do Código de Defesa do Consumidor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de 1990, tornando-se essencial no relacionamento entre as partes e trazendo um conjunto de deveres anexos às relações contratuais.

O Código Civil Brasileiro de 2002 é revolucionado pela implementação da boa-fé objetiva, alcançando a teoria seu apogeu, causando notáveis mudanças no direito obrigacional clássico e estabelecendo que compete a todos o dever de agir com lealdade, honestidade e probidade nas relações recíprocas, independente do tipo de contrato. (HENTZ, André Soares. Origem e evolução histórica da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro).

Por fim, consagra-se expressamente o princípio no Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 5º, que trata da boa-fé como um dever de todas as partes que participam do processo, inclusive do magistrado.

5. FUNÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva possui, precipuamente, três funções, sendo elas as de interpretação do negócio jurídico, de controle e de integração.

Quanto à primeira função, prevista no artigo 113 do Código Civil, entende-se que o negócio jurídico deve ser interpretado da maneira mais favorável àquele que está de boa-fé, isto é, aquele que está de boa-fé possui o "efeito escudo", protegendo de possíveis eventos como o ato nulo ou anulável.

A segunda função, chamada função reativa ou de controle, trazida no texto normativo do Código Civil de 2002, afirma que quem viola os princípios da boa-fé objetiva comete abuso de direito. Com relação a tal função, torna-se importante a interpretação depreendida pelo STJ no Enunciado no37 da 1a Jornada de Direito Civil que diz "A responsabilidade civil decorrente de abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

A terceira e última função, a de integração, prevista no artigo 422 do Código Civil diz que a boa-fé tem aplicação em todas as fases do contrato, fase pré-contratual, contratual, e pós-contratual. Exemplo de aplicação da boa-fé na fase contratual é a trazida pela Súmula no308 do STJ que afirma que "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel".

6. CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Após exposição e explicação da teoria da boa-fé objetiva, sendo esta ainda apresentada em contraste com a boa-fé subjetiva, infere-se que, através de mudanças, tal teoria passou a influenciar concreta e intensamente as relações jurídicas, apresentando-se, por vezes, como princípio norteador das relações entre as diferentes partes. De tal maneira, nota-se que a simples intenção de bem agir, foi sendo, ao longo do tempo, substituída pelo dever de assim fazer. Assim, o Estado obtém a tarefa de garantir o cumprimento daquilo que foi pactuado entre as partes e de assegurar a não violação das garantias fundamentais constitucionais, tendo forte ênfase o princípio da dignidade humana, nitidamente ligado ao princípio da boa-fé.

Através de sua consolidação no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil e no Código de Processo Civil, o ordenamento brasileiro abraça a teoria da boa-fé em sua forma objetiva, ou seja, sendo esta um requisito das relações entre as partes e entendida como o ato de agir com lealdade e honestidade, depositando confiança na outra parte para que em si também seja esta depositada. Tendo aplicação real na sociedade atual e buscando resgatar valores presentes entre os indivíduos, conclui-se que a teoria da boa-fé objetiva possui grande importância e necessidade de eficácia nas relações jurídicas e sociais, apresentando-se como um caminho a ser seguido e traçado ao longo dos anos.

7. REFERÊNCIAS

AMARAL, Diego Martins Silva do. O Princípio da Boa-Fé e suas diferenças entre objetiva e subjetiva. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1781>. Acesso em: 28 jul. 2009.
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Salvador: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011. 2 v.

HENTZ, André Soares. Origem e evolução histórica da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9693-9692-1-PB.pdf. Acesso em: 02 jun. 2012.
PRETEL, Mariana. A Boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional. Disponível em:

http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1346/1285. Acesso em: 02 jun. 2012.

REALE, Miguel. A Boa-fé no Código Civil. Disponível em: http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm. Acesso em: 02 jun. 2012
RECLA, Cristina Sirtoli. A boa-fé objetiva como novo paradigma do Direito Contratual. Unesc, Espirito Santo, p.24-32, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PARCERIAS E CONVÊNIOS COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DOS OFÍCIOS DA CIDADANIA

DANIELE MESSIAS CORRÊA LUIZ: Advogada e palestrante com experiência nas áreas de Direito Público, Direito Notarial e Direito Registral. Master Business Administration - FUNCEFET. Graduações em Marketing e Direito.

Resumo: Este artigo tem como escopo o questionamento quanto ao efetivo acesso aos direitos e garantias fundamentais pelas populações em situação de vulnerabilidade, considerando a dificuldade do poder público chegar em algumas regiões, quer seja por sua situação territorial quer seja pelas suas complexidades culturais e regulatórias. Aponta os convênios e parcerias como instrumentos de políticas públicas para a efetivação do ordenamento constitucional, apresentando as vantagens para a Administração e o destinatário do serviço. Como paradigma e elucidação quanto a eventual aplicação de modelos de parcerias, analisa os Oficios da Cidadania e as Conservatórias de Portugal/Casa do Cidadão. Por fim, traz o protagonismo dos operadores de Direito, como colaboradores diretos e materializadores dos anseios da sociedade na resolução dessas desigualdades.

Palavra-Chave: Cidadania. Direitos e Garantias Fundamentais. Convênios. Ofícios da Cidadania.

Abstract: The scope of this article is to question the effective access to fundamental rights and guarantees by populations in situations of vulnerability, considering the difficulty of the public authorities in reaching some regions, either because of their territorial situation or because of their cultural and regulatory complexities. Points out the covenants and partnerships as instruments of public policies for the effectiveness of the constitutional order, presenting the advantages for the Administration and the recipient of the service. As a paradigm and clarification as to the possible application of partnership models, it analyzes the Citizenship Offices and the Conservatories of Portugal / Casa do Cidadão. Finally, it points out the protagonism of Law operators, as direct collaborators and materializers of society's aspirations in solving these inequalities.

Keyword: Citizenship. Fundamental Rights and Warranties. Covenants. Citizenship Offices.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: Introdução; 1. Convênios; 2. Modelo português/Casa do Cidadão; 3. Paradigmas/parcerias com outros órgãos; 4. O desafio jurídico; Considerações finais; Referências.

Introdução

A Constituição traz em seu art. 1º os princípios fundamentais que, por sua relevância, sujeitam todas as demais normas. Dentre eles, o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana.

Nesta mesma linha, o Art. 5º da Constituição, em seu caput, garante que todos são iguais perante a lei garantido igualdade aos brasileiros e aos estrangeiros residentes.

Contudo, desde a promulgação da Carta Magna, a sociedade passou por diversas mudanças políticas, sociais e econômicas, surgindo ao longo desses anos novos debates jurídicos e, sobretudo, novos direitos.

Tornar os direitos e garantias fundamentais uma realidade têm sido um grande desafio ao Estado. Especialmente no que diz respeito à igualdade de tratamento, tendo em vista as inúmeras complexidades culturais e regionais em um país com extensa área territorial e unidades federativas que concentram milhares e por vezes milhões de pessoas.

As políticas públicas tem sido um braço executor de direitos e garantias da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais, como a lei 9.265 de 1996, que conceitua alguns serviços essenciais para o exercício da cidadania.

> *A cidadania representa um status do ser humano, apresentando-se, simultaneamente, como objeto e direito fundamental das pessoas.* (DE MORAES, Alexandre, 2002).

Entretanto, o crescimento da demanda por serviços públicos é exponencial e a materialização dos feitos necessários para alcançar todos de forma equânime é inversamente proporcional, frente obstáculos de todos os tipos.

Os recursos são restritos e em alguns casos, a implementação pode ser utópica, se considerar as peculiaridades regionais, legislações locais e ausência de infraestrutura. Isso ocorre especialmente quando se prioriza as populações mais

carentes, tendo em vista que grande parte delas se encontram em locais de difícil acesso.

E quando se consegue implementar algum projeto resultado de políticas públicas, surge um novo desafio: garantir a manutenção e o tratamento isonômico entre as regiões atendidas por essas políticas. O que na prática acontece, é um descompasso entre o alcance e a eficiência de serviços, em diversas áreas das unidades federativas.

Ter acesso aos documentos básicos ou necessários para o exercício da cidadania, às informações pessoais, às certidões, aos certificados, ao passaporte, à carteira de trabalho, à justiça no sentido amplo e restrito, à inscrição e manutenção em programas sociais, dentre outras demandas, não é uma tarefa fácil às pessoas que vivem à margem das capitais e cidades satélites. São os cidadãos invisíveis descobertos pelo manto da Carta Magna. A celeuma é: como dar tratamento isonômico executando o mandamento constitucional?

Como fazer chegar às regiões mais afastadas, os serviços que garantam o acesso aos documentos, informações e/ou transmissão de informações necessárias aos órgãos da administração?

1. Convênios

Não é novidade, que convênios e parcerias, são instrumentos utilizados para a concretização de políticas públicas no âmbito dos três poderes. Contudo, a manutenção sucede à implementação e em grande parte dos casos, é nesta fase que mora o abandono. Isto porque, historicamente, a continuidade está diretamente vinculada ao período de mandato do executivo que promoveu tal ação, vontade política e/ou previsão orçamentária.

Há notícias de casos, em alguns municípios, que o cidadão precisa percorrer mais de 200 km para solicitar, por exemplo, carteira de trabalho e carteira de habilitação. Não se pode aguardar ações sociais, sazonais, para ter direito ao exercício da cidadania.

Por isso, se faz necessário que a Administração busque soluções exequíveis que possam dar continuidade a oferta de serviço de forma definitiva. Afinal, a descontinuidade gera incerteza, descredibilidade e a sensação de recomeço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Recentemente, os Registros Civis das Pessoas Naturais, foram reconhecidos como Ofícios da Cidadania, pela lei 13.484/17 que alterou a lei 6015 /73 que trata de registros públicos, conforme texto do artigo 19, parágrafo 3º :

> *"Os ofícios do registro civil das pessoas naturais são considerados ofícios da cidadania e estão autorizados a prestar outros serviços remunerados, na forma prevista em convênio, em credenciamento ou em matrícula com órgãos públicos e entidades interessadas."*

Estas serventias extrajudiciais entregam gratuitamente, por garantia constitucional, serviços diretamente ligados ao exercício da cidadania. E pela natureza do próprio serviço e suas demandas - nascimento, óbito e casamento - se observa como atendimento implícito, a relação de zelo com a própria comunidade, especialmente àquelas de pequenos municípios.

Este atendimento, que não é revelado nas estatísticas, os tornam "balcões de acolhimento ao cidadão", pois em boa parte do território nacional, os ofícios da cidadania são a única presença estatal aos olhos do cidadão. Na prática, é o "braço executivo do poder judiciário".

Aliado a isso, os Ofícios da Cidadania se encontram também nas regiões mais remotas, em pequenos municípios, como por exemplo, o de Borá–SP, que até pouco tempo era considerado o município de menor população do Brasil, com 804 habitantes, segundo dados do IBGE em 1º de Julho de 2019, consultado em 27 de Agosto de 2019. Esta capilaridade, preenche requisito essencial para o acesso aos serviços públicos, cuja Administração, em razão de dotação orçamentária, logística, dentre outras necessidades, não poderia atender.

Por força constitucional, art. 236, CRFB/88 e infraconstitucional art. 21, lei 8935/94, os Ofícios da Cidadania, têm atividade finalística jurídica, fiscalizada pelo poder judiciário. A sua gestão administrativa/financeira é realizada com recursos privados. Sendo assim, o aproveitamento da estrutura não demanda, da Administração, investimentos financeiros.

Importante frisar que, não se trata de um artigo que prestigia a entrega dos serviços, hoje prestados por órgãos da administração, aos Ofícios da Cidadania ou a qualquer outra entidade com perfil técnico para isso. Mas sim, tê-lo como

paradigma para novas formas de convênios que possam ser soluções principalmente para as populações de municípios mais carentes. Ou seja, fazer uso das estruturas destes e dos demais órgãos, instituições, dentre outros, como instrumentos de distribuição de políticas públicas, preservando as suas competências.

2. Modelo português de parcerias - Casa do Cidadão

As Conservatórias, modelo português de registro civil, têm hoje a "Casa do Cidadão", que atua como ponto de pedido e entrega de documentos pessoais em geral, como: passaporte e cartão cidadão. É um exemplo clássico de parceria e de como tornar acessíveis à população, o maior número de serviços possíveis.

Isso ocorre porque é nas Conservatórias a origem das informações que constam do assento de nascimento e que sustentam os demais cadastros, como acontece no Brasil. Este procedimento, promove segurança jurídica, desburocratização e coibição de fraudes. As emissões dos documentos permanecem sendo feitas pelos órgãos competentes, sendo o local designado apenas um ponto que facilita o atendimento ao cidadão.

Seguindo o exemplo do município de Borá – SP, documentos como: passaporte, carteira de habilitação, cartão do SUS, carteiras de programas assistenciais, certidões, diplomas, certificados e uma infinidade de serviços, poderiam ter suas solicitações acessíveis aquele município, através de um único balcão. Um braço do poder executivo e do poder judiciário a serviço da comunidade, independente de seu tamanho.

É inviável criar um posto de atendimento para cada demanda, custeado pela unidade federativa competente, especialmente nesses pequenos municípios.

E negar a esses habitantes o acesso direto ao pedido de documentos, fere garantias e direitos fundamentais.

Ademais, eleger em quais locais terão e em quais locais não terão os serviços, já é uma política pública desigual. Pois cada obstáculo encontrado por este cidadão para exercer práticas que, para aqueles que vivem nos grandes centros, são corriqueiras, é o mesmo que negar-lhe o direito de tratamento isonômico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *"As chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal".*(COMPARATO, Konder Fábio).

É necessário que o Estado encontre meios que materialize o alcance dessas políticas, ultrapassando a fase da mera positivação do direito.

3. Paradigmas/parcerias realizadas com órgãos da administração

A oferta de serviços compreendidos dentro de programas de políticas públicas, passa necessariamente pela capacidade da Administração, no limite de suas competências, conseguir entregá-los com eficiência independente das restrições territoriais e estruturais. Isto é a materialização da igualdade de tratamento e respeito à dignidade do cidadão.

Um exemplo de implementação de política pública com o uso desta colaboração, é o convênio realizado em 2015, entre a Receita Federal do Brasil e os agora denominados Ofícios da Cidadania, que passaram a inserir o CPF do bebê, gerado em tempo real, pela Receita Federal do Brasil, nas certidões de nascimento. No ano seguinte, em 2016, via geração e transmissão online pelo DETRAN-RJ, foi a vez do RG, também nas certidões de nascimento.

Com o provimento 63/2017 publicado pelo CNJ, foi definido que todas as certidões deveriam conter o número do CPF e aqueles nascidos com data anterior ao provimento, poderiam a medida que solicitassem a segunda via, inserir o número do documento.

E também, através das unidades interligadas com Oficios da Cidadania dentro das maternidades, foi possível que as famílias saíssem do hospital com a criança já registrada.

A parceria supracitada foi fruto de ações conjuntas entre os poderes executivo, legislativo e judiciário. Aliando-se o conceito exposto à possibilidade de identificação civil de recém-nascidos de imediato, se estruturará política pública com reflexo direto também na segurança e na proteção do menor, como meio de combate e prevenção ao tráfico e sequestro de crianças e órgãos.

4. O Desafio jurídico

Contudo, embora os Oficios da Cidadania sejam uma ferramenta já utilizada pelo Estado, por força legal, para colher dados do cidadão, o sentido inverso, qual seja: o cidadão utilizar as serventias para obter informações disponibilizadas pela Administração Pública, dentre outros serviços, ainda não é uma realidade.

Recentemente os artigos alterados pela lei 13.484/17 foram alvos da ADIN 5855. Hoje, o tema já foi devidamente superado, com sua constitucionalidade reconhecida. Todavia, a consequência desta ADIN naquela oportunidade, foi o efeito suspensivo das atividades que estavam sendo realizadas em parcerias, causando insegurança jurídica e econômica aos oficiais, que investiram em mais estrutura e tecnologia para oferecer um bom atendimento ao cidadão.

Considerações Finais

Através dos modelos já existentes no Brasil e paradigmas como as Conservatórias de Portugal e os Ofícios do Chile, tem-se base para buscar o ponto de equilíbrio entre o uso dessas estruturas/*expertise*, como ferramentas de atendimento ao cidadão.

O exercício da cidadania de forma equânime é uma demanda que não pode mais esperar.

Enfrentar o tema como matéria jurídica, em sua essência, é o primeiro passo para a transformação do cenário atual. Isto porque é do Direito que nasce o ordenamento que norteia a gestão pública e é através dele, que os anseios da sociedade são materializados.

Referências

DE MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada, Ed. Atlas, 2002, pág. 180.

Boselli, Karine M. F. Rocha . O Registro Civil das Pessoas Naturais na Era Digital. Carta Forense, São Paulo, p. 0 - 0, 03 mar. 2015.

NICS, Alvacir Alfredo. O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito. Disponível em: http://www.ambito-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_caderno=9. Acesso em: 01 de Agosto maio 2019.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Brasília: Revista de Informação Legislativa, Ano 33, n. 131, jul/set, 1996.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed.São Paulo: Malheiros, 2002 **.** Acesso em: 20 de Julho 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONCURSO PÚBLICO: ABORDAGEM SOBRE A REALIZAÇÃO DO CERTAME PARA FINS MERAMENTE DE CADASTRO DE RESERVA

MIGUIDÔNIO INÁCIO LOIOLA NETO: Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia - UNAMA, servidor público estadual, exercendo o cargo de Controle Externo no Tribunal de Contas do Estado do Pará, desde 2012.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo proporcionar maior reflexão sobre a praxe da Administração Pública de realizar concurso público para fins meramente de compor cadastro de reserva. A problemática consiste na possibilidade de o uso do cadastro de reserva de forma inadequado violar diretamente os princípios básicos da Constituição Federal de 1988, tais como: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, concurso público. A justificativa decorre do tema proposto ser atual e de ampla repercussão social. Por fim, o uso inapropriado do cadastro de reserva nos concursos públicos gera grave hipótese de violação dos direitos básicos dos administrados, bem como da norma constitucional e legal.

Palavras-Chaves: Administração Pública. Concurso público. Cadastro de reserva. Princípios. Violação.

Abstract: The purpose of this article is to provide greater reflection on the Public Administration's practice of holding public tenders for the purposes of merely composing reserve records. The problem consists in the possibility that the use of the reserve register inappropriately violates directly the basic principles of the Federal Constitution of 1988, such as: legality, impersonality, morality, publicity, efficiency, public tender. The justification stems from the proposed theme being current and with wide social repercussions. Finally, the inappropriate use of the reserve register in public tenders generates a serious hypothesis of violation of the basic rights of the administrators, as well as of the constitutional and legal rule.

Keywords: Public Administration. Public tender. Booking registration. Principles. Violation.

Sumário: 1. Introdução – 2. Obrigatoriedade do concurso público. 2.1 Conceito. 2.2 Procedimento do concurso público. 2.3. Do uso inadequado cadastro de reserva. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Administração Pública para mover todo o aparelho estatal necessita de servidores e empregados públicos que desempenhem suas atividades com finalidade de alcançar o primordial bem comum social.

No entanto, para a investidura em cargo e emprego público, faz-se mister que ocorra a priori aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, conforme estatuído e sacramentado no corpo do art. 37, incisos I a IV, da Constituição Federal de 1988.

Para a realização do certame é fundamental que seja prevista e regulamentada no edital a quantidade de vagas que serão ofertadas dentro de seu prazo de validade. Tal previsão visa dirimir qualquer dúvida quanto ao ingresso na Administração Pública, bem como garantir que seja aplicado e cumprido os princípios norteadores da gestão pública – princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nada obstante, nos últimos anos a Administração Pública vem adotando um novo procedimento no concurso público, que é aquele exclusivamente de cadastro de reserva. A alegação que é o meio mais eficiente e econômico de selecionar candidatos para o ingresso no serviço público.

Diante disso, o presente artigo tem como foco tecer uma análise sobre a realização de concurso público para fins meramente de cadastro de reserva sem qualquer parâmetro de convocação para os candidatos, sob o prisma da eficiência na gestão da coisa pública.

2. OBRIGATÓRIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO

2.1 – CONCEITO

A Administração Pública para prover seus cargos e empregos precisa observar as disposições constitucionais e legais que regem a adoção do concurso público, como modalidade de selecionar o material humano especializado e eficaz, para o ingresso no seu quadro de servidores e empregados públicos.

Para melhor compreensão do instituto do concurso público, faz-se necessário apresenta-lhe um conceito. Nas palavras de Martins Júnior (2006) é possível entender que, trata-se de:

> Uma série complexa de procedimentos para apurar aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham para obtenção de uma ou mais vagas, em que se submetem voluntariamente aos trabalhos de julgamento de uma comissão julgadora. (MARTINS JÚNIOR., 2006, apud Telles, 2000, p. 368).

Face ao conceito exposto, faz-se mister alicerçar esse entendimento com os ensinamentos de Meirelles (2008), que assim discorre:

> O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego. (MEIRELLES, 2008, p. 440).

2.2 – PROCEDIMENTO DO CONCURSO PÚBLICO

É cediço o entendimento de que o concurso público é vital para o ingresso na Administração, pois conforme leciona Carvalho Filho (2011) é o instrumento que melhor representa o sistema do mérito por estabelecer uma forma universal de que todos possam participar nas mesmas condições para escolha dos mais capacitados.

Coaduna desse pensamento Gasparini (2008), que vislumbra a concretização do princípio da igualdade através da utilização desse certame, pois é imprescindível para investidura de todos aqueles que almejam fazer parte da estrutura administrativa.

O concurso público é um ato administrativo, como ensina Gasparini (2008), possui sua previsão no art. 37, incisos I a IV, da Constituição Federal de 1988. Entretanto, a norma constitucional não estabelece forma ou procedimento, conforme comenta Meirelles (2008).

Cabe então uma regulamentação legal ou administrativa, para firmar um entendimento pacífico no mundo jurídico. Pois na lição de Mello (2008), os atos administrativos interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais, o que provoca violação a um dos interesses precípuos e fundamentais do Direito, que é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

segurança jurídica das relações constituídas, bem como, a pacificação dos vínculos estabelecidos, para preservar a ordem.

2.3 – DO USO INADEQUADO DO CADASTRO DE RESERVA

O concurso público deve ser realizado por meio de provas ou provas e títulos, consoante entendimento claro e coeso da doutrina e da legislação vigente, que se fundamenta na previsão da Carta Magna. O objetivo é o preenchimento das vagas preestabelecidas no edital.

Nessa compreensão Rocha (2006) é categórico ao afirmar:

> Para que os candidatos possam definir se têm interesse em concorrer às vagas oferecidas, o edital deve conter o(s) cargo(s) ou emprego(s) oferecido(s), o número total de vagas já existentes bem como o número de vagas reservadas aos deficientes físicos, a remuneração inicial, o local ou locais em que o serviço deverá ser prestado, as atribuições do cargo ou emprego, e outros dados que possam ser relevantes para a decisão do candidato. (ROCHA, 2006, p. 56).

Ao encontro de Rocha, Gasparini (2008) posiciona-se de forma precisa e cristalina ao abordar o tema, aduzindo:

> O concurso somente pode ser aberto se existir cargo vago, pois só a necessidade do preenchimento do cargo justifica esse certame. Se não existir cargo vago e se deseja ampliar o quadro em razão da necessidade de serviço, deve-se criar os cargos e só depois instaurar o concurso. (GASPARINI, 2008, p. 178).

Entretanto, a Administração Pública vem realizando concursos públicos sem estabelecer um quantitativo mínimo de vagas disponíveis, deixando o preenchimento a cargo do cadastro de reserva.

O cadastro de reserva é um procedimento administrativo que visa registrar os candidatos que foram aprovados e/ou classificados no concurso público. Tem como condição necessária a discricionária necessidade de preenchimento dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cargos públicos disponíveis, bem como a suficiência da receita orçamentária correspondente.

A praxe da realização de concurso público para fins meramente de cadastro de reserva no seio da Administração Pública é tema controverso, especialmente porque passa ao largo da demonstração do fundamental planejamento da gestão pública. Ele deixa em aberto ao gestor público a realização de certame sem qualquer amparo na real necessidade quantitativa do preenchimento dos cargos disponíveis no órgão público.

Não obstante, o uso da realização de concurso público para mero cadastro de reserva, ainda possui boa acolhida na gestão pública.

Nesse sentido, é a lição jurisprudencial do TRIBUNAL FEDERAL DA 2º REGIÃO:

> O artigo 37, II, da Constituição da República, segundo o qual a investidura em cargo ou emprego público somente se dará através de prévia aprovação em concurso, confirma a possibilidade de abertura de processo seletivo destinado a "cadastro de reserva", já que se trata de concurso público destinado a preencher as vagas originadas durante o prazo de validade do concurso público e para atender aos interesses da Administração. Portanto, é legítimo à Administração praticar o que se costuma chamar de "Cadastro de Reserva". (TRF 2ª Região. Sétima Turma Esp. ac 200551014903989. Rel. Des. Federal REIS FRIEDE. DJU 14.05.2008, P. 255).

Na esfera federal existia a vedação para esse tipo de certame, pois o Decreto 3.298/1999, no seu art. 39, inciso I, estabelecia que é regra primária do edital a divulgação de vagas. Contudo, tal previsão foi revogada no ano de 2018. Assim, era o dispositivo da norma, in verbis:

> Art. 39. Os editais de concurso públicos deverão conter:
>
> I – o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa de deficiência;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além dessa previsão expressa, pode-se aduzir pela inteligência do art. 5º, §2º da Lei 8.112/1990, que os concursos da alçada federal devem oferecer claramente um número determinado de vagas, a fim de que se possa calcular o quantitativo de cargos destinados às pessoas portadoras de deficiência, in verbis:

> §2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Nesse sentido Carvalho Filho (2011), traz algumas ponderações referente a esse tipo procedimento adotado pelos concursos atualmente, que serve de base para analisar e definir a validade ou não desse ato jurídico-administrativo. Tal posicionamento assevera:

> A administração Pública, nos últimos tempos, tem se valido do concurso para cadastro de reserva, modalidade na qual, como regra, não se especifica o número de cargos ou de empregos a serem preenchidos. Pode ocorrer em situações transitórias, como aquela em que o órgão aguarda a liberação de verbas para remunerar os futuros servidores. A despeito de considerado legítimo, os candidatos ficam em situação de expectativa e instabilidade por desconhecerem quando haverá (ou mesmo se haverá) a convocação. Além disso, torna-se mais complexo o controle de legalidade da Administração em virtude da ampla liberdade que se lhe concede nesses casos, sendo difícil, inclusive, comprovar eventual arbitrariedade. Pode ser cômodo para a Administração, mas não nos parece sena ele o melhor método para garantir os direitos dos candidatos; o melhor é aquele que o edital já define previamente o número de vagas e o prazo de duração do certame, permitindo que todos possam aferir o comportamento da Administração na integralidade do processo competitivo. Aliás, como já consignou reconhecida doutrina, se não há vagas ainda, o concurso é, no mínimo,

> desnecessário e constitui desvio de finalidade. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 582).

Quando a Administração adota esse procedimento de cadastro de reserva, como leciona Carvalho Filho (2011), ocorre uma afronta direta aos seus princípios norteadores, tais como o da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Violação que gera consequências imediatas nos fundamentos constitucionais do concurso público.

Princípios que na concepção de Canotilho (1998), significa:

> Normas de tecitura aberta, que expressam um valor, uma conduta ou uma diretriz em caráter obrigatório, com força irradiante e integradora. Exigem a realização de algo da melhor forma possível, mas não são – tudo ou nada. Não permitem, exigem ou proíbem algo em termos peremptórios, mas buscam a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a – reserva do possível – fáctica ou jurídica. (CANOTILHO, 1998 apud ZAGO, p. 88).

A violação principiológica, conforme a lição de Martins Junior (2006), pode ser compreendida como o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo.

Nessa linha lógica, também, compreende Enterria (1986) apud (Zago, 2001, p. 83) que: "[...] os princípios são os órgãos respiratórios do Direito.". Logo, conclui Zago (2001), aduzindo coerentemente que descumprir princípio é mais grave do que descumprir norma, por implica (sempre e também) violação, no que ela chama, do espírito do conteúdo, do aspecto mandamental, da própria harmonia de um sistema.

Nesse aspecto, a vigente adoção do cadastro de reserva em concurso público afronta, primeiramente, o princípio basilar do regime jurídico administrativo, o da legalidade, pois a Administração Pública somente pode fazer o que está estabelecido e estipulado em lei previamente, consoante ensina Mello (2008).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outrossim, conclui Stassinopoulos (1954) apud (MELLO, 2008, p. 101): "[...] que a Administração Pública não pode atuar *contra legem* ou *praeter legem*, só pode agir *secundum legem*.".

Nessa esteira, entende-se por força do princípio da legalidade que o edital do concurso público possui natureza jurídica de um ato administrativo, conforme já mencionado, devendo assim, como todo ato de direito público, ser de acordo com a lei ou completar as lacunas da lei, não podendo ser contrário a lei. Já que sua função, como ensina Mello (2008), é de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistindo instaurar originalmente qualquer cerceio a direitos de terceiros, como por exemplo, a investidura em cargo ou emprego público.

Dessa maneira, sendo o edital a norma regulamentadora do concurso público, como aduz Mattos (2005), ele poderá ser invalidado judicialmente se contiver qualquer cláusula abusiva ou ilegal.

A esse respeito são os ensinamentos de Moreira Neto (1989) ao lecionar sobre a seleção por concurso:

> O concurso, formalmente considerado, vem a ser procedimento administrativo declarativo de habilitação à investidura que obedece a um edital ao qual se vinculam todos os atos posteriores. O edital não poderá criar outras condições de acesso que não as que se encontrem em lei [...] (MOREIRA NETO, 1989, p. 234).

Por outro lado, observa-se a violação do princípio da moralidade, pois esse tipo de procedimento no concurso público pode ensejar desvios de finalidade, este conforme Mello (2008), faz com que a Administração subjugue-se ao dever de alvejar sempre a finalidade normativa adscrevendo-se a ela. Pois pode autoridade administrativa resolver não nomear os candidatos vitoriosos no certame, deixando escoar deliberadamente o prazo de validade do concurso, para, em seguida, abrir nova disputa, na qual seus protegidos – antes reprovados – poderão novamente tentar se habilitar no concurso público.

A adoção do cadastro de reserva possibilita a ocorrência de condutas como a descrita, com clara ofensa à moralidade administrativa. A esse respeito, valer citar as palavras de Ferraz (2007):

> [...] de nada adiantaria definir regras legais para os concursos, se a Administração Pública pudesse deixar de nomear aprovados, repetindo sucessivamente o certame até que os selecionados atendessem ás querenças do agente administrativo competente para a nomeação. (FERRAZ, 2007, p. 250).

Assim a violação do princípio da moralidade, na elucidação de Mello (2008) acarretará "[...] violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que a sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988" (MELLO, 2008, p. 119).

Ainda, pode se observar que o edital que não prever quantidade de vagas, viola o princípio da publicidade, pois impedi que os administrados possam decidir com segurança se desejam ou não prestar o concurso.

Nesse sentido, Mello (2008) é categórico ao aludir sobre tal princípio, dizendo: "[...] que a Administração tem o dever de manter plena transparência em seus comportamentos" (MELLO, 2008, p. 114).

Nesse diapasão, acentua Martins Junior (2006), que violar o princípio da publicidade é violar uma das pedras fundamentais do Estado Democrático de Direito, que se norteia pela transparência.

Noutro giro, compreende-se o cadastro de reserva em concurso público agride o princípio da impessoalidade.

A decisão de quantos candidatos nomear não pode ser deixada à inteira discricionariedade da autoridade administrativa. Uma vez conhecidos os nomes dos aprovados, inexiste impessoalidade na decisão quanto ao número de aprovados que serão investidos no cargo ou emprego.

Para clarear o supracitado entendimento, faz-se mister a elucidação de Mello (1981), conceituando a discrionariedade administrativa que:

> [...] é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se pode extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 1981 apud ZAGO, 2001, p. 63).

Nesse pensar, Meirelles (2008) menciona que é pelo agir impessoal, que é finalidade do concurso público, que se afastam os ineptos e os apaniguados que costumas abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se matem no poder leiloando cargos e empregos públicos.

Diante da violação dos preceitos supracitados, não cabe o entendimento de que o ato administrativo do concurso público é para servir o interesse público, pois quando ocorre descumprimento de princípios fundamentais da administração pública, que estão expressos categoricamente na Carta Magna, como já citado, gera absoluta inconstitucionalidade, acarretando a nulidade dos atos.

É nesse passo que ensina Zago (2001):

> A adequação da conduta ou do fato à contrariedade ao princípio da impessoalidade é suficiente para a declaração de nulidade ou de inconstitucionalide por descumprimento do princípio. Dispensa-se, assim, intensa perquirição dos motivos do ato e de sua prova. Pois a simples demonstração da falha no atuar impessoal implica em ofensa direta e imediata a preceito da Carta Magna, que é mais grave ofensa que pode ser cometida no Estado Democrático de Direito. (ZAGO, 2001, p. 312).

Outrossim, não se olvida que seja necessário verificar a compatibilidade do uso indiscriminado do cadastro de reserva com a norma constitucional, para que possa expurgar os abusos cometidos por parte de maus gestores públicos.

Nesse compasso, ensina Moraes (2010) que o controle de constitucionalidade configura como garantia da supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder

do Estado, são também uma parte de legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, entende-se que o presente trabalho não o objetivo de esgotar a temática abordada, mas trazer uma reflexão sobre a realidade atual dos cadastros de reservas nos concursos públicos realizados pela Administração Pública.

É fato que a praxe de concurso público para fins exclusivo de cadastro de reserva é tema controverso que mera detida atenção por parta da Administração Pública, especialmente pela possibilidade de violar os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, esculpidos no *caput* do art. 37, da Constituição Federal de 1988.

Além do mais, a realização de certame público para cadastro de reserva pode viabilizar a inoperância do princípio-regra do concurso público, visto que dá ao mal gestor público uma ampla discricionariedade, que ao cabo pode garantir que realize um concurso público, não convoque nenhum aprovado e preencha os cargos por outros meios inadequados.

Dessa forma, enquanto não existir uma vedação expressa para o mero uso de cadastro de reserva em concurso público, os candidatos e a sociedade devem ficar atentos para a real necessidade da efetuação de um certame público, bem como o modo como serão efetuadas as futuras convocações.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8.ed.. Brasília, DF: Senado, 2010.

BRASIL. Lei nº 8.112 de 11 de Dezembro de 1990. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 23, 12 dez. 1990. Secção 1, p. 25-50.

BRASIL. Decreto nº 3.298 de 20 de Dezembro de 1999. Dispõe sobre a Política Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências**. Diário oficial da União**, Brasília, DF, n. 13, 21 dez. 1999. Secção 2, p. 08-23.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed.. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris. 2011.

FERRAZ, Luciano. **Concurso Público e Direito à Nomeação**. In: MOTTA, Fabrício (Cood.). Concurso Público e Constituição. 1. ed.. 2ª tiragem. Belo Horizonte: fórum. 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13. ed.. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 3. ed.. São Paulo: Editora Saraiva. 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **Lei Nº 8.112/90: INTERPRETADA E COMENTADA**. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed.. São Paulo: Editora Malheiros. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 25. ed.. São Paulo: Editora Atlas. 2010.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 7. ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1989.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos Concursos Públicos**. São Paulo: Editora Dialética. 2006.

TELLES, Antônio A. Queiros. **Introdução ao Direito Administrativo**. 1. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000.

TRF2 - APELAÇÃO **CIVEL: AC 200851010097384 RJ 2008.51.01.009738-4. Disponível em < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6042293/apelacao-civel-ac-200851010097384-rj-20085101009738-4-trf2. >. Acesso: em 02 out. 2011.**

ZAGO, Lívia Maria Armentano Koenigstein. **O Princípio da Impessoalidade**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS JURÍDICOS DAS CASAS LEGISLATIVAS NA DEFESA DOS PARLAMENTARES COMO COROLÁRIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

HÉLIO LÚCIO DANTAS DA SILVA:
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Procurador da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco e advogado. Residente em Recife.

RESUMO: O artigo parte de uma abordagem de elementos históricos e dos fundamentos da República Federativa do Brasil para analisar as relações entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A hipótese de pesquisa é que a defesa das prerrogativas do Poder Legislativo deve alcançar a defesa dos parlamentares para que não seja tolhida a sua atuação. A pesquisa é eminentemente bibliográfica. Os fenômenos do ativismo judicial e da demonização da política têm contribuído para um constante ataque às Casas legislativas e seus parlamentares. Concluímos que só há soberania popular com um Poder Legislativo pujante e a defesa efetivada pelos órgãos jurídicos próprios não deve se cingir à defesa da instituição e deve alcançar os parlamentares porque se estará defendendo um efetivo Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Legislativo, ativismo, demonização, defesa, soberania, democracia.

SUMÁRIO: Introdução. 1.Os conceitos e as categorias meta-históricas. 1.1. Os conceitos jurídico-políticos. 1.2. Espaço da experiência e horizonte das expectativas. 2. Fundamentos da República Federativa do Brasil. 2.1. Soberania. 2.2. Cidadania. 2.3. Dignidade da pessoa humana. 3. Fatores que podem solapar o Estado Democrático de Direito. 3.1 Ativismo judicial ou judicialização da política. 3.2 Demonização da política. 4.1. A defesa das Casas Legislativas. 4.2. A defesa dos parlamentares. 5. Conclusão: O protagonismo do Poder Legislativo como expressão da soberania popular. Referências.

Introdução

A nossa herança cultural decorre em sua maior parte do legado greco-romano e da tradição judaico-cristã, por essa razão recorremos ao mito para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

apresentar o quadro em que nós nascemos a partir do qual desenvolvemos nossa visão de mundo (weltanschauung).

.O mito de Prometeu[1] traz a narrativa sobre a vida de dois titãs, Prometeu e Epimeteu que juraram lealdade a Zeus e aos deuses olímpicos e com eles lutaram na guerra entre os titãs. Zeus compensou os irmãos por sua lealdade e permitiu que eles criassem as primeiras criaturas para habitar a terra. Epimeteu criou os animais e deu-lhes uma habilidade especial para se proteger. Prometeu moldou o homem a partir do barro e da água, como demorou mais tempo que o irmão não havia mais proteção para dar ao homem. Prometeu pediu a Zeus para permitir que o homem utilizasse o fogo, Zeus negou. Prometeu, então, roubou o fogo dos deuses e entregou aos homens.

Zeus puniu Prometeu fazendo com que ele fosse amarrado em uma montanha para todos os dias ter seu fígado comido para durante a noite ser reconstituído, num flagelo incessante. A punição aos homens não tardaria. Zeus criou a primeira mulher Pandora, dotada da beleza de Afrodite e de outros dons que encantaram Epimeteu que com ela se casou. Como presente de casamento Zeus deu uma caixa com a advertência de que ela não deveria ser aberta. Pandora, não resiste à tentação e abre a caixa deixando sair toda a sorte de males, doenças, guerras, dor, fome, ódio, inveja e morte. Na caixa ficou apenas a esperança.

O preço pago pelo acesso ao conhecimento da arte de fazer o fogo foi ter que suportar uma pletora de infortúnios cujo impacto é atenuado pelo alento oriundo da esperança.

O presente artigo procura empreender uma análise de uma questão dogmática que é a definição dos lindes da atuação dos órgãos jurídicos das Casas Legislativas partindo de premissas zetéticas, mormente da História do Direito.

Como preconiza Ricardo Marcelo Fonseca, o presente deve ser vislumbrado como contingente e provisório, não natural, como consectário da historicidade imanente ao direito[2].

O viés histórico assumido decorre do propósito de se efetivar um estudo do direito, com uma imprescindível apreciação de experiências passadas e atuais, assim como, o futuro e suas conjecturas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Imersos na seara da história geral com inúmeras teorias com seus respectivos enfoques, optamos por trilhar o caminho da história dos conceitos por julgá-la mais apta a nos fornecer as ferramentas para o nosso estudo. Começando pela semântica constitucional, o estudo dos conceitos avança para temas relevantes do sistema social no qual os diversos subsistemas interagem e imbricam-se, como acontece com o subsistema jurídico e o político.

Não podemos deixar de registrar que a nossa abordagem pressupõe a viragem linguística que muda o prisma da filosofia da consciência e da anterior filosofia ontológica nas quais se pressupunha uma relação sujeito/objeto para enfocar a relação sujeito/sujeito realizada por meio da linguagem[3]. Noutras palavras, não há a pretensão de verdade típica do ontologismo, mas a constatação de que lidamos com a linguagem e nela se relacionam os sujeitos.

1.Os conceitos e as categorias meta-históricas

1.1. Os conceitos jurídico-políticos

O saber jurídico trabalha com conceitos como cidadania e soberania que não possuem uma correspondência empírica. Eminentemente teóricos, os conceitos fazem com que Ulfrid Neumann fale do risco de hipostasiação, da aceitação de um domínio de essências fictícias [4].

Luiz Alberto Warat aduz que os termos possuem dois níveis de significação: o significado de base e o significado contextual. O significado de base é aquele que se encontra no vínculo denotativo com a abstração do prisma contextual. O segundo é o que resulta dos processos de comunicação social [5].

Dentre os inúmeros conceitos que permeiam a realidade politico-jurídica selecionamos três: a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Fundamentos do Estado Democrático de Direito insculpidos no art. 1º da Constituição Federal, serão o norte para a compreensão da questão de fundo do presente trabalho.

1.3 Espaço da experiência e horizonte das expectativas

No processo meticuloso de exame dos conceitos, mormente, as significações e ressignificações dos conceitos na história e na historiografia, passamos ao que reputamos ainda mais relevante para a nossa abordagem, qual

seja, o estudo que Koselleck empreendeu sobre o tempo e as instâncias de temporalidade. Esse percurso foi assim descrito:

> Ela começou como crítica à tradução descontextualizada de expressões cronologicamente relacionadas ao campo semântico constitucional; em seguida essa especialização pretendeu uma crítica à história das ideias, compreendida como um conjunto de grandezas constantes, capaz de se articular em diferentes formas históricas sem qualquer alteração essencial. Ambos os impulsos conduziram a uma delimitação metodológica mais precisa, pois, ao longo da investigação de um conceito, tornou-se possível investigar também o **espaço da experiência** e o **horizonte de expectativa** associados a um determinado período, ao mesmo tempo em que se investigava também a função política e social desse mesmo conceito. Em uma palavra, a precisão metodológica da história dos conceitos foi uma decorrência direta da possibilidade de tratar conjuntamente espaço e tempo, com a perspectiva sincrônica de análise[6].

As categorias meta-históricas espaço de experiência e horizonte de expectativas, apresentadas por Koselleck, são também adotadas por Paul Ricoeur e são fundamentais para entender o tempo histórico/ tempo social.

Ricoeur assevera que a palavra alemã *Erfahrung* tem uma amplitude abrangente que abarca a experiência privada e a experiência transmitida pelas gerações anteriores ou instituições atuais, um saber adquirido que se transformou em *habitus*[7]. A experiência é um passado atual ou na expressão de Agostinho, o passado presentificado.

Utiliza-se a expressão espaço para a experiência porque aglomera um enorme conjunto de coisas conhecidas nos quais muitos estratos de tempos anteriores estão simultaneamente presentes sem que haja referência a um antes ou depois. O espaço permite múltiplos percursos em todas as direções.

José D'assunção Barros sugere o espaço de experiência com a figura de um semicírculo para ressaltar que o passado incognoscível representa uma infinita região do passado que está fora do semicírculo, por não ter deixado vestígios, nem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fontes para os historiadores. Tudo que está no espaço de experiência se projeta no presente de alguma maneira e pode ser vislumbrado pelos historiadores[8].

Expectativa é o futuro transformado em presente (*vergegenwärtigte Zukunft)*, voltado para o ainda-não, para o não experimentado, para o que apenas pode ser previsto. O temor, a esperança, o desejo, o projeto, a preocupação, a curiosidade, o cálculo racional fazem parte da expectativa. A metáfora do horizonte reflete uma linha por trás da qual se apresenta um novo espaço de experiência que ainda não pode ser contemplado e que se afasta de nós à medida que caminhamos em sua direção[9].

A tensão entre experiência e expectativa que ocorre no presente e de formas diferentes faz surgir o tempo histórico. Não obstante, não são conceitos opostos, são assimétricos. O que distingue a experiência é se fundar em acontecimentos passados que se tornam presentes, ou seja, estar saturada de realidade[10].

Para que possamos nos valer num estudo jurídico das categorias espaço de experiência e horizonte de expectativas precisamos ressaltar que as consideramos categorias formais, vez que não veiculam conteúdo da experiência ou do que se espera. Com essa abordagem formal se busca estabelecer as condições das histórias possíveis e não as histórias mesmas. Na dicção de Koselleck, as categorias "indicam a condição humana universal, remetem a um dado antropológico prévio, sem o qual a história não seria possível, ou não poderia sequer ser imaginada" [11].

2 Fundamentos da República Federativa do Brasil

2.1. Soberania

A soberania, primeiro fundamento e *conditio sine qua non* para a própria existência do Estado e para que se estabeleçam os demais fundamentos. É assim definida por Celso Ribeiro Bastos:

> Soberania é a qualidade que cerca o poder do Estado. (...) indica o poder de mando em última instância, numa sociedade política. (...) a soberania se constitui na supremacia do poder dentro da ordem interna e no fato de, perante a ordem externa, só encontrar Estados de igual poder. Esta situação é a consagração, na ordem interna, do princípio da

> subordinação, com o Estado no ápice da pirâmide, e, na ordem internacional, do princípio da cooperação. Ter, portanto, a soberania como fundamento do Estado brasileiro significa que dentro do nosso território não se admitirá força outra que não a dos poderes juridicamente constituídos, não podendo qualquer agente estranho à nação intervir nos seus negócios[12].

Diz-se soberana a República Federativa do Brasil porque não se submete a comandos externos agindo em situação de igualdade com os demais Estados. No plano interno, acentua-se a exclusividade dos poderes definidos no texto constitucional para regrar e conduzir os destinos do país e de sua população.

Se soberania é expressão de poder, o parágrafo único do art.1º da Lei Maior não se furtou em identificar o seu titular, nos seguintes termos:

> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

2.2. Cidadania

A expressão cidadania surge na Grécia associada à participação política, participação nas decisões e na gestão da *polis* (Cidade/Estado). Inicialmente a participação era restrita a algumas classes sociais, vigorava a aristocracia. José Alfredo de Oliveira Barracho afirma que cidadão era o que morava na cidade e participava de seus negócios[13]. Adstrita à territorialidade, foi aos poucos alcançando estrangeiros e abrangendo um maior contingente, mormente em Atenas com o advento da democracia. Neyde Theml apresenta o quadro político ateniense com ênfase na figura do cidadão, senão vejamos:

> Os cidadãos eram considerados como o povo (dêmos), exercendo o controle político, e não se confundiam com a população. A pólis era a koinonía politiké, de homens adultos, de condição livre eleutheroí, com direito à participação política, à propriedade da terra e a defesa do território cívico, soldados (hoplitas). Eles tinham os mesmos direitos e deveres, as mesmas instituições, os mesmos cultos e gerenciavam coletivamente o interesse do grupo (politaí) e da população

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> global. Os politaí, eleutheroí eram aqueles que possuíam os direitos políticos, elegendo ou sendo eleitos para exercerem uma função pública, participando ativamente no espaço político. O direito de cidadania em Atenas advinha do fato de ser homem, livre, nascido em Atenas, ser filho de pai ou mãe ateniense, ser reconhecido pela phatria de seu pai, inscrito nos registros cívicos (dêmos) e cumprir com as obrigações militares. Assim sendo, a pólis era o conjunto dos cidadãos (politaí), que não se confundiam com a população do território cívico[14].

Mesmo sob a égide da democracia, em Atenas a participação política não alcançava um largo contingente de pessoas que não eram cidadãos. Na idade Média Ocidental a política e a correlata cidadania e tais questões, segundo Hannah Arendt, perdem espaço para o plano religioso[15]. Retomada com o Iluminismo a cidadania tem hoje uma acepção que pressupõe uma igualdade política e mais que o direito de participação política representa direito a prestações estatais assim como a assunção de deveres. Lamenta-se registrar que a igualdade política representada pela cidadania não tem logrado abrandar a desigualdade econômica que remanesce e serve de entrave para um melhor exercício da formal paridade politica.

Observando o vocábulo cidadania e ultrapassado séculos, salta aos olhos que da mesma palavra foi forjado um novo conceito a partir de uma nova situação histórica. A questão torna-se mais compreensível se nos valermos de duas partes da semiótica, quais sejam: a pragmática e a semântica. O viés pragmático que segundo Luis Alberto Warat se refere à relação do signo com os seus usuários, aponta para o caráter único da utilização da língua, no contexto histórico irrepetível[16]. Todavia, no que concerne ao prisma semântico, no qual se vislumbra o significado do signo representativo do conceito há uma repetição que viabiliza a comunicação com base num sentido preestabelecido. Destarte, a partir de uma semântica conhecida é que o uso pragmático vai alterando paulatinamente o conteúdo dos conceitos sem modificar os vocábulos.

Lamenta-se registrar que a igualdade política representada pela cidadania não tem logrado abrandar a desigualdade econômica que remanesce e serve de entrave para um melhor exercício da formal paridade política.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mais a frente, examinaremos as formas como a cidadania é exercida e sua relação estreita com a atuação do Poder Legislativo.

2.3. Dignidade da pessoa humana

A posição de destaque dos seres humanos foi evidenciada nos versículos 26 e 27 do Capítulo 1 do Livro de Gênesis que integra a Bíblia cristã e o Pentateuco Judaico que está assim vazado:

> 26 Então disse Deus: "Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança. Domine ele sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os grandes animais de toda a terra e sobre todos os pequenos animais que se movem rente ao chão.
>
> **27** Criou Deus o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou [17].

É sob o pálio dessa matriz judaico-cristã de homem forjado à imagem de Deus que a tradição religiosa afirma a dignidade da pessoa humana.

A exaltação da estatura do ser humano está subjacente no pensamento grego, mas é bem traduzida, segundo Bertrand Russel, na assertiva do sofista Protágoras de Abdera: "O homem é a medida de todas as coisas, do ser daquilo que é, do não-ser daquilo que não é"[18] .

A dignidade humana em seu cariz igualitário logrou institucionalização recente e só com o advento do Iluminismo passou a ser consistentemente apregoada. Para que se propugne pela dignidade do indivíduo se pressupõe a antecedente dignidade da "espécie humana". Na dicção de Antonio Pelè, a compreensão moderna de dignidade humana tem um duplo alcance: vertical, que expressa a superioridade dos homens sobre os animais e; horizontal, que reflete a igualdade entre os homens entre si, independentemente das funções que desempenhem na sociedade[19].

A dignidade da pessoa humana que está positivada no inciso III do art. 1º da Constituição é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conquanto a posição de destaque ateste de forma inequívoca a grande relevância que lhe foi conferida não tem o condão de delinear o conteúdo.

A mera previsão legal ou constitucional, nem mesmo o discurso político têm o condão de dar efetividade à dignidade da pessoa humana. Exemplo elucidativo são as palavras do ditador argentino Jorge Rafael Videla que foram consignadas por Gherardo Colombo, senão vejamos: "para nós, o respeito aos direitos humanos não nasce somente do mandamento da lei ou das declarações internacionais, mas é resultante da nossa cristã e profunda convicção de que a dignidade do homem representa um valor fundamental" [20]. Nada mais incongruente que um dirigente, que foi responsável por milhares de assassinatos, apresentar-se como prosélito da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana pode representar um óbice a comportamentos e normatizações que contra ela se rebelem. Maria Celina Bodin de Moraes assevera que é "contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (sujeito de direitos) à condição de objeto" [21].

Luís Roberto Barroso buscou um conceito de dignidade da pessoa humana de validade universal e com esse escopo apresentou o que denominou "conteúdo mínimo da dignidade humana" que se desdobra em três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. O valor intrínseco ressalta que a pessoa (como fim) não pode ser transformada em meio disso decorrendo os diretos à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. A autonomia abrange tanto a esfera privada, "autogoverno do indivíduo" como a esfera pública, participação nas deliberações democráticas. A autonomia garante um mínimo existencial que propicia as condições materiais para o exercício das liberdades. O valor comunitário apresenta um viés heterônomo da dignidade por dar ensanchas a restrições às liberdades individuais com vistas à proteção de direitos de terceiros, da dignidade do próprio indivíduo e de valores morais compartilhados[22]. Para nós, sobreleva-se o conteúdo autonomia consubstanciado na participação das deliberações democráticas que em grande escala se concretizam nas atividades dos parlamentos.

3 Fatores que podem solapar o Estado Democrático de Direito

3.1 Ativismo judicial ou judicialização da política

Partindo das premissas teóricas do presente artigo, pinçamos do espaço de experiência dois fatores que podem comprometer a consolidação ou concretização

do Estado Democrático de Direito. São encontradiços num passado recente e no presente, no Brasil e em outros países, quais sejam: o ativismo judicial e a demonização da política.

Na mitologia grega, o julgamento de Orestes traz a primeira narrativa do que se denominou invenção da justiça. A deusa Atena institui um tribunal humano que decidirá o destino de Orestes que matou a mãe para vingar o pai. O órgão destinar-se-á a durar para sempre dotado de autonomia e heteronomia com vistas à coerência e à estabilidade na sua atuação[23]. O tribunal se divide, três votos pela absolvição e três votos pela condenação. O voto de Atena absolve Orestes. A nossa tradição consagra uma origem divina da Justiça, a quem cabe proferir a última palavra.

O art. 2º da Constituição Federal estabelece como Poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Propugna o texto constitucional pelo relacionamento harmônico entre os Poderes. Cada um dos Poderes tem sua atribuição precípua a qual se juntam outras exercidas em caráter atípico.

Na relação entre os Poderes deve ser assegurada a independência e, ao mesmo tempo, a existência de mecanismos de controle dos outros poderes, na fórmula dos freios e contrapesos apregoada nos Estados Unidos[24].

Num contexto em que as constituições assumem posição sobranceira no ordenamento jurídico, o Judiciário, especialmente nos países que têm tribunais constitucionais, passa a ser o "guardião da constituição", fato que por si só lhe confere um destaque em relação aos outros poderes. No Brasil, o inciso XXXV do art.5º da Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional que garante a última palavra seja do Judiciário.

Por força do sistema de controle de constitucionalidade o Judiciário assume a condição de legislador negativo na medida em que expurgará do ordenamento jurídico lei ou ato normativo que, segundo sua interpretação, não se coadune com os preceitos constitucionais.

Aqui e alhures, membros do Judiciário resolveram ultrapassar as fronteiras delimitadas nas normas constitucionais para buscar uma atuação ainda mais efetiva, no que se vem denominando ativismo judicial ou politização da justiça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O ativismo judicial é um fenômeno em que o Judiciário assume uma posição de proeminência na qual passa a ditar políticas públicas e a legislar , imiscuindo-se em atribuições que originalmente são afetas aos outros poderes.

Ingeborg Maus a partir da experiência alemã que a nós inteiramente aplicável assevera que a expansão do controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário se projeta na função de moralidade pública exercida pelo modelo judicial de decisão. De forma subliminar, por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora[25].

3.2 Demonização da política

A demonização da política e um fenômeno que acontece em escala mundial a partir de experiências com políticos que se mostraram incompetentes ou ineficientes ou, ainda mais grave, corruptos.

Como em toda atividade humana, na atividade política, os indivíduos precisam ter qualificação, assim como, ter o firme propósito de exercer diligentemente seus misteres. Nesse diapasão, os Chefes do Executivo e os Parlamentares devem cumprir suas missões com denodo e de forma proba. Experiências malsucedidas com governantes e parlamentares tem levado a população a uma perigosa generalização.

Operações de combate à corrupção ganham grande repercussão na imprensa formal e nas mídias sociais quando envolvem políticos que não raro, se tornam condenados antes do devido processo legal, e mesmo que ao cabo deste resultem inocentados.

A criminalização da política por meio de ações muitas vezes açodadas e sem respeitar o devido processo legal serve para incutir na população a ideia de que os políticos, que em sua maioria estão nas Casas Legislativas, não merecem confiança e são incapazes de responder aos reclamos da sociedade.

Nesse diapasão, demonizada a política e a correlata democracia, restaria a alternativa da autocracia na qual um ditador esclarecido e longânimo legaria um governo despido de corrupção e de incompetência. Infelizmente, a ditatura militar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que findou há quase 35 anos mostrou que esse caminho antidemocrático não é adequado nem salutar.

4. A defesa das prerrogativas e das competências das Casas Legislativas e dos parlamentares.

4.1. A defesa das Casas Legislativas

O Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas e as Câmaras de Vereadores, não obstante serem desprovidos de personalidade jurídica, detêm capacidade judiciária e podem por meio de seus órgãos jurídicos estar em juízo.

O Supremo Tribunal Federal "reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos. Precedentes: ADI 175, DJ 08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93." (ADI 1.557, rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/3/2004, *DJ* 18/6/2004, p. 43).

As advocacias ou procuradorias se incumbem de prestar assessoria e consultoria jurídicas e representarem judicialmente as Casas Legislativas em diversos processos como nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (elaborando as informações ou preparando as petições iniciais nas ações ajuizadas pelas respectivas Mesas Diretoras) e nos mandados de segurança (elaborando informações ou peças vestibulares).

Se o texto constitucional preconiza a harmonia entre os Poderes, na realidade, existem momentos em que o conflito se concretiza e, mormente nessas situações, as Casas Legislativas por meio dos seus órgãos jurídicos defenderam suas prerrogativas e suas competências. Não sem razão a Constituição Federal em seu artigo 49 estabelece competências exclusivas do Congresso Nacional das quais destacamos as seguintes:

> V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

> XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

A Advocacia do Senado Federal e as Procuradorias/Advocacias de diversas Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores constituem o corpo jurídico das Casas Legislativas formado por profissionais recrutados por meio de concurso público. Nada mais apropriado que as Casas Legislativas por meio de um quadro próprio e qualificado terem respaldo para o desenvolvimento regular de suas atribuições, inclusive, se necessário, insurgirem-se contra violações de suas competências e prerrogativas.

4.2. A defesa dos parlamentares

No contexto de um crescente ativismo judicial, de uma atuação, muitas vezes midiática, de órgãos policiais e de fiscalização, de desmesurada ação das redes sociais de internet e da imprensa que podem ser direcionadas contra parlamentares, surge a questão: podem os órgãos jurídicos atuar em defesa dos parlamentares?

O ataque a parlamentares não é coisa nova, emblemático é o episódio que envolveu o ex-presidente da Câmara dos Deputados Ibsen Pinheiro que em novembro de 1993 foi acusado pela revista Veja de integrar a Máfia do Orçamento. Ibsen despontava como um forte candidato à Presidência da República ou ao Governo do Rio Grande do Sul, a reportagem foi devastadora para a sua trajetória política e, posteriormente, apurou-se a inveracidade das acusações.

Velar pelas competências e prerrogativas das Casas Legislativas e não defender os seus membros é permitir que pela via oblíqua do ataque ao parlamentar possa ser apoucada a relevância do Poder Legislativo que vem sendo permanentemente enxovalhado.

A defesa do parlamentar pelo órgão jurídico deve estar relacionada com a atividade parlamentar ou administrativa no parlamento ou contra ofensa a sua personalidade, não se estendendo a defesa a questões privadas não afetas ao parlamento.

Destarte, ainda que de *lege ferenda* quando não prevista, vislumbramos a defesa dos parlamentares pelos órgãos jurídicos das Casas Legislativas como corolário inarredável do Estado Democrático de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5. Conclusão: O protagonismo do Poder Legislativo como expressão da soberania popular

O ativismo judicial encontra guarida na origem divina apresentada pelo mito de Atena no julgamento de Orestes. No Brasil, são frequentes os casos onde o Supremo Tribunal Federal, a pretexto de interpretar a Constituição ou às leis, atua como verdadeiro legislador como no caso da perda de mandato por infidelidade partidária, hipótese não prevista no art. 55 da Constituição Federal. A judicialização da política consubstancia uma atuação legiferante efetivada por quem não se submeteu ao crivo do pleito eleitoral, numa exacerbação dos poderes do Judiciário.

Por outro lado, a demonização da política, malgrado atinja também os Chefes do Executivo, tem como alvo principal os parlamentares e as respectivas Casas Legislativas. No plano federal, o Presidente já edita medidas provisórias e detém a iniciativa para emendas constitucionais e para leis. Um estado autocrático ampliaria os poderes do Presidente e amesquinharia a atuação do Legislativo.

A soberania popular é uma expressão que tem dimensão semântica para abarcar os três fundamentos da República Federativa do Brasil, quais sejam: soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana.

Se o poder emana do povo, a soberania tem que ser popular e expressa por meio da cidadania que abrange o votar e ser votado e também fiscalizar os seus representantes, tudo sem descurar do imprescindível respeito à dignidade da pessoa humana.

O Poder Legislativo é o mais democrático dos Poderes vez que constituído por parlamentares eleitos periodicamente, sendo também o palco das grandes discussões nacionais, regionais e locais. No Legislativo convivem diferentes matizes ideológicos que mesmo após a eleição dos seus representantes enfrentaram uma *praxis* democrática da votação das diversas matérias submetidas à cada Casa Legislativa.

É no processo político e por meio da política que poderão ser buscados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erigidos no art. 3º da Constituição Federal. Nesse diapasão, o Poder Legislativo deve assumir o protagonismo no Estado Democrático de Direito como expressão da soberania popular.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao lume do exposto, asseveramos que merecem veemente repulsa atos que representem usurpação das competências e prerrogativas das Casas Legislativas ou de seus parlamentares bem como atentem contra a dignidade dos seus membros.

Referências

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo .Saraiva. 1994.

BARROS, José D'Assunção. **Koselleck, a história dos conceitos e as temporalidades.** Araucaria.Revista Iberoamericana de Filosofia, Politica y Humanidades. Año 18, nº 35. Primer semestre de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BÍBLIA. A.T. Gênesis, Português. **Bíblia Sagrada Online**. Capítulo 1, versículos 26 e 27.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica. Problemas fundamentais.** Coimbra, Coimbra Editores, 1993.

COLOMBO, Gherardo. **Sulle Regole.** Milão: Feltrinelli, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. 1ª ed. 3. reimp Curitiba: Juruá Editora , 2012.

HESÍODO. **O trabalho e os dias.** Trad. Alessandro Rolim de Moura. Curitiba: Segesta Editora: 2012.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos**. 4.Reimp. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC-Rio), 2016.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade.** Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos estudos. CEBRAP. Nº58, novembro 2000.

MARTINS, Ives Gandra (coord.). O Estado do Futuro. São Paulo: Pioneira, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro. Renovar. 2003.

NEUMANN, Ulfrid. Teoria científica da ciência do direito. In: A. Kaufmann e W.Hassemer Org: **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Fundaçao Calouste Gulbenkian. 2002.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 2007.

PELÈ, Antonio. **Uma aproximacion al concepto de dignidade humana**. *Universitas*, n.1. dez/jan,2004. Disponível em: <http:universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf>. Acesso em 14 out.2017.

RICOEUR, Paul. **Tempo e Narrativa, Volume 3 - O tempo narrado**. Trad. Claudia Berliner. 1 ed. 3. tir .São Paulo: Martins Fontes. 2016.

RUSSEL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental** Trad. Laura Alves e Aurélio Rabello. 3.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

TEMER, Michel. ***Elementos de Direito Constitucional***. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

THEML, Neyde. **Público e privado na Grécia do VIII° ao IV° séc. a.C.: O modelo Ateniense**. Rio de Janeiro: Sette Letras, 1988.

WARAT, Luiz Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1984.

NOTAS:

[1] HESÍODO. **O trabalho e os dias.** Trad. Alessandro Rolim de Moura. Curitiba: Segesta Editora: 2012, 65-72.

[2]FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. 1ª ed. 3. reimp Curitiba: Juruá Editora , 2012, p.36.

[3] CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica. Problemas fundamentais.** Coimbra, Coimbra Editores, 1993, p.89.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[4] NEUMANN, Ulfrid. Teoria científica da ciência do direito. In: A. Kaufmann e W.Hassemer Org: **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Fundaçao Calouste Gulbenkian. 2002 p. 471.

[5] WARAT, Luiz Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1984 p. 65

[6] KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos**. 4.Reimp. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC-Rio), 2016, p. 104.

[7] RICOEUR, Paul. **Tempo e Narrativa, Volume 3 - O tempo narrado**. Trad. Claudia Berliner. 1 ed. 3. tir .São Paulo: Martins Fontes. 2016, p. 354

[8] BARROS, José D'Assunção. **Koselleck, a história dos conceitos e as temporalidades.** Araucaria.Revista Iberoamericana de Filosofia, Politica y Humanidades. Año 18, nº 35. Primer semestre de 2016. p.48.

[9]KOSELLECK, Reinhart **Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos**. 4.Reimp. Rio de Janeiro : Contraponto(PUC-Rio), 2016, p. 310-311.

[10] KOSELLECK, Reinhart **Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos**. 4.Reimp. Rio de Janeiro : Contraponto(PUC-Rio), 2016, p.313.

[11] Ibidem 306-308.

[12] MARTINS, Ives Gandra (coord.). O Estado do Futuro. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 165.

[13]BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo .Saraiva. 1994, p.1.

[14] THEML, Neyde. **Público e privado na Grécia do VIII° ao IV° séc. a.C.: O modelo Ateniense**. Rio de Janeiro: Sette Letras, 1988, p.38-39.

[15] ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p.43.

[16] WARAT, Luiz Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1984. p. 45.

[17] BÍBLIA. A.T. Gênesis, Português. **Bíblia Sagrada Online**. Capítulo 1, versículos 26 e 27.

[18] RUSSEL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental** Trad. Laura Alves e Aurélio Rabello. 3.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 64.

[19] PELÈ, Antonio. **Uma aproximacion al concepto de dignidade humana**. *Universitas*, n.1. dez/jan,2004. Disponível em: <http:universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf>. Acesso em 14 out.2017.

[20] COLOMBO, Gherardo. **Sulle Regole.** Milão: Feltrinelli, 2008, p.26.

[21] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro. Renovar. 2003, p. 85.

[22] BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.67-68.

[23] OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 2007, p.146-153.

[24] TEMER, Michel. ***Elementos de Direito Constitucional***. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119.

[25] MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade.** Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos estudos. CEBRAP. Nº58, novembro 2000, p 183-202.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SUAS PECULIARIDADES.

JOANA NOGUEIRA BEZERRA:
Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

RESUMO: Através do artigo pretende-se trazer uma abordagem sobre o Novo Constitucionalismo na América latina. O presente artigo terá o objetivo de elencar as suas principais características, bem como os fatores determinantes que levaram a tal renovação, inserindo-o dentro de um contexto histórico. Ademais, procurará apresentar as características que o elevam à categoria de movimento jurídico-político original e transformador. Por fim, objetiva-se a exposição dos países que adotam esse novo movimento, individualizando-os através da análise das principais peculiaridades de cada um.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo latino-americano. Constituição. Constitucionalismo.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. HISTÓRICO. 3. O NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O Neoconstitucionalismo, movimento que teve início na Europa pós Segunda Guerra Mundial, vem ganhando força, principalmente, nos países latino-americanos.

Esse novo constitucionalismo latino-americano não é importado, mas modificado, atendendo as necessidades e peculiaridades que reclamam o povo do cada região.

É antes de tudo, uma reforma política-jurídica que tais países necessitavam, uma vez que fora criado no sentido de romper com os antigos modelos individualistas e liberais de Constituição e de estruturas políticas, sociais e econômicas que não se adaptavam a realidade dos países sul-americanos.

Fruto de movimentos sociais que tiveram início na década de oitenta, o novo constitucionalismo latino-americano, que, segundo Antonio Carlos Wolkmer, é transformador, inovador, insurgente, popular e participativo, propõe a criação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

um novo Estado, um Estado Plurinacional, fundado em conceitos como o pluralismo político, a participação popular e a legitimação democrática.

2. HISTÓRICO

O Constitucionalismo surge, em um primeiro momento, como forma de legitimar a burguesia insurgente, fundada em um Estado liberal e individualista que tinha como principal característica a não intervenção do Estado na economia e nas relações privadas.

Posteriormente, com a gradativa conscientização da população de seus direitos, passa-se a surgir movimentos políticos clamando por Constituições mais democráticas.

Contudo, é somente a partir da Segunda Guerra Mundial que a população, diante das atrocidades ocorridas, passa a exigir uma efetivação maior dos direitos previsto no âmbito constitucional, implicando no reconhecimento da força normativa da Constituição e na constitucionalização do Direito.

Já na América Latina, esse movimento emerge apenas há algumas décadas, em um período bastante turbulento, por meio de propostas políticas do povo e fruto de um movimento cívico. (DALMAU, 2008, p.5).

Esse movimento se deve, principalmente, a conscientização do povo e da percepção das possibilidades de modificação das suas condições de vida, o que culminou por torná-lo um constitucionalismo que nas palavras de diversos doutrinadores, é um constitucionalismo sem pais, pois somente a população em um sentido geral poderá sentir-se progenitora desse constitucionalismo, e não apenas uma determinada parcela da população.

3. O NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O neoconstitucionalismo é um movimento político-jurídico de ruptura com a tradicional interpretação individualista liberal do texto constitucional que busca, acima de tudo, dar maior efetividade aos direitos já existentes e os posteriormente criados.

De acordo com Luís Roberto Barroso, para a caracterização do neoconstitucionalismo são necessárias três características fundamentais:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> " a)o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional." (BARROSO, 2007, p.4).

Antonio Carlos Wolkmer, contudo, divide esses modelos constitucionais insurgentes em três: o Neoconstitucionalismo, o Novo Constitucionalismo e o Novo Constitucionalismo Latino-americano.

O neoconstitucionalismo seria aquele incorreria na criação de constituições que não se limitariam a estabelecer normas apenas formalmente constitucionais, como aquelas que estabelecem as competências, mas sim que conteriam normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado. (WOLKEMER apud CARBINELL apud VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 17).

O Novo constitucionalismo, ao contrário, foca na legitimidade das instituições, na legitimação popular, colocando a positivação jurídica em segundo plano.

Já o Novo Constitucionalismo latino-americano, possui como traço distintivo as lutas sociais decorrentes da necessidade de acesso ao poder para atender necessidades primordiais da população. População esta que por muito tempo foi excluída, marginalizada do processo político e jurídico de seus países.

Nesse novo modelo, as grandes modificações ocorridas tanto no meio social, como no âmbito jurídico decorrem dos anseios e necessidades da população, conferindo a esse movimento um caráter democrático e social. (DALMAU, 2008, p.8).

Uma das primeiras manifestações desse movimento ocorreu na Colômbia, através da Constituição Política da Colômbia de 1991. A assembleia constituinte foi tão inovadora que contou com a participação direta dos membros da comunidade colombiana, fazendo surgir princípios que poucas vezes foram experimentados na sua forma plena por seu povo, como o princípio da soberania popular.

Além de haver contado com a ativação da população, o seu texto constitucional trata de matérias que o fazem diferenciarem das demais Constituição anteriores, conforme elenca Rubén Martinez Dalmau:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "(...) Algunhas destas características, son a inclusión, naquel momento innovadora, de mecanismos de democracia participativa – que foron mellorados e ampliados en textos constitucionais latinoamericanos posteriores -, a mellora no recoñecemento e a protección dos direitos fundamentais ou a complexa regulación do papel do Estado na economia. (...)" (DALMAU, 2008, p.10)

Posteriormente, sucedeu-se o processo de elaboração para uma nova Constituição Venezuelana. Tal movimento, conforme afirmam diversos doutrinadores, pode ser visto como o mais caracterizador do novo constitucionalismo latino-americano. A nova carta surge em um momento bastante oportuno, fruto da votação da maioria de sua população que clamava por mudanças, através de políticas sociais que tentassem eliminar ou ao menos diminuir as desigualdades sociais e de técnicas distributivas dos ganhos decorrentes da exploração do petróleo no país.

A principal novidade trazida pelo constitucionalismo venezuelano, além da valorização dos direitos humanos e sociais, a reinserção de instrumentos de democracia participativa, entre outros, foi a elevação do poder conferido ao constituinte derivado, devendo a população ser consultada caso haja mudança no texto constitucional, seja essa mudança total ou parcial.

Por fim, no Brasil, tal movimento só teve início posteriormente à promulgação da Constituição de 1988, com a adoção de mudanças que continuam a ocorrer até os dias atuais. Daniel Sarmento, professor de Direito Constitucional da UERJ, em seu artigo "O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades" elenca alguma delas, tais como a reaproximação do mundo do ser do mundo do dever ser, a valorização do princípio da instrumentalidade das formas, a ascensão dos princípios jurídicos e sua maior aplicação, entre outras.

Essas alterações repercutiram tanto na teoria quanto na prática, contribuindo de forma direta na formação de um Estado Democrático de Direito com a consequente elevação da dignidade humana.

4. CONCLUSÃO

Diante da explanação acima, é possível concluir que o neoconstitucionalismo latino-americano é ainda um movimento muito recente, porém inovador.

Dentre as suas diversas particularidades, uma das que pode chamar mais atenção é o fato de não existir um modelo único, em que cada país apresenta as suas particularidades. No entanto, ainda que não seja um movimento uniforme, ele apresenta denominadores em comum que o fazem lhe classificar como tal.

Dentre os diversos pontos de convergência desse movimento está o fato de que o neoconstitucionalismo latino-americano surge em meio a uma população cansada que percebe seu potencial revolucionário e clama por mudanças, implicando na formação de um Estado mais social e democrático.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-americano: características e distinções. Sjrj, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p.133-145, ago. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. El Neconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho en Brasil (El triunfo tardio del direcho constitucional en Brasil). Revista de Derecho de La Universidad de Montevideo, Montevideo, p.25-50.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina: apuntes para una discusión. Pensamiento Constitucional, Peru, n. 14, p.11-31.

DALMAU, Rúben Martinez. Asembleas constituíntes e novo constitucionalismo en América Latina. Tempo Exterior, Baiona, n.17, p.5-15, 2008. Semestral.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS INSTRUMENTOS LEGAIS QUE VISAM ELIMINAR E COIBIR O TRABALHO INFANTIL

VALDEMAR NETO OLIVEIRA BANDEIRA:
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre, servidor público federal, exercendo o cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho desde 2011. Também é advogado, mas, por conta do cargo público, não pode exercer a advocacia.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo proporcionar uma reflexão acerca dos instrumentos legais que visam a eliminar e coibir o trabalho infantil no Brasil, tendo por fundamento a legislação internacional e a legislação nacional, com especial destaque para as normas de direito internacional que tratam sobre o tema, quais sejam: a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU e a Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação, bem como as seguintes espécies normativas do direito nacional: o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Consolidação das Leis do Trabalho, a Constituição Federal de 1988 e o princípio da Proteção Integral. Finalmente, ressalta-se o relevante papel que possui o Estado, a sociedade e as famílias, a fim de proteger e evitar que crianças e adolescentes sejam inseridos no trabalho infantil, uma vez que devem buscar todos os meios e tomar todas as medidas necessárias para o cumprimento dos instrumentos normativos mencionados acima.

Palavras-Chave: Criança. Adolescente. Trabalho infantil. Proteção Integral.

Abstract: The present work aims to provide a reflection on the legal instruments that aim to eliminate and curb child labor in Brazil, based on international and national legislation, with special emphasis on the rules of international law dealing with the theme , namely: the UN International Convention on the Rights of the Child and Convention 138 of the International Labor Organization (ILO), which provides for the Prohibition of the Worst Forms of Child Labor and Immediate Action for their Elimination, as well as the following species norms of national law: the Statute of Children and Adolescents, the Consolidation of Labor Laws, the Federal Constitution of 1988 and the principle of Integral Protection. Finally, the relevant role of the State, society and families is emphasized, in order to protect and prevent children and adolescents from being inserted in child labor, since they must seek all means and

take all necessary measures to compliance with the normative instruments mentioned above.

Keywords: Kid. Teenager. Child labor. Comprehensive Protection.

Sumário: 1. Introdução. 2. Legislação Internacional. 2.1 A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU. 2.2 A Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação. 3. Legislação Nacional. 3.1 As disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3.2 As disposições da Consolidação das Leis do Trabalho acerca dos menores de 18 anos. 3.3 As disposições da Constituição Federal de 1988 sobre o trabalho dos menores de 18 anos. 3.4 O princípio da proteção integral. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

É de conhecimento geral que as crianças precisam de proteção e cuidados especiais, principalmente durante os primeiros anos de vida. Diferentemente de outros animais, que já nascem andando, comendo e com uma certa independência dos genitores, ao nascer, a espécie humana é totalmente dependente e sem o auxílio de adultos estaria certamente fadado à morte.

Na seara laboral não é tão diferente, pois para que sejam executadas determinadas tarefas, atividades e ofícios profissionais, é necessária a aquisição de técnicas e conhecimentos manuais e básicos ou aprimorados, a depender do tipo de trabalho a ser realizado, a fim de que haja desempenho exitoso.

Também é preciso que se tenha determinada idade e necessária compleição e formação física, intelectual e psíquica, e modo que sejam praticadas determinadas atividades laborais, como por exemplo o trabalho noturno, perigoso ou insalubre.

Por conta disso e tendo em vista a situação peculiar de que as crianças e os adolescentes estão em crescente e constante desenvolvimento, há uma farta legislação internacional e nacional, que tem a finalidade eliminar e coibir o trabalho infantil no Brasil e no mundo.

Assim, não é por falta de legislação que se deixará de combater e erradicar o trabalho infantil, pois há instrumentos normativos específicos que tratam,

disciplinam e punem seus infratores, visando a proteger crianças e adolescentes contra os malefícios do trabalho infantil e contra a desenfreada exploração econômica.

2. Legislação Internacional

No direito internacional são destacadas, em especial, duas convenções, que trazem disposições a respeito do dever do Estado e de todos de eliminar e combater o trabalho infantil, sobretudo em suas piores formas. Vejamos cada uma das convenções nos aspectos concernentes ao trabalho infantil.

2.1 A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU

No âmbito da legislação internacional sobre o trabalho infantil, bem como sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, destaca-se na seara da Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, introduzida no direito brasileiro através da aprovação pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990, e promulgada pelo Decreto n. 88.710, de 21 de novembro de 1990.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança na ONU assevera o compromisso mundial com a Teoria da Proteção Integral, pois estabelece no artigo 27, item 1, o seguinte: os Estados Partes reconhecem o direito de todas as crianças a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social[1].

Por sua vez, artigo 32 possui diversas proteções contra a exploração do trabalho infantil, impondo que os Estados Partes devem estabelecer limites de idade mínima para a admissão no mercado de trabalho. Vejamos os dispositivos:

> 1. "Os Estados Partes reconhecem *o direito da criança de ser protegida contra a exploração econômica e contra a realização de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação*, ou que *seja prejudicial para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social*.
>
> 2. Os Estados Partes devem adotar medidas legislativas, sociais e educacionais para assegurar a aplicação deste artigo. Para tanto, e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

levando em consideração os dispositivos pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados Partes devem, em particular:

- estabelecer uma idade mínima ou idades mínimas para a admissão no trabalho;

- estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de trabalho;

- estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas para assegurar o cumprimento efetivo deste artigo"[2].

Assim, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança na ONU reconhece o direito das crianças e dos adolescentes de estarem protegidos contra a exploração econômica e contra o exercício de qualquer atividade laboral que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja prejudicial e nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental espiritual, moral ou social.

Nesse sentido, pode-se inferir que a convenção supra assevera uma proteção integral às crianças e aos adolescentes, princípio fundamental de direitos humanos que visa proteger e garantir os direitos mais basilares de crianças e adolescentes, tais como educação, prestação de serviços de saúde, lazer , moradia e alimentos.

É de se ressaltar que a diretriz convencional não define propriamente o que seja trabalho infantil, mas tem a finalidade de proteger essa população vulnerável contra a exploração no trabalho, principalmente ao definir limites de idade para admissão ao trabalho, a ser imposta pela legislação de cada país-membro.

2.2 A Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho

Por sua vez, a Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dispõe sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação. Essa convenção foi Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho e reunida em 1ª de junho de 1999, em sua 87ª Reunião, tendo sido aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 178, de 14.12.1999, do Congresso Nacional, ratificada em 02

de fevereiro de 2000 e promulgada pelo Decreto n. 3.597, de 12 de setembro de 2000, com vigência nacional em 02 de fevereiro de 2001[3].

A presente convenção tem a finalidade de proteger as crianças e os adolescentes contra abusos e explorações decorrentes das práticas de trabalho infantil no mundo, principalmente com o objetivo de erradicar as piores formas do trabalho infantil. Assim, a OIT, que é o organismo internacional responsável pelo controle e emissão de normas internacionais referentes ao trabalho, apresentou garantias mínimas de proteção.

A Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação, já informa em sua exposição de motivos, direitos basilares e fundamentais das crianças e dos adolescentes. Vejamos:

> "Considerando a necessidade de adotar novos instrumentos para proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, como a principal prioridade de ação nacional e internacional, que inclui cooperação e assistência internacionais, para complementar a Convenção e a Recomendação sobre Idade Mínima para Admissão a Emprego, de 1973, que continuam sendo instrumentos fundamentais sobre trabalho infantil[4];
>
> Considerando que a efetiva eliminação das piores formas de trabalho infantil requer ação imediata e global, que leve em conta a importância da educação fundamental e gratuita e a necessidade de retirar a criança de todos esses trabalhos, promover sua reabilitação e integração social e, ao mesmo tempo, atender as necessidades de suas famílias"[5];

Com isso, percebe-se que a referida convenção busca adotar medidas normativas legais que possibilitem proibir e eliminar as piores formas do trabalho infantil e deve ser tratada como prioridade nos planos dos Estados Partes, assim como no âmbito internacional.

Além disso, o combate ao trabalho infantil e as suas piores formas requer ação imediata e orquestrada de forma global, com a retirada das crianças e adolescentes encontrados nessas situações, com a promoção de integração social, onde se revela de suma importância a inserção educacional, a fim de que os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

retirados não retornem ao trabalho infantil, como comumente se verifica em situações de simples retirada sem quaisquer apoios sociais.

Passemos agora a conhecer alguns dispositivos legais da convenção 138, para melhor compreensão do tema.

> "Artigo 1º:
>
> Todo Estado-membro que ratificar a presente Convenção deverá adotar medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil em caráter de urgência"[6].

O artigo 1º da presente convenção já destaca a obrigação que possuem os Estados-membros, como o Brasil, que ratificou o convenção, de tomarem medidas céleres, imediatas e eficazes, para garantir a proibição e eliminação do trabalho infantil, sobretudo, suas piores formas, tendo em vista que priva as crianças e os adolescentes de viverem e aprenderem as coisas típicas dessa fase da vida.

De acordo com a Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho, em seu artigo 2º, o termo criança designa toda pessoa menor de 18 anos, ou seja, compreende tanto as crianças que possuem até 12 anos de idade (conforme legislação nacional), como os adolescentes, que possuem entre 12 até 18 anos.

Por sua vez, o artigo 3º da Convenção 138 apresenta a compreensão do que se entende por piores formas de trabalho infantil, em um rol exemplificativo. Vejamos:

> "Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:
>
> a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
>
> b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas;

> c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;
>
> d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança"[7].

Pelo excerto acima, compreende-se como piores formas de trabalho infantil, a escravidão ou prática semelhantes à escravidão, como por exemplo, venda e tráfico de crianças; utilização de crianças para prostituição e produção de pornografia; recrutamento e oferta de crianças para práticas ilícitas, como quaisquer práticas criminosas, bem como trabalhos que causem malefícios à saúde e à segurança das crianças.

A Convenção em epígrafe ressalta a importância da educação para se eliminar as piores formas de trabalho infantil, com destaque para as seguintes medidas estatais:

> "Artigo 7º, item 2:
>
> Todo Estado-membro, tendo em vista a importância da educação para a eliminação do trabalho infantil, adotará medidas efetivas para, num determinado prazo:
>
> a) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil;
>
> b) dispensar a necessária e apropriada assistência direta para retirar crianças das piores formas de trabalho infantil e assegurar sua reabilitação e integração social;
>
> c) garantir o acesso de toda criança retirada das piores formas de trabalho infantil à educação fundamental gratuita e, quando possível e adequado, à formação profissional;
>
> d) identificar crianças particularmente expostas a riscos e entrar em contato direto com elas; e,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e) levar em consideração a situação especial das meninas"[8].

Por fim, cumpre destacar que esses instrumentos internacionais comentados acima estão inseridos no ordenamento jurídico brasileiro e são de observância e cumprimento obrigatório pelo Brasil, uma vez que nosso país é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU e da Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação.

3. Legislação Nacional

O Brasil também possui uma vasta legislação que protege crianças e adolescentes contra a exploração e abusos advindos da prática de trabalho infantil, desde normas infraconstitucionais até normas de estatura constitucional, como veremos a seguir.

Essas normas são de ordem pública e de observância cogente por todos os membros e atores da sociedade brasileira. Além disso, existe dois importantes princípios, o da proteção integral e o da prioridade absoluta, que ditam proteções e atenções especiais às crianças e aos adolescentes de nosso país.

Assim, vamos conhecer as disposições das espécies normativas do ordenamento jurídico brasileiro pertinentes aos direitos das crianças e dos adolescentes e sua proteção contra o trabalho infantil.

3.1 As disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente

O estatuto da criança e do adolescente foi consagrado pela Lei n º 8.069, de 13 de julho de 1990, constituindo-se num verdadeiro sistema de garantias e direitos de crianças e de adolescentes, concedendo especial proteção aos menores 18 anos, e, em caráter excepcional, aos que possuem até 21 anos, conforme determina seu art. 2º.

Trata-se de um sistema que visa resguardar os direitos fundamentais de crianças e de adolescentes conferidos pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, em que sua efetivação tem seu campo de aplicação amparado com status de prioridade absoluta e de proteção integral, tendo por finalidade assegurar proteção total e em todos os aspectos da vida infanto-juvenil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vejamos alguns direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente sobre esses direitos e garantias.

> "Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
>
> Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem"[9].

O estatuto também trata do direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho no capítulo V, por meio de diversos artigos. Passemos aos dispositivos legais.

> "Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.
>
> Art. 61. A proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta Lei

Art. 66. Ao adolescente portador de deficiência é assegurado trabalho protegido.

> Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:
>
> I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> II - perigoso, insalubre ou penoso;
>
> III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;
>
> IV - realizado em horários e locais que não permitam a freqüência à escola.
>
> Art. 68. O programa social que tenha por base o trabalho educativo, sob responsabilidade de entidade governamental ou não-governamental sem fins lucrativos, deverá assegurar ao adolescente que dele participe condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada.
>
> § 1º Entende-se por trabalho educativo a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo.
>
> § 2º A remuneração que o adolescente recebe pelo trabalho efetuado ou a participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura o caráter educativo.
>
> Art. 69. O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:
>
> I – respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;
>
> II - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho"[10].

Pela quantidade e qualidade dos artigos supracitados, o diploma legal apresenta uma série de proteções às crianças e aos adolescentes concernentes ao mundo do trabalho, visando assegurar proteção integral nas situações que possam causar prejuízos ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, bem como o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Nesse sentido, o trabalho no Brasil só é possível a partir dos 14 (catorze) anos e, mesmo assim, regulado por legislação especial que estabeleça um contrato de trabalho especial para as situações trabalhos possíveis de serem exercidas por adolescentes contratados no mercado de trabalho. Destaque-se essa possibilidade apenas na condição de aprendizes.

Ademais, importa acrescer que, nos termos do artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional[11].

As normas legais supracitadas, em reprodução às normas constitucionais, ainda proíbem o trabalho de qualquer adolescente, inclusive os maiores de 14 anos, em situações de trabalho noturno, perigoso ou insalubre. Essas trabalhos somente podem ser realizados no Brasil a partir dos 18 anos.

3.2 As Disposições da Consolidação das Leis do Trabalho acerca do trabalho dos menores de 18 anos

A Consolidação das Leis do Trabalho reservou um capítulo inteiro, qual seja, o capítulo IV, no título III, para dispor acerca do trabalho dos menores de 18 anos. Assim, de acordo com a CLT, o menor, para os efeitos da legislação trabalhista, é aquele que possui entre quatorze até dezoito anos, consoante dicção do artigo 402.

Além disso, no artigo 403, a CLT vedou expressamente a realização de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz e a partir dos quatorze anos. Mas, quando permitido, esse trabalho não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a freqüência à escola.

Também a CLT proíbe o trabalho noturno aos menores de 18 anos no artigo 404, que compreende a atividade laboral exercida no período de 22 (vinte duas) horas de um dia até às 05 (cinco) horas do dia seguinte, assim como nos locais e serviços perigosos ou insalubres, nos termos do artigo 405, I e o trabalho em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade, conforme artigo 405, II.

3.3 Disposições da Constituição Federal sobre o trabalho de menores de 18 anos

É conhecido no direito pátrio que as normas previstas na Constituição Federal de 1988 possuem eficácia normativa e irradiam sua força por todo o ordenamento jurídico, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Federal e a rigidez constitucional, que são parâmetros norteadores, orientadores e conformadores das demais espécies normativas.

Nesse sentido, a própria Constituição da República de 1988, alterada pela Emenda Constitucional nº 20, em 15 de dezembro de 1998, dispôs sobre os limites de idade mínima para o trabalho no Brasil, conforme seu artigo 7º, XXXIII, que passou a vigorar da seguinte forma:

> "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) anos e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos"[12].

Noutra passagem, a Constituição Federal de 1988, tratando de assuntos pertinentes à área social e afetos diretamente à proibição do trabalho infantil, estabelece o seguinte no artigo 227:

> "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Assim, o princípio da absoluta prioridade é erigido com estatura constitucional e deve ser assegurado às crianças e aos adolescentes de nosso país, sendo, pois dever de todos assegurá-lo, a fim de colocar as crianças e os adolescentes a salvo de qualquer forma de exploração (aqui se inclui a exploração do trabalho), violência, crueldade e opressão.

Desse modo, caso haja colisão de direitos constitucionais de crianças e de adolescentes em relação a outros direitos de indivíduos maiores de 18 anos, com base no princípio constitucional da absoluta prioridade, há que haver preponderância e concretização, inicialmente, dos direitos daqueles, pois ensejam proteção especial, haja vista sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Com relação ao combate ao trabalho infantil e ao regramento normativo, o Brasil encontra-se particularmente adiantado em relação aos demais países no que

se refere à existência de legislação proibitiva ao trabalho infantil e de proteção aos direitos da criança e do adolescente, bem como existe um intenso combate nacional a essa prática ilegal, que é executada pelo Estado brasileiro através do Ministério da Economia (antigo Ministério do Trabalho), com atuação específica e privativa dos Auditores-Fiscais do Trabalho.

Esses servidores públicos federais exercem o papel fundamental de combater o trabalho infantil no Brasil. Assim, no âmbito da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério da Economia há um projeto nacional específico de combate ao trabalho infantil e que deve ser executado por todas as unidades administrativas descentralizadas nos Estados-membros, normalmente as Superintendências Regionais do Trabalho.

3.4 O Princípio da Proteção Integral

Tanto no Brasil como no mundo inteiro, nos primórdios das sociedades, as crianças e os adolescentes não eram tratados como sujeitos de direitos, mas, como objetos que eram utilizados para as atividades laborais, tendo em vista que podiam ser manipulados facilmente e ganhavam menos que os demais trabalhadores.

Entretanto, com o passar do tempo e durante as revoltas e mobilizações de trabalhadores promovidas durante o período da Revolução Industrial, as crianças e os adolescentes foram reconhecidos como pessoas e sujeitos de direitos, ocorrendo, assim, uma evolução de seus direitos e garantias.

No Brasil, no ano de 1927, foi publicado o Decreto 17.943-A, que veio a ser a primeira legislação sobre os menores, chamado de Código Mello Matos. Essa legislação trouxe importantes inovações, como a figura do juiz de menores, centralizando todas as decisões referentes ao destino dos menores infratores.

Porém, o papel da família como parte integrante e necessária do desenvolvimento do menor era suprimido, dando-se mais importância ao recolhimento dos infratores como forma de proteger a sociedade do que se dedicando a resolver a questão. Esse pensamento ficou conhecido como doutrina da situação irregular.

Assim, não existia política de proteção aos menores, mas sim de proteção à sociedade. Por isso, os menores eram retirados do seio familiar e abrigados em casas de menores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, o princípio da proteção integral floresceu com a evolução dos direitos sociais, a fim de impor limites ao poder do Estado e assegurar garantias e direitos de liberdade aos mais necessitados, sobretudo às crianças.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 veio para nortear a construção e orientação do ordenamento jurídico nacional, com especial atenção à proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Com isso, conforme dicção prevista na Lei Fundamental do país, parte-se do pressuposto de que os menores de 18 anos não são detentores de capacidade de exercício de seus direitos e obrigações ou pelo menos da maior parte dos atos da vida civil.

Por isso, necessitam de especial proteção de terceiros (família, sociedade e Estado), a fim de que possam resguardar e garantir os direitos basilares que são próprios dessa fase de desenvolvimento humano.

Os autores Cury, Garrido e Marçura ensinam que:

> "A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento" (2002, p. 21).

Pelo exposto acima, percebe-se que o princípio da proteção integral pressupõe direitos às crianças e aos adolescentes que podem ser contrários até mesmo às famílias, mas, sempre visando especial proteção e em benefício dos protegidos, sobretudo porque estabelece que as crianças e os adolescentes são titulares de direitos da mesma forma que os adultos, tendo em vista sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento.

É de se inferir ainda que o princípio da proteção integral disciplina a relação das crianças e dos adolescentes com suas famílias, com a sociedade e o com o próprio Estado, uma vez que estes devem assegurar e garantir a concretização dos direitos daqueles, principalmente os direitos mais basilares de alimentação, saúde, educação, segurança e moradia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, é preciso que o Estado e a sociedade busquem cada vez mais a concretude do princípio da proteção integral, a fim de verem as crianças e os adolescentes assistidos por todos os seus direitos para, dessa forma, construirmos uma sociedade justa, igualitária e fraterna, conforme estabelece a Constituição Federal.

4. Conclusão

O presente trabalho se presta a conscientizar e fazer uma reflexão sobre os fartos instrumentos normativos existentes no direito internacional e nacional, acerca das proteções especiais dirigidas às crianças e aos adolescentes, que devem ser conhecidas como pessoas em constante desenvolvimento.

Nesse sentido, os direitos e as garantias previstas nas espécies normativas tratadas devem ser perseguidos pelo Estado, pela sociedade e por todos os familiares, a fim de poder alcançar todos os lugares e regiões de nosso país.

Com isso, busca-se adicionar considerações ao vasto material acadêmico já publicado a respeito do tema, mas, com enfoque legal e constitucional e também à luz do princípio da proteção integral. Por isso, os direitos sociais constitucionalmente estabelecidos no artigo 6º da Carta Magna, como à alimentação, à saúde, à educação, ao lazer, à moradia, devem ser disponibilizados a todos, principalmente aos que se encontrados em situação peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Por fim, cumpre destacar que é dever de todos, em todas as regiões de nosso país, de Norte a Sul e de Leste a Oeste, dos Poderes Públicos, da família e da sociedade atuar para a concretização fática dos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, a fim de protegerem contra a exploração econômica e social, que é o cerne do trabalho infantil.

4. Referências bibliográficas

Presidência da República. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

_____Presidência da República. Decreto-Lei 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Direito Constitucional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

Convenção sobre os Direitos da Criança. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da criança e do adolescente *anotado*. 3ª ed., rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOTAS:

[1] Convenção sobre os Direitos da Criança. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

[2] Convenção sobre os Direitos da Criança. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

[3] Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

[4] Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

[5] Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

[6] Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

[7] Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

[8] Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

[9] Presidência da República. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

[10] Presidência da República. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

[11] Presidência da República. Decreto-Lei 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em 24 de fevereiro de 2020

[12] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Direito Constitucional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. > Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

OS IMPACTOS DO NOVO CPC E DA LEI Nº 13.606/18 SOBRE A MEDIDA CAUTELAR FISCAL

CLARISSA DE CERQUEIRA PEREIRA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí; pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes; Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

RESUMO: A preocupação básica deste estudo reside na previsão da medida cautelar fiscal como meio de satisfação do crédito tributário, bem como nos impactos resultantes da edição da Lei 13.606, que criou mecanismos de coerção para satisfação do débito na esfera administrativa. Questiona-se acerca da constitucionalidade das alterações sofridas pela Lei 10.522/02, alterada pela Lei 13.606, mais especificamente em seus artigos 20-B-§3.º-II e 20-E. Desse modo, a presente pesquisa tem como objetivo analisar se, após as alterações legislativas, a medida cautelar fiscal se mantém como mecanismo útil à satisfação de créditos da Fazenda Pública. Assim, para o desenvolvimento deste estudo, o principal método utilizado foi o descritivo, sendo que a abordagem adotada foi a qualitativa. A indisponibilidade de bens de que trata o art. 20-B, §3º, II, da Lei 10.522, é inconstitucional formal e materialmente. Ainda que fosse constitucional, sua aplicação é restrita à esfera federal. Assim, não se pode afirmar que o novo instituto retire completamente a utilidade da medida cautelar fiscal, ainda que, em futuro pronunciamento definitivo, o STF julgue improcedente a ADI 5.931/DF.

Palavras-chave: Fiscal. Cautelar. Indisponibilidade. Bens. Inconstitucionalidade. Tributário.

Introdução

O ordenamento jurídico pátrio, em busca do aprimoramento dos direitos individuais, estabelece os princípios do acesso à justiça e duração razoável do processo, como garantias fundamentais à efetivação do Estado Democrático de Direito, com previsão expressa em nossa Constituição Federal de 1988.

Tais princípios, entre outras atuações, permitem ao sistema normativo brasileiro a adoção de medidas processuais garantidoras da tutela jurisdicional, que visam a efetivação do resultado útil do processo.

Neste contexto apresenta-se a medida cautelar fiscal, instituída pela Lei 8.397 de 1992, que exsurge como ferramenta judicial a ser utilizada pela Fazenda Pública, visando a garantir a satisfação do crédito tributário.

Ocorre que, com o advento da Lei 13.606 de 2018, a Lei 10.522/02, que dispõe acerca do Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, foi alterada, passando a prever meios coercitivos pela Fazenda Pública em sede administrativa, para a satisfação do débito tributário, independentemente de decisão judicial. Tal alteração gerou uma discussão acerca de sua constitucionalidade, tendo em vista o tradicional posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à vedação de sanções políticas para cobrança do crédito tributário.

Deste modo, diante da previsão da medida cautelar fiscal como meio de satisfação do crédito tributário, questiona-se a constitucionalidade dos dispositivos acrescidos pela Lei 13.606 à Lei 10.522, mais especificamente seus artigos 20-B-§3.º-II e 20-E. Verifica-se, ainda, se o atual Código de Processo Civil, que extinguiu a autonomia do processo cautelar, repercutiu sobre a medida cautelar fiscal.

Para essa discussão, parte-se do pressuposto de que a Constituição Federal, em seu artigo 146, inciso III, alínea "b", reserva à lei complementar a disposição de normas gerais sobre crédito tributário, o que enquadraria a indisponibilidade de bens de que trata a Lei Ordinária 13.606/18 como formalmente inconstitucional. Além disso, tais alterações violariam o que o STF denomina de sistema de proteção ao contribuinte.

A partir disso, a presente pesquisa tem como objetivo abordar a discussão acerca da sobrevivência da medida cautelar fiscal ao novo sistema de tutelas de urgência do CPC de 2015, bem como à previsão em lei de que a indisponibilidade de bens pode ser realizada de forma unilateral pela Fazenda Pública na seara administrativa.

Assim, para o desenvolvimento deste estudo, o principal método utilizado foi o descritivo, pois se buscou descrever teses bibliográficas, teorias adotadas em geral pela comunidade jurídica brasileira, bem como instrumentos legais referentes tema, de modo a alcançar os objetivos propostos. A abordagem adotada foi a qualitativa, partindo do ponto de que a pesquisa não poderá ser traduzida em números, pois buscaremos interpretar e atribuir significados aos resultados da pesquisa, não quantificá-los.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tutela Cautelar

Segundo Neves (2016, p. 427-428), "o objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito". Por outro lado, ainda segundo o autor, "a tutela antecipada satisfaz faticamente o direito e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora".

Nas lições de Donizetti (2016, p. 01):

> A existência da tutela de urgência de natureza cautelar se justifica pela natural demora na atuação e satisfação do direito por meio do processo de conhecimento, seguido do cumprimento da sentença, ou por meio do processo de execução. Essa demora, natural porque a atuação da jurisdição se embasa em análises definitivas, pode conduzir à ineficácia da prestação jurisdicional. Surgem então as medidas cautelares como forma de garantir a efetividade da tutela pleiteada, mediante averiguação superficial e provisória da probabilidade do direito do requerente e da possibilidade de ocorrência de dano de difícil reparação ou ocorrência de risco ao resultado útil do processo.

O atual CPC, instituído pela Lei 13.105/2015 (BRASIL, 2015), inovou ao sistematizar as tutelas provisórias nos artigos 294 e seguintes. Extinguiram-se a autonomia do processo cautelar, bem como as ações cautelares nominadas, existentes na codificação revogada.

De acordo com Donizetti (2016, p. 01):

> O fato de ter suprimido a autonomia do processo cautelar e não mais ter repetido as hipóteses de cabimento em nada interfere na tutela cautelar. Todas as tutelas antes tipificadas (nominadas) no CPC/73 podem ser concedidas com base no poder geral de cautela.

O novo código dividiu as tutelas provisórias em tutela de urgência e tutela de evidência. As primeiras, por sua vez, foram subdivididas em duas espécies: tutela provisória de urgência antecipada e tutela provisória de urgência cautelar.

Nesse contexto, é necessário destacar que a tutela cautelar, por ser espécie de tutela provisória de urgência, é proferida em juízo de cognição sumária, fundada em mero juízo de probabilidade, de aparência de que o direito da parte exista, e não durará para sempre. Assim, a duração da tutela provisória de urgência dependerá da demora para a obtenção do provimento definitivo e poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, segundo o disposto no art. 296, *caput,* do Novo CPC (BRASIL, 2015).

Cautelar Fiscal

Instituída pela Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, a cautelar fiscal consiste em ação cautelar cuja legitimidade ativa é exclusiva da Fazenda Pública. Tem por objetivo assegurar a execução da dívida ativa ou mesmo o adimplemento de crédito tributário ainda não constituído, por meio da indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação. Trata-se de tutela cautelar específica, privativa da Fazenda Pública (BRASIL, 1992).

Segundo ensinamentos de Lobato e Alves (2019), a medida cautelar fiscal da Lei n.º 8.397/1992 sempre foi aplicada concomitantemente com o Código de Processo Civil. De acordo com os autores (2019, p. 41):

> O Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/15) não prevê o processo cautelar como espécie processual autônoma, o que ensejou dúvidas a respeito de se a medida cautelar fiscal da Lei n.º 8.397/1992 continua válida ou não. Em texto escrito em 2016, Diógenes Baleeiro Neto argumentou que a previsão de provimento tutelar em processo sincrético trazida pelo NCPC deve ser tida como regra geral, mas não significa proibição de alternativas diversas (como a da Lei n.º 8.397/1992). Evidência disso, sustentou o autor, é o próprio teor do art. 1.046, §2º, do NCPC, segundo o qual "[p]ermanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código".

Assim, conclui-se que a Lei 8.397/1992 continua em pleno vigor, tendo em vista que o aparente conflito entre normas pode ser facilmente solucionado pela hermenêutica jurídica, aplicando-se o princípio da especialidade. Ademais, é necessário destacar que o legislador ordinário não deixou margem para dúvidas ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dispor, expressamente, que as disposições especiais de procedimentos regulados em outras leis não foram revogadas pelo novo diploma processual, conforme art. 1.046, §2º, do CPC/15 (BRASIL, 2015).

Nos termos do art. 1º da Lei 8.397/92, o procedimento cautelar fiscal poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. Não é exigida, no entanto, a constituição definitiva do crédito, bastando que esteja constituído mediante lançamento regular (BRASIL, 1992).

A lei prevê, ainda, hipóteses excepcionais em que é dispensada a prévia constituição do crédito tributário para o requerimento da medida cautelar, conforme art. 1º, parágrafo único: a) se, notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal, o devedor põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiro (art. 2º, V, "b"); b) se o devedor aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei (art. 2º, VII) (BRASIL, 1992).

Ainda, segundo o diploma normativo, para a concessão da medida cautelar fiscal é essencial prova literal da constituição do crédito fiscal (fumaça do bom direito) e prova documental de algum dos casos mencionados no artigo 2º (perigo da demora).

Hugo de Brito Machado (2003 *apud* MACHADO SEGUNDO, 2015, p. 316) sustenta que a cautelar fiscal é inútil, pois somente poderia ser requerida diante da constituição do crédito tributário, situação que confere à Fazenda Pública o direito de propor a execução fiscal e obter a penhora de bens, instrumento mais adequado e eficaz para garantir o adimplemento.

Para os que defendem a inutilidade da medida cautelar fiscal, reforça o esvaziamento da medida a inovação legislativa trazida pela Lei Complementar 118/2005, que incluiu o art. 185-A no Código Tributário Nacional, possibilitando a determinação da indisponibilidade de bens no bojo da execução fiscal, caso o devedor tributário, devidamente citado, não pague e tampouco apresente bens à penhora no prazo legal e não sejam encontrados bens penhoráveis. O referido dispositivo retira a utilidade da medida cautelar fiscal incidental (BRASIL, 2005).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A crítica é válida. Entretanto, não se pode olvidar da existência de hipóteses, legalmente previstas, de dispensa da prévia constituição do crédito tributário para o requerimento da medida cautelar (art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.397).

Assim, como destaca Machado Segundo (2015, p. 316) a propositura da cautelar fiscal antes da conclusão do procedimento administrativo evita que o contribuinte se utilize de recursos administrativos protelatórios para alienar seu patrimônio sem incorrer na vedação do art. 185 do CTN.

É que este dispositivo do CTN exige que o crédito tributário esteja regularmente inscrito em dívida ativa para que se possa presumir fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas pelo sujeito passivo. Assim, ao contrário da medida cautelar fiscal, não poderia ser utilizado antes da conclusão do procedimento administrativo de constituição do crédito tributário.

Ademais, destaque-se, enquanto a medida cautelar fiscal, nos termos do art. 2º da Lei 8.397, pode ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, a indisponibilidade de bens de que trata o art. 185-A do CTN é restrita ao devedor tributário.

Desse modo, é possível falar tão somente em redução do âmbito de aplicação exclusiva da cautelar fiscal, não sendo possível afirmar que a ação instituída pela Lei 8.397 tenha se tornado inútil (CASTRO, 2005).

Indisponibilidade de bens prevista nos arts. 20-B-§3.º-II e 20-E da Lei 10.522/02

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 146, inciso III, alínea "b" reserva à lei complementar nacional a disposição de normas gerais sobre crédito tributário, o que abrange as formas de constituição, as modalidades de exclusão, extinção, suspensão, bem como as garantias, os privilégios e as preferências (BRASIL, 1988).

Andou bem o constituinte, tendo em vista a necessidade de que tais matérias sejam disciplinadas de forma homogênea, em toda a federação. Logo, permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, resultaria em violação aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Entretanto, em janeiro de 2018, o legislador infraconstitucional, por meio da Lei Ordinária 13.606, alterou o diploma legal que dispõe sobre o Cadastro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências (Lei 10.522), para inserir os arts. 20-B-§3.º-II e 20-E, a seguir transcritos (BRASIL, 2002):

> Art. 20-B. Inscrito o crédito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para, em até cinco dias, efetuar o pagamento do valor atualizado monetariamente, acrescido de juros, multa e demais encargos nela indicados. [...]
>
> § 3.o Não pago o débito no prazo fixado no caput deste artigo, a Fazenda Pública poderá:
>
> II - averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis. [...]
>
> Art. 20-E. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editará atos complementares para o fiel cumprimento do disposto nos arts. 20-B, 20-C e 20-D desta Lei.

Antes da edição dos dispositivos acima, a indisponibilidade de bens do devedor dependia de determinação judicial em medida cautelar fiscal preparatória ou incidental ou no curso de execução fiscal, em conformidade com o disposto pelo art. 185-A do CTN (BRASIL, 1966), vejamos:

> Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)
>
> § 1o A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar

> o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)
>
> § 2o Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

Com o intuito de ampliar os instrumentos à disposição da Fazenda Pública para implementação da cobrança e buscando maior efetividade na recuperação de seus créditos, o legislador ordinário inseriu os arts. 20-B-§3.º-II e 20-E na Lei 10.522.

Assim, abriu-se ao Fisco a possibilidade de comunicar a inscrição em dívida ativa aos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres, caso o devedor, regularmente notificado da inscrição em dívida ativa da União, não venha efetuar o pagamento no prazo de 5 dias (BRASIL, 2002).

Além disso, poderá a Fazenda Pública, na mesma hipótese, averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis, independentemente de decisão judicial. Trata-se de uma garantia ao crédito tributário não prevista pelo CTN nem por qualquer preexistente norma geral sobre crédito tributário. Acrescentou-se, portanto, por meio de lei ordinária, matéria reservada à lei complementar.

Não bastasse a patente inconstitucionalidade formal acima exposta, os artigos 20-B-§3.º-II e 20-E também padecem de inconstitucionalidade material. É que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em rechaçar sanções políticas, ou seja, formas enviesadas de constranger o contribuinte ao pagamento de tributos, conforme se observa da ADI 173 (BRASIL, 2009), de modo a limitar de maneira desproporcional os direitos fundamentais do devedor tributário.

No mesmo sentido é o entendimento do STJ, segundo o qual, a Fazenda Pública deverá cobrar os tributos em débito mediante os meios judiciais (execução fiscal) ou extrajudiciais (lançamento tributário, protesto de certidão de dívida ativa) previstos em lei (BRASIL, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Registre-se, ainda, que, segundo o STF, o contribuinte dispõe, nos termos da CF, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo, inclusive, contra exigências desarrazoadas veiculadas em diplomas normativos editados pelo Poder Público (BRASIL, 2015).

A inovação trazida pela Lei nº 13.606 foi impugnada por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.931/DF, proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, perante o STF. A referida ADI encontra-se pendente de julgamento por aquela Corte. Em sua manifestação, na mencionada ação de controle, a Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge defendeu que (BRASIL, 2018):

> A lei impugnada, ao dispor sobre o tema, não observou o ordenamento constitucional, no que tange à proteção do direito de propriedade, porque restringiu de maneira desproporcional o exercício dos atributos desse direito. A possibilidade de averbação, pela Fazenda Pública, da CDA nos órgãos de registro de bens e direitos, tornando-os indisponíveis, incide diretamente sobre uma das faculdades do direito de propriedade, vulnerando o direito fundamental assegurado pela Constituição (...) A norma impugnada também atinge desproporcionalmente a livre iniciativa (art. 170-caput e parágrafo único) e o livre exercício da profissão (art. 5.º-XIII). Embora esses preceitos constitucionais não sejam absolutos, a decretação de indisponibilidade de bens do devedor pode prejudicar o exercício regular da atividade empresarial ou profissional. O desempenho de atividades econômicas e profissionais não pode estar condicionado ao pagamento de tributos.

A Procuradoria-Geral da República sustentou que a medida não passa no teste da proporcionalidade. Assim, a indisponibilidade dos bens não se confunde com o protesto da certidão de dívida ativa, declarado constitucional pelo Supremo, por meio da ADI 5.135/DF (BRASIL, 2015). Sobre a constitucionalidade do protesto de CDA, confira-se a seguinte ementa:

> DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.492/1997, ART. 1º,

PARÁGRAFO ÚNICO. INCLUSÃO DAS CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA NO ROL DE TÍTULOS SUJEITOS A PROTESTO. CONSTITUCIONALIDADE. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, que inclui as Certidões de Dívida Ativa - CDA no rol dos títulos sujeitos a protesto, é compatível com a Constituição Federal, tanto do ponto de vista formal quanto material (...) 3. Tampouco há inconstitucionalidade material na inclusão das CDAs no rol dos títulos sujeitos a protesto. Somente pode ser considerada "sanção política" vedada pelo STF (cf. Súmulas nº 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs. 3.1. Em primeiro lugar, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexiste afronta ao devido processo legal, uma vez que (i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos extrajudiciais, como o protesto de CDA, e (ii) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito. De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, etc). Eventual restrição à linha de crédito comercial da empresa seria, quando muito, uma decorrência indireta do instrumento, que, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado creditício. 3.2. Em segundo lugar, o dispositivo legal impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo.

Neste contexto, é possível que a Suprema Corte se mantenha fiel a seus precedentes, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos, seja em razão de conflito com direitos individuais e fundamentais do contribuinte, seja pelo desrespeito às formalidades legislativas estampadas na Constituição Federal.

Conclusão

Ante todo o exposto no presente estudo, observa-se, com clareza, que a indisponibilidade de bens de que trata o art. 20-B, §3º, II, da Lei 10.522/02, é inconstitucional formal e materialmente.

Ainda que fosse constitucional, sua aplicação é restrita à esfera federal, logo, não se pode afirmar que o novo instituto retire a utilidade da medida cautelar fiscal, ainda que, em futuro pronunciamento definitivo, o STF julgue improcedente a ADI 5.931/DF.

Ademais, a indisponibilidade decretada pelo Poder Judiciário no bojo de medida cautelar fiscal oferece maior proteção aos direitos fundamentais, evitando abusos do Fisco, de forma concretizar o Estado de Direito. Nela, pode o devedor exercer o contraditório e a ampla defesa perante o poder judiciário e, assim, demonstrar eventual desnecessidade do expediente ou ausência de qualquer dos requisitos específicos para o deferimento da medida (fumaça do bom direito e perigo da demora).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Lei 10.522/02, em sua atual redação, por sua vez, permite que a União determine a indisponibilidade de forma unilateral, com base em certidão de dívida ativa que, constituída unilateralmente pelo Fisco, já goza da prerrogativa de valer como título executivo extrajudicial. Trata-se, portanto, de garantia desproporcional.

Outrossim, para essa averbação nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, a fim de torná-los indisponíveis, independentemente de decisão judicial, é indispensável que o crédito, além de definitivamente constituído, esteja devidamente inscrito em dívida ativa.

Desse modo, também a lei 13.606 não foi capaz de esvaziar a medida cautelar fiscal, considerando que a concessão desta prescinde da constituição definitiva do crédito tributário e, em determinadas hipóteses, dispensa até mesmo a prévia constituição do crédito tributário. Assim, é possível falar-se no máximo em redução do âmbito de aplicação prática da medida cautelar fiscal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2020.

_____. Lei Complementar nº 118 de 09 de fevereiro de 2005. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei. Diário Oficial da União, Brasília, 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp118.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2020.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2020.

_____. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de outubro de 1966. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2020.

_____. Lei nº 8.397 de 06 de janeiro de 1992. Institui a medida cautelar fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 06 de jan. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8397.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2020.

_____. Lei 13.606 de 09 de janeiro de 2018. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; altera as Leis nº s 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.870, de 15 de abril de 1994, 9.528, de 10 de dezembro de 1997, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.456, de 25 de abril de 1997, 13.001, de 20 de junho de 2014, 8.427, de 27 de maio de 1992, e 11.076, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 09 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/l13606.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2020.

_____.Lei 10.522 de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 53.989-SE. Direito Tributário. COntribuinte Inadimplente. Rel. Min. Gurgel de Faria. Dje: 23 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0626.pdf>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

_____. Supremo tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 173. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Dje: 15 de abril de 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1493516>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 915.424/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Dje: 20 de outubro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9895295>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.931/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio. Dje: 17 de setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338655649&ext=.pdf >. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.135/DF. Rel. Ministro Roberto Barroso. Dje: 26 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338655649&ext=.pdf >. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

CASTRO, Aldemário Araujo. Medida Cautelar Fiscal: Utilidade e Constitucionalidade. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/cfiscal.pdf>. Acesso em: 10 de jan. de 2020.

DONIZETTI, Elpidio. O Processo Cautelar Autônomo está morto e cremado, mas a Tutela em si continua firme e forte no Novo CPC. GenJurídico, 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/11/09/o-processo-cautelar-autonomo-esta-morto-e-cremado-mas-a-tutela-em-si-continua-firme-e-forte-no-novo-cpc/>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

LOBATO, Valter. ALVES, Henrique Napoleão. Aplicação do Novo CPC às ações tributárias. vol. 02. 2019. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Lobato-V-Alves-HN.-A%C3%A7%C3%B5es-Tribut%C3%A1rias-e-o-Novo-CPC.pdf>. Acesso em: 20de jan. de 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. Ed. 8. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. Ed. 8, Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

30 ANOS DO ECA: UM ESTUDO SOBRE AS PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES OCORRIDAS NA LEGISLAÇÃO INFANTO JUVENIL

FABÍOLA VILELA CHAVES MARCOLINO:
Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Candido Mendes - UCAM Advogada.

RESUMO: O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) completará em breve 30 vigência. Embora o referido diploma legal tenha representado um grande avanço na tutela dos direitos da população infanto-juvenil, é possível observar que o instrumento ainda é objeto de críticas, tendo sofrido grandes modificações desde sua elaboração até o atual momento. Nesse contexto, o presente trabalho tem por escopo analisar os motivos determinantes que ensejaram tantas modificações, bem como compreender quais as alterações mais importantes e seus reflexos perante a sociedade. A relevância do trabalho está atrelada ao próprio reconhecimento da importância da proteção aos direitos humanos da criança e do adolescente. É necessário compreender os avanços já alcançados, como também é imprescindível que se identifique as causas que ensejaram a criação e a modificação da legislação especial, a fim de verificar se as reais demandas da sociedade estão sendo atendidas.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Criança e do Adolescente. Modificações legislativas. Evolução do ECA.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A origem do Estatuto da Criança e do Adolescente; 3. Principais aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A criança e o adolescente são entendidos como seres humanos em fase de desenvolvimento, motivo pelo qual se revela imperiosa a adoção um maior cuidado no que concerne à efetivação de seus direitos protetivos.

Em decorrência dessa atenção especial que a categoria infanto-juvenil demanda, o texto Constitucional de 1988 estabeleceu a base dos direitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fundamentais da criança e do adolescente e sedimentou o que se define como doutrina da proteção integral, conferindo à família, ao Estado e à sociedade o dever, de modo concorrente, de garantir essa guarda.

Em razão desse princípio da proteção integral, foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990, que representou a concretização do entendimento de que os jovens e infantes, além de serem considerados sujeitos de direitos, fazem parte de uma categoria que merece uma guarda diferenciada, uma proteção integral. Com ele, revogou-se o Código de Menores, sistema baseado em sanções, e ampliou-se a gama de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Embora o ECA tenha implicado em uma mudança de paradigma na forma como a população infanto-juvenil é compreendida, socialmente e, portanto, pelo direito, ele ainda é ineficaz em diversos aspectos.

Há muito que avançar em termos de proteção efetiva aos direitos necessários para o pleno desenvolvimento de meninos e meninas em todo o país, motivo pelo qual é possível observar grandes alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente desde sua elaboração até o atual momento, seu texto encontra-se em constante mudança.

Assim, a presente pesquisa tem por escopo analisar os motivos determinantes que ensejaram tantas modificações, bem como compreender quais as alterações mais importantes e seus reflexos perante a sociedade.

A relevância do trabalho está atrelada ao próprio reconhecimento da importância da proteção aos direitos humanos da criança e do adolescente. É necessário compreender os avanços já alcançados, como também é imprescindível que se identifique as causas que ensejaram a criação e a modificação da legislação, a fim de verificar se as reais demandas da sociedade estão sendo atendidas.

2 A ORIGEM DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal de 1988 representa um marco histórico na proteção dos direitos fundamentais, motivo pelo qual ficou amplamente conhecida como Constituição Cidadã. Esse diploma, fundado na dignidade da pessoa humana, princípio que permeia todo o texto constitucional, estabelece no *caput* de seu art. 5º a isonomia formal. Ao garantir a todos um tratamento igualitário perante a lei,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

independentemente de distinção de qualquer natureza, o referido artigo reconhece as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito.

Necessário esclarecer, que o infante e o adolescente são detentores de dois tipos de direitos fundamentais, os homogêneos e os heterogêneos. O primeiro grupo refere-se aos direitos de todos os membros da espécie humana, não são direitos exclusivos de criança e adolescente, mas são garantidos a eles, como por exemplo, o direito à vida. Já a segunda categoria compreende os direitos que pertencem a um grupo específico, que neste caso, é a criança e o adolescente.

Nesse contexto, o legislador pátrio não buscou apenas garantir que a criança e o adolescente pudessem usufruir de direitos fundamentais tais como os adultos, mas preocupou-se também em dar-lhes um tratamento especial ao coloca-los como prioridade absoluta para a família, a sociedade e o próprio Estado, nos termos do art. 227 da Constituição, *in verbis*:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso)

O artigo acima colacionado estabeleceu um rompimento com a doutrina que prevalecia na época, qual seja a da Situação Irregular. Essa doutrina encontrava-se estampada na Lei 6.697/79, o famoso Código de Menores. Tal diploma limitava-se a três matérias apenas: menor carente, menor abandonado e diversões públicas.[1]

A Doutrina da Situação Irregular era marcada pelo assistencialismo, e pelo caráter não universalista, em virtude da restrição dos critérios protetivos àqueles menores considerados carentes e/ou delinquentes.[2] Assim, o Código de Menores servia como meio de controle social, no qual apenas aqueles que encontravam-se em uma situação fixada na norma seriam objetos de tutela do Estado.

Conforme observa-se, tratava-se de uma lei extremamente discriminatória que preocupava-se tão somente com a população infanto-juvenil em situação de

pobreza ou abandono. Não existia, até então, direitos específicos garantidos a todas as crianças e adolescentes, independente de condição financeira ou social.

Em substituição a essa corrente segregatória, adotou-se a doutrina da proteção integral, através da qual as crianças e adolescentes deixaram de ser objetos de proteção assistencial e passaram a assumir o papel de titulares de direitos subjetivos.[3]

Conforme ensina a jurista Martha Machado, essa doutrina vai além de um controle por parte do Estado daqueles menores que apresentarem condutas desviadas, porém inaugura a necessidade de assegurar a todo e qualquer jovem ou criança proteção e tratamento especial, tendo em vista que são portadores de uma desigualdade intrínseca.[4]

Esse novo cenário decorrente da Constituição Cidadã clamava pela elaboração de um diploma legal que atendesse as exigências impostas pela adoção do princípio da proteção integral. Diante disso, foi elaborada a Lei 8.069/90, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).[5]

Andrea Amin aponta que o Estatuto em análise é resultado da articulação de três diferentes vertentes: os movimentos sociais, os agentes do campo jurídico e as políticas públicas. Nos dizeres da autora:

> Coube ao movimento social reivindicar e pressionar. Aos agentes jurídicos (estudiosos e aplicadores) traduzirem tecnicamente os anseios da sociedade civil desejosa de mudança do arcabouço jurídico-institucional das décadas anteriores. Embalados pelo ambiente extremamente propício de retomada democrática pós-ditadura militar e promulgação de uma nova ordem constitucional, coube ao poder público, por meio das Casas legislativas, efetivar os anseios sociais e determinação constitucional.[6]

Observa-se, portanto, que a Lei em comento é fruto de uma mobilização social. Foi necessário o envolvimento de diversos setores da sociedade para que se superasse a antiga ordem de caráter assistencialista e segregatório por uma de caráter protecionista e universal.

3 PRINCIPAIS APECTOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Lei nº 8069/90 versa sobre diversos temas, tais como o acesso a saúde e educação, proteção contra a violência e tipificação de crimes contra a criança, proteção contra o trabalho infantil, regras da guarda, tutela e adoção, vedação ao acesso a bebidas alcóolicas, autorização para viajar, entre outras questões.

Conforme já exposto, uma de suas características mais marcantes é a adoção da Doutrina da Proteção Integral, que é expressa já no 1º artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse posicionamento foi reforçado em 2016 através da introdução do parágrafo único do art. 3º do referido diploma legal, vejamos:

> Art. 3º (...)
>
> Parágrafo único Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Essa mudança no texto legal não implicou em mudanças significativas, o legislador apenas demonstrou uma preocupação em reiterar a ideia de que nenhuma criança ou adolescente pode ser preterido em relação aos seus direitos por motivo de qualquer ordem.

Ademais, nos seus primeiros dispositivos, especificamente no art. 2º, o ECA estabelece a diferença entre criança e o adolescente. Criança é pessoa com até 12 anos incompletos, enquanto adolescente é a pessoa entre 12 e 18 anos incompletos. A substituição do termo "menor" vem a corroborar com a ideia de crianças e adolescentes enquanto sujeitos titulares de direitos. Busca-se, assim, evitar qualquer espécie de rotulação que coloque essa categoria de pessoas em posição inferior ou marginalizada em relação aos adultos.

Essa diferenciação entre a criança e o adolescente é fundamental para implementação das novas regras para o adolescente infrator trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ECA definiu a imposição de medidas socioeducativas para infratores entre 12 e 18 anos que precisam cumprir pena em unidades que visam à reeducação e a reintegração do jovem. Essas medidas socioeducativas são disciplinadas no arts. 112 a 125 do Estatuto, bem como na Lei nº 12.594/12, conhecida por Lei do SINASE.[7]

Com a implementação desse novo sistema de medidas socioeducativas vislumbram-se grandes avanços na garantia da proteção do adolescente, que deixa de estar submetido às decisões arbitrárias de juízes de menores e passou a ser tratado como pessoa em condição especial de desenvolvimento. Contudo, embora as conquistas alcançadas, o sistema ainda é falho. É necessária a adoção de políticas públicas e de medidas de viabilizem o cumprimento das disposições da Lei do SINASE de modo integral.

No momento, em decorrência do alto nível de violência que ainda paira sobre o Brasil, o país vive a ameaça de retrocesso com as discussões sobre redução da maioridade penal de 18 para 16 anos. A inserção do jovem, pessoa em condição especial de desenvolvimento, no sistema penitenciário representa uma grave violação a todos os direitos tutelados no ECA, tendo em vista que trata-se de um universo completamente marginalizado, marcado pelo descaso do poder público e repúdio da sociedade civil.

Ademais, essa redução da maior idade penal implicaria em um aumento da população carcerária brasileira, que já ultrapassa a capacidade dos presídios do Estado, agravando ainda mais a situação vivenciada pelos detentos. Em que pese a relevância da questão, não é cabível maiores delongas, uma vez que o objeto da presente pesquisa é outro.

Voltando a tratar dos principais aspectos do ECA, em relação ao direito a vida e a saúde, direitos interligados, o Estatuto assegura a criança e ao adolescente atendimento médico integral e gratuito por intermédio do Sistema Único de Saúde, devendo ser vacinados obrigatoriamente nos caos recomendados pelas autoridades sanitárias.

O Estatuto sofreu alterações consideráveis em seu texto com o advento da Lei nº 13.257/16, conhecida como Estatuto da Primeira Infância.[8] Foram acrescido diversos parágrafos ao art. 8º, dispositivo que dispõe sobre os cuidados básicos necessários ao desenvolvimento saudável da gestação e da primeira infância, período que abrange os primeiros 6 anos completos (72 meses) de vida da criança.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em decorrência dos esforços em garantir a efetivação dos direitos ora em apreço, constata-se uma das maiores vitórias conquistadas pelo ECA: a diminuição dos casos de mortalidade infantil. Entre 1990 e 2012, a taxa de mortalidade infantil caiu 68,4%, chegando a 14,9 mortes para cada 1.000 nascidos vivos, de acordo com Relatório da UNICEF.[9]

Segundo esse relatório, embora o percentual de mortalidade infantil tenha diminuído significativamente, ainda é necessário reduzir a mortalidade materna. Essa taxa já diminuiu nas últimas duas década, mas ainda está longe de atingir a meta do ODM 5 (quinto Objetivo de Desenvolvimento do Milênio). Tal fator é um dos motivos que justificam as alterações no ECA incluídas por força da aprovação do Estatuto da Primeira Infância, já mencionado.

O ECA trouxe ainda a proteção da criança e do adolescente contra a discriminação, violência, abuso sexual, proibindo qualquer forma de castigo físico e tratamento cruel ou degradante.

Tendo em vista que grande parte dos abusos e agressões sofridas por meninos e meninas tem origem no seio familiar, a criação dos Conselhos Municipal e Tutelar para fiscalizar a ocorrência de qualquer das situações descritas anteriormente é outro ponto significativamente positivo da legislação em apreço.

Destaca-se que, desse reconhecimento de que parentes são, em maioria, os grandes agressores do infante e do jovem, foi aprovada a Lei do Menino Bernardo (Lei nº 13.010/14), que incluiu diversos dispositivos que abordam a questão do castigo físico e do tratamento cruel, que até então não era disciplinada especificamente no Estatuto.

Em se tratando de família, o ECA prioriza a convivência familiar ao trata-la como um direito do infante e do jovem. Para adaptar-se a realidade atual e a nova dinâmica familiar que tem surgido nas últimas décadas, foi introduzido no Estatuto, através da Lei de Adoção,[10] o conceito de família extensa, vejamos:

> Art. 25 (..)
>
> Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os

quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Essa nova Lei de adoção introduziu 227 modificações no ECA, embora só possua oito artigos. Dentre essas alterações, merecem destaque: o abrigo passou a se chamar instituição de acolhimento, tendo sido priorizado o acolhimento familiar; família de origem passou a ser chamada de família natural; os grupos de irmãos devem ser colocados na mesma família adotiva, como também crianças indígenas ou provenientes de quilombos devem ser colocadas junto a sua comunidade ou a membro da mesma etnia; houve a imposição aos dirigentes das entidades de acolhimento familiar ou institucional para que, a cada seis meses, enviem relatórios elaborados por equipe técnica para reavaliação judicial das crianças e adolescentes acolhidos; entre outras alterações.

Contudo, o grande problema da Lei Nacional da Adoção é que esta prioriza tanto a família biológica, que despende muito tempo buscando encontrar algum membro da família extensa que deseje ficar com a criança ou adolescente, ocasionando a permanência da mesma em instituições de acolhimento por um longo período. Tal fato acaba não protegendo o melhor interesse da criança, que, muitas vezes, perde o direito a convivência familiar e passa a primeira infância, ou boa parte de sua infância, em geral, em acolhimento institucional.

Destarte, embora a Lei almeje agilizar o procedimento de adoção e reduzir o tempo de permanência da criança ou do adolescente nas instituições, tal lei só veio dificultar e burocratizar ainda mais o processo de adoção, consoante preleciona Maria Berenice Dias.[11]

Diante das inúmeras críticas a morosidade que permeia o sistema de adoções do Brasil, no final de 2017 foi publicada a Lei 13.509, que promoveu diversas mudanças no ECA.

Uma das principais inovações criadas pelo referido diploma legal foi o estabelecimento de prazo máximo de duração da ação de adoção, que passou a ser de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. Ainda no intuito de abreviar o longo processo de adoção, a lei estabeleceu prazo para o Estágio de Convivência e reduziu o prazo máximo de acolhimento institucional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outra importante modificação diz respeito a prioridade conferida à adoção de crianças ou adolescentes em determinadas situações especiais. O § 15 do art. 50 do ECA, introduzido pela Lei nº 13.509/2017, assegura prioridade no cadastro a pessoas interessadas em adotar criança ou adolescente com deficiência, com doença crônica, ou com necessidades específicas de saúde. O dispositivo também assegura prioridade no cadastro de pessoas interessadas em adotar grupo de irmãos.

A lei 13.509/17 estabeleceu, ainda, o projeto do apadrinhamento. Trata-se de um vínculo jurídico criado para desenvolvimento integral da criança ou do adolescente, com instituição, inclusive por pessoa jurídica, para fins de convivência familiar e comunitária.

Por fim, encerrando as principais modificações feitas pela Lei 13.509/2017, é possível observar que a norma regulamentou o procedimento de entrega voluntária de crianças e adolescentes à adoção.

No que tange à educação, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que todo infante e jovem tem direito a ensino gratuito, estando os pais obrigados a matricular os filhos na escola. Pesquisas apontam bons resultados tanto em relação ao acesso, quanto nas de permanência e aprendizagem.[12]

Seguindo essa linha, o Estatuto preocupou-se ainda combater à exploração do trabalho infantil, de modo que o Brasil tornou-se referência internacional na questão. Consoante o relatório da UNICEF, entre 1992 e 2013, o número de crianças e adolescentes de 5 a 15 anos trabalhando no País caiu de 5,4 milhões para 1,3 milhão, o que representa uma queda de 76% na taxa de trabalho infantil para essa faixa etária.

Por todo exposto, observa-se que a elaboração de uma legislação específica para garantir os direitos das crianças e adolescentes vem conseguindo, aos poucos, trazer melhorias, para o ciclo da infância. Embora ainda existam falhas no sistema introduzido pelo ECA, os indicadores mostram um relevante progresso em prol dessa categoria de pessoas.

4 CONCLUSÃO

A partir da análise desenvolvida, é possível concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente, embora seja referencia internacional na proteção dos direitos infanto-juvenis, ainda carece de aperfeiçoamento. A mutação do ECA decorre da própria natureza dos direitos por ele tutelados, direitos humanos e, por isso, de caráter histórico

Assim, na medida em que a sociedade evolui e a dinâmica das relações sociais e familiares sofre modificações, novas demandas surgem, sendo necessários dispositivos que as tutelem.

Ademais, o Estatuto mostra-se ineficaz em alguns pontos ante a ausência de políticas públicas que viabilizem os ditames contidos nessa legislação. Cabe a família, a sociedade civil, e organizações sociais fiscalizar e exigir do poder público as medidas necessárias a defesa e a garantia da prioridade absoluta prevista na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para tanto, imperioso que se divulgue o conteúdo do Estatuto da Criança e do Adolescente para toda a população do Estado. Trata-se de um dever e um direito do povo brasileiro conhecer a legislação para poder exigir o cumprimento dos ditames constitucionais e, assim, garantir a prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Desse modo, devemos buscar sempre o aperfeiçoamento dos instrumentos de proteção dos direitos do infante e do jovem, de modo que tais direitos não venham a ser desrespeitados e violentados.

É necessário reconhecer ainda que embora existam grandes desafios para a efetivação dos direitos tutelados pelo ECA, essa legislação já obteve resultados significativos, especialmente no que tange a redução da mortalidade infantil e da exploração do trabalho infantil.

Assim, conclui-se que os avanços atingidos devem ser comemorados, as falhas devem ser sanadas, e os retrocessos devem ser combatidos.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 14.jun.2016.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm > Acesso em: 14.jun.2016.

_____. **Estatuto da Primeira Infância, Lei nº 13.257/16**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm > Acesso em: 14.jun.2016.

_____. **Lei de Adoção, Lei nº 12.010/09**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm > Acesso em: 14.jun.2016.

_____. **Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), Lei nº12.594/12**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm > Acesso em: 14.jun.2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri, SP: Manole, 2003.

Relatório da UNICEF. **#ECA25anos** - Avanços e desafios para a infância e adolescência no Brasil. Disponível em: < http://www.unicef.org/brazil/pt/ECA25anosUNICEF.pdf >

NOTAS:

[1] ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

[2] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 50 e 51.

[3] AMIN, *op. cit.*, p. 51.

[4] MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri, SP: Manole, 2003.

[5] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm > Acesso em: 14.jun.2016.

[6] AMIN, *op. cit.*, p. 50.

[7] BRASIL. **Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), Lei nº12.594/12**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm > Acesso em: 14.jun.2016.

[8] BRASIL. **Estatuto da Primeira Infância, Lei nº 13.257/16**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm > Acesso em: 14.jun.2016.

[9] Relatório da UNICEF. **#ECA25anos** - Avanços e desafios para a infância e adolescência no Brasil. Disponível em: < http://www.unicef.org/brazil/pt/ECA25anosUNICEF.pdf

[10] BRASIL. **Lei de Adoção, Lei nº 12.010/09**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm > Acesso em: 14.jun.2019.

[11] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 515.

[12] De acordo com relatório da UNICEF, de 1990 a 2013, o percentual de crianças com idade escolar obrigatória fora da escola caiu 64%, passando de 19,6% para 7%. Houve também a queda na taxa média de analfabetismo entre brasileiros de 10 a 18 anos de idade. Essa taxa caiu 88,8%, passando de 12,5%, em 1990, para 1,4%, em 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

IMPACTOS TRANSCENDENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DE CÁDIS NA AMÉRICA LATINA

JOANA NOGUEIRA BEZERRA:
Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

RESUMO: O artigo tem como objetivo estudar a influência da Constituição espanhola de Cádis no constitucionalismo latino-americano, bem como os seus impactos e influências no surgimento das liberdades e dos direitos civis. Ademais, pretende demonstrar a sua forte contribuição na elaboração da primeira Constituição brasileira, a Constituição de 1824.

PALAVRAS-CHAVES: Constituição de Cádis. Impactos. Constituição de 1824.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. OS IMPACTOS DA CONSTITUIÇÃO DE CÁDIS NA PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O artigo em voga não pretende realizar uma extensa e exaustiva análise sobre a Constituição de Cádis e sua influência no continente americano, mas apenas uma reflexão de sua importância.

Tal Carta Magna pode ser considerada o símbolo da liberdade, haja vista que nenhuma outra constituição latino-americana teve tamanha repercussão. Não foi, contudo, um ato revolucionário, tendo em vista que não foi resultado de revoltas ou mesmo conflitos armados, mas sim, resultado de discussões e debates.

Também conhecida como La Pepa, a então Constituição espanhola foi a primeira carta constitucional aprovada na península ibérica. Vigorou de 1812 a 1814, sendo retomada mais duas vezes nos anos que se seguiram. Apesar da curta duração, exerceu forte influência na formação, crescimento e consolidação do constitucionalismo espanhol, português e de países latino-americanos e ainda se perpetua nas sucessivas constituições.

2. OS IMPACTOS DA CONSTITUIÇÃO DE CÁDIS NA PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Constituição de Cádis surgiu em um momento de profundas mudanças sociais, como o movimento iluminista e as guerras e invasões napoleônicas.

Finda a invasão francesa, a Espanha poderia seguir dois caminhos para sua reestruturação: o primeiro seria adotar a antiga monarquia absoluta, e o segundo seria um caminho mais liberal, com a promulgação de uma Constituição. Preferiu-se, então, a segunda opção, convocando-se as Cortes Gerais e Extraordinárias para elaboração de uma nova Carta de influência liberal, iluminista e racional. De acordo com José Filomeno de Moraes Filhos:

> Tais Cortes Generales y Extraordinariais, de logo, trouxeram à luz as linhas gerais em que se desenvolveriam os trabalhos constituintes, a saber, a soberania nacional, a legitimidade dinástica do rei Fernando VII, a separação de poderes, a inviolabilidade parlamentar, entre outras.

A partir das linhas gerais traçadas por tais Cortes, percebe-se seu caráter evolucionista, uma vez que trazia ideias muito avançadas para uma época em que a monarquia absolutista com todas as suas características retrógradas predominava no continente europeu.

Quanto a questão da afirmação da soberania da nação afirmada em seu texto, fez com que fosse considerada por alguns estudiosos do assunto como a matriz forjadora das nacionalidades, influenciando, desta forma, o mundo ibérico.

A então Constituição espanhola põe fim às bases em que se sustentavam o absolutismo. Aboliu-se a Inquisição, as instituições senhoriais, estabeleceram-se limites aos poderes do rei, incorporaram-se as colônias à Espanha, isto é, elas passaram a constituir o território espanhol, possuindo representação nas Cortes, eliminaram-se os tributos pagos pelas comunidades indígenas e o trabalho forçado. Tudo isto permitiu a criação de um Estado unitário, em que todos deveriam ser tratados com igualdade. Como bem ilustra o trecho retirado do preâmbulo da supramencionada Constituição:

> Las Cortes generales y extraordinarias de la Nácion española, bien convencidas, después del más detenido examen y madura deliberación, de que las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones, que aseguren de un modo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación, decretan la seguiente Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado.

Devido à participação de deputados da colônia nas discussões para a sua elaboração e ainda por considerar membro da nação espanhola os habitantes da colônia e da metrópole, a Constituição de Cádis tomou contornos ainda mais liberais para os habitantes da América espanhola. Permitiu, ademais, a descentralização através da criação dos chamados "ayuntamientos" para regiões em que contivessem um número de habitantes superior a mil.

Tal Constituição também influenciou diretamente em conjunto com a Declaração francesa dos Direitos do Homem do Cidadão do processo de criação e desenvolvimento do constitucionalismo português e brasileiro.

Devido à complexidade dos assuntos debatidos na elaboração da primeira Constituição Portuguesa e a urgência para criação da mesma, criaram-se as Bases da Constituição com o objetivo de estabelecer algum documento a que o rei pudesse jurar e se submeter. Tais Bases foram quase uma cópia da Carta espanhola.

O problema é que a Constituição de Cádis, para o desagrado da burguesia portuguesa que via no Brasil uma fonte de lucro, era bastante liberal para época, na medida em que permita a participação de representantes da colônia, além de permitir uma maior autonomia política e administrativa aos habitantes do "Novo Mundo". Daí surge as tensões que contribuíram de maneira direta e decisiva na declaração de independência do povo brasileiro.

Declarada a independência do Brasil, fortemente influenciados pela Revolução Liberal do Porto, logo se convocou a Assembleia Constituinte, e novamente começam as discussões a respeito do caráter que a nova Constituição iria assumir. Pedro I, como imperador brasileiro, fez questão de expressar seu repúdio a Constituição espanhola de 1812, declarando-a inexequível, por medo dos impactos que ela poderia provocar.

A Constituição de Cádis também pode ser vista como uma Constituição republicana, pois não apresenta compatibilidade com as ideias monárquicas, além de poder ser considerada como uma verdadeira Constituição democrática em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

diversos aspectos. (BERBEL, 2008). Sendo este um motivo bastante claro para aversão do imperador brasileiro.

Apesar de considerada a carta inaugural do liberalismo espanhol, este documento transcendental consiste em uma complexa elaboração filosófica, devendo ser lida cuidadosamente. Cádis desde suas preliminares, influenciada pelo período conturbado em que estava inserida, apresenta uma forte tensão e contradição em seu conteúdo. (RESTREPO, 2011).

A supracitada constituição foi responsável, não por uma distribuição do poder e da riqueza espanhola e dos países a que influenciou ao por fim as bases em que se sustentavam a monarquia absolutista, mas pela manutenção da nova protagonista, a insurgente e poderosa burguesia. Infelizmente, tal situação ainda pode ser verificada até os dias atuais em todos os países latino-americanos.

Lamentavelmente, a Constituição de Cádis e os seus respectivos impactos não são muito estudados pelos nossos doutrinadores, pesquisadores e alunos, sendo grandes as lacunas a cerca do assunto.

3. CONCLUSÃO

Não resta dúvida os impactos positivos da Constituição de Cádis na América Latina. Contribuiu de maneira direta e decisiva no processo de independência e consolidação do constitucionalismo nestes países, com seu texto de caráter liberal e evolucionista. Foi uma das grandes responsáveis pela transformação nos países do Novo Mundo, criando um laboratório de experimentalismo de modelos constitucionais.

Seu impacto, contudo, foi bastante paradoxal. Ao mesmo tempo em que foi importante para libertação das explorações das metrópoles, isto é, Espanha e Portugal, nas suas colônias e do nascimento do constitucionalismo latino-americano, contribuindo para uma ruptura histórica, política e econômica, permitiu a continuidade de um modelo estratégico de exclusão jurídica, ou seja, a estrutura social em que se encontravam os diversos países pouco se modificou.

4. REFERÊNCIAS

BERBEL, Márcia Regina. A Constituição Espanhola no mundo Luso-americano. Revista de Indias, v. 73, n. 242, p.225-254, 2008. Anual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. Estudos Avançados, São Paulo, vol.14, n.40, set- dez. 2000.

GARCÍA, Antonio Fernández. Presentación del Dossier <<La Constitución de Cádiz>>. Revista Cuadernos de Historia Contemporánea, Madrid, p.19-21, 2002. Anual.
MÄDER, Maria Elisa Noronha de Sá. Revoluções de Independência na América Hispânica: uma reflexão historiográfica. Revista de História, São Paulo, n. 159, dez. 2008. Semestral.

MORAES, Filomeno. A Constituição de Cádis e as primeiras manifestações do Poder Constituinte no Brasil: notas para uma pesquisa. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, n. 13. Anual. RAMOS, Luís A. de Oliveira. A Espanha e o advento do Liberalismo em Portugal: Antes e depois de Cádiz. Península: Revista de Estudos Ibéricos, Porto, no0, p. 413-419. 2003.

RESTREPO, Ricardo Sanín. A Constituição de Cadiz ou a antimatéria da democracia latino-americana. Revista NEJ Eletrônica, vol.16, n.3, p.305-315, set-dez. 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DAS LEGISLAÇÕES INTERNACIONAL E NACIONAL

VALDEMAR NETO OLIVEIRA BANDEIRA:
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre, servidor público federal, exercendo o cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho desde 2011. Também é advogado, mas, por conta do cargo público, não pode exercer a advocacia.

Resumo: O presente trabalho tem a finalidade de apresentar uma reflexão acerca do princípio da dignidade da pessoa humana à luz da legislação internacional e nacional, destacando sua característica fundamental de irrenunciabilidade e universalidade, a fim de buscar sua concretude nos estados soberanos, regiões e territórios independentes do mundo. Nesse sentido, realizou-se uma pesquisa bibliográfica levando em consideração a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição Federal de 1988, os Estatutos do Idoso e da Pessoa com Deficiência, as ideias de doutrinadores como SARLET (2010), bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por fim, ressalta-se a importância do caráter universal e inerente à pessoa humana do referido princípio, devendo sua aplicação ser realizada por todos: governo, sociedade, comunidades, empresas públicas e privadas e pessoas.

Palavras-Chave: Princípio. Dignidade. Pessoa. Humana.

Abstract: The present work aims to present a reflection on the principle of human dignity in the light of international and national legislation, highlighting its fundamental characteristic of unwavering and universality, in order to seek its concreteness in sovereign states, regions and territories independent of the world. In this sense, a bibliographic research was carried out taking into consideration the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the Federal Constitution of 1988, the Statutes of the Elderly and Persons with Disabilities, the ideas of doctrines such as SARLET (2010), as well as the jurisprudence of the Federal Supreme Court. Finally, the importance of the universal and inherent character of the human person of the referred principle is emphasized, and its application must be carried out by all: government, society, communities, public and private companies and people.

Keywords: Principle. Dignity. Person. Human.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. 3. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988. 4. O princípio da dignidade da pessoa humana nos estatutos do Idoso e da Pessoa com Deficiência. 5. O princípio da dignidade da pessoa humana na Doutrina.6. O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 7. Conclusão. 8. Referências.

1.Introdução

O princípio da dignidade da pessoa humana possui um caráter universal e se aplica em todos os lugares do mundo e não faz acepção de pessoas, ou seja, deve ser aplicado indistintamente a todos, em que pese suas diferenças. Entretanto, é de se ressaltar que sua concretização depende do nível de democracia que se vive em determinado estado soberano ou região independente de determinado território.

Assim, quanto mais democrático for o estado é provável que haja maior concretude desse princípio e quanto mais autocrático for o estado é possível que haja uma menor concretude do princípio em questão.

Apesar disso, o princípio da dignidade da pessoa humana possui aceitação em todas as partes do mundo, mesmo em estados mais conservadores e fechados, inclusive é aplicado em momentos cruéis da vida humana, como em períodos de guerra. Nesses casos, são proibidos determinados tipos de morte, como as mortes cruéis, decorrentes de torturas e outras tantas carnificinas.

Trata-se pois de princípio inerente à existência humana, ou seja, para sua aquisição faz se necessário apenas pertencer a espécie humana, respeitando-se também a dignidade daqueles que já se foram.

Desse modo, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana alcança todos os homens e mulheres do mundo, em quaisquer região do planeta e tem sua origem coincidente com a própria existência humana, mas, com maior aplicação a partir do momento em que se tomou consciência dos valores dos outros, da vida em comunidade e da subsistência do grupo para preservação da espécie.

Nesse sentido, ao percorrer a legislação internacional, notadamente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, passando pela Constituição

Federal de 1988, pela legislação infraconstitucional (Estatuto do Idoso e da Pessoa com Deficiência), por parte da Doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, percebe-se a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, que é direito fundamental de todas as pessoas do cosmo.

Por isso, o presente trabalho tem o objetivo de despertar um olhar mais cuidadoso e reflexivo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de que se busca sua concretude plena.

2. O princípio da dignidade da pessoa humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos[1].

É de se destacar que desde sua adoção, em 1948, a DUDH foi traduzida em mais de 500 idiomas, representando o documento mais traduzido do mundo, tendo inclusive sido fonte de inspiração para as constituições de muitos Estados e democracias recentes.

Vejamos os excertos da DUDH que abordam o tema referente à dignidade da pessoa humana:

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[2] (...).
>
> Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, ***na dignidade e no valor do ser humano*** e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla[3] (...).

Artigo I

"Todos os seres humanos nascem livres e iguais ***em dignidade*** e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

Artigo XXII

"Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais ***indispensáveis à sua dignidade*** e ao livre desenvolvimento da sua personalidade"[4].

Artigo XXII, item 3.

"Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, ***uma existência compatível com a dignidade humana*** e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social"[5].

(***Grifos nossos***).

Pelos excertos acima, verifica-se já no preâmbulo a menção ao princípio da dignidade da pessoa humana como inerente a todos da raça humana, sem quaisquer discriminações de raça, sexo, origem, etnia ou idade. Assim, o fato de pertencer a espécie humana já é condição necessária e suficiente para receber especial proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, como valor igual e ínsito a todos os seres humanos.

Forte nessas razões, a DUDH já consagrou esse mega princípio em seu primeiro artigo, ressaltando que todos são iguais em dignidade e direitos, não existindo homens ou mulheres com mais dignidade que outros, independentemente da situação que se encontrem. Por isso, a proteção à dignidade

é dirigida a todas as pessoas de quaisquer países, regiões ou lugares habitáveis por homens e mulheres, dada a natureza universal do princípio em questão.

Já o artigo XXII destaca diversos direitos como a segurança social, cuja observância são indispensáveis à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso permite inferir tamanha relevância do princípio ora comentado, uma vez que diversos valores e princípios legais e constitucionais, decorrem e irradiam diretamente dele e para ele.

Por sua vez, o artigo XXIII, item 3 salienta que o ser humano tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que seja condizente e compatível com a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, também está intimamente relacionado aos critérios de justiça e retribuição adequada e satisfatória na relação de trabalho que existe no sistema capitalista, quando os trabalhadores ofertam suas mãos-de-obra em troca e busca de remuneração, a fim de que possam prover suas famílias.

Por isso, nas relações laborais deve prevalecer a dignidade do trabalho como forma de propiciar às partes liberdade para contratar e justiça retributiva pelos seus afazeres.

3. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 consagrou como princípio fundamental e também como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, princípio universal reconhecido e aceito em todas as partes do mundo, sendo inerente à pessoa humana.

Vejamos os excertos da Carta Magna que tratam do tema:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> (...)
>
> III - a dignidade da pessoa humana[6].

Percebe-se que o constituinte originário concedeu especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana erigindo-o como fundamento da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

República Federativa do Brasil. Desse modo, além dos instrumentos de ordem internacional, o referido princípio se encontra consagrado na Lei Fundamental de nosso país e irradia sua força normativa às demais espécies normativas previstas em nosso ordenamento jurídico.

Não poderia ser diferente. De estatura constitucional, atua como princípio orientador e conformador das leis infraconstitucionais, inclusive insuscetível de ser atacado por emendas constitucionais, atuando como limite ao próprio poder de reforma da constituição, pois é cláusula pétrea, conforme dicção do art. 60, par. 4, IV, da CF/88.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser tomado como valor supremo e deve ser respeitado por todos os Poderes da República Federativa do Brasil, em todos os componentes da Federação, pelas autoridades constituídas e por todos que estejam em território e espaço aéreo nacional, sobretudo, no que diz respeito aos valores mínimos existenciais da pessoa humana, como por exemplo, a alimentação e a moradia.

Noutra passagem da Lei Suprema do país, o princípio é concebido para proteger e favorecer à família, que deve receber especial proteção do estado. Vejamos:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> > § 7º Fundado nos ***princípios da dignidade da pessoa humana*** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas[7].

Assim, o planejamento familiar, ainda que livre decisão do casal, dos conviventes ou dos parceiros, também é pautado na dignidade da pessoa humana, no respeito mútuo entre os cônjuges ou conviventes, a fim de assegurar o respeito absoluto a esse valor e princípio supremo de nossa nação, do povo brasileiro e de todos os seres humanos.

Além disso, a Constituição Federal de 1988, ao tratar no título VII da Ordem Econômica e Financeira, no caput do art. 170 assevera que deve ser assegurada existência digna a todos. Vejamos:

> "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"[8]. (...)

Com isso, os princípios da ordem econômica visam concretizar e viabilizar, através das condições estabelecidas ao mercado econômico, as possibilidades necessárias para que sejam asseguradas a todas as pessoas uma existência digna, visando assisti-los das provisões adequadas ao seu sustento.

4. O princípio da dignidade da pessoa humana na Legislação Infraconstitucional

No ordenamento jurídico brasileiro diversas legislações infraconstitucionais tratam do tema da dignidade da pessoa humana. O presente trabalho abordará somente às leis referentes ao estatuto do idoso e ao estatuto da pessoa com deficiência.

4.1 Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso

A lei em epígrafe instituiu o estatuto do idoso e dispôs sobre diversos direitos que asseguram à pessoa idosa proteção integral à vida, à moradia, à alimentação e à dignidade humana, conforme se observa nos excertos abaixo:

> Art. 2º O idoso goza de ***todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana***, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e ***dignidade[9]***.
>
> Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, ***à dignidade***, ao respeito e à convivência familiar e comunitária[10].
>
> Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e ***em condições de dignidade[11]***.
>
> Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e ***a dignidade***, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.
>
> § 3º ***É dever de todos zelar pela dignidade do idoso***, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor[12].
>
> Art. 49. As entidades que desenvolvam programas de institucionalização de longa permanência adotarão os seguintes princípios:
>
> VI – preservação da identidade do idoso e ***oferecimento de ambiente de respeito e dignidade[13]***.

Nesse sentido, verifica-se que o estatuto do idoso cuidou em vários artigos da dignidade humana a ser concedida a todas as pessoas, mas, com maior atenção aos idosos, que são pessoas que necessitam de cuidados e atenções especiais e redobradas. Por isso, é dever de todos: do Estado, da comunidade, da sociedade, da família e das instituições públicas e privadas tratar o idoso com especial proteção, a fim de assisti-los com prioridade sobre os demais, de forma que assegure os seus direitos fundamentais de tratamento digno e salutar.

4.2 Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência

De maneira similar ao estatuto do idoso, a lei em questão instituiu o estatuto da pessoa com deficiência, a fim de dar maior proteção a essas pessoas que, muitas vezes, encontram-se em situações de vulnerabilidade social, seja por conta de discriminação no mercado de trabalho, seja por conta de não observância de seus

direitos basilares de locomoção, atendimento médico e hospitalar, entre outras garantias.

Vamos aos excertos abaixo para entender melhor a proteção especial concedida pela lei às pessoas com deficiência, sobretudo, os aspectos referentes à sua dignidade.

> Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação (...) ***à dignidade***, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico[14].
>
> Art. 10. Compete ao poder público garantir ***a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida[15]***.
>
> Art. 18 (..).
>
> § 2º É assegurado atendimento segundo normas éticas e técnicas, que regulamentarão a atuação dos profissionais de saúde e contemplarão aspectos relacionados aos direitos e às especificidades da pessoa com deficiência, incluindo temas como ***sua dignidade e autonomia[16]***.

Pelos extratos legais supracitados é de fundamental importância que seja assegurada às pessoas com deficiência uma existência com dignidade, de forma que possam ser incluídas no mercado de trabalho e nas demais atividades concernentes às demais pessoas, como atividades de lazer, desportivas, festivas e quaisquer outras, pois deficiência não é e nunca será sinônimo de incapacidade. Pelo contrário, tais pessoas, em que pese possuírem alguma deficiência física, motora, mental ou psíquica, possuem plenas condições de viverem com autonomia e dignidade, mas, desde que respeitados seus direitos.

4.3 O princípio da dignidade da pessoa humana na doutrina

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SARLET (2010) apresenta uma definição muito pertinente acerca do dignidade da pessoa humana. Vejamos:

> *"Temos por **dignidade da pessoa humana** a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de* propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos"[17]. (**Grifos nossos**).

Para o renomado autor, o princípio dignidade da pessoa humana o faz sujeito de direitos e deveres fundamentais que devem ser respeitados por todos e assegurados pelo Estado e pela comunidade, principalmente os direitos mais basilares de condições existenciais mínimas, como alimentação. Trata-se pois de uma verdadeira proteção especial de todas as pessoas frente aos possíveis arbítrios e ilegalidades por parte do próprio Estado ou por parte de outros indivíduos.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha fez a seguinte afirmação a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana:

> *"a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais"**[18]**.*

Por sua vez, Kant destaca o caráter fundamental da dignidade humana, sustentando que:

> "O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe com um fim em si mesmo, não simplesmente como meio arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem aos outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim".[19]

Kant trata da autonomia e independência do homem como elemento caracterizador de sua dignidade. Ademais, ressalta que que o homem existe como um fim em si mesmo, não devendo ser coisificado como outrora ocorrido na época da escravidão, pois o homem não pode ser tratado como objeto de negociação nem ser instrumentalizado como mercadoria, pelo contrário, a dignidade humana deve estabelecer relações respeitosas e harmoniosas entre os pares, sem submissões escravocratas.

4.4 O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Esse princípio é tão importante que serve como baliza para diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, bem como fundamento para a edição de suas súmulas vinculantes, como afere-se abaixo:

Súmula Vinculante 11

> "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

Súmula Vinculante 56

> "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

Julgados do Supremo Tribunal Federal abordando a dignidade da pessoa humana

> Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pessoas inocentes. Violação. ***Dignidade da pessoa humana*** (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, consequentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. ***Dignidade Humana***. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. (...) A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recursar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou

de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão 'para o interrogatório', constante do art. 260 do CPP. [**ADPF 395** e **ADPF 444**, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2018, P, *DJE* de 22-5-2019.]

(...) a ***dignidade da pessoa humana*** precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu art. 1º, III, anteriormente a sua vigência. A arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei 6.683/1979. (...) A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do País, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa história sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei 6.683/1979. (...) Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) Sem de qualquer modo negar o que diz a arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço (o que subscrevo), tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana. (...) O argumento descolado da ***dignidade da pessoa humana*** para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, esse argumento não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prospera. [**ADPF 153**, voto do rel. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, P, *DJE* de 6-8-2010.]

A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. [**ADI 2.649**, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-5-2008, P, *DJE* de 17-10-2008.]

Contravenção penal. Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do DL 3.688/1941). Réu condenado em definitivo por diversos crimes de furto. Alegação de que o tipo não teria sido recepcionado pela CF de 1988. Arguição de ofensa aos princípios da isonomia e da presunção de inocência. (...) Superação da prescrição para exame da recepção do tipo contravencional pela CF antes do reconhecimento da extinção da punibilidade, por ser mais benéfico ao recorrente. Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade. Reconhecimento de violação aos princípios ***da dignidade da pessoa humana*** e da isonomia, previstos nos arts. 1º, III; e 5º, *caput* e I, da CF. Não recepção do art. 25 do DL 3.688/1941 pela CF de 1988. [**RE 583.523**, rel. min. Gilmar Mendes, j. 3-10-2013, P, *DJE* de 22-10-2014, Tema 113.]

Suspensão de inclusão de novos beneficiários. Operadora de plano de saúde. GEAP [Autogestão em Saúde]. Óbice ao ingresso de servidor do Poder Executivo cedido à Justiça Federal, que, acometido de doença grave, retornou ao órgão de origem para aposentadoria por invalidez. Impossibilidade de interrupção do tratamento da doença iniciado durante período de cessão. Vedação administrativa excepcionada pelas peculiaridades da espécie em exame. ***Princípio da dignidade***

> ***da pessoa humana*** e do direito à saúde. Mandado de segurança concedido. [**MS 33.619**, rel. min. Cármen Lúcia, j. 23-8-2016, 2ª T, *DJE* de 6-9-2016. (***Grifos nossos***).

Os julgados acima e as duas súmulas vinculantes editadas pela Corte Suprema de nosso país ressaltam a importância do princípio da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico. Não é um princípio apenas de valor simbólico e programático, mas, serve como viga mestra de concretude dos valores fundamentais da pessoa humana, destacando valores como a liberdade, a presunção de inocência, a legítima e ampla defesa.

Desse modo, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é um supra princípio, pois serve de fundamento de validade e concretização de outros princípios e valores concebidos pela Constituição Federal de 1988.

5. Conclusão

O princípio da dignidade da pessoa humana é um direito fundamental de todas as pessoas do planeta, em todos os lugares do mundo. Tal princípio é insuscetível de abolição seja qual for a natureza ou o regime de governo adotado por determinado estado soberano ou região independente, pois decorre diretamente da condição humana e é inerente à espécie humana, sendo estendido inclusive aos mortos, que devem ter sua dignidade preservada, haja vista a amplitude e abrangência universal do princípio em comento.

Assim, busca-se acrescer às muitas obras já publicadas sobre o tema sua relevância nacional e internacional, sobretudo, ressaltando os aspectos legais que conformam o assunto e são de observância obrigatória por parte de todos os países e territórios, independentemente da região que pertençam, sem, claro, querer esgotar ou detalhar demasiadamente, pois o tema é fonte latente e perene de novas empreitadas e reflexões, visando sempre sua concretude.

Convém destacar ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental a existência humana e da mais alta carga valorativa no ordenamento jurídico de qualquer país, sendo base de orientação e irradiação para as demais espécies normativas, que a ele devem total conformação, sob pena de serem declaradas nulas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por fim, cumpre observar que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é dever de todos os membros de determinado país, lugar ou região, ou seja, dos Poderes Públicos, da sociedade civil, das comunidades, das empresas públicas e privadas, de todos os entes políticos que compõem determinada nação e de todas pessoas do mundo.

6. REFERÊNCIAS

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes, in: Os Pensadores*- Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo:Abril,1980,p. 134-135.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

Decisão extraída da obra F. Rubio Llorente (Org.), *Derechos Fundamentales Y Principios Constitucionales*, p. 62.

Presidência da República. Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. > Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

_____Presidência da República. Lei 13.146 de 06 de julho de 2015. Dispõe sobre Estatuto da Pessoa com Deficiência e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm > Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Direito Constitucional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. > Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf > Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

Dignidade da Pessoa Humana. *Direitos Humanos*. STF. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=136&tipo=CJ&termo=licita%E7%E3o > Acesso em 19 de fevereiro de 2020.

NOTAS:

[1] Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf > Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

[2] Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf > Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

[3] Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf > Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

[4] Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf > Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

[5] Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. *Direito Internacional*. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf > Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

[6] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Direito Constitucional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. > Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

[7] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Direito Constitucional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. > Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

[8] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Direito Constitucional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. > Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

[9] Estatuto do Idoso. 2003. *Direito Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. > Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[10] Estatuto do Idoso. 2003. *Direito Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. > Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

[11] Estatuto do Idoso. 2003. *Direito Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. > Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

[12] Estatuto do Idoso. 2003. *Direito Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. > Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

[13] Estatuto do Idoso. 2003. *Direito Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. > Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

[14] Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2015. *Direito Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. > Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

[15] Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2015. *Direito Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. > Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

[16] Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2015. *Direito Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. > Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

[17]SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 70-71.

[18] Decisão extraída da obra F. Rubio Llorente (Org.), *Derechos Fundamentales Y Principios Constitucionales*, p. 62.

[19] KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes, in: Os Pensadores*-Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo:Abril,1980,p. 134-135.

www.conteudojuridico.com.br

AS FAZENDAS DE CADÁVERES SOB ANÁLISE JURÍDICA E MÉDICO-LEGAL

MAIARA AGUSTINI ZAGATO:
Acadêmica de Direito pela Universidade Brasil; Licenciada em química pela Universidade Brasil, em 2018

ANDRÉ DE PAULA VIANA
(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho aborda os diferentes tipos de áreas dentro da medicina legal, dando maior foco para a tanatologia e antropologia forense, que serão a base para os estudos dentro das fazendas de cadáveres: locais onde são analisados os efeitos de decomposição de cadáveres sob diferentes efeitos, sendo eles controlados ou não. Tais locais serão descritos inicialmente pelos aspectos históricos, suas características e pesquisas realizadas, e posteriormente avaliados perante os aspectos jurídicos nacionais e internacionais. Mediante a discussão dos aspectos jurídicos envolvidos na doação de corpos para pesquisa no Brasil e nos Estados Unidos, será possível estabelecer uma conexão entre as leis, demonstrando uma relativa evolução da lei americana quando comparada a brasileira, mostrando assim a necessidade de melhor apreciação na legislação de doação de corpos.

Palavras-chave: fazenda de cadáveres; doação de corpos; medicina legal.

ABSTRACT: The present work addresses the different types of areas within forensic medicine, giving greater focus to forensic anthropology and tanatology, which will be the basis for studies within cadaver farms: places where the effects of decomposition of cadavers under different effects are analyzed. whether they are controlled or not. Such sites will be described initially by historical aspects, their characteristics and researches, and later evaluated by national and international legal aspects. By discussing the legal aspects involved in the donation of research bodies in Brazil and the United States, it will be possible to establish a connection between the laws, demonstrating a relative evolution of the American law when compared to the Brazilian law, thus showing the need for better appreciation in the legislation. of body donation.

Keywords: body farm, body donation, Forensic medicine.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO.2.A MEDICINA LEGAL. 3. AS FAZENDAS DE CADÁVERES. 4. AS FAZENDAS E O DIREITO. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6.REFERÊNCIAS.

A medicina legal é a ciência que envolve analisa sob aspectos jurídicos os assuntos relacionados a medicina, sejam eles pré ou pós mortem. É através desta que são produzidos os laudos médicos que serão analisados no caso concreto, laudos estes que darão ao juiz a capacidade de decidir sobre a lide em questão.

Um dos campos da medicina legal é a antropologia forense, que trata da identificação do indivíduo, e a tanatologia forense, que aborda os fenômenos pós mortem e suas consequências.

É a partir do enfoque dessas duas áreas que aborda-se as fazendas de cadáveres: sítios localizados em algumas regiões do mundo, nenhuma delas no Brasil, que tiveram corpos doados para estudo, colocando estes sob diferentes situações para que sejam observadas a decomposição do cadáver.

Essas áreas dedicadas à decomposição de corpos são de grande valia para o meio jurídico, ajudando a resolver casos com maior precisão devido aos estudos realizados.

Porém, tal local sofreu dificuldade para obter seus objetos de estudo no início de suas atividades, em parte pelo preconceito, em parte pelas limitações jurídicas da doação de corpos, que se faz limitada nas leis internacionais.

No Brasil, a lei de doação de corpos é mais severa, e ainda está engatinhando quando comparada com as leis internacionais, dificultando a criação de áreas de pesquisa como estas no país.

1. A MEDICINA LEGAL

De início, é necessário conceituar a base de todo o assunto por trás do presente trabalho: a Medicina legal.

Medicina legal, dentre muitas definições, foi colocada como “ciência e arte extrajurídica auxiliar alicerçada em um conjunto de conhecimentos médicos, paramédicos e biológicos destinados a defender os direitos e os interesses dos homens e da sociedade” (CROCE; CROCE JUNIOR, 2012).

Baseado nisso, a medicina legal sob a óptica da classificação didática, existem 14 separações, sendo elas: antropologia médico-legal, traumatologia médico-legal, sexologia médico-legal, tanatologia médico-legal, toxicologia médico-legal, asfixiologia médico-legal, psicologia médico-legal, psiquiatria médico-legal, medicina legal desportiva, criminalística, criminologia, infortunística, genética médico-legal e vitimologia. (FRANÇA, 2017)

Tal área da medicina não se preocupa especificamente com o estado do objeto de estudo, tão pouco importando se este está vivo ou morto. Seu enfoque também não é direcionado a nenhuma área especifica do direito, sendo utilizado principalmente nas áreas criminais, cíveis e trabalhistas (DEL-CAMPO, 2007).

É difícil determinar qual das áreas da medicina legal possui maior relevância, sabe-se, porém, que a ausência de conhecimentos essenciais no caso concreto não dá ao magistrado todo o prospecto devido para resolução da lide, mostrando aí a importância do perito para esclarecimentos médico-legais.

Para dar enfoque ao assunto do presente trabalho, duas áreas da medicina legal serão esmiuçadas: a antropologia e a tanatologia forense.

A antropologia forense trata da identificação do indivíduo, seja vivo, morto, inteiro ou em pedaços. Identifica as características do objeto de estudo que o distingue dos demais. Aborda principalmente a identidade objetiva da pessoa, com as particularidades permanentes de seu ser, e não a identidade subjetiva, ou seja, a visão e ideia que cada pessoa tem de si mesma (FRANÇA, 2017) (GRECO et al., 2010).

A identificação do indivíduo pode ser separada em duas categorias: a médico-legal e a judiciária (ou policial). A médico-legal, separado em suas categorias, analisa aspectos como raça, sexo, idade, altura, sinais e cicatrizes, voz, aptidão, força, as características de identidade subjetiva. A identificação judiciária é dada pelas impressões genéticas de DNA, biometria, fotografias e retratos falados.

Nas análises médico-legais, são vistos aspectos como tamanho e formato do crânio, que dão característica da raça do sujeito, por exemplo; informações sobre a arcada dentária, que consegue demonstrar a idade; medições sobre os ossos, como fêmur ou separação dos ossos e cartilagens da mão, que demonstram a idade do indivíduo, ou ainda a analise do osso pélvico, que consegue demonstrar o sexo do espécimen; tatuagens, que muitas vezes conseguem qualificar a vida pregressa de um indivíduo baseado no desenho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Das identificações judiciárias, a mais proeminente é sem duvida a datiloscopia, que é o estudo da impressão digital deixada pela marca dos dedos de cada um, que não pode ser copiada, e pode ser encontrada em diversos locais, como móveis, vidros, armas, e até folhas e frutos (CROCE; CROCE JUNIOR, 2012).

O segundo enfoque que será dado no presente trabalho, como já dito, é em relação a tanatologia forense, que é o estudo da morte e de suas consequências.

Assim como é difícil definir o conceito de vida, o significado da palavra morte também não é exato. Tal conceito antes era definido como "a cessação total e permanente das funções vitais", sendo que hoje este não é mais aceito, em primeiro caso pelo avanço da medicina e possibilidade de reversão do quadro quando tais funções se encerram, segundo pela criação da Resolução CFM nº 1.480/97, que define a morte para fins de doação de órgãos a morte encefálica.

A determinação da morte encefálica é dada em vários países de formas diferentes. No Brasil, a método para atestar a morte encefálica, bem como todos os aspectos iminentes a ela, está definido na Resolução CFM 2.173/17 (FRANÇA, 2017).

Os aspectos referentes a posse e uso do corpo será discutido em capítulo próprio do trabalho.

A morte real, onde não há mais o que se discutir ou fazer, é sucedida pelos chamados fenômenos cadavéricos, que são separados em abióticos e transformativos. Os primeiros, podendo ser imediatos ou consecutivos, consistem nas primeiras demonstrações corporais pós mortem, como a perda da consciência, cessação da circulação, imobilidade, ausência de pulso, relaxamento de esfíncteres, o resfriamento corporal, a rigidez, os espasmos, as manchas e livores cadavéricos e o dessecamento; os transformativos alteram a composição corporal e variam de acordo com a causa da morte e o ambiente em que o corpo está, podendo ser destrutivos (autólise, putrefação e maceração) ou conservadores (mumificação, saponificação, calcificação e corificação) (CROCE; CROCE JUNIOR, 2012) (DEL-CAMPO, 2007).

O exame do local de morte é comum nos casos criminalísticos. A data aproximada da morte pode ser determinada pela analise dos índices já ditos anteriormente, por exemplo pelo equilíbrio térmico entre o ambiente e o cadáver, pode-se presumir morte aproximada de 15/24h, e a analise da fauna cadavérica, que varia tanto seu local quanto o tempo de presença do corpo naquele sítio.

Ainda no aspecto criminal, a tanatologia é a ciência responsável por responder as questões a respeito da classificação jurídica da morte, ou seja, se ela foi homicídio, suicídio ou morte acidental, bem como a hora de provocação das lesões, se estas foram antes ou após a morte.

Sempre que um profissional da área é convidado a dar seu parecer em um caso jurídico, este o fará por meio de perícia, que será o instrumento constituinte do laudo emitido por este. O requisito dos laudos para cada ramo do direito é definido em lei, em seus livros próprios.

2. AS FAZENDAS DE CADÁVERES

Conhecidas como "fazendas de cadáveres" (originalmente "*body farm*", em inglês), o *Anthropology Research Facility* (ARF), foi o primeiro centro de pesquisas antropológicas, que faz parte do Centro de Antropologia Forense, na Universidade do Tenesse, em Knoxville.

William M. Bass, idealizador do projeto, viu a necessidade de maiores pesquisas relacionadas a decomposição de cadáveres quando em 1977, após um ato de vandalismo em um túmulo de uma baixa provocada pela Guerra Civil Americana (1861-1865), os investigadores notaram um corpo ainda em estado de decomposição, fato que os levou a acreditar que um homicídio havia sido cometido, e que o cadáver do crime teria sido ocultado nesse velho túmulo.

Convidado para analisar a idade dos restos mortais, Bass deu uma estimativa de aproximadamente um ano. Ao levar o espécime para o laboratório, o professor Bass e seus estudantes descobriram que aqueles restos eram de fato da vítima morta no período da Guerra Civil, errando sua aproximação por uma média de 100 anos, mostrando a necessidade de maiores pesquisas sobre decomposição e identificação de corpos. (JANTZ; JANTZ, 2008)

Após perceber a escassez de material para sua pesquisa, Bass foi em busca de patrocínio perante a Universidade do Tenesse, onde na época lecionava e era chefe do departamento de antropologia do instituto. A localização inicial fornecida era dentro da área do Instituto de Agricultura da faculdade, que ficava próximo a uma unidade prisional.

Devido a baixa segurança da unidade, os presos frequentemente escapavam, invadiam a área de pesquisa, e acabavam por contaminar e prejudicar os dados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

coletados. Preocupado com os sujeitos de pesquisa, Bass requisita a mudança de local, sendo colocado por volta de 1980 em uma área desativada do hospital da Universidade, onde pôde dispor dos mecanismos de segurança necessários para continuidade de seu projeto. (SHIRLEY; WILSON; JANTZ, 2011)

A primeira doação de corpo para objeto de estudo foi feita em1981, quando após estar instalado na nova área, Bass comunicou médicos examinadores da necessidade de cadáveres para sua pesquisa. Naquele primeiro ano somente quatro indivíduos foram doados, porém atualmente as doações crescem exponencialmente, compondo o maior centro de estudos antropológicos dos EUA.

Hoje, os corpos recebidos no local são derivados de doação própria, da família, ou corpos não reclamados doados pelo estado do Tenesse. Indivíduos que possuam doenças infectocontagiosas não terão seus corpos aceitos como doação, mas suas cinzas derivadas do processo crematório (até o estágio anterior à transformação dos ossos em cinzas) podem ser aceitas para pesquisas no laboratório. É importante salientar que os corpos doados para o Instituto, ao contrário das doações para escolas de Medicina, não serão devolvidos para os familiares (JANTZ; JANTZ, 2008).

As pesquisas realizadas abrangem as transformações pós morte do corpo, seja por longos ou curtos períodos, como as roupas afetam o processo de decomposição, a fauna e a flora próxima dos cadáveres e como ela é afetada, a composição do solo, comparações com a decomposição humana e animal, as alterações químicas no corpo e nos arredores deste no processo de decomposição (WOLFF, 2015) (WELCOME... 2016).

Quando o doador morre, os familiares, hospital ou outro local que o corpo esteja comunica o ARF sobre a possível doação, que passará por um processo legal que tem sua dificuldade variada de acordo com cada caso. Após chegar no local de pesquisa, o corpo (que já foi previamente identificado pelo próprio doador ou hospital) é colocado em um campo aberto dentro da própria universidade, para decompor-se até o estado de esqueletização, onde será fotografado e catalogado.

Cada corpo passa pelo protocolo do projeto que integra, que será responsável pela demarcação e posicionamento do corpo, bem como escolha do local onde este será colocado. Todos os corpos em uso são colocados em uma base de dados com coordenadas e localização em mapa da instalação. Terminados os

trabalhos com aquele projeto, os ossos são retirados, limpos e ensacados, onde serão armazenados para outras pesquisas que os requisitem.

Por volta de 1990 o ARF começou a trabalhar com o FBI, proporcionando alguns treinamentos que se consistem em aulas e treinamento de campo, que tentam simular verdadeiras cenas de crime. Em 2001 foi fundada a Academia Forense Nacional (*National Forensic Academy – NFA*), dentro do Centro de Inovação de Aplicação da Lei (*Law Enforcement Innovation Center*), na Universidade do Tenesse, que oferece um curso de 10 semanas para agentes da polícia para coleta de evidencias e preservação de procedimentos, estando o ARF entre um dos assuntos lecionados no curso (JANTZ; JANTZ, 2008).

Outros centros antropológicos de pesquisa também podem ser encontrados na *Western Carolina University, Texas State University, Sam Houston University, Southern Illinois University e Colorado Mesa University* (WOLFF, 2015).

3. AS FAZENDAS E O DIREITO

Nos anos anteriores a 1900, nos Estados Unidos, as doações de corpos para dissecação e estudos médicos eram possíveis somente a partir de execuções criminais. Esse fato, tornava o número de corpos para estudos extremamente escasso, mesmo com a crescente abertura de novos cursos de Medicina.

Com a demanda de cadáveres crescendo e o modo de obtenção permanecendo o mesmo, as escolas se viram obrigadas a tomar medidas drásticas. Professores e alunos começaram a roubar os túmulos de indigentes sepultados pelo Estado, ou contratar ladrões de túmulos profissionais. Tais jazigos eram pouco seguros pela falta de interesse tanto de familiares quanto do próprio Estado, e abrigavam em sua maioria afro-americanos, prisioneiros e pobres (GARMENT et al., 2007).

Como os corpos não tinham identificação, tampouco interesse jurídico, o fato do corpo ser roubado de sua tumba era juridicamente não importante, juntamente com a incapacidade de preservar um corpo para dissecação na época, tornaram frequentes os roubos (GARMENT et al., 2007) (COSTA; MILLER, 2011).

Em 1788, próximo ao Hospital de Nova York, algumas crianças brincavam na rua. Em uma das salas do hospital um estudante de anatomia acenou um braço que estava sendo dissecado pela janela para os garotos, um deles inclusive havia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

perdido recentemente sua mãe, disse que o estudante ainda o provocou dizendo que seria seu corpo.

O garoto correu para contar o ocorrido para seu pai, que enfurecido, exumou o caixão de sua esposa, que para sua surpresa não se encontrava mais no local. Iniciou-se então um tumulto, onde o povo, eriçado pelo marido em luto, invadiram o hospital em busca dos professores/médicos responsáveis por tal atrocidade. Lá dentro, pegaram os corpos dos mortos e expuseram para que toda a cidade pudesse ver as atrocidades que estavam sendo cometidas com seus falecidos.

Os médicos que não fugiram, foram presos para sua própria proteção. Os participantes do tumulto correram a cidade chamando por mais pessoas para se juntarem à revolta, até que por volta de 5000 pessoas foram até o presídio exigindo justiça aos "presos". A polícia e os militares foram chamados para conter o povo, e ficaram pela cidade por alguns dias até que os ânimos acalmassem.

Em 1789, os políticos da época, forçados pela revolta, criaram um estatuto proibindo punindo o roubo de cadáveres, onde aquele que cometesse tal atrocidade seria chicoteado, multado ou preso. Os únicos corpos disponíveis para os estudos seriam os mortos por crimes, que estavam longe de ser suficientes. A prática continuou a ocorrer, agora por "profissionais" em roubo de cadáveres (COSTA; MILLER, 2011).

Em 1833 as primeiras leis sobre disposição de corpos não reclamados para pesquisa foram criadas. Tais leis, porém foram questionadas por alguns por conta de quem seria a posse do cadáver. As normas foram sendo atualizadas, onde a decisão final do que fazer com os restos mortais de alguém seria da família, mesmo que isso fosse contra os desejos finais do morto.

Após a Grande Depressão, a população começou a se preocupar que todos, até os indigentes, tivessem um enterro digno. O Estado então, tenta, com sucesso, diminuir os custos dos funerais, entre outras políticas funerárias. O resultado disso para as escolas de Medicina foi que o número de corpos indigentes diminuiu, pois aqueles que antes não podiam pagar as custas funerárias, agora podiam.

Em 1968, depois de algumas políticas controversas com relação aos funerais e disposição dos corpos, o Estado resolve unificar as leis até então esparsas sobre o assunto. Foi criada então a *Uniform Anatomical Gift Act (UAGA)*, que uniformiza as leis com relação a doação de órgãos e disposição de corpos para transplantes,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pesquisas e educação. A legislação trouxe uma mudança importante nesse aspecto, pois a partir dali o desejo do doador era superior ao desejo de seus familiares.

Hoje, nos Estados Unidos, cada estado tem sua versão do UAGA. Apesar não haver tantos corpos indigentes como antigamente, a divulgação da importância da doação, tanto de órgãos quanto de corpos fez com que as doações aumentassem, conseguindo em partes suprir a demanda (GARMENT et al., 2007).

No Brasil, a Constituição tutela a inviolabilidade do corpo em seu art. 5º, parágrafo X, bem como traz em seu art. 199 §4º sobre a doação de órgãos:

> 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: (...)
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)
>
> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...)
>
> § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Em consonância com a Constituição Federal, o Código Civil traz em seu art. 14 a respeito da doação:

> Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.
>
> Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tais dispositivos trazem a proteção à personalidade jurídica da pessoa, dando a ela a liberdade de dispor de seu corpo para pesquisa, desde que de forma gratuita, se assim tiver vontade.

Com relação à disposição de cadáveres não reclamados, a Lei 8.501/92 traz eu seu texto a regulação desta prática:

> Art. 1° Esta Lei visa disciplinar a destinação de cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, para fins de ensino e pesquisa.
>
> Art. 2° O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.

Ainda, segundo a lei anterior, mesmo os corpos não reclamados que tenham sido vítimas de mortes criminosas não poderão ser doados a pesquisa.

Uma das principais críticas a Lei 8.501 é que os corpos somente serão direcionados às escolas de Medicina credenciados, não podendo ser utilizados por outros cursos que poderiam se aproveitar do mesmo material (ALMEIDA NETO et al., 2007).

Em 2016, foi proposto o projeto de lei nº 5.901/2016 pelo então deputado Ricardo Izar, candidato pelo PP/SP, algumas alterações na Lei 8.501. Uma delas é a possibilidade de outros cursos além da medicina utilizarem cadáveres provindos de doações para pesquisas cientificas. O projeto também contempla artigos a respeito da disposição dos corpos após o uso, bem como sanções a respeito da comercialização dos restos. O projeto atualmente apresenta a situação "tramitando em conjunto" no site da Câmara dos Deputados.

Para a doação de órgãos, o Estado criou a Lei 9.434/1997, que trata sobre a disposição de órgãos e tecidos para transplante e tratamentos. Hoje, a doação de órgãos pode ser feita com o indivíduo ainda vivo, ou pós-morte.

Existe um certo conflito entre as leis no aspecto da vontade do morto. A doação de órgãos e tecidos pós-morte, apesar de ser vontade do doador, deverá passar pela anuência de familiares. Caso essa concordância não ocorra, nada poderá

ser feito. Em contrapartida, a família não poderá em momento algum dispor dos restos mortais de alguém para pesquisas se não há pedido do falecido (FRANÇA, 2017).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou os aspectos iniciais da medicina legal, que tornou possível criar a base para a análise do processo que este está discutindo.

As leis de doação de corpos no Brasil estão passando por um lento processo de evolução. Fora do país, a lei americana para doação de corpos passou por muitos aspectos históricos dos quais a lei brasileira não passou, possibilitando assim que a lei internacional fosse juridicamente mais evoluída que a brasileira.

Vale pontuar que o Brasil, por suas proporções continentais, apresenta uma diversidade de aspectos naturais, como clima e vegetação, e tais aspectos seriam de grande valia na criação das fazendas de cadáveres, para análise da decomposição em diferentes lugares e climas.

A doação de corpos para estudo no Brasil infelizmente está limitada ao uso somente pelas escolas de medicina, e é de grande importância o projeto de lei que tramita em análise para os outros cursos, proporcionando a estes uma maior experiência acadêmica. Além disso, há de se considerar que o número de faculdades de medicina no país vem crescendo e em breve a demanda de corpos para o estudo pode não ser suficiente como aconteceu em terras americanas.

É necessária que o conflito de interesse entre a vontade do morto e a necessidade de anuência dos familiares quanto às doações seja resolvido, fato que pode auxiliar o crescimento da demanda de corpos para pesquisas científicas, podendo até eventualmente surgir a possibilidade de criação da primeira fazenda de cadáveres brasileira.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, João Beccon de et al. O corpo humano morto: utilização do cadáver para a pesquisa científica e para a doação de órgãos. *Revista Brasileira de Bioética*, [s.l.], v. 3, n. 2, p.218-235, jun. 2007. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/rbb/issue/view/790>. Acesso em: 08 out. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Código Civil - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

BRASIL. Lei nº 8.501, de 30 de novembro de 1992. Dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas e dá outras providências. Brasília, DF, 01 dez. 1992.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.901, de julho de 2016. Brasília, DF

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1480, de 08 de julho de 1997. Brasília, DF, 21 jul. 1997. n. 160, Seção 1, p. 18227-18228.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.173, de 23 de novembro de 2017. Brasília, DF, 15 dez. 2017. n. 240, Seção 1, p. 50-275.

COSTA, Caroline de; MILLER, Francesca. American resurrection and the 1788 New York doctors' riot. *The Lancet*, [s.l.], v. 377, n. 9762, p.292-293, jan. 2011. Elsevier BV. http://dx.doi.org/10.1016/s0140-6736(11)60083-4. Disponível em: <https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(11)60083-4/fulltext>. Acesso em: 08 out. 2019.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Manual de Medicina Legal.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Medicina Legal.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal.* 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan Ltda, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527732284/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>. Acesso em: 05 out. 2019.

GARMENT, Ann et al. Let the Dead Teach the Living: The Rise of Body Bequeathal in 20th-Century America. *Academic Medicine,* [s.l.], v. 82, n. 10, p.1000-1005, out. 2007. Ovid Technologies (Wolters Kluwer Health). http://dx.doi.org/10.1097/acm.0b013e318149e986. Disponível em:

<https://journals.lww.com/academicmedicine/fulltext/2007/10000/let_the_dead_teach_the_living__the_rise_of_body.20.aspx#O3-20-3>. Acesso em: 08 out. 2019.

GRECO, Rogério et al. *Medicina Legal: à Luz do Direito Penal e do Direito Processual* Penal. 9. ed. Niterói: Impetus, 2010.

JANTZ, Lee Meadows; JANTZ, Richard L. The Anthropology Research Facility: The Outdoor Laboratory of the Forensic Anthropology Center, University of Tennessee. In: WARREN, Michael W.; WALSH-HANEY, Heather A.; FREAS, Laurel E. (Ed.). *The Forensic Anthropology Laboratory.* Boca Raton: Crc Press, 2008. Cap. 2. p. 7-23.

SHIRLEY, Natalie R.; WILSON, Rebecca J.; JANTZ, Lee Meadows. *Cadaver use at the University of Tennessee's Anthropological Research Facility.* Clinical Anatomy, [s.l.], v. 24, n. 3, p.372-380, 21 mar. 2011. Wiley. http://dx.doi.org/10.1002/ca.21154. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/50834363_Cadaver_Use_at_the_University_of_Tennessee's_Anthropological_Research_Facility>. Acesso em: 06 out. 2019.

WELCOME to the Body Farm | Explorer. [s.l.]: National Geographic, 2016. Son., color. Legendado. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8wDJINtov6U>. Acesso em: 07 out. 2019.

WOLFF, Brittany M. *A REVIEW OF 'BODY FARM' RESEARCH FACILITIES ACROSS AMERICA WITH A FOCUS ON POLICY AND THE IMPACTS WHEN DEALING WITH DECOMPOSITIONAL CHANGES IN HUMAN REMAINS.* 2015. 46 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Criminology & Criminal Justice, University Of Texas, Arlington, 2015. Disponível em: <https://rc.library.uta.edu/uta-ir/bitstream/handle/10106/25510/WOLFF-THESIS-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 out. 2019.

www.conteudojuridico.com.br

O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

FABÍOLA VILELA CHAVES MARCOLINO: Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Candido Mendes - UCAM Advogada.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar ao leitor o funcionamento do processo de julgamento de um Estado pela Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Para tanto, serão analisadas as competências dos principais órgãos do SIDH, bem como os requisitos para que a Corte interamericana julgue um Estado-membro e os efeitos de uma possível responsabilização internacional para o país.

Palavras-chave: Direitos humanos. Proteção Internacional. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Jurisdição Contenciosa.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos; 3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua competência contenciosa; 4. Requisitos de admissibilidade para julgamento de Estado-Membro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; 5. Os efeitos da responsabilização do Estado no plano internacional; 6. Conclusões; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos têm como algumas de suas características principais a historicidade e a mutabilidade, uma vez que estão em constante evolução, tal qual a própria existência humana. Durante décadas a sociedade preocupou-se em identificar e definir esta classe de direitos, contudo, atualmente a atenção volta-se para uma questão muito mais prática: como garantir a efetividade plenas destes direitos.

Da necessidade de garantir a proteção e promoção destes direitos, foram criados diversos mecanismos internacionais, dentre os quais, destacam-se os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste contexto, temos o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) que, como o nome já esclarece, atua no continente americano e foi formalizado em 1948, com a aprovação da Carta de Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA)[1] e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.[2]

Trata-se de um órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) que conta com diversos instrumentos de proteção aos direitos humanos, tais como Protocolos e Convenções sobre temas especializados, regulamentos e estatutos de seus órgãos. Contudo, o principal diploma do SIDH é a Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto San José da Costa Rica, tendo em vista que foi assinado nessa localidade.

Além de apresentar um catálogo de direitos humanos, a Convenção estabeleceu a competência de alguns órgãos para supervisionar a implementação dos direitos por ela tutelados nos Estados que a integram, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Para entender o papel do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos junto aos Estados-membros, serão analisadas as competências dos principais órgãos do SIDH, bem como os requisitos para que a Corte interamericana julgue um Estado e os efeitos de uma possível responsabilização internacional para o país.

2. A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em 1959, com a adoção da Resolução de Santiago, surge no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a figura de uma entidade autônoma cujo objetivo era promover o respeito pelos direitos humanos.[3] Trata-se da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A função da CIDH, bem como o seu status dentro do Sistema, foram modificados ao longo do tempo, de modo que o papel original da Comissão era bem restrito em relação à sua posição atual.

A partir de 1965, com a edição da Resolução do Rio de Janeiro, a CIDH passou a receber petições individuais retratando violações de direitos humanos tutelados pela Carta da OEA e pela Declaração Americana, modificando seu papel que, inicialmente, resumia-se a resguardar a promoção dos direitos humanos.[4] Outra importante alteração ocorreu em decorrência do Protocolo de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Buenos Aires, em 1979, que emendou a Carta da OEA e transformou a Comissão, de entidade autônoma, em principal órgão da OEA.[5]

Com o advento da Convenção Americana foram criadas novas atribuições para a Comissão, que adquiriu um papel dúplice: além de suas funções anteriores desempenhadas junto à OEA, passou a analisar petições individuais e interestatais e a interpor, perante a Corte IDH, ações de responsabilidade internacional contra os Estados-partes que violarem direitos tutelados pela Convenção Americana.

Sobre a função dupla da Comissão, Ramos ensina que "a atuação da Comissão é idêntica nos dois âmbitos, entretanto, apenas no âmbito da Convenção há possibilidade de processar o Estado infrator perante a Corte IDH".[6] Só é possível interpor esse tipo de ação em face dos Estados reconheceram a jurisdição obrigatória da Corte, nos casos dos demais Estados, a Comissão pode apenas acionar a Assembleia Geral da OEA.[7] Nesse sentido, esclarece Piovesan:

> A competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos alcança todos os Estados-partes da Convenção Americana em relação aos direitos humanos nela cosagrados. Alcança ainda todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948.[8]

Atualmente, a Comissão acumula diversas funções, o art. 18 de seu Estatuto[9] elenca algumas delas, tais como: estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América, formular recomendações aos Governos dos Estados no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos, preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes, solicitar aos Governos dos Estados informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; atender às consultas e prestar assessoramento; apresentar relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, fazer observações *in loco* em um Estado, com a anuência ou a convite do Governo respectivo.

Contudo, sua função primordial é receber petições e outras comunicações que contenham denúncia de violações a direitos tutelados pela Convenção Americana. Cabe a Comissão, portanto, decidir sobre a admissibilidade de uma denúncia e, uma vez admitida, fica a seu encargo buscar uma solução

amistosa para o litígio. Caso considere necessário, a CIDH pode requerer do Estado denunciado à adoção de medidas cautelares para evitar danos irreparáveis.[10]

Importante destacar que, apesar de receber as petições individuais, a Comissão não possui competência judicial, ou seja, não emite sentenças, e sim relatórios nos quais pode fazer recomendações ao Estado. Muito embora não exista determinação expressa sobre o caráter vinculante dessas recomendações, Diego Rodríguez-Pinzón e Claudia Martin entendem que "ao adotar e/ou ratificar os instrumentos interamericanos de direitos humanos, os Estados estão obrigados a cumprir de boa vontade com as condições neles estabelecidas."[11]

Segundo os autores, uma vez que as recomendações da Comissão buscam garantir a efetividade dos instrumentos protetores de direitos adotados pelo Sistema, os Estados são, consequentemente, compelidos a acatar essas recomendações. O argumento é corroborado pelo entendimento da Corte expresso na sentença do caso Loayza Tamayo VS Peru:

> 80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).
>
> 81. Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.[12]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Caso o Estado não siga as indicações constantes nos relatório da Comissão e o quadro de violações se mantenha, a instituição poderá submeter o caso à Assembleia Geral da OEA ou a Corte IDH, a depender se o referido Estado reconheceu, ou não, a competência contenciosa da Corte.

3. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA COMPETÊNCIA CONTENCIOSA

Criada como o único órgão judiciário do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Corte IDH é uma instituição autônoma, não sendo órgão da OEA, mas, sim, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que tem por objetivo zelar pela aplicação desse instrumento, bem como interpretar suas normas.[13] Para alcançar seus objetivos, foi atribuída à Corte uma competência dupla: consultiva e contenciosa.

Consoante dispõe o artigo 64.1 da Convenção Americana, a competência consultiva está relacionada com a capacidade da Corte de emitir – a pedido de qualquer membro da OEA, incluindo seus órgãos – pareceres e opiniões sobre a interpretação tanto da própria Convenção, quanto de qualquer outro tratado de direitos humanos nos Estados americanos. Ainda em relação à função consultiva, a Corte pode emitir pareceres sobre a compatibilidade entre quaisquer leis internas dos Estados-membros e os mencionados instrumentos internacionais, de modo a realizar o controle de convencionalidade.[14]

Já a competência contenciosa da Corte pode ser definida como a jurisdição para adjudicar casos relacionados a supostas violações à Convenção Americana por parte dos Estados que ratificaram esse instrumento.[15] Contudo, apenas os Estados que reconheceram expressamente essa competência contenciosa da Corte sujeitam-se a sua jurisdição, conforme determina o artigo 62 da Convenção.

Sobre a competência dúplice da Corte, merece destaque as lições do professor Valerio de Oliveira Mazzuoli:

> A Corte detém uma competência consultiva (relativa à interpretação das disposições da Convenção, bem como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos) e uma competência contenciosa, de caráter jurisdicional, própria para o julgamento de casos concretos, quando se alega que algum

> dos Estados-partes na Convenção Americana violou algum de seus preceitos. Contudo, a competência contenciosa da Corte Interamericana é limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam expressamente a sua jurisdição. Isto significa que um Estado-parte na Convenção americana não pode ser demandado perante a Corte se ele próprio não aceitar a sua competência contenciosa. Ocorre que, ao ratificarem a Convenção Americana, os Estados-partes já aceitam automaticamente a competência consultiva da Corte, mas em relação à competência contenciosa, esta é facultativa e poderá ser aceita posteriormente. Este foi o meio que a Convenção Americana encontrou para fazer com que os Estados ratificassem a Convenção sem receio de serem prontamente demandados.[16]

Diversamente da Comissão, a Corte não emite relatórios ou recomendações, mas, sim, sentenças obrigatórias e vinculantes, consoante se extrai do artigo 68.1 da Convenção: "os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes". O mencionado dispositivo determina que as decisões tomadas pela Corte devem ser respeitadas e implantadas dentro do Estado. Ademais, as sentenças têm caráter definitivo e são inapeláveis.[17]

4. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE PARA JULGAMENTO DE ESTADO-MEMBRO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Para que um Estado seja responsabilizado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é necessário o preenchimento de alguns requisitos definidos no art. 46.1 da Convenção Americana, quais sejam: o esgotamento dos recursos internos, apresentação da petição em um prazo máximo de seis meses contados da data de ciência da última decisão e a inexistência de litispendência internacional.

A regra do esgotamento dos recursos de direito internos estabelece a subsidiariedade do sistema interamericano, ou seja, determina que apenas diante do insucesso do sistema jurídico interno se deve buscar uma solução no plano internacional. Nesse sentido, leciona o jurista Valério Mazzuoli:

> Tal significa que não se retira dos Estados a competência primária para amparar e proteger os direitos das pessoas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> sujeitas à sua jurisdição, mas que nos casos de *falta* de amparo ou de proteção *aquém* da necessária, pode o sistema interamericano atuar concorrendo para o objetivo comum de proteger determinado direito que o Estado não garantiu ou preservou menos do que deveria.[18] (grifo do autor)

Apesar de o SIDH exercer uma função complementar em relação ao Direito interno, a existência de uma jurisdição internacional mostra-se indispensável para efetivação dos direitos humanos, uma vez que o risco de uma possível responsabilização internacional compele os Estados a adotarem, por si só, as medidas internas necessárias para assegurar aqueles direitos.

Assim, é fundamental que as autoridades estatais busquem, cada vez mais, oferecer a população condições básicas para efetivação dos direitos humanos, especialmente aqueles relacionados ao mínimo existencial.

Há de se destacar, ainda, a possibilidade de flexibilização do requisito acima mencionado, a Convenção Americana prevê três exceções:

> a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
>
> b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
>
> c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.[19]

Configurada alguma das hipóteses acima elencadas é dispensado o preenchimento do requisito do esgotamento dos recursos interno e, por conseguinte, dispensada também a condição que impõe o prazo máximo de seis meses contados da data de ciência da última decisão para acionar o Sistema Interamericano, tendo em vista a inviabilidade de se ter acesso à justiça em âmbito nacional.

O órgão responsável por realizar esse controle e decidir pela admissibilidade ou não de um caso, é a Comissão Interamericana, que pode ser

acionada por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não-governamental legalmente reconhecida, na forma do art. 44 da Convenção.

Desse modo, aqueles que tiverem seus direitos humanos desrespeitados dentro do território de um Estado-membro, e não obtiverem no plano interno soluções judiciais suficientes para sanar as violações, podem recorrer ao SIDH e denunciar o país em um prazo de até seis meses contados da data da ciência da última decisão, ou seja, a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Uma vez admitido, o caso é apurado pela própria Comissão na forma estabelecida pelos arts. 48 a 51 da Convenção Americana. Consoante dispõe o art. 48, a CIDH pode solicitar informações ao Estado denunciado, realizar investigações "*in loco*" – mediante prévio consentimento do Estado, propor uma solução amistosa e, caso essa seja rejeitada, deve seguir com a análise do mérito do caso. O art. 37.5 do Regulamento da Comissão determina ainda a possibilidade de se convocar as partes para uma audiência.

Após apurar todos os fatos, a Comissão deve emitir um relatório com suas conclusões, podendo, inclusive, formular proposições e recomendações que julgar adequadas. Se o Estado não adotar as medidas cabíveis para remediar a situação examinada, a Comissão deverá submeter o caso à Corte, salvo por decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros.[20]

Para que o caso seja analisado pela Corte Interamericana outros requisitos também devem ser preenchidos, é necessário aferir a competência em razão das partes (ratione personae), em razão da matéria (ratione materiae) e em razão do tempo (ratione temporis).

A competência em razão das partes deve ser analisada sob duas óticas: quanto à legitimidade passiva (o Estado processado) e quanto à legitimidade ativa (aquele que submete o caso a Corte). Em relação ao primeiro aspecto, deve ser considerado o art. 62.3 da Convenção, que assim dispõe:

> A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial. (grifo nosso)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ou seja, o primeiro requisito é que o Estado denunciado esteja sob jurisdição da Corte, sendo indispensável, para tanto, uma declaração expressa. Esse reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH acarreta total e irrestrita complacência do Estado para com as decisões e atos por ela emanados, o que implica na obrigação internacional de fazer cumprir internamente qualquer decisão proferida por aquela instituição.

Quanto ao polo ativo, ao contrário do que ocorre com a Comissão, apenas os Estados-membros e a própria Comissão podem submeter um caso a apreciação da Corte, nos termos do art. 61 da Convenção.

Embora os indivíduos não possuam capacidade processual para acionar a Corte (j*us standi in judicio*), é assegurada a participação das supostas vítimas ou de seus representantes durante todo o processo (*locus standi in judicio*), na forma do art. 23 do Regulamento da Corte.[21]

Conferida a legitimidade ativa e passiva para propositura da ação, deve-se analisar a competência em razão da matéria. A Corte tem capacidade para conhecer qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção, bem como de qualquer outro tratado de direitos humanos nos Estados americanos. Tal entendimento já foi consolidado na jurisprudência da Corte, senão, vejamos:

> É pertinente recordar que, diante do argumento formulado por alguns Estados de que cada tratado interamericano requer uma declaração específica de aceitação de competência da Corte, esta determinou que pode exercer sua competência contenciosa a respeito de instrumentos interamericanos distintos da Convenção Americana, quando se trate de instrumentos que estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional. Assim, a declaração especial de aceitação da competência contenciosa da Corte segundo a Convenção Americana, e de acordo com o artigo 62 do mesmo instrumento, permite que o Tribunal conheça tanto de violações da Convenção como de outros instrumentos interamericanos que lhe atribuam competência.[22]

Nesse diapasão, o desrespeito às determinações de qualquer desses instrumentos internacionais pode ensejar o controle jurisdicional pela Corte Interamericana.

Em relação à *ratione temporis,* é necessário o exame do momento exato em que o Estado denunciado reconheceu a competência contenciosa da Corte. Apenas os casos de violações ocorridas após essa data podem ser conhecidas.

5. OS EFEITOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO NO PLANO INTERNACIONAL

A responsabilidade internacional está ligada à existência de um critério mínimo de justiça, através do qual os Estados que assumiram obrigações no plano internacional são compelidos a honrar, de boa fé e sem prejuízo a outros Estados, esses compromissos. De acordo com Mazzuoli:

> O Estado é internacionalmente responsável por toda ação ou omissão que lhe seja imputável de acordo com as regras do direito internacional público, e das quais resulte violação de direito alheio ou violação abstrata de uma norma jurídica internacional por ele anteriormente aceita.[23]

Dessa forma, o Estado-membro pode ser responsabilizado tanto por uma ação positiva, como também por uma omissão estatal, ou seja, quando o Estado se omite ou deixa de praticar um ato que tinha o dever jurídico de realizar. É possível responsabilizar o País também pela tolerância aos atos praticados por terceiros.

Nesse contexto, é necessário, portanto, que o Estado busque adotar mecanismos que visem à garantia e à efetividade dos direitos tutelados pela Convenção Americana, conforme determina o artigo 1º desse diploma:

> Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos
>
> 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
>
> 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Ao responder uma ação de responsabilização, o Estado é obrigado a prestar contas à comunidade internacional acerca das suas práticas. Ainda que não venha a ser responsabilizado no final do processo, ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, o país já corre o risco de sofrer constrangimentos político e moral em suas relações internacionais, tendo em vista que muitos Estados, empresas e instituições internacionais que adotam um posicionamento mais progressista podem evitar associar-se a um país com imagem política de violador de direitos humanos.

Caso o Estado venha a ser, de fato, responsabilizado, a Corte poderá determinar a adoção das medidas necessárias para restaurar o direito violado, além da implementação de recursos efetivos na investigação e na condenação dos responsáveis pelas violações e, ainda, condenar o país ao pagamento de uma justa indenização para as vítimas ou seus familiares. Nesse sentido, a Convenção Americana dispõe:

> **Artigo 63**
>
> 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Uma vez condenado, caso o Estado não venha a cumprir voluntariamente a sentença, cabe à Corte relatar o fato, em seu informe anual, à Assembleia-Geral da OEA, onde podem ser impostas outras sanções no plano internacional, políticas ou morais.

6. CONCLUSÃO

Através do presente estudo buscou-se apresentar o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos através da análise da competência de seus principais órgãos, a Comissão e a Corte Interamericanas.

Por todo exposto, ficou evidenciado que o intuito da existência de um sistema regional de proteção dos direitos humanos é, justamente, fazer valer a responsabilidade internacional dos Estados de respeitar e garantir o pleno exercício daqueles direitos no âmbito de determinado continente.

Vimos que pela jurisdição contenciosa a Corte Interamericana pode analisar denúncias de violações de direitos feitas pelos Estados americanos. Assim, a partir do momento que o Estado membro do SIDH reconhece expressamente essa jurisdição, todas as violações a direitos humanos ocorridas em seu território passão a estar sujeitas ao julgamento da Corte, que pode declarar ou não a responsabilidade internacional do país pelas supostas violações.

A condenação do Estado pode culminar em sanções políticas, morais e econômicas, o que compele os Estados-membros a seguirem as recomendações emitidas pela Comissão e acatarem as decisões da Corte IDH. Trata-se, portanto, de um importante mecanismo na luta por uma maior efetivação dos direitos humanos e revela-se como um instrumento a mais de proteção do cidadão face aos atos e omissões do Estado.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CIDH. **Estatuto Da Comissão Interamericana De Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm> Acesso em: 30.mar.2019.

Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.** Sentença de 17 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf> Acesso em: 01.mai.2019.

Corte IDH. **Caso Vélez Loor vs. Panamá**. Sentença de 23 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7c950d67d3a97c9f9ce9607f8f21a34a.pdf> Acesso em: 31.mar.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Corte IDH. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/Viejos/w.Regulamento.Corte.htm> Acesso em: 30.mar.2019.

GORENSTEIN, Fabiana. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *In:* LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto (org.). **Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção aos Direitos Humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OEA. **Carta de Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.Carta.OEA.htm> Acesso em: 29.mar.2019.

OEA. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso: 29.mar.2019.

OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm> Acesso em: 29.mar.2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego; MARTIN, Claudia. **A Proibição de Tortura e Maus-tratos pelo Sistema Interamericano** - um manual para vítimas e seus defensores. Tradução: Regina Vargas. Série Manuais OMCT. Vol. 2 Editor da Série: Boris Wijkström: 2006.

NOTAS:

[1] OEA. **Carta de Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.Carta.OEA.htm> Acesso em: 29.mar.2019.

[2] OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm> Acesso em: 29.mar.2019.

[3] RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego; MARTIN, Claudia. **A Proibição de Tortura e Maus-tratos pelo Sistema Interamericano** - um manual para vítimas e seus defensores. Tradução: Regina Vargas. Série Manuais OMCT. Vol. 2 Editor da Série: Boris Wijkström: 2006, p. 29.

[4] GORENSTEIN, Fabiana. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *In:* LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto (org.). **Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção aos Direitos Humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 83.

[5] RODRÍGUEZ-PINZÓN; MARTIN, *op. cit.,* p. 30.

[6] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 261.

[7] RAMOS, *op. cit.,* p. 249.

[8] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 251

[9] CIDH. **Estatuto Da Comissão Interamericana De Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm> Acesso em: 30.mar.2018.

[10] PIOVESAN, *op. cit.*, pp. 255 a 258

[11] RODRÍGUEZ-PINZÓN; MARTIN, *op. cit.* p. 37.

[12] CORTE IDH. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.** Sentença de 17 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf> Acesso em: 01.mai.2018. Tradução nossa: No entanto, em virtude do princípio da boa fé, consagrado no mesmo artigo 31.1 da Convenção de Viena, se um Estado assina e ratifica um tratado internacional, especialmente aquele relativo aos direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana, tem a obrigação de realizar os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

seus melhores esforços para implementar as recomendações de um órgão de proteção como a Comissão Interamericana que também é um dos principais órgãos da Organização dos Estados americanos, cuja função é "promover a observância e a defesa dos direitos humanos " no hemisfério (Carta da OEA , artigos 52 e 111).

Da mesma forma, o artigo 33 da Convenção Americana estabelece que a Comissão Interamericana é um órgão competente, juntamente com a Corte, "para conhecer as questões relacionadas com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes ", de modo que, ao ratificar tal Convenção, os Estados Partes comprometem-se a abordar as recomendações feitas pela Comissão nos seus relatórios.

[13] RODRÍGUEZ-PINZÓN; MARTIN, *op. cit.* p. 51.

[14] PIOVESAN, *op. cit.*, p. 259.

[15] BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah; STEWART, David P. *apud* RODRÍGUEZ-PINZÓN; MARTIN, *op. cit.* p. 52.

[16] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 890.

[17] OEA. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso: 29.mar.2019.

[18] MAZZUOLI. *op. cit.,* p. 882.

[19] Art. 46.1 da Convenção Americana, vide nota 86.

[20] Artigo 45 do Estatuto da Comissão, vide nota 18.

[21] Corte IDH. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/Viejos/w.Regulamento.Corte.htm> Acesso em: 30.mar.2018.

[22] Corte IDH. **Caso Vélez Loor vs. Panamá**. Sentença de 23 de novembro de 2010. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7c950d67d3a97c9f9ce9607f8f21a34a.pdf> Acesso em: 31.mar.2018.

[23] MAZZUOLI, *op. cit.,* 559.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

LUCIANA OLIVEIRA COIMBRA ROMAN:
Curso de Pós-graduação Lato sensu em Direito Penal.

JUVENAL BACELLAR NETO

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tratou sobre os métodos consensuais de resolução de controvérsias. A importância do estudo deste tema reside não apenas na sua atualidade decorrente das inovações legislativas, mas também por afetar os interesses de diversos cidadãos desacreditados nas instituições judiciais. Primeiramente, discutiu-se sobre a crise do judiciário e os motivos que a ensejaram. Posteriormente, foram apresentados os diversos modelos de solução dos conflitos, realizando-se um estudo mais detido dos meios consensuais. De todo exposto, conclui-se que a adoção dos métodos consensuais de solução de controvérsias é uma alternativa a um judiciário moroso e ineficaz e um meio para a concretização do princípio constitucional de acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Crise no judiciário. Litigiosidade. Conflito. Métodos consensuais. Acesso à justiça.

ABSTRACT: *The present work dealt with the consensual methods of dispute settlement. The importance of the study of this subject lies not only in its current status resulting from legislative innovations, but also in affecting the interests of various discredited citizens in judicial institutions. First, we discussed the judicial crisis and the reasons for it. Subsequently, the various conflict resolution models were presented, and a more detailed study of consensual means was carried out. It follows that the adoption of consensual dispute settlement methods is an alternative to a lengthy and ineffective judiciary and a means of realizing the constitutional principle of access to justice.*

KEYWORDS: *Crisis in the judiciary. Litigation. Conflict. Consensual methods. Access to justice.*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO: 1. PROBLEMA INVESTIGADO. 2. O PROCESSO DE TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO E SEUS REFLEXOS NO JUDICIÁRIO. 2.1. O princípio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fundamental do acesso à Justiça. 3. BUSCA E ANÁLISE DE RESULTADOS. 4. O CONLFITO E SEUS MEIOS DE SOLUÇÃO. 4.1. Principais meios alternativos de resolução de conflitos. 5. DISCUSSÃO DE RESULTADOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A ineficácia na prestação da tutela jurisdicional em decorrência de sua estrutura excessivamente burocrática, aliada ao crescente número de ações em trâmite e à insuficiência de servidores, endossa o movimento pela desjudicialização dos conflitos como forma de conferir ao jurisdicionado uma resposta mais eficaz às suas pretensões.

No Brasil, o advento da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e posteriormente do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) reforçam uma tendência do legislador em incentivar os meios consensuais de resolução dos conflitos a fim de concretizar o princípio constitucional de acesso à justiça e conferir ao demandante uma resposta mais célere e eficaz.

Todavia, vislumbra-se que a cultura da litigiosidade encontra-se arraigada em nosso meio e há uma resistência dos próprios operadores do direito em aplicar essas soluções alternativas de controvérsias.

No presente trabalho far-se-á uma análise da importância do prestígio à cultura do consenso para resguardar os interesses do cidadão, desinchar o judiciário e recuperar a sua credibilidade.

O objetivo do trabalho é promover o debate acerca dos benefícios e da necessidade da adoção dos métodos consensuais de resolução de controvérsias, reservando ao judiciário a *ultima ratio*.

A importância deste trabalho se justifica frente à crise de credibilidade pela qual o judiciário vem passando, como consequência da excessiva burocracia e da prestação de respostas morosas e ineficazes que apresentam ao jurisdicionado. Tal situação provoca graves violações aos direitos previstos na Constituição Federal de 1988. Sendo assim, é fundamental o debate em busca de meios alternativos que solucionem os conflitos sem desprestigiar os envolvidos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A metodologia utilizada consiste no estudo bibliográfico de doutrinas e artigos científicos constantes em revistas especializadas impressas e eletrônicas, para a caracterização inicial do problema, sua classificação e definição. Adotou-se uma abordagem qualitativa em uma vertente metodológica exploratória, a fim de proporcionar maior familiaridade com o tema e compreender os objetivos propostos pela lei, considerando as relações do Direito com a sociedade, principalmente quanto à eficácia das normas.

Este trabalho foi dividido em dois capítulos: no primeiro, far-se-á um uma análise dos modelos de Estado e a influência que exerceram nas leis e no judiciário, passando-se logo após a uma discussão sobre a crise que assola o este poder.

O segundo e último capítulo consiste em uma exposição sobre os meios de solução dos conflitos, dando um especial enfoque aos métodos consensuais.

1. PROBLEMA INVESTIGADO

A ineficácia do sistema judicial no Brasil, muitas vezes caracterizada pela longa duração dos processos judiciais, demonstra a necessidade de mudanças na forma de abordagem do conflito a fim de que seja alcançada a maior efetividade na solução dos problemas.

Diante dessa constatação, antes de adentrarmos na exposição do resultado encontrado, importante tecermos algumas considerações iniciais acerca do Poder Judiciário, traçando um paralelo histórico até os tempos atuais, para entendermos a crise que assola tal Poder.

2.O PROCESSO DE TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO E SEUS REFLEXOS NO JUDICIÁRIO

O movimento histórico iniciado com o Estado Liberal, no século XVIII, tinha como principais premissas a instituição de um estado mínimo, a adoção da Teoria da Divisão dos Poderes, a supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental, a vigência do princípio da igualdade formal e a garantia dos direitos individuais. Em suma, defendia-se que o Estado deveria adotar uma conduta negativa, traduzida na máxima “laissez-faire, laissez-passer”.

A negligência com o aspecto social gerou um agravamento das desigualdades, provocando um aumento dos conflitos e o surgimento de movimentos sociais e ideológicos, principalmente após a eclosão da Revolução Industrial, o que ensejou a transformação do modelo de estado. Surgia, assim, o Estado Social.

Caracterizado pelo forte intervencionismo e protecionismo Estatal no campo econômico e social e pela vigência da isonomia material, teve início com a Constituição do México em 1917 e com a Constituição de Weimar em 1919. No Brasil, foi adotado a partir da Constituição de 1934.

> O crescimento do Estado social ou Estado do bem-estar-social reverteu alguns dos postulados básicos do Estado de Direito, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência conseqüente. O Estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania. Correspondentemente, os Poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal.[1]

Essa alteração de paradigma efetuada pelo novo modelo de Estado também provocou mudanças no Poder Judiciário. Neste novo modelo, são editadas leis indefinidas, indeterminadas e prospectivas, a fim de abarcar grande parte das situações concretas. Destarte, no momento de sua aplicação é necessário que o Judiciário faça uso de seu poder discricionário para interpretar e integrar esses dispositivos, criando, assim, um novo direito.[2]

Tal situação relativiza o princípio da separação dos poderes preconizado por Montesquieu na vigência do Estado Liberal. Institui-se o sistema de freios e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

contrapesos em que os poderes exercem controles recíprocos e, eventualmente, assumem funções atípicas.

Isto é evidente se analisarmos a introdução de novos institutos na Constituição Federal de 1988 (CF/88), tais como a Ação Direta de Constitucionalidade, e a manutenção de outros importantes remédios constitucionais, como a ação popular e o mandado de segurança coletivo, que acarretaram em uma "politização da justiça".

No final da década de 1970 e início da década de 1980, o modelo do Estado Social começou a entrar em declínio. O enorme custo, consequência do seu agigantamento, "incapacidade financeira do Estado para atender gerou às despesas sempre crescentes da providência estatal, tendo presente o conhecido paradoxo de esta ser tanto mais necessária quanto piores são as condições para a financiar"[3].

Esta crise afetou também o judiciário, e, segundo MORAIS E SPENGLER[4], baseia-se em quatro pontos: uma "crise estrutural", relativa ao seu financiamento e à morosidade do processo; uma "crise objetiva ou pragmática", referente a questões de linguagem técnico formal, burocratização, lentidão nos procedimentos e acúmulo das demandas; uma "crise subjetiva ou tecnológica", que diz respeito à incapacidade dos operadores do Direito de lidarem com as novas realidades fáticas; e uma "crise paradigmática", no que se refere aos métodos e conteúdos usados pelo direito, que não são adequados para atender às necessidades da sociedade contemporânea.

O crescimento da população urbana, da industrialização, do desemprego, dos índices de violência, aliados ao surgimento de novas tecnologias, à promulgação de uma Constituição garantidora de direitos e o maior acesso à informação, levaram a um aumento do número de conflitos, ao mesmo tempo em que também assumiram um alto grau de complexidade.

A cultura do litígio, tão amplamente difundida em nossa sociedade, é uma das causas do abarrotamento do Judiciário, evidenciado pelos gráficos[5] acima colacionados. Logo que se instaura a lide, muitas vezes as partes recorrem ao poder judiciário, sem antes buscar alternativas que poderiam satisfazer suas pretensões de forma mais célere, eficaz e menos custosa, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, que serão tratados a frente.

O modelo tradicional de composição dos conflitos tornou-se insuficiente para atender às demandas da sociedade atual, tanto no aspecto quantitativo, no que diz respeito à razoável duração do processo, quanto no aspecto qualitativo, relacionado à efetividade das decisões e superação dos entraves de ordem econômica e cultural que impedem o acesso à justiça.

Sendo assim, é necessário uma mudança de paradigma, abandonando-se o monopólio estatal da jurisdição, baseado na conflituosidade, para a adoção de uma cultura do consenso, mais célere e eficaz, a fim de concretizar o princípio constitucional do acesso à justiça.

2.1O princípio fundamental do acesso à Justiça

O princípio do amplo acesso ao Judiciário surgiu com a Constituição de 1946, que tinha a seguinte redação: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual"[6].

Com o advento da Constituição de 1988, houve uma ampliação da defesa dos direitos violados e passou-se a tutelar também a ameaça ao direito. Houve, ainda, a supressão do termo "individual", a fim de abranger também os interesses difusos e coletivos. Destarte, o novo dispositivo ficou assim redigido "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, CF/88)[7].

Para os autores CAPPELLETTI e GARTH[8] a expressão "acesso à justiça" é de difícil definição, pois

> Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Segundo Bueno, o acesso à justiça pode ser entendido como um princípio que possui como sinônimo as expressões "acesso à ordem jurídica justa", "inafastabilidade da jurisdição", "inafastabilidade do controle jurisdicional" ou "ubiqüidade da jurisdição".[9]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Observa-se que o conceito desse princípio vem se modificando ao longo do tempo. Enquanto no Estado Liberal significava apenas uma garantia do indivíduo de ajuizar ou contestar a ação, correspondendo uma igualdade meramente formal, no Estado de Bem Estar Social há uma postura mais ativa dos magistrados, que passam a se preocupar com a desigualdade entre os litigantes e garantir a efetividade deste postulado.[10]

Atualmente entende-se que o acesso à justiça não pode se restringir ao uso da via judicial, com finalidade meramente repressiva, mas deve ser alcançado de várias formas, por diversos e legítimos meios, assumindo naturezas distintas (preventiva, repressiva ou reparatória).

3.BUSCA E ANÁLISE DE RESULTADOS

Diante do problema identificado, buscou-se analisar os instrumentos jurídicos passíveis de garantir maior efetividade ao Ordenamento Jurídico, oportunidade em que os métodos de solução consensual se destacaram.

4.O CONLFITO E SEUS MEIOS DE SOLUÇÃO

Os vícios enumerados no capítulo anterior, que desencadearam a crise do sistema judiciário brasileiro, tornaram-se objeto de preocupação do legislador infraconstitucional.

Destarte, em 2010, uma comissão de juristas entregou ao Senado Federal o anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil, que visava privilegiar "a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal"[11], diminuindo o excesso de formalismos, a fim de "resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere".[12]

Em vigor desde 18 de março de 2016, a Lei 13.105 que instituiu o Novo Código de Processo Civil[13] (CPC/2015) deu importantes passos para a realização de uma justiça mais eficaz, ao, dentre outros, incentivar os métodos de solução consensual de conflitos, tais como a mediação e a conciliação. De acordo com a comissão, "Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz."[14]

O conflito sempre estará presente nas relações interpessoais. Segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, a existência do direito regulador não é suficiente para eliminá-lo.

Para os autores supra mencionados, o conflito caracteriza-se

> por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão.[15]

Há diversos métodos que buscam solucionar as controvérsias que se instauram na sociedade, sendo eles: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição, que deverão ser aplicados considerando as características do conflito, a fim de prestigiar o meio mais adequado.

O emprego desses métodos varia conforme o período histórico da sociedade, sendo que atualmente há uma maior discussão e incentivo acerca da utilização dos autocompositivos, que buscam uma solução consensual do conflito.

Conforme explica CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, a autotutela é a forma mais antiga de solução dos conflitos, própria das fases primitivas da civilização, quando não havia um Estado forte o suficiente para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares.

> Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. [...] A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto de vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido[16].

O Código Penal Brasileiro (CP/1940) coíbe essa prática, tipificando como crime o exercício arbitrário das próprias razões, conforme prevê o art. 345, *in verbis*: "Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Todavia, o próprio dispositivo em comento contém ressalvas ("salvo quando a lei o permite"). Isto se dá, pois em algumas situações não é possível a presença do Estado, permitindo-se, então, que um dos envolvidos no conflito solucione a controvérsia pelo exercício da força. Contudo, essa medida sempre poderá ser revista judicialmente, não recebendo, portanto, os atributos da definitividade.

A título de exemplo das situações excepcionais em que a autodefesa é permitida, podemos citar a legítima defesa (art. 188, I, Código Civil/2002 – CC/2002), a apreensão de bem com penhor legal (art. 1.467, I, CC/2002), o desforço imediato no esbulho (art 1.210, §1º, CC/2002), e, ainda, a greve, na área trabalhista e o estado de necessidade (art. 24, CP/1940), na área criminal.

Com a evolução da sociedade e sua complexidade, aos poucos a autotutela foi sendo substituída pelas formas de autocomposição e heterocomposição para a solução dos conflitos, surgindo, assim, regras mais sofisticadas para a conduta dos indivíduos na sociedade.

Outro meio de solução de conflitos é a autocomposição. Embora também esteja presente desde os sistemas primitivos, atualmente ela vem ganhando destaque nas sociedades modernas e é até mesmo incentivada por nossa legislação.

Segundo TARTUCE[17], consiste na possibilidade de as próprias partes resolverem uma saída para o conflito, em conjunto ou isoladamente. Esse método difere da autotutela, uma vez que o que determina a solução do conflito não é o exercício da força, mas a vontade das partes. É considerado uma ótima forma de pacificação social, pois não há uma decisão impositiva, mas sim uma valorização da autonomia da vontade dos envolvidos.

A autocomposição é um gênero do qual são espécies a transação, a submissão e a desistência. Na transação há uma concessão recíproca de interesses. Já a submissão consiste na renúncia à resistência oferecida à pretensão. A desistência, por fim, é a renúncia à pretensão.[18]

De acordo com LAMY e RODRIGUES[19]

> a autocomposição é considerada, hoje, uma espécie de equivalente jurisdicional, pois resolve conflitos assim como a

> jurisdição. Saliente-se, no entanto, que ela só incide em relação a direitos disponíveis. Quando se tratar de direito indisponíveis, não pode haver autocomposição, em nenhuma de suas formas, pois as partes não podem simplesmente abrir mão de direitos como a tutela do meio ambiente, a receita pública, a identidade, a saúde e a vida, entre outros.

São exemplos de autocomposição: a conciliação, a mediação, a negociação[20], o *fact finding***[21]**, o *ombudsman***[22]**.

A heterocomposição caracteriza-se pela presença de um agente exterior que soluciona a lide. As duas principais formas são a arbitragem e a jurisdição.

A arbitragem, por ser considerada um meio alternativo de solução de conflitos, será objeto de estudo no próximo tópico. Assim, passa-se ao estudo da jurisdição.

A jurisdição é uma das expressões do poder estatal. É a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões. Pode ser definida como a atividade segundo a qual os juízes agem em substituição às partes, examinado suas as pretensões e resolvendo os conflitos.[23]

Este meio heterocompositivo pode ser analisado sobre três aspectos distintos: poder, função e atividade. O poder jurisdicional permite o exercício da função precípua que é a pacificação social, materializando-se através do processo judiciário. [24]

Considerando-se que em certos casos a lei não admite a autotutela, a autocomposição ou o juízo arbitral, conclui-se que a jurisdição é imprescindível na sociedade moderna. Todavia, conforme disposto no capítulo anterior, há um abuso em sua utilização, devido à forte cultura do litígio, o que culminou em seu colapso.

De acordo com TARTUCE[25]

> Por força da arraigada "cultura da sentença" e do desconhecimento de muitos, o Poder Judiciário acaba sendo utilizado com única e natural via de enfrentamento de conflitos. Nesse contexto, promover informação sobre os diversos meios de abordagem de conflitos é iniciativa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> interessante para ampliar a visibilidade dos mecanismos consensuais, que podem se revelar adequados na busca da eficaz superação da controvérsia.

Assim, observa-se atualmente um forte movimento de incentivo à utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, a fim de garantir o acesso à ordem jurídica justa.

4.1 Principais meios alternativos de resolução de conflitos

A resolução dos conflitos por formas diversas do processo judicial tradicional tem sido denominada de meios alternativos. Tal expressão advém da *Alternative Dispute Resolution* (ADR), desenvolvida nos Estados Unidos na década de 1980.

Estes mecanismos destacam-se por promover a celeridade, pela ausência de formalismo, pela economia de debates extremamente jurídicos ou processuais, além da confidencialidade, da busca de uma solução que satisfaça mais à justiça e aos interesses econômicos das partes do que as regras do direito.[26]

Trata-se de métodos muito mais eficazes à complexidade dos conflitos da modernidade, principalmente diante do abarrotamento do poder judiciário e do processo clássico. Nos dizeres de WATANABE[27]

> a incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de *sentenças,* de *recursos* e de *execuções,* como também, o que é de fundamental importância para a *transformação social com mudança de mentalidade,* propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas.

Inseridos na terceira onda renovatória da teoria de CAPPELLETTI e GARTH[28], os meios alternativos de solução dos conflitos rompem com o paradigma "ganhar-perder", que privilegia a disputa e o conflito, fazendo com que

uma das partes seja considerada vencedora e a outra vencida. Em contrapartida, instituem a idéia do "ganhar-ganhar", ao possibilitar o diálogo e promover a aptidão das partes para encontrar soluções consensuais para a resolução de conflitos, em que todos saem vencedores.[29]

Todavia, infelizmente o Brasil, assim como outros países que adotam o sistema *civil Law*, tem pouca tradição na utilização desses métodos. De acordo com MEDINA[30], a nossa cultura jurídica tem a tendência de acreditar que apenas o Estado é capaz de resolver as controvérsias, além da visão equivocada[31] de que os institutos da arbitragem e mediação possam diminuir a procura pelos serviços profissionais dos advogados.

Além do mais, há quem entenda que a adoção destes mecanismos feriria o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, estampado no art. 5º, XXXV, CF/88. De acordo com MARQUES[32]

> No que tange às desvantagens, as críticas à adoção de tais mecanismos alternativos se resumem em: deletéria privatização da justiça (retirando do Estado, a ponto de enfraquecê-lo, uma de suas funções essenciais e naturais, a administração do sistema de justiça); falta de controle e confiabilidade dos procedimentos e das decisões (em procedimentos sem transparência e lisura); exclusão de certos cidadãos e sua relegação ao contexto de uma —justiça de segunda classell; frustração do jurisdicionado e enfraquecimento do direito e das leis.

Todavia, rebate SALES[33]

> a introdução dos meios alternativos não visa substituir ou enfraquecer o Poder Judiciário, pelo contrário, a visa oferecer meios mais adequados de resolução de conflitos e inserir-se no âmbito de modernização do Poder Judiciário, facilitando a efetiva prestação jurisdicional por este Poder

Nesse contexto, a fim de incentivar a adoção de um novo paradigma, o ordenamento jurídico Brasileiro vem se renovando, principalmente com o advento da Lei da Arbitragem em 1996, da Resolução 125 do CNJ em 2010 e posteriormente com a edição do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, em 2015,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que se tornaram marcos legais da introdução dos meios alternativos de resolução de conflitos no país.

5.DISCUSSÃO DE RESULTADOS

A possibilidade da utilização de métodos consensuais é uma medida de vanguarda, que garantirá celeridade e eficácia na solução de conflitos.

Tal possibilidade, superando o modelo conflituoso, visa à implementação de mecanismos de autocomposição, tais como a negociação, a mediação e a conciliação, para garantir maior rapidez na solução das lides.

CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho, observou-se que o advento do Estado de Bem-Estar Social, caracterizado por seu intervencionismo e protecionismo, provocou mudanças no Poder Judiciário, que passou a adotar uma postura mais ativa, a fim de dar maior concretização aos direitos almejados pelo Estado.

Isso gerou um enorme custo e um aumento excessivo das demandas, que, aliados à estrutura burocratizada do Judiciário, ao formalismo exacerbado advindo da legislação processual, ao número insuficiente de servidores, à litigiosidade arraigada na cultura brasileira e frequente dentre alguns atores (principalmente a Administração Pública), além da má formação dos operadores do direito, voltada para o conflito, acarretou na crise deste poder.

Destarte, demandar virou sinônimo de transtorno, incômodo, morosidade, ineficácia e gastos excessivos, acarretando em um verdadeiro descrédito desta instituição frente aos jurisdicionados, afastando-os do acesso à justiça. Viu-se que esse contexto provocou uma grave violação do preceito constitucional estampado no art. 5º, XXXV da CF/88.

Conforme exposto, há diversos métodos aptos a solucionar as controvérsias, quais sejam, a autotutela, a heterocomposição e a autocomposição, adequados a cada tipo de conflito.

A autotutela, embora seja a forma mais antiga de resolver as controvérsias, não é muito utilizada, mas ainda há resquícios no ordenamento jurídico brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em contrapartida a heterocomposição, que envolve a solução do conflito por um terceiro, é o meio mais empregado no Brasil, já que a Jurisdição é aqui classificada.

A arbitragem é uma segunda forma heterocompositiva, cuja solução é dada por um terceiro investido de jurisdição pela vontade das partes. Esta é uma das alternativas ao uso do judiciário, utilizada principalmente quando a matéria do litígio é muito especializada.

Por fim, há os meios autocompositivos, denominados de meios consensuais de resolução de controvérsias, se caracterizam por serem céleres, pela ausência de formalismo, pelo menor custo, pela confidencialidade e pelo foco nos interesses dos envolvidos, deixando de lado questões estritamente jurídicas ou processuais. Dentre eles estão a conciliação e a mediação, nos quais as próprias partes resolvem o conflito, intermediadas por um terceiro imparcial.

Observa-se um verdadeiro avanço pertinente à matéria trazido pelos novos diplomas normativos, que podem estimular a adoção de uma cultura do consenso na sociedade brasileira, já que a regulamentação mediação trouxe maior segurança a seus usuários.

Todavia, é importante ressaltar que os operadores do direito precisam se atentar para que este instituto não se torne massificado e ritualizado, comprometendo, assim, os fins a que se destina, tornando-se mais um meio de protelação do processo e de comprometimento da integridade do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. O direito de acesso à justiça e a mediação. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp048205.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019, p. 21.

BRASIL. Constituição (1946). Lex. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 19 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

_____. Constituição (1988). Lex. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 out 2019.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 19 out 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Lex. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 out 2019.

BUENO. Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria do Direito Processual Civil I. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETI, Mauro; BRYANT, Garth. Acesso a justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2015: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/23fa2e5e06f732d0bb353d2747de333e.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo, vol. I. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. Tutela diferenciada e meios alternativos de solução de conflitos. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13545&revista_caderno=21>. Acesso em: 27 out 2019.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALES, Lilia Maia de Morais. Mediação de conflitos: Família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Disponível em: < http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 17 out 2019.

SILVA, Carlos Augusto. O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 18.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em <http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em: 25 out 2019.

TAVARES, Fernando Horta. A intermediação como forma alternativa de solução de controvérsias: mediação e conciliação. Tese (mestrado em direito processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1998. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_TavaresFH_1.pdf>. Acesso em: 24 out 2019.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n.86, p. 76-88, jan./mar.2011.

NOTAS:

[1] SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder*. reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 18.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[2] AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O direito de acesso à justiça e a mediação*. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp048205.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019, p. 21.

[3] SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: < http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 17 out 2019.

[4] MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem:* alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 78-79.

[5] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015*: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/23fa2e5e06f732d0bb353d2747de333e.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016, p. 34-42.

[6] BRASIL. Constituição (1946). *Lex.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 19 out 2019.

[7] _____. Constituição (1988). *Lex.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 out 2019.

[8] CAPPELLETI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso a justiça.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 3.

[9] BUENO. Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:* Teoria do Direito Processual Civil I. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137.

[10] AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O direito de acesso à justiça e a mediação*. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp048205.pdf>. Acesso em: 19 out 2019, p. 49.

[11] BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Código de Processo Civil :* anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 19 out 2019, p. 3.

[12] Ibidem, p.7.

[13] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Lex*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 out 2019.

[14] Idem. Congresso Nacional. Senado Federal. *Código de Processo Civil :* anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 19 out 2019, p. 22.

[15] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 28.

[16] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 29.

[17] TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2008.

[18] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 29.

[19] LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Curso de Processo Civil:* Teoria Geral do Processo, vol. I. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 29.

[20] TAVARES, Fernando Horta. *A intermediação como forma alternativa de solução de controvérsias:* mediação e conciliação. Tese (mestrado em direito processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1998. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_TavaresFH_1.pdf>. Acesso em: 24 out 2019, p. 44. TAVARES explica que na negociação "as partes se encontram diretamente e, de acordo com suas próprias estratégias e estilos, procuram resolver

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

uma disputa ou planejar uma transação mediante discussões que incluem argumentação a arrazoamento."

[21] Ibidem, p.46. Conceitua TAVARES: "É realizado mediante a utilização de um perito, neutro, selecionado pelas partes, com o objetivo de encontrar e clarear fatos. É meio auxiliar na negociação, mediação ou adjudicação."

[22] Ibidem, p. 46. Ensina TAVARES: "Não é um processo propriamente dito. É o nome dado à um oficial, designado por uma instituição, para investigar queixas e requerimentos, como maneira de prevenir litígios ou facilitar sua resolução dentro da instituição. Essa terceira pessoa investiga e leva queixas de cidadãos com relação ao governo, de cliente face a prestador de serviços, entre empregados e empregador, com o fito de dirimir controvérsias ou propor mudanças no sistema. Dentre os métodos de atuação utilizados estão incluídos a investigação, a publicidade e a recomendação."

[23] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 31-32.

[24] Ibidem.

[25] TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos.* In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em <http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em: 25 out 2019, p. 5-6.

[26] AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O direito de acesso à justiça e a mediação*. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp048205.pdf>. Acesso em: 19 out 2019. p. 59.

[27] WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.86, p. 76-88, jan./mar.2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[28] CAPPELLETI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso a justiça.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 71.

[29] AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O direito de acesso à justiça e a mediação*. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp048205.pdf>. Acesso em: 19 out 2019, p. 63.

[30] MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos*: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

[31] Embora a atuação dos advogados seja facultativa na arbitragem (art. 21, §3º, Lei 9.307/1996) e na conciliação que ocorrem no âmbito dos Juizados Especiais (art. 9º, Lei 1099/1995), quando a causa for inferior a 20 salários mínimos, sua presença é imprescindível nas audiências de conciliação e mediação reguladas pelo CPC/2015, conforme dispõe art. 334 , §9º.

[32] MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. Tutela diferenciada e meios alternativos de solução de conflitos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13545&revista_caderno=21>. Acesso em: 27 out 2019.

[33] SALES, Lilia Maia de Morais. *Mediação de conflitos:* Família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 947 de 29/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO - UMSA

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FRANCISCO WILLIAM PINHEIRO LOPES

REPERCUSIÓN SOCIOECONÓMICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DIFERENCIADO DEL MICRO-EMPRENDEDOR INDIVIDUAL BRASILEÑO

BUENOS AIRES

2016

FRANCISCO WILLIAM PINHEIRO LOPES

REPERCUSIÓN SOCIOECONÓMICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DIFERENCIADO DEL MICRO-EMPRENDEDOR INDIVIDUAL BRASILEÑO

Tesis de Conclusión del Curso de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, presentada al Departamento de Posgrado de la Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

Asesor: Prof Dr. Jorge Horácio Schijman.

BUENOS AIRES

2016

Declaración de responsabilidad

Los hechos, ideas y doctrinas expresados en la tesis *Repercusión socioeconómica del tratamiento jurídico diferenciado del micro-emprendedor individual brasileño* son de responsabilidad única y exclusiva del autor.

Buenos Aires, ___ de _____ de 2016.

_____

Francisco William Pinheiro Lopes

HOJA DE APROBACIÓN

Autor:

Francisco William Pinheiro Lopes

Título:

Repercusión socioeconómica del tratamiento jurídico diferenciado al micro-emprendedor individual brasileño

Banca Examinadora

_____

Prof. Dr. Ricardo Balestra

_____

Profa. Dra. María Maida

_____

Prof. Dr. Eduardo Henrique Sisco

Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires/Argentina, _____ de _____ de 2016.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por haberme concedido ánimo y fuerza para realizar esta investigación, así como haber tenido la generosidad de darme la vida.

A mis padres, mi esposa y mis hijos, que tuvieron paciencia durante el tiempo que ha durado la investigación.

A la Universidad del Museo Social Argentino, al cuerpo docente y al estudiantil, como también a todos los empleados que me acogieron fraternalmente, dejando a un lado nuestras diferencias culturales, significativamente deportivas.

Al profesor Jorge Horacio Schijman, por su empeño en la ardua tarea de orientarme, por su paciencia y su diligencia en la realización de este trabajo.

A los colegas y amigos servidores de la Secretaría de Hacienda del Estado de Ceará, con los cuales compartí la difícil, pero reconfortante, tarea de volver a las aulas

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

RESUMEN

El presente trabajo, que se titula "Repercusión Económica del Tratamiento Jurídico Diferenciado del micro-emprendedor Individual", es un estudio acerca de la concesión, por parte de la legislación brasileña, de un tratamiento jurídico diferenciado, que se concede al micro-emprendedor individual, realizado con base en un análisis histórico, jurídico y sociológico. Esclarecemos puntos relevantes y controvertidos sobre el asunto, incluso abordando cuestiones ligadas al ordenamiento jurídico económico y su evolución histórica. Profundizaremos principios, una visión de la globalización neoliberal, la función social de las empresas, la economía informal, y las relaciones bilaterales entre la Argentina y el Brasil. Posteriormente, evaluamos la importancia del Mercado Común del Sur (Mercosur) como instrumento promotor del progreso económico y el desarrollo social de la Argentina y el Brasil. Descubrimos los desafíos que surgen en los ámbitos social y económico, así como analizamos la imperativa necesidad de redistribuir de la riqueza y los medios de producción. Además, repasamos algunas nociones vinculadas a la cadena de relaciones entre trabajo, capital y estado, sin olvidarnos de averiguar lo que resulta necesario para consolidar la relación entre Estado y el ciudadano, que tan fragmentada se encuentra en la actualidad.

Palabras clave: derecho constitucional, derecho económico, informalidad, microempreendedor.

RESUMO

O presente trabalho que tem como título "Repercussão Socioeconomica do Tratamento Jurídico Diferenciado ao Microempreendedor Individual" é um estudo acerca da concessão pela legislação brasileira de um tratamento jurídico favorecido e diferenciado ao instituto denominado microempreendedor individual, realizado a partir de uma análise histórica, jurídica e sociológica. Esclarecemos pontos relevantes e controversos sobre o assunto, inclusive abordando questões ligadas a ordem econômica como sua evolução histórica. Seus princípios, globalização neoliberal, função social da empresa, economia informal e relações bilaterais entre a Argentina e o Brasil. Posteriormente avaliamos a importância do Mercado Comum do Sul (Mercosul) como instrumento alavancador do progresso econômico e do desenvolvimento social para Argentina e Brasil. Identificamos os desafios postos no âmbito social e econômico, bem como analisamos a imperativa necessidade de reequacionar a concentração de renda e redistribuir os meios de produção. Verificamos noções ligadas a cadeia de relações entre trabalho, capital e Estado, bem como identificamos que se faz necessário uma consolidação do elo de confiança entre o cidadão e o Estado que se encontra tão fragmentado.

Palavras-chave: direito constitucional, direito econômico, informalidade, microempreendedor.

ABSTRACT

The present paper that has got as title "Social and Economic Repercussion of The Special Judicial Treatment given to the Micro Entrepreneur "; it is an immersion into the concession by the Brazilian Legislation of a special and protected Judicial treatment to the institution called Individual Micro-entrepreneur, accomplished as

from a historical, judicial and sociological analysis. We clarify important and controversial points about the matter, including themes related to questions connected to the economic order as its historical evolution. Its common ground, neoliberal globalization, company´s social identity, informal economy and bilateral relationship between Brazil and Argentina. Afterwards we study the importance of the South Common Market (Mercosul) as a motivating tool of social development and economic progress for Argentina and Brazil. We identify the challenges faced by both social and economic environments, as we also analyze the imperative need of finding other ways to solve the income concentration and redistribute the means of production. We point out notions linked to the relations chain among work, capital and State, and still identified that it is necessary a consolidation of the link between the citizen and the State which is found so fragmented.

Key-words: Constitutional Law, Economic Law, Informality, micro-entrepreneur.

Índice

INTRODUCCIÓN 19
CAPÍTULO I 25
ASPECTOS HISTÓRICOS Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL ORDEN ECONÓMICO 25
1.1 Breves consideraciones sobre la evolución histórica 25
1.2 La Constitución y el orden económico 47
1.3 Principios generales del Ordenamiento jurídico-económico 52
CAPÍTULO II 57
LA IMPORTANCIA SOCIOECONÓMICA DE LA GLOBALIZACIÓN Y OTROS FENÓMENOS 57
2.1 Globalización neoliberal y su reflejo en las democracias 57
2.2 Globalización y derechos 68
CAPÍTULO III 79
DERECHO ECONÓMICO Y LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA EMPRESA 79
3.1 Contexto histórico de la función social 79
3.2 Concepto 86
3.3 Función social de la empresa como principio jurídico-constitucional 94
CAPÍTULO IV 105
COYUNTURA BRASILEÑA DE LA ECONOMÍA INFORMAL 105
4.1 Aspectos generales de la economía informal 105
4.2 La informalidad en el Brasil 115
CAPÍTULO V 125
ASPECTOS GENERALES DEL MICRO-EMPRENDEDOR INDIVIDUAL 125
CAPÍTULO VI 137
PERSPECTIVAS POLÍTICAS Y ECONÓMICAS DE LA ARGENTINA Y LAS RELACIONES CON EL BRASIL 137
6.1 Nociones historiográficas en el mundo posmoderno 137
6.2 La Argentina y el Brasil como vectores de integración en el Mercosur 150
CONCLUSIÓN 155
REFERENCIAS 161

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta pesquisa es el de analizar la repercusión socioeconómica del tratamiento jurídico diferenciado que la Ley otorga al micro-emprendedor individual, además de ver la coyuntura histórica de la construcción de este instituto y sus perspectivas de futuro, verificando su impacto real en las sociedades argentina y brasileña.

Favorecida por las transformaciones mediática y tecnológica a escala global, esta temática ha adquirido últimamente bastante relevancia en los ámbitos social y científico, por lo cual este es un momento ideal para profundizar el presente estudio.

En torno a la figura del micro-emprendedor individual —un intento de legalizar al trabajador informal por parte del Estado— analizaremos su eficacia, los mecanismos empleados, los conflictos sociales surgidos y los desafíos que encaran los ciudadanos. En el ámbito académico, existen pocas investigaciones que aborden la materia. Los escasos estudios disponibles son simples, hecho que invita a analizar en profundidad el tema, sobre todo si tenemos en cuenta su influencia en la reducción de la desigualdad social, el progreso económico y el fortalecimiento de las relaciones entre el ciudadano y el Estado.

En primer lugar, es necesario pensar en el objetivo y las razones que promovieron la creación de este régimen diferenciado, con un análisis de la situación desde un punto de vista jurídico y sociológico. Asimismo, deben tenerse en cuenta las repercusiones de los problemas percibidos durante el estudio en varios ámbitos: político, económico, científico y técnico. Una vez identificados el origen y las causas de los problemas, deben analizarse las herramientas adecuadas para solventarlos, ofreciendo de ese modo una nueva perspectiva para el tema. Se analizarán, en el plano económico, cuestiones como la alta carga tributaria, la influencia del mercado global o los aportes sociales.

La economía mundial ha sufrido transformaciones en la últimas décadas. Los razones que han impulsado estos cambios son incontables, pero podemos mencionar algunas, como la magnitud de la globalización, las aperturas de las fronteras o el avance tecnológico de la comunicación. Estas cambios tienen una influencia directa y acusada en los mecanismos de la producción y el consumo, como en el uso de los recursos y el contexto laboral.

El crecimiento de la industria en el transcurso de la década de los 80, demanda una mayor cualificación laboral, situación que excluye a los trabajadores sin la formación adecuada para entrar en el mercado laboral y elimina los puestos de trabajo de los que no se adecuan a las modernas formas de producción. Nuevas modalidades de trabajo aparecen como alternativa para los excluidos, como el trabajo autónomo o el informal, y se generan bolsas de desempleo.

En relación con el mercado laboral en este nuevo escenario, llama la atención el crecimiento de la informalidad. Este hecho básicamente está motivado por tres factores

interrelacionados, a saber, el avance de la tecnología y la automatización, que acaban eliminando la necesidad de mano de obra humana; la inestabilidad laboral, que obliga a buscar nuevos modos de supervivencia; y la exigencia de mano de obra calificada.

De esta forma, crece el trabajo informal, recurso del trabajador para conseguir los ingresos necesarios para sobrevivir, caracterizado por la ausencia de vínculo formal con las empresas.

La realidad que presenta este escenario es un crecimiento de la informalidad, consecuencia del hecho de que el trabajo sigue existiendo por ser una actividad vital. Por tanto, al constatarse que el desempleo aumenta, que el número de contratos disminuye, y verificarse estadísticamente que un porcentaje significativo de personas potencialmente activas están fuera de esa estructura formal, de ahí se halla la explicación al hecho de que crezca el trabajo informal, aumente el paro y, consecuentemente, avancen la miseria y la pobreza.

Por otro lado, en una análisis más positivo, debemos significar el crecimiento del emprendimiento, fenómeno caracterizado por la capacidad de vislumbrar oportunidades y aprovecharlas creando negocios rentables. El término implica una actitud creativa, destinada a obtener una renta, producir capital, y crear un negocio.

Es importante advertir que el desempleo, una situación que agudiza el ingenio, es uno de los factores que conducen al emprendimiento individual. En este sentido, la escasez de empleo impulsa el emprendimiento.

Sin embargo, el trabajador que se convierte en empresario individual, sea por estar desempleado o por vocación emprendedora, necesita hacer una inversión que puede dejarle en una situación comprometida por las dificultades para aportar a la seguridad social, la falta de amparo legal o la eventual contracción de su mercado.

Ante el crecimiento de la informalidad, el Estado es el actor principal en la creación y fomento de políticas públicas dirigidas a la generación de empleo y riqueza, que incluyen la implantación de programas de incentivos, protección y formación tendentes a aliviar las carencias de la población e impulsar el crecimiento económico y el desarrollo social del país.

En lo tocante a las Ciencias Jurídicas, la materia en cuestión está muy ligada al Derecho Constitucional, Derecho Económico, Derecho Civil y Derecho Empresarial, y tiene ramificaciones en el Derecho Tributario y el Social.

Nos marcamos como objetivo general de la investigación el análisis del tratamiento jurídico diferenciado concedido al micro-emprendedor individual, en sintonía con las tendencias de la globalización económica. Como objetivos específicos, debemos significar la construcción histórica que culminó con la creación del instituto del microempreendedor individual, la verificación de las

interferencias de la globalización económica en las relaciones microempredoras, y, por último, el examen de los cambios sociales y económicos que están sucediendo en el Brasil y la Argentina como consecuencia de la informalidad y la inestabilidad del mercado económico.

En lo que concierne a los aspectos metodológicos, las hipótesis son investigadas con base en la búsqueda bibliográfica. En lo tocante a la tipología de la investigación, esta es, según el uso de los resultados, por cuanto ha sido realizada con el único propósito de aumentar el conocimiento, sin la intención de transformar la realidad. El abordaje utilizado es de tipo cuantitativo, puesto que fue realizada a través de un investigación de hechos y datos objetivos; y la cualitativa, como expresión de la observación de datos y fenómenos sociales. En cuanto a los objetivos, la investigación es exploratoria, que define objetivos e intenta ampliar el conocimiento sobre el tema; y la descriptiva, que analiza datos, naturalezas, características, causas y relaciones con otros hechos.

El primer capítulo presenta un abordaje histórico sobre el orden económico que destaca la importancia de la Constitución de la República de México de 1917 y la Constitución del Imperio alemán de 1919 (Constitución de la República de Weimar). Asimismo, son analizados en este capítulo los principios generales del orden económico y la llamada constitución económica que hace referencia a la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988.

En el segundo capítulo, se trata el papel mundial de la globalización económica, bajo el enfoque del neoliberalismo y analizada con base en la Ciencia Jurídica y las Ciencias Sociales. Además, de estudiar la geopolítica mundial en relación con el tema debatido,

En el tercer capítulo, denominado «Derecho Económico y la Función Social de la Empresa», se repasa la definición doctrinaria de la función social de la empresa referida en el texto constitucional, que incluye la diferenciación de las clasificaciones endógena y exógena. Además, se presenta ese concepto en cuanto que directriz.

El cuarto capítulo se adentra en el mundo de la informalidad, ocupándose de aspectos generales de la economía informal en el mercado brasileño. Para ello, el estudio profundiza en la cuestión verificando la correlación de conceptos como desempleo, progreso, desarrollo o formalidad.

En el quinto capítulo, por fin se explora el asunto central de este trabajo, el instituto del micro-emprendedor individual. Se entra en la definición del término y se ven las legislaciones relacionadas con la materia y las repercusiones socioeconómicas generadas por esta nueva categoría empresarial en la sociedad.

Y por último, el sexto capítulo, llamado Perspectivas Políticas y Económicas de la Argentina y las Relaciones con el Brasil, desarrolla cuestiones políticas y económicas vinculadas a dichos

países, incluyendo la verificación de la importancia de los dos países como líderes en el proceso de integración del Mercado Común del Sur.

El empleo tiene una influencia directa en la realidad social y productiva, además de repercutir en el día a día de las personas y en la economía de cada país. Por tanto, cuando se estudia el tema de las políticas gubernativas, hay un ensanchamiento del conocimiento de la realidad y se hace una contribución enfocada al análisis y la comprensión, de forma crítica, de las repercusiones sociales y económicas de los modelos de creación de riqueza.

El mundo se prepara para dar un gran salto en el desarrollo económico y social, pero para que eso ocurra de forma efectiva es necesario hacer algunos ajustes en la sociedad, que implican la necesidad de que se produzca la inclusión social de una buena parte de la ciudadanía. La informalidad, tanto en el comercio como en los servicios, es visible en todo el territorio nacional, y cualquier análisis crítico del asunto debe preguntarse hasta qué punto la entrada de esas actividades en la economía formal llevará a nuestro país a un nivel social más elevado.

La relevancia del tema se funda exactamente en el hecho de que la informalidad constituye una parte importante de nuestra economía. Su formalización podría generar más ingresos tributarios que ayudasen a aumentar el bienestar social de forma general. Por otro lado, está el problema de las pensiones, cuyo sistema presenta con frecuencia déficit, e incluso es posible preguntarse si un aumento significativo del número de personas —provenientes de esas bolsas de exclusión— que aportan al sistema previsional produciría superávit. El grado de informalidad de la economía brasileña y de otros países de la región, como es el caso de la Argentina, se traduce en una alta evasión fiscal, identificada con el comercio clandestino, actividad desleal que causa perjuicios a la sociedad y las empresas legales, que conlleva la necesidad de incrementar los gastos en inspección y combate a la economía sumergida.

Una innovación de esta pesquisa es su análisis histórico, jurídico y sociológico acerca del tratamiento diferenciado que la legislación concede al micro-emprendedor individual, abordando las convergencias entre la Argentina y el Brasil en relación con esta materia, con las transformaciones mundiales como telón de fondo. Sin embargo, nos dimos cuenta de la imposibilidad de agotar una temática tan extensa, profunda y multiforme, si bien presentamos nuestra humilde y significativa contribución a la universidad, la sociedad y la ciencia.

CAPÍTULO I

ASPECTOS HISTÓRICOS Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL ORDEN ECONÓMICO

1.1 Breves consideraciones sobre la evolución histórica

En el presente trabajo se hace necesaria la realización de un estudio histórico con el objeto de contextualizar la temática examinada. Las cuestiones ligadas al orden económico en las diversas constituciones brasileñas irán siendo mostradas haciendo mención a los textos constitucionales de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 y 1988.

Este asunto se restringirá a la verificación de los textos anteriores al de 1988, llegando hasta la carta constitucional de 1967. La Constitución de 1988 será vista en un capítulo exclusivo.

En el mismo sentido se abordará la coyuntura de la Revolución Mexicana, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917) y la Constitución de la República de Weimar (1919).

La Constitución del Imperio del Brasil, promulgada el 25 de marzo de 1824, se inspiró en los preceptos de la Revolución Francesa: libertad, fraternidad e igualdad. Eso quiere decir que siguió el modelo de la Constitución francesa de 1814. Esta carta no defendía la idea de un estado laico, sino todo lo contrario, en ella se adoptaba la religión católica como doctrina religiosa oficial.

De esta forma, se considera el que mencionado texto constitucional es ideológicamente liberal, un hecho que se encuadra en la tendencia de época en el Brasil, donde habían ido siendo introducidas algunas concepciones inglesas en la corte brasileña, hasta el punto de influir a la nobleza imperial y a los juristas de la época.

Se puede corroborar esta situación en la obra de Erivaldo Moreira Barbosa (2003, p. 70):

> *[...] en 1823, con la universalización de las ideas liberales, surgen en el país movimientos favorables a la creación de una constitución escrita. De este modo, se formaba la primera Asamblea Constituyente, con la intención de elaborar un texto madre genuinamente brasileño. Este movimiento tuvo una duración efímera debido a decisión del Emperador de disolver la Asamblea por no estar de acuerdo con los requisitos formales y materiales. [...] Observemos que, tanto el proyecto Constitucional, como la Carta Imperial, dan más énfasis al derecho de la propiedad de forma absoluta: usar, gozar y disponer de un bien jurídico a su libre albedrío, sin ninguna restricción por parte del estado. Esa es la tónica del liberalismo económico, el estado no debe inmiscuirse en las actividades económicas*.

Sin salir del contexto, sigue la explicación de Gilmar Mendes (2007, p. 151):

> *Ese, por tanto, era el clima histórico e ideológico que propiciaría nuestra primera Carta Política, la Constitución del Imperio del Brasil, «ofrecida y jurada» por Su Majestad el Emperador Pedro I, el 15 de marzo de 1824, en cuyo artículo 3 se dice, no por casualidad, que «su gobierno es monárquico, constitucional y representativo», comprometido con el respeto a los derechos y libertades fundamentales, como las verdaderas constituciones de la época. […]*

Ese texto constitucional se culminó con dos preceptos relevantes: el derecho a la propiedad, en toda su plenitud, y al trabajo. El primero de ellos se proponía solidificar las relaciones comerciales garantizando derechos y deberes para todas las partes. Con el segundo se intentaba facilitar el acceso al trabajo, con lo que aumentó significativamente la oferta laboral en el país, un reclamo que originó la llegada de multitud de inmigrantes al Brasil.

Por tanto, se garantizó el derecho a crear industrias y emprender negocios, de cualquier género. Tal medida aseguraba el principio de la libre iniciativa. A título explicativo, sigue el texto de las referidas normas constitucionales;

> *Artículo 179. La inviolabilidad de los Derechos Civiles e Políticos de los Ciudadanos Brasileños, basados en la libertad, la seguridad individual y la propiedad, está garantizada por la Constitución del Imperio, de la siguiente manera.*
>
> *XXIV. Ningún género de trabajo, cultura, industria o comercio puede ser prohibido, habida cuenta de que no se oponen a las costumbres públicas, la seguridad y la salud de los ciudadanos.*

Para concluir, veamos el comentario de João Bosco Leopoldino da Fonseca (2004, p. 106):

> *Este análisis revela la ideología, la razón jurídica, que impregna a la constitución de 1824, desde un punto de vista económico. Esta es vista también como un fenómeno cuyas leyes impone la naturaleza. Al estado le compete únicamente garantizar el funcionamiento natural de esas leyes, su protección debería limitarse a eliminar los obstáculos que impidan el cumplimiento pleno de los principios elementales de la riqueza. No era una tarea del estado la de conducir la economía a través de leyes. Si lo hiciese, estaría rompiendo fatalmente el equilibrio que las fuerzas económicas de la naturaleza alcanzarían de modo espontáneo.*

A pesar de su ideología liberal, ese texto constitucional dejaba entrever una influencia intervencionista en diversos aspectos, que se expresa incluso en los tributos aduaneros. En esa época, la principal fuente de recaudación estatal eran las tasas de importación y exportación, de ahí el recelo del gobierno a renunciar al control directo de la economía.

El 24 de febrero de 1889 se promulgó la segunda carta mayor, denominada Constitución de la República de los Estados Unidos del Brasil. La crisis y el desgaste de la Monarquía —que no

respondía a las expectativas y necesidades de la sociedad brasileña—, la pérdida de la base de apoyo constituida por los latifundistas, que ansiaban mayor poder político, y la revuelta de los profesionales liberales y la clase media, motivada por la ausencia de libertades políticas, fueron algunos de los factores que precipitaron el final de la monarquía.

El 15 de noviembre de 1889, un golpe militar liderado por el mariscal Deodoro de Fonseca acabó con la monarquía e implantó un régimen republicano y un sistema presidencialista en el Brasil.

A partir de este momento deja de estar vigente la Constitución de 1824. El nuevo régimen siguió el rumbo marcado por la Constitución de 1891. Antes, el 3 de diciembre de 1889, el gobierno provisional nombró una comisión para elaborar un proyecto de constitución, que sería revisado por el entonces ministro Rui Barbosa.

En relación con lo acontecido en aquel momento, siguen los comentarios de Gilmar Mendes (2007, p. 154):

> *Agotado, por diversas causas, el régimen monárquico, sobrevino la República —antes por la rechazo a la monarquía que por la creencia en las virtudes republicana— y, con ella, la instauración de un nuevo ordenamiento constitucional, cuyo punto de partida fue el decreto nº 1, de 15 de noviembre de 1889, redactado por Rui Barbosa, quien proclamó, de modo provisional, la república Federativa como forma de gobierno de la nación y estableció las normas por las cuales debían regirse los estados federales.*

Continuando con el asunto, presentamos el texto de Celso Robeiro Bastos (2004, p. 173):

> *Con la Constitución de 1891, el Brasil implanta de forma definitiva tanto la Federación como la República. Con esta, desaparecen la desigualdad propia del sistema hereditario y las distinciones jurídicas relativas al estatus de las personas. Además, las autoridades son una representación del pueblo y ejercen su mandato por un periodo definido por ley,*

El referido texto constitucional consagró el régimen republicano federativo y encontró fundamentación en elementos consagrados de la doctrina liberal, en lo tocante a los aspectos económicos. Por tanto, inspirada en la constitución norteamericana, esa carta magna tomó como rasgos definidores el federalismo, el republicanismo, el presidencialismo y el liberalismo.

Gilmar Mendes (2007, p. 155) hace una breve disertación sobre el tema:

> *Incluso así, para lo habitual en esta región De América, la Constitución de la I República tuvo una vida dilatada, ya que estuvo en vigor desde el 24 de febrero de 1891 hasta el 11 de noviembre de 1930, momento en que fue abolida por el gobierno provisional*

> *surgido de la Revolución que encabezó Getúlio Vargas. Durante este periodo de vigencia, a pesar de todas las dificultades y de las acusaciones de estar descompasada respecto a la realidad sobre la que debía actuar —Oliveira Vianna llegó a decir que su fracaso, como el de la Carta Imperial de 1824, se debió al hecho de faltó argamasa con la arena de la realidad nacional—, incluso así hizo posible la del Estado brasileño y sus instituciones, contra los vaticinios pesimistas de quienes vislumbraban la desintegración del país, lo que, según Miguel Reale, no sucedió gracias a Rui Barbosa, al oponerse, por un lado, a la concentración de poder, preconizada por los adeptos a la «dictadura positivista», que estaba representada por el «castilhismo»; y, por otro lado, a la dispersión del poder, originada por las pretensiones de soberanía compartida, la cual era reivindicada por las antiguas provincias, pomposamente convertidas en estados.*

Hay que poner de relieve que el gobierno republicano heredó exponenciales deudas externas del gobierno monárquico, que dejó un enorme déficit público, debido al desfase entre gastos e ingresos.

Contribuyó a agravar la crisis financiera el vigoroso desarrollo de la producción del café, que, al aumentar la oferta en el mercado internacional, originó una drástica bajada de los precios y ahuyentó la entrada de capitales extranjeros en el país. La dependencia era absoluta: la política estatal estaba centrada en el desarrollo de los latifundios exportadores y dejó al margen del progreso a la industria y el comercio.

Llegado a este punto, se hace necesaria una breve explicación sobre la Constitución de México y la de la República de Weimar para contextualizar el estudio, justificada por la fuerte repercusión que, en el ámbito del orden económico, estos dos textos constitucionales tuvieron en el mundo occidental en la época.

Para adentrarnos en la cuestión, comenzamos con un texto de José Simões Patrício (1981, p. 151):

> *Ello originó —y, una vez más, desde la constitución de Weimar de 1919 (así como antes sucedió con la constitución mexicana de 1977)— que los textos constitucionales comenzaron a contener materia socioeconómica e, incluso, se ampliasen sus preceptos tradicionales: ya reconociendo derechos nuevos de contenido económico, junto a los derechos (políticos) individuales, asignando al estado nuevas atribuciones, también de carácter socioeconómico, y, finalmente, creando nuevos órganos políticos o incluso constitucionales de intervención económica, que se repartieron entre sí aquellas nuevas atribuciones. Aquí y allí, incluso se llegaron a establecer ciertos principios sociales, que, por cierto, fueron rápidamente olvidados.*

Las explicaciones de José Luis Berdnarski y Tatiana Soares Azevedo (2012, p. 30) complementan lo ya dicho:

> *[…] expresión de orden económica fue incorporada al lenguaje de los juristas a partir de la primera mitad del siglo XX, con la Constitución de Weimar, de 1919, que incluía un sección titulada* «La vida económica». Aunque se haya considerado a la Constitución Mexicana de 1917 como pionera en el tratamiento de la organización económica.

La Constitución de Weimar fue promulgada el 11 de agosto de 1919, un simbiosis de concepciones muchas veces contradictorias. Ese texto normativo delimitaba el ejercicio de la actividad estatal, reduciendo el papel del estado. Asimismo, dejó un enorme legado en materia de teorías económicas, sobresaliendo entre estas el derecho de los propietarios y la función social de la propiedad, materia que se examinará en otro apartado.

Después de la I Guerra Mundial (1914-1918), Alemania estaba en una situación calamitosa, en un contexto de gran crisis económica. Estas circunstancias hicieron necesario limitar la actividad económica bajo control estatal.

El gobierno alemán comenzó a tener una presencia más concreta en el medio social. Esa coyuntura favoreció la creación de la Constitución de 1919, El Estado Democrático Social, cuya composición ya había sido delineada por la Constitución Mexicana de 1917, adquirió con la Constitución alemana de 1919 una mejor estructuración.

Siguiendo el hilo temático, Marco Aurélio Guedes (1998, p.2) diserta sobre el Constitucionalismo Social:

> *La República de Weimar inauguró una fase inédita de estructuración constitucional del estado alemán, con un papel más activo en el desarrollo social, la construcción de una sociedad con justicia social mediante la efectivización de los Derechos Sociales formalizados en la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919 —o Sozialstaat o Estado Social de Derecho—. El orden económico y social creado por recién nacida República Alemana sirvió de modelo para algunos estados en el periodo inmediatamente posterior a la I Guerra Mundial. En el Brasil, por ejemplo, fue intenso el debate sobre las conquistas sociales y constitucionales de la República de Weimar, y de hecho la Carta Magna de 1934 tuvo una fuerte influencia del recién creado estado social alemán […] Esta constitución brasileña prácticamente asimiló los idealizados avances del nuevo orden social alemán, pero solo en su aspecto jurídico-formal. Si no tuvo éxito en su propósito fue porque no contextualizó muchos de sus ideales en la realidad material brasileña.*

La Constitución de Weimar fue el texto que sirvió de inspiración para distintas constituciones alrededor del mundo, incluso las brasileñas de 1934, 1946 y 1967.

Todo esto lo explica sucintamente Américo Luis Martins da Silva (2003, p.20):

> *Si la Constitución de Weimar consagraba la democracia alemana y era una notable pieza fundamental que sirvió de inspiración para un sinfín de constituciones elaboradas después de la I Guerra Mundial, la República de Weimar se mostró débil y vacilante. Con la influencia de otros factores importantes, fue inevitable su caída y con ella la desintegración de la democracia alemana.*

En lo tocante a la Constitución mexicana de 1917, debe decirse que el orden económico adquirió dimensión jurídica en el momento en que las constituciones empezaron a regularlo, tendencia que inició esta constitución. Dicha Carta Magna fue fruto de la célebre Revolución Mexicana, introduciendo normas que suponían una fuerte intervención estatal y una limitación al concepto absoluto de propiedad privada, concepto que pasó a estar subordinado al interés colectivo.

Sobre la referida constitución, el texto de Arnaldo Sussekind (2004, p. 13) resulta ilustrativo:

> *La Constitución de México de 1917 incluyó un conjunto relevante de derechos sociales del trabajador, muchos de los cuales acabarían siendo recogidos por otras cartas magnas latinoamericanas. Su artículo 123 contempla el campo de incidencia de las leyes de protección al trabajo, la jornada laboral, el salario mínimo, la protección al salario, la participación en los beneficios de la empresa, la protección especial a las mujeres y los menores en el trabajo, la garantía de empleo, la igualdad salarial, el derecho sindical, el contrato colectivo de trabajo, el sistema previsional, la higiene y seguridad en el trabajo y la protección a la familia del trabajador.*

En la misma línea están los comentarios de Alvacir Alfredo Nicz (2010, p. 90):

> *[…] La Constitución mexicana de 1917, aunque de influencia inmediata muy pequeña, trajo un orden social y económico que, en algunos aspectos, iba más lejos que aquella que iba a ejercer una sustancial influencia en las demás constituciones después de la I Guerra Mundial, la Constitución de la República de Weimar, denominada madre de las Constituciones modernas.*

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue promulgada el 31 de enero de 1917 y entró en vigor el 1 de mayo del mismo año. La línea doctrinaria del texto constitucional se encuentra fundamentada en el Manifiesto de 1906, elaborado por los opositores del dictador Porfirio Díaz.

Porfirio Díaz se convirtió en presidente por primera vez en 1876 y es reelegido en 1884, permaneciendo en el poder de forma ininterrumpida hasta 1910. Díaz cumplió 6 mandatos, periodos reconocidos como el profirismo. A pesar de ser un gobierno republicano, su administración quedó marcada por la fuerte represión a los caudillos regionales.

Los líderes Emiliano Zapata, Pascal Orozco, Pancho Villa y Francisco Madero comandaban la Revolución Mexicana que culminó con la renuncia de Porfirio Díaz en 1911. Al legar al poder, los liberales se dividieron en dos bandos, los constitucionalistas y los convencionalistas.

Los primeros defendían la reforma de la Constitución de 1857, en cambio, los segundos preferían la ruptura total con el antiguo ordenamiento a través de una nueva constitución. En ese mismo contexto, fueron colocadas en segundo plano importantes reivindicaciones de la Revolución, como la nacionalización de las empresas, los derechos laborales y la reforma agraria. Entre 1914 y 1917, México sufrió una guerra civil, el ejército zapatista contra las fuerzas liberales. En 1917, Vetustiano Carranza logra el éxito en la guerra.

Otro hecho relevante en el ordenamiento jurídico fue la consagración de los derechos laborales y previsionales como fundamentales, al igual que los derechos políticos y las libertades individuales.

Al respecto, son esclarecedoras las explicaciones de Fábio Konder Comparato (2007, p. 181):

> *Lo que importa, en verdad, es el hecho de que la Constitución mexicana, en relación con el sistema capitalista, fue la primera en no dar un trato mercantil al trabajo, o sea, la prohibición de equipararlo a una mercadería cualquiera, sujeta a la oferta y demanda del mercado. Estableció el principio de la igualdad sustancial en materia jurídica entre trabajadores y empresarios en la relación contractual del trabajo, creó la responsabilidad de los empresarios en los accidentes laborales y promovió, de modo general, las bases para la construcción del moderno estado de derecho.*

Conviene recordar que en ese periodo la clase operaria mexicana era mínima, la revolución había sido encabezada por campesinos deseosos de que hubiese una reforma agraria, que a la postre traería el tan soñado desarrollo económico. A pesar de que tal lucha había sido relegada a un segundo plano por los intereses de la nueva burguesía, al menos quedó resguardada en la norma constitucional el papel del estado de promover la distribución de la riqueza. En ese sentido, resulta pertinente ver el referido artículo 25 de la Constitución de 1917:

> *ARTICULO 25 - Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa*

distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el articulo 28, párrafo cuarto de la constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritariamente o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proverá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución. Cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritariamente o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

Esa Carta Magna fue un hito que marcó la construcción jurídica constitucional que alentó nuevas revoluciones en otros países e inspiró reformas en diversas constituciones en el ámbito internacional.

Hay que resaltar que en el periodo que se extiende desde la Constitución de México hasta la de la República de Weimar el mundo vive una gran inestabilidad política, en ese lapso ocurre un hecho que resultará decisivo en el marco de la historia mundial, la Revolución Rusa.

Básicamente, ese es el contexto histórico, político y social que queríamos exponer para poder continuar con el siguiente asunto. Fue ese el momento en el que el Brasil comenzó a introducir en su texto constitucional cuestiones de relevancia social y relacionadas con el orden económico.

La ruptura del orden constitucional creado en el siglo XIX sucedió con la promulgación de la Constitución brasileña del 16 de julio de 1934, que se constituyó en marco normativo para un nuevo ordenamiento constitucional. Se debe destacar el hecho de que con esta Carta Magna nuestro estado pasó a denominarse Estados Unidos del Brasil.

Para entender mejor ese periodo es pertinente leer el siguiente texto de Arnaldo Sussekind (2004, p. 32):

> *La Constitución de 1934 intentó conciliar concepciones antagónicas emanadas de las cartas magnas de Weimar (socialdemócrata) y de los EEUU (liberal individualista), además de mezclar la representación política resultante del voto directo con la surgida de las asociaciones sindicales (representación corporativa). Se vaticinó por ello una vida efímera al documento, pronóstico que se confirmó.*

Esa ruptura fue consecuencia de la Revolución de 1930, que en realidad se asemejó más a un golpe de estado que a otra cosa. Dicho acontecimiento supuso el fin del periodo histórico conocido como «Primera República», también llamada «*República Velha*» [República Vieja].

El país vivía inmerso en una gran crisis económica originada por el desplome de la Bolsa de Valores de Nueva York del año 1929. Es en ese momento cuanto la cultura del café, anteriormente principal producto de exportación brasileño, es relegado a un segundo plano para que pudiesen introducirse otros cultivos.

El entonces presidente Washington Luis, en medio de esa convulsión, todavía logró elegir a su sucesor, Júlio Prestes. Sin embargo, debido a la convergencia de diversos factores de índole política, en el ámbito interno, hubo una sublevación militar en el sur del país y fue nombrado presidente provisional Getúlio Vargas.

Esa revuelta propició la oportunidad de que Getúlio Vargas permaneciese en el poder 15 años de forma ininterrumpida, de 1930 a 1945, periodo denominado «Era Vargas». Años más tarde,

en 1951, Vargas volvería al poder y permanecería en él hasta el 24 de agosto de 1954, momento en el que, según la versión oficial, se suicidó.

En medio de ese caos político surgió la «Revolución de 30», estalló en el Estado de São Paulo la Guerra Constitucionalista de 1932, que, entre otras cosas, exigía al gobierno provisional la convocatoria de una asamblea constituyente y de elecciones para presidente de la República.

El estado de São Paulo perdió la guerra, pero lo que sucedió después fue la constitución de un nuevo constituyente. En ese mismo año las mujeres conquistaron el derecho al voto y del acceso a cargos públicos.

Para ilustrar el entendimiento de los acontecimientos, presentamos este texto de Gilberto Bercovici (2009, p. 27):

> *[…] el Estado brasileño constituido después de la revolución de 1930 es, por tanto, un estado estructuralmente heterogéneo y contradictorio. Es un estado social sin que nunca haya conseguido instaurar una sociedad del bienestar: moderno y avanzado en determinados sectores de la economía, pero tradicional y represor en buena parte de las cuestiones sociales. A pesar de ser considerado un estado fuerte e intervencionista es, paradójicamente, impotente frente a los intereses privados y corporativos, los sectores más privilegiados. Entre tanto, a pesar de las contradicciones y limitaciones estructurales, es un estado que puede terminar el proyecto de construcción nacional, superando la barrera del subdesarrollo.*

En la coyuntura económica, la revolución de 1930 marca el comienzo de un nuevo periodo, que se significa por el auge agroexportador y el comienzo de la hegemonía industrial. A pesar de que no fue hasta 1950 cuando la industria superó a la agricultura, se consolidó la coexistencia de dos actores sociales, como una nueva pauta de actuación estatal y un nuevo enfoque sobre la fuerza de trabajo.

El constitucionalismo económico fue introducido de verdad en el Brasil en 1934, aunque las constituciones anteriores trataron algunas cuestiones económicas e incluso la intervención del estado en la economía.

Veamos lo que dice Gilberto Bercovici (2009, p. 30) sobre el asunto:

> *Siguiendo el ejemplo de la constitución de Weimar, una de las grandes innovaciones de nuestra constitución de 1934 fue, justamente, la inclusión de un capítulo referente al orden económico y social (Título IV, artículos del 115 al 140), que tenía como fundamento la determinación de que el orden económico debía ser organizado según los principios de la justicia y las necesidades de la vida nacional.*

De este modo, el contenido económico adquirió fuerte significación en el texto constitucional y marco una tendencia que se reflejó en las cartas que vinieron después. Como ya se ha dicho, La Constitución de Weimar fue uno de los primeros modelos para la Carta de Brasil de 1934 y su noción de Estado social.

En este sentido se puede inscribir el comentario de Paulo Bonavides y Paes de Andrade (2004, p. 131):

> *La Constitución del 16 de julio de 1934 inscribe en el país una forma de estado social que hacía más de un siglo había sido establecida por Bismarck en Alemania, continuada por Preuss (Weimar) y que finalmente sería proclamada con solemnidad textual en dos artículos de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, acuñando la célebre fórmula del llamado Estado Social de Derecho, materia de tanta controversia en los planos de la jurisprudencia, la doctrina y la aplicación hermenéutica.*

Acerca de la Constitución Brasileña de 1934, veamos lo que comenta de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2001, p. 21):

> *[…] antes de la segunda mitad de la década de los 30, el propio texto de la Constitución Federal de 1934 hacía pensar en una situación de libre competencia donde los agentes económicos gozaban de cierto equilibrio, de tal modo que el poder público se limitaba a llamar la atención sobre formas de competencia desleal, de un modo discreto y atendiendo a principios éticos.*

El texto de Arnaldo Sussekind (2004, p. 34) añade algunos matices a la cuestión:

> *El orden económico debería «ser organizado en conformidad con los principios de justicia y las necesidades de la vida nacional, de modo que sea posible que todos tengan una existencia digan» (artículo 115). La ley debería promover «el fomento de la producción» y establecer las condiciones de trabajo, «teniendo en cuenta la protección social del trabajador y los intereses económicos del país» (artículo 121). Cabría todavía a la Ley disponer sobre el reconocimiento de los sindicatos y las asociaciones profesionales; pero se tendría que asegurar la «pluralidad sindical y la completa autonomía de los sindicatos» (artículo 120), sin olvidar el «reconocimiento de las convenciones colectivas del trabajo (artículo 121, j).*

A título ilustrativo del tratamiento del orden económico en el mencionado texto legal se hace mención de los artículos 115 y 121:

> *Artículo 115. El orden económico debe ser organizado según los principios de la justicia y las necesidades de la vida nacional, de modo*

> *que todos puedan tener una existencia digna. Observando esos límites, se garantiza la libertad económica.*
>
> *Parágrafo único. Los poderes públicos verificarán, periódicamente el nivel de vida de las diferentes regiones del país.*
>
> *[…]*
>
> *Artículo 121. La ley promoverá el fomento de la producción y establecerá las condiciones de trabajo, en la ciudad y el campo, teniendo en cuenta la protección del trabajador y los intereses económicos del país.*

Hay que poner de manifiesto que la norma constitucional fue el armazón de la organización económica, siendo el cimiento del artículo 170 de la actual Constitución.

Desgraciadamente, esa carta magna, aun siendo importantísima, tuvo una corta vigencia al ser abolida tras el golpe de estado liderado por Getúlio Vargas. De ese modo, en 1937 acabó una constitución que había nacido imbuida de unos valores en auge, a escala internacional, que la oponían al nazismo, el fascismo y el comunismo, tendencias que intentaban acabar con el modelo clásico liberal.

Getúlio Vargas, poco afín al ideal democrático e influido por la Constitución de Polonia de 1935, estableció un nuevo régimen político-constitucional en el Brasil. No fue la única influencia del régimen, la Constitución de Portugal de 1933 promulgada por el Nuevo Estado, cuyo consejo de ministros estaba presidido por Salazar, también suscitó la admiración de Vargas.

Al respecto, veamos lo que comenta Jorge Miranda (2003, p. 226):

> *Viene a continuación, entre 1926 y 1974, la convulsión de un estado constitucional, representativo y de derecho, o, en un sentido opuesto, la pretensión de instaurar un constitucionalismo diferente, un «estado nuevo», un constitucionalismo corporativo y autoritario. Y en ese estado de las cosas, llega el periodo de la Constitución de 1933 (a pesar de todo una constitución, al contrario de lo que sucede en Alemania, Italia y España), cuya eclosión no sorprende si tenemos en cuenta la situación europea de los años 20 y 30, pero sí que resulta inexplicable que fuese tan duradera.*

Ese régimen fue una de las más longevas y reaccionarias dictaduras del siglo XX y permaneció en vigor hasta la Revolución de los Claveles (un movimiento militar de izquierda) ocurrida el 25 de abril de 1974.

En el mundo de la narrativa histórica es bien sabido que esa Carta Magna brasileña de 1937 fue llamada «Constitución Polaca», por la enorme influencia de la constitución de este país eslavo. Sin embargo, esa norma fue rechazada por gran parte de la clase política brasileña, que la

consideraba exageradamente nacionalista y altamente intervencionista, al punto de que los más radicales la tachaban de fascista.

André Ramos Tavares (2003, p. 110) profundiza en esta cuestión:

> *La presentación de una nueva carta magna, el 10 de noviembre de 1937, por parte del entonces presidente Getúlio Vargas, representó un verdadero golpe de estado. Su imposición autoritaria, en términos semejantes a los de Polonia, cuya carta databa de 1935, promulgada por el Mariscal Pilsudsky, llevó a una inevitable comparación, pasando a ser denominada «Constitución Polaca».*

En lo tocante al orden económico inserto en el campo constitucional, la materia que nos interesa, hay que resaltar la fuerte intervención estatal en la economía, una política con la que se pretendía paliar las consecuencias de la crisis estadounidense de 1929. De hecho, la política económica del gobierno intentaba sanear la economía corrigiendo los desequilibrios causados por la fuerte contracción del comercio exterior. Así lo explica Américo Luis Martins da Silva (2003, p. 32):

> *En el campo de la intervención del estado en el dominio económico, al no tener los industriales brasileños de la década de los 30 el capital y las técnicas suficientes para hacer frente a los problemas económicos de la época, las disposiciones económicas del texto constitucional de 1937 se elaboraron con la voluntad de compensar la caída de la actividad económica privada (la intervención particular) con una mayor presencia estatal, con el objetivo de mantener a flote el todavía incipiente sistema económico. Esta justificación se encontraba literalmente en el artículo 135 de la Constitución de 1937.*

En efecto, el orden económico se trató en un capítulo propio del texto constitucional, delimitado entre el artículo 135 y el 155. A título ilustrativo, se muestra lo que dispone el artículo 135 de la Constitución de 1937:

> *Artículo 135. En la iniciativa individual, con respecto al poder de creación, organización e invención del individuo, ejercido en los límites del bien público, se fundan la riqueza y la prosperidad nacional. La intervención del estado en el plano económico solo se legitima para suplir las deficiencias de la iniciativa individual y coordinar los factores de producción, de modo que se eviten o resuelvan sus conflictos e introducir en el juego de las competiciones individuales el pensamiento de los intereses de la nación, representados por el Estado.*
>
> *La intervención en el campo económico podrá ser mediato o inmediato, y los modos en que puede darse, control, estímulo o gestión directa.*

No podemos dejar de hablar de otro aspecto primordial de esta carta, la consagración de los derechos de los trabajadores. En ese momento fueron introducidas en el texto constitucional la idea de salario en diversas modalidades y algunas materias relativas al campo empresarial. El trabajo fue considerado un deber social, un derecho de subsistencia del ciudadano honrado.

Fue también en esa oportunidad cuando la actividad sindical se subordinó al estado. En ese sentido, el recurso de la huelga comenzó a ser considerado antisocial y nocivo para el mundo del trabajo, por lo tanto, incompatible con el buen desempeño de la industria.

Hay que recordar que la producción agroexportadora continuó siendo el baluarte de la economía nacional, hasta que en la década de los 50 el gobierno del entonces presidente Juscelino Kubischek fomentó el desarrollo rápido de la producción industrial.

La constitución de 1937 presenta una estructura organizacional completa de un estado autoritario y de un poder centralizado en la persona del Presidente de la República. Dicha realidad solo fue rechazada en el periodo de guerra, con la vuelta de la democracia, que culminó con el proceso de constitución de una Asamblea Nacional Constituyente, cuya misión era la de reordenar las instituciones de la Nación empleando herramientas constitucionales propias de un régimen democrático.

Al término de la segunda guerra mundial, Getúlio Vargas convocó elecciones para diciembre de 1945, poniendo de manifiesto su voluntad de permanecer en el poder. Rápidamente hubo una reacción de los militares, quienes lo depusieron.

El 29 de octubre de 1945 terminó la dictadura de Vargas. Supuso la caída del Estado Nuevo. Internacionalmente, el final de la II Guerra Mundial demostraba que los gobiernos centralizados y autoritarios se habían mostrado incapaces de atender las demandas de sus pueblos. En esa línea de argumentación se inscribe el texto de Leopoldino de Fonseca (204, p. 117):

> *El final de la dictadura en el Brasil coincidió con la conclusión de la II Guerra Mundial, la cual, a su vez, fue sellada con la derrota de las dictaduras europeas. Se sentía una necesidad imperiosa del orden democrático, que trajese para todos la más plena realización de los anhelos políticos, económicos y sociales. Se sintió que la única forma de evitar la repetición de los horrores de una nueva guerra mundial sería instalar en cada país una democracia real, fundada en bases políticas sólidas, en bases económicas y sociales equitativas y justas.*

De ahí en adelante, los «vientos» de la democracia volvieron a sentirse en nuestro país, como ejemplo de forma participativa de gobierno. La sociedad pensante vuelve a exigir el retorno del estado de derecho. Las elecciones fueron ganadas por Eurico Gaspar Dutra, que convocó una asamblea constituyente.

El 18 de septiembre de 1946 se promulga la nueva constitución, que emerge en un nuevo contexto político. Veamos el análisis certero de Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2004, p. 406):

> *Pero la Constitución de 1946, obra de uno de los constituyentes más legítimos desde el punto de vista de sus presupuestos formales de convocación, no tuvo, si se observa nuestra tradición constitucional, un carácter simplemente restaurador, correctivo y perfeccionador, el cual se infiere de las observaciones realizadas por Aliomar Baleeiro, sino que sobresale en la dimensión de su perfil una nota considerablemente innovadora, en aspectos de la mayor relevancia social: aquel cuya consagración fue conferir más firmeza y solidez a la legitimidad, la eficacia y la legalidad de las constituciones modernas y contemporáneas, en este fin de siglo.*

De este modo, la Carta Política de 1946 retomó los fundamentos del estado liberal peculiares de la República vieja y los principios del estado social presentes en la Carta Magna de 1930. Como ejemplo, el federalismo, que fuera tan fragmentado en el Estado Nuevo, es solidificado concediendo una gran autonomía político-administrativa a los estados y municipios. Veamos lo que comenta Celso Ribeiro Bastos (2004, p.200):

> *La Constitución de 1946 se encuadra entre la mejores, sino la mejor, de todas las que tuvimos. Técnicamente es muy correcta y desde el punto de vista ideológico trazaba con nitidez una línea de pensamiento libertaria en el campo político sin descuidar la apertura social que fue recuperada por la Constitución de 1934.*

En ese instante el derecho a la propiedad empieza a vincularse al bienestar social. Además, cualquier forma de abuso económico debía ser reprimido por la ley y el estado. También se verifica que el orden económico debe estructurarse en sintonía con los principios de justicia social. Sobre este tema, sigue la observación de André Ramos Tavares (2003, p. 111):

> *La disciplina de la materia económica fue, en la Constitución de 1946, consolidada en el título V. Había un sinfín de modificaciones en relación con la constitución anterior. En la Constitución de 1946 se restableció el sistema de 1934, de economía capitalista de mercado. De cualquier modo, ni siquiera la inclusión de este principio logra erradicar las hipótesis intervencionistas.*

En lo tocante a la materia laboral, el derecho a la huelga, que era considerado antisocial por la constitución anterior, en esta vuelve a ser reconocido y regulado por ley. Sobre el asunto, veamos las observaciones de Américo Luís Martins da Silva (2003, p.35):

> *La Constitución Federal de 1946 estableció las bases de la legislación laboral y previsional, el derecho a la huelga recuperó su prestigio, en fin, intentó elevar el nivel de los trabajadores hasta equipararlo con el de sus patronos. Por otro lado, potenció el control estatal, dotando al estado de poder para intervenir en el campo económico. Incluso se*

> *instituyó la expropiación por utilidad pública y la reconoció por motivos de interés social, como el principal instrumento para materializar la función social de la propiedad.*

Estas hechos son corroboradas por José Francisco Siqueira Neto (1996, p. 200):

> *Iniciado con la promulgación de la Constitución del 18 de septiembre de 1946, se caracteriza por el aumento considerable de derechos laborales constitucionales en comparación con las Constituciones de 1934 y 1937. Entre esos derechos, destacan el salario mínimo, que debería atender las necesidades básicas del trabajador y su familia; la participación obligatoria y directa de los trabajadores en los beneficios de la empresa; descanso semanal remunerado, estabilidad, no solo en las empresas urbanas, sino también en las explotaciones rurales; prestación por desempleo; derecho de huelga.*
>
> *[…]*
>
> *La Constitución de 1946, por medio de su artículo 158, reconoció el derecho a la huelga, cuyo ejercicio se regulaba por ley. El artículo 159 aseguró la libre asociación profesional y sindical, y se regulaban por ley la forma de su constitución, su representación legal en las convenciones colectivas de trabajo y el ejercicio de funciones delegadas por el poder público. El artículo 157 reconoció las convenciones colectivas del trabajo y el artículo 123 incorporó a la justicia del trabajo en la estructura del poder judiciario. […]*

En lo referido a la intervención del estado en la economía, esa herramienta continúa institucionalizada y solidificada por razón de interés público, incluso hasta el punto de que la Unión puede monopolizar industrias y otras actividades de importancia.

A pesar de los incuestionables progresos, ese momento histórico se caracterizó por un fuerte colapso político como consecuencia del suicidio de Vargas, La sucesión presidencial fue polémica, Juscelino Kubistchet acabó presidiendo el gobierno a pesar de algunos intentos de insurrección.

Posteriormente, Jânio Quadros tomaría el relevo en el gobierno y después de siete meses presentaría la renuncia al cargo. Delante de tan inesperada situación, asumió el poder su vicepresidente João Goulart, quien no tuvo apoyos políticos y, como consecuencia de ello, se produjo el golpe del 1 de abril de 1964, que dio origen a un régimen autoritario conculcador de los derechos individuales. Erivaldo Moreira Barbosa (2003, p. 21) hace una exposición de los hechos:

> *Todavía estaba en vigor la Carta Magna de 1946, cuando, el 29 de septiembre de 1961, la enmienda constitucional n.º 4 instituyó el sistema de gobierno parlamentario, con el propósito de restringir los poderes del presidente de la República. Sin embargo, este cambio no tuvo una buena acogida popular y posteriormente fue revocada por*

> *la Enmienda n.º 6 del 23 de enero de 1963, que trajo de nuevo la tradicional fórmula de gobierno presidencialista.*
>
> *Los militares, ya deseosos de dar un golpe de golpe de estado, se aprovecharon de los acontecimientos políticos que estaban ocurriendo y metieron presión para aumentar la inestabilidad política, con el objetivo de tomar el poder por la vía de la fuerza. De este modo, el 31 de marzo de 1964, las fuerzas armadas depusieron a João Goulart de la presidencia de la República e iniciaron una vertiginosa escalada dictatorial. Las fuerzas armadas comenzaron a editar una serie de actos institucionales —todos inconstitucionales— restringiendo los derechos políticos y aumentando las formas de represión. Los actos institucionales, muchos de ellos de puño y letra de los generales, eran decretados sin respetar los más mínimos principios constitucionales.*

Siguiendo el hilo de los acontecimientos, veamos los comentarios Luis augusto Correia de Oliveira (2009, p.21):

> *La historia del Brasil está marcada por giros bruscos en la trayectoria de las instituciones políticas. Fuimos Imperio de la República. Pasamos de la República Vieja para la Era Vargas, que estableció el Estado Nuevo. Entramos en la República Populista marcada por el segundo gobierno de Vargas, por el desarrollo de Juscelino Kubitschek y por las crisis institucionales de los gobiernos Jânio Quadros y João Goulart. Ingresamos en la República Militar Autoritaria que llevó a los militares al poder, quedando marcada por el endurecimiento del régimen, por la represión política e ideológica, pero que lentamente fue caminando hacia una distensión lenta y gradual del régimen hasta llegar a la apertura política.*

La Carta de 1967 se elabora mientras el gobierno del mariscal Humberto de Alencar Castelo Branco da paso a la administración de Artur da Costa y Silva. Fue aprobada por un Congreso Nacional desvirtuado por las arbitrarias inhabilitaciones de parlamentarios opositores al régimen. Acerca de ese texto, veamos lo que comenta João Bosco Leopoldino da Fonseca (2004, p. 120).

> *La Constitución de 1967-69, consecuencia de la Revolución Militar de 1964, estaba impregnada de la ideología de la seguridad nacional. La eclosión y la permanencia de los regímenes de los regímenes militares en América Latina no es una creación de los latinoamericanos, porque la ideología que orientó tal sistema es alienígena. Vino del Norte para el Sur y se llamaba «Doctrina de la Seguridad Nacional», Estaba fundamentada en los principios de la geopolítica adaptada a los intereses del bloque político que creaba para sí un enemigo, Rusia, con el objetivo de estimular el crecimiento y el fortalecimiento del Estado. […] El orden económico y social adquiere un valor teleológico. Tiene como finalidad el desarrollo nacional y la justicia social. El orden enunciativo de los fines del orden económico y social puede no tener una importancia de prioridad de conceptos, pero, en verdad, lo que la Revolución priorizaba, en obediencia a los principios de la*

> *Doctrina de Seguridad Nacional, era la seguridad del Estado. La persona humana no estaba en la primera línea de su pensamiento.*

El régimen militar se extendió de 1964 a 1985 y se caracterizó por la erosión de las garantías constitucionales hasta entonces instituidas, por la censura a los medios de comunicación, por la tortura y la prisión, con la muerte de los opositores al régimen de excepción.

En lo concerniente a los medios de comunicación, las limitaciones del estado fueron graves, se empezaron a intervenir radios, televisiones y periódicos. La explotación de esa actividad quedó restringida a grupos empresariales brasileños, que sufrían con la censura y con las constantes amenazas de perder la explotación del negocio en cualquier momento.

Después de más de una década de gobierno militar, el presidente y general Ernesto Geisel (1974-79), frente a la precaria situación en que se encontraba el país por causa de la elevada deuda externa, de la inflación creciente y del colapso internacional causado por la crisis del petróleo, se vio forzado a promover una lenta y gradual apertura política, enfrentándose incluso a los sectores más conservadores que deseaban la continuidad del régimen. Acerca de ese periodo, Luis Roberto Barroso (2004, p. 10):

> *El Estado brasileño llegó al final del siglo XX grande, deforme e ineficiente, con bolsas endémicas de pobreza y corrupción. Ese fue el Estado que resultó de casi 25 años de régimen militar. Un estado que tomaba dinero prestado del exterior para prestarlo dentro, a bajo interés, para la burguesía industrial y financiera brasileña.*

En 1975 fue eliminada la censura a la prensa. Seguidamente, en 1978, fue restablecido el hábeas corpus.

El entonces presidente Ernesto Geisel tuvo como sucesor al general João Baptista Figueiredo (1979-85). Figueiredo presentó un gobierno que en cierta forma podía considerarse maleable, que necesitó lidiar con el Movimiento Democrático Brasileño (MDB), congregación política de oposición que crecía y se fortalecía vertiginosamente.

En otro orden de cosas, era notoria la insatisfacción de la clase media brasileña con relación al régimen opresor. Hasta 1979 el gobierno no restableció el pluripartidismo.

En 1982, el diputado federal Dante de Oliveira condujo un movimiento que tenía la intención de presentar una enmienda constitucional que pedía la convocatoria de elecciones directas a presidente en el Brasil.

El 25 de abril de 1984, la Cámara de los Diputados votó la conocida enmienda Dante de Oliveira que fue aprobada por mayoría, pero que sin embargo fue insuficiente para alcanzar el cuórum de dos tercios necesarios para la alteración de la Constitución vigente.

Como consecuencia de todo ello, llegó a la calle la campaña «Directas, ya», uno de los más relevantes movimientos políticos de la historia brasileña. La campaña fue liderada el mito de la política brasileña, el entonces diputado federal Ulysses Silveira Guimarães, o simplemente Dr. Ulysses.

El movimiento se ganó la adhesión de la sociedad civil organizada que reclamaba elecciones directas a presidente de la República. En el campo político nación la alianza Democrática, fruto de un proceso de negociación entre el Movimiento Democrático Brasileño (MDB) o el recién creado Partido del Frente Liberal (PFL).

El 15 de enero de 1985, a través de elección indirecta (colegio electoral), el candidato opositor al gobierno militar Tancredo Neves fue elegido presidente de la República.

1.2 La Constitución y el orden económico

El 15 de enero de 1985, a través de una elección indirecta (colegio electoral), el candidato de la oposición al gobierno militar Tancredo Neves fue elegido presidente de la república, Sin embargo, antes de su toma de posesión, muere aquejado de una grave enfermedad. El Congreso Nacional, ante el temor de un nuevo golpe militar, decide que el vicepresidente José Sarney asuma la presidencia. La economía era caótica, la inflación estaba descontrolada y la deuda externa era descomunal, en 1985 la mayor del planeta.

Los planes económicos de José Sarney fracasaron. La tentativa de congelar precios y salarios fue infructuosa y la alteración del sistema cambiario por medio del Plan Cruzado no hizo sino desestabilizar aún más nuestra economía.

La grave crisis económica y la ruptura con el régimen militar exigían de las instituciones brasileñas una nueva fuente normativa para orientar las actividades del estado. En ese estado de las cosas se creó una asamblea nacional constituyente el 1 de febrero de 1987, presidida por Ulysses Guimarães, que como se ha dicho ya lideró el movimiento «Directas [elecciones], ya».

En lo que concierne a los aspectos políticos, la nueva constitución fundó un Estado Democrático de Derecho inspirado en el modelo representado por el artículo 2 de la Constitución portuguesa y se optó por mantener la república como forma de gobierno y el presidencialismo como sistema, si bien para esto último se había previsto una consulta popular.

La nueva Constitución también determinó la realización de elecciones directas para intendente, gobernador de estado y presidente de la República. Asimismo, se fortaleció la tripartición de los poderes, que había sido relegada por la tiranía del gobierno militar. Y además fueron restablecidos institutos jurídicos abolidos en la dictadura, como el mandato de seguridad o el hábeas corpus.

En lo referido al orden económico, en la Constitución de 1988 legisló lo siguiente en su artículo 170:

> *Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre*
>
> *iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados*
>
> *de la Justicia Social, observando los siguientes principios :*
>
> *I soberanía nacional;*
>
> *II propiedad privada ;*
>
> *III función social de la propiedad;*
>
> *IV libre competencia;*
>
> *V defensa del consumidor;*
>
> *VI defensa del medio ambiente, incluso a través de tratamiento diferenciado conforme al impacto ambiental de los productos y servicios y de sus procesos de elaboración y prestación (redacción añadida por la Enmienda Constitucional 42/2003);*
>
> *VII reducción de las desigualdades regionales y sociales;*
>
> *VIII búsqueda del pleno empleo;*
>
> *IX tratamiento favorable para las empresas brasileñas de capital nacional de pequeño porte.*

Después de analizar la redacción de este artículo constitucional, se advierte que el orden económico se fundó en el trabajo humano y la libre iniciativa, revelándose que nuestro estado adoptaba el modo de producción capitalista. También se observó que la finalidad del nuevo orden económico es la de asegurar a todos los ciudadanos brasileños el derecho a un vida digna en un marco de progreso y estabilidad económica.

Coincide en ese razonamiento André Ruiz Tavares (2003, p. 134):

> *Además de aquellos principios fundamentales —libre iniciativa y valor social de la iniciativa humana —enumerado en su encabezamiento, el artículo 170 de la Constitución relaciona en sus nueve incisos los principios constitucionales del orden económico, afirmando que este tiene la finalidad de asegurar la existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social, respetados los siguientes principios: soberanía nacional, propiedad privada, función social de la propiedad, libre competencia, defensa del consumidor,*

> *defensa del medio ambiente, disminución de las desigualdades regionales y sociales, búsqueda del pleno empleo y tratamiento preferente para las empresas de pequeño porte constituidas bajo las leyes brasileñas y que tengan su sede o administración en el país. Estos principios componen un conjunto necesario de instrucciones normativas, debiendo ser respetados y observados por todos lo «poderes», so pena de inconstitucionalidad por acto practicado sin respetar cualesquiera de los principios. Por tanto, serán inadmisibles (inválidas) frente al orden constitucional las decisiones del Poder Judicial que desobedezcan esos principios, como también las leyes y cualesquiera otros actos estatales que establezcan órdenes y directrices normativas que, de cualquier manera, se opongan o violen dichos principios.*

A lo que Roberto Ferreira (2010, p. 965) añade:

> *Ese artículo introdujo el ordenamiento jurídico-económico, mostraba los valores escogidos por la Constitución que se explicitan en su encabezamiento y sus incisos. El encabezamiento del artículo contiene los siguientes valores constitucionales: el valor del trabajo humano, la libertad de iniciativa, la exigencia digna y la justicia social. Esos valores agregan e instrumentalizan la aplicación de los principios generales y económicos referidos en los incisos. Además, esos valores orientan la aplicación de todas las normas constitucionales, del ordenamiento jurídico-económico infraconstitucional y el proceso evolutivo de esas disposiciones en el tiempo, de acuerdo con los cambios de la realidad político, social y económica vigente en el país.*

Inicialmente debemos entender la definición de ordenamiento jurídico-económico como el conjunto de normas que orientan la intervención del estado en la economía. El concepto está delineado en los escritos de André Ramos Tavares (2003, p. 83):

> *La expresión «ordenamiento jurídico-económico» se ha empleado para significar la parcela normativa que se ocupa de regular las relaciones económicas que hay en un estado. Sería, pues, el ordenamiento jurídico de la economía*

En ese sentido, el ordenamiento jurídico-económico sería el instrumento que permite a un sistema económico adecuarse a las normas jurídicas que se ocupan de la materia, con la finalidad de regular la actividad económica y sus principios. Fabiano del Masso (2007, p. 35) lo explica del siguiente modo:

> *El ordenamiento jurídico-económico es una representación estructural cuya finalidad es organizar la realización de la actividad económica en determinada comunidad. Para tal finalidad, el ordenamiento jurídico-económico contempla algunos principios que le dan forma y que deberán definir los límites de la legislación que debe crearse. La interpretación de cualquier norma que forme parte*

> *del ordenamiento jurídico-económico evocará alguno de los principios que lo orientan. De esa manera, el ordenamiento jurídico-económico existe debido a sus fines, los cuales deben constar expresamente. Al ordenamiento jurídico-económico, en verdad, le corresponde también buscar la coherencia en el régimen de reglas creadas para regular diversos aspectos de la actividad económica.*

Continuando con la materia, es ahora Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 348) quien hace su exposición:

> *El Derecho Constitucional Económico tiene como objeto las bases de la organización jurídica de la economía. Su propósito es establecer el control de la economía, porque esta posibilita fenómenos de poder. Así, consiste en las reglas jurídicas que rigen la actuación del individuo, de los grupos y el estado en el campo económico. Comprende, pues, las normas jurídicas básicas que regulan la economía, regulándola, y, especialmente, controlando el poder económico, limitándolo, con el propósito de evitar abusos.*

La exposición de Celso Ribeiro Bastos revela profundidad de conocimientos (2004, p. 58):

> *El derecho económico tiene como objetivo el estudio de las normas que disponen sobre la organización económica de un país, es decir, las leyes que rigen la producción la distribución, le circulación y el consumo de riqueza, Se trata, por tanto, del estudio de las leyes económicas que rigen los precios, la moneda, el crédito o el cambio. Es, de este modo, el derecho de la economía. El derecho económico tiene como objeto de estudio la base de la organización jurídico-económica. Ella, como anteriormente se ha dicho, se refiere también a la intervención del estado en la economía, es decir, a las normas que rigen la política económica estatal.*

Como se ha dicho anteriormente, el marco principal del orden económico en la Constitución Federal es el artículo 170, que presenta los fundamentos, finalidades y principios. Sin embargo, el artículo 176 el que presenta los medios de intervención estatal en la economía. Veamos el citado artículo:

> *Artículo 174. Como agente normativo y regular de la actividad económica, el Estado ejercerá, en la forma de la ley, las funciones de fiscalización, incentivación y planificación, siendo esta determinante para el poder público e indicativa para el privado.*
>
> *1. La ley establecerá las directrices y las bases de planificación de un desarrollo nacional equilibrado, el cual incorporará y compatibilizará los planes nacionales y regionales de desarrollo.*
>
> *2. La ley apoyará y estimulará el cooperativismo y otras formas asociativas.*

> *3. El estado favorecerá la organización de la búsqueda de minerales preciosos en cooperativas, teniendo en cuenta la protección del medio ambiente y la promoción económico social de los buscadores.*
>
> *4. Las cooperativas a las que se refiere el párrafo anterior tendrán prioridad en la autorización o concesión para investigación y extracción de los recursos y yacimientos de minerales extraíbles, en las áreas donde estén actuando, y en aquellas fijadas de acuerdo con el artículo 21, XXXV, en la forma de ley.*

La intervención estatal en la economía con la finalidad de mantener el orden social es una consecuencia de perfeccionamiento del Estado Liberal (en el que raramente se pensaba en la intervención económica), convertido en Estado del Bienestar social, caracterizado por la intervención económica que garantiza los derechos fundamentales subrogados en la Carta Constitucional.

El resultado de esa evolución de estado mínimo a estado regulador se proponía un desarrollo económico basado en el modo de producción capitalista. En este sentido se inscriben los comentarios de José Alfonso da Silva (2010, p. 720):

> *En primer lugar, quiere decir precisamente que la Constitución consagra una economía de mercado, de naturaleza capitalista, pues la iniciativa privada es un principio básico del orden capitalista. En segundo lugar, significa que, aunque capitalista, el ordenamiento jurídico-económico da prioridad a los valores del trabajo humano sobre todos los demás valores de la economía de mercado. Aunque se trate de una declaración de principios, esa prioridad tiene el sentido de orientar la intervención del estado en la economía, con la finalidad de que los valores sociales del trabajo estén presentes, puesto que, al lado de la iniciativa privada, constituyen no solo el fundamento del ordenamiento jurídico-económico, sino de la propia República Federativa del Brasil (artículo 1, inciso IV).*

De esta forma, la Constitución Ciudadana consagró un ordenamiento jurídico-económico compuesto por principios contradictorios, ya que impone al mismo tiempo el capitalismo neoliberal y la intervención del estado en la economía como agente normativo y regulador.

1.3 Principios generales del Ordenamiento jurídico-económico

Dentro de un universo jurídico, lo que denominamos principios son los fundamentos que dirigirán el ordenamiento en su totalidad. Por tanto, son vectores cargados de contenido axiológico y filosófico, puesto que se manifiestan las aspiraciones del legislador y la sociedad. Hay que resaltar que los principios son normas jerárquicamente superiores dentro del ordenamiento jurídico, representando la esencia del propio estado.

En esa línea se inscriben los comentarios de Miguel Reale (1991, p. 299):

> *Principios son las «verdades fundamentales» de un sistema de conocimiento, admitidos como tales por ser evidentes o por haber sido comprobados, pero también por motivos de índole práctica de carácter operacional, esto es, como presupuestos exigidos por las necesidades de pesquisa y de praxis.*

Los principios que rigen la concepción constitucional del ordenamiento jurídico-económico son: libre iniciativa, propiedad, soberanía, libre competencia, igualdad, defensa del consumidor, defensa del medio ambiente, reducción de las desigualdades y búsqueda del pleno empleo y protección a las pequeñas empresas nacionales.

La soberanía es una característica fundamental el estado, pudiendo ser definida con doble acepción: en el ámbito interno consagra la superioridad de la Constitución Federal y de la hegemonía jurídica en la interpretación y aplicación por el estado; y en el plano internacional, manifiesta la concepción de igualdad frente a otras naciones, no habiendo ningún tipo de sumisión respecto a ellas. De este modo, se trata de una definición que atañe a la independencia política del país, ese principio sugiere que las deliberaciones económicas, sean públicas o privadas, deben estar a resguardo de injerencias internacionales.

La propiedad privada está consagrada como principio basilar individual constitucional. Por tanto, es un derecho absoluto (usar, abusar, disponer) que asegura al individuo la apropiación legal de bienes, factores y medios de producción, con el propósito de desarrollar la economía interna del país en consonancia con su función social.

Sobre el tema debatido, esta es la opinión de José Alfonso da Silva (2010, p. 814):

> *[...] Se tiene configurada su directa implicación con la propiedad de los bienes de producción, especialmente imputada a la empresa por la cual se realiza y efectiviza el poder económico, el poder de dominación empresarial. Consecuentemente tanto sentido tiene hablar de función social de la propiedad de los bienes de producción, como de la función social de la empresa, como de la función social del poder económico.*

La libre competencia es el principio maestro de la economía de mercado, Se trata de la real expresión del capitalismo neoliberal, puesto que exacerba la competencia entre los sujetos de la economía y aumenta la libertad de preferencia de los consumidores. En consecuencia, se tiene un mayor valor y calidad de los bienes y servicios. Mencionado atributo prohíbe privilegios derivados del uso arbitrario del poder económico o incluso de intervenciones estatales en la economía. Aborda la cuestión Celso Ribeiro de Bastos (2004, p. 453):

> *En diversos aspectos puede manifestarse la libre competencia, como en el precio de las mercancías o servicios, en la calidad de los mismos, etc. De tal suerte que es esa actividad competitiva de los diversos agentes, que ofrecen en el mercado productos parecidos, lo que lleva*

> *a optimizar los recursos económicos y los precios justos, en la medida en que, por medio de la competencia recíproca, se evitan ganancias arbitrarias y los abusos del poder económico. Es por razón que la Constitución tiene la misión de determinar, por medio de una ley, si se producen acciones que distorsionan la libre competencia, como el monopolio o el oligopolio, para castigarlas. Todas son instrumentos de dominación de los mercados, utilizados por los agentes económicos para escapar de las leyes de libre competencia, asegurando para sí una franja cautiva del mercado o incluso la totalidad del mercado.*

Alegado el principio de combate a las acciones que sirven para el dominio comercial en detrimento de los intereses de los consumidores, a través de prácticas como el monopolio, la el oligopolio, el *dumping*, el *trust* o el cartel. Combatiendo los referidos instrumentos el estado intenta asegurar la libre competencia. Al respecto, Luiz Alberto David Araujo (2001, 375):

> *Los preceptos constitucionales son contrarios a las formas de dominación representadas por los carteles, los* trusts *y los oligopolios en general. Es que el principio busca consolidar una situación «en que las empresas compitan entre sí, sin que ninguna de ellas goce de supremacía en virtud de privilegios jurídicos, fuerza económica o control exclusivo de los recursos. En estas condiciones, los precios de mercado se forman perfectamente por el juego entre oferta y demanda, sin la interferencia predominante de compradores o vendedores aislados». De este modo, el principio de la libre competencia implica la observancia de las siguientes normas: a) facultad de conquistar la clientela siempre que no haya competencia desleal; b) prohibición de conductas que deterioren la competencia; c) neutralidad del estado frente al fenómeno de la competencia, supuesta la igualdad de los competidores.*

El principio de defensa del medio ambiente dice que la actividad económica es constitucionalmente dependiente de la preservación ambiental, e incluso también encuentra previsión legal en el artículo 225 de la Constitución Federal. No se puede justificar la explotación económica en detrimento de la fauna y la flora brasileña, o incluso otros daños ambientales. En primer, hay que proteger el patrimonio ambiental para las futuras generaciones, el desarrollo debe ser sustentable.

En cuanto al principio de la reducción de las desigualdades y la búsqueda del pleno empleo, deben ser analizados bajo tres aspectos: en consonancia con los artículos 1 y 3 de la Constitución Federal, el compromiso del estado relativo al fomento de negocios públicos, pero asegurando el bienestar colectivo; bajo la protección del ordenamiento jurídico-económico constitucional, en calidad de derecho público subjetivo del ciudadano; e, por último, el deber de la Unión de reducir las desigualdades sociales y promover una distribución ecuánime de la riqueza. En este sentido, siguen los comentarios de Manoel Gonçalves Ferreira filho (2005, p. 358):

> *En los países como el Brasil, en el que la mayor parte de la población todavía vive en la pobreza, cuando no en la miseria, es imperiosa la lucha en favor del desarrollo. Esta es, en verdad, condición de justicia social, ya que no es posible asegurar a todo la sociedad una vida digna sin que la producción alcance un alto nivel. Es necesario subrayar, sin embargo, que el desarrollo no es un fin en sí, sino un simple medio para el bienestar general. De esta forma, tiene que ser razonablemente dosificado para que no se impongan a algunos, o incluso a una generación entera, sacrificios sobrehumanos, cuyo resultado solo beneficiaría a generaciones futura, o que solo servirían como medio de ostentación estatal.*

La última cuestión, una de las más importantes para nuestra pesquisa, es la del principio de protección a las pequeñas empresas nacionales. El referido principio impulsa al estado a fomentar e incentivar a la pequeña empresa nacional. En nuestro país son representativas de este principio las siguientes leyes: Ley de Licitaciones, Estatuto Jurídico de la Microempresa y el Régimen Tributario de las Micro y Pequeñas Empresas.

Trata dicho asunto Carlos Montaño (2001, p. 57):

> *[…] Para esto, y considerando las características señaladas, el estado neoliberal desarrolla una medida estratégica central de legitimación del orden y la lógica capitalista, ahora en la órbita de la sociedad civil: el estado promueve la formación de pequeñas empresas y microempresas, que absorben y emplean a una parte importante de las masas desempleadas o expulsadas del mercado formal — promoción que se hace mediante el desarrollo, por parte del estado, de ciertas condiciones sociales (legislación que simplifique y favorezca su creación, que reduzca o exima a las pymes de ciertas obligaciones tributarias, etc.) y financieras (fundamentalmente créditos más accesibles, pero, claro, socializando los costes) para su fomento (cf. Aquaviva, 1986: 183-206 y 269-281), y por medio del estímulo y la subcontratación, vía, fundamentalmente, de programas para la renuncia voluntaria (PDV) y la flexibilización del contrato de trabajo. Por otro lado, para cubrir los vacíos que deja este nuevo estado mínimo, la sociedad civil —o mejor, el llamado «tercer sector»— se organiza en torno a instituciones de promoción de aquellos sectores perjudicados por el mercado (las pymes, en este caso ofreciendo créditos, formación y asesoramiento). Ellas, incluso sin querer, entran en el esquema de «reducción de burocracia» (o privatización) de las áreas económicas, o de «refilantropización» de las áreas «sociales», tomando para sí tales funciones. […]*

De forma complementaria disertan James Marins y Marcelo M Bertoldo (2007, p. 75):

> *[…] figura el principio del estímulo para las microempresas y empresas de pequeño porte. […] Esta norma constitucional, de contenido nítidamente programático (revelado por las locuciones «dispensarán», «definidas por ley» y «en virtud de la ley», presentes*

> *en el texto normativo), añade a la noción de «tratamiento jurídico diferenciado»al postulado de l estímulo contenido en el artículo 170. Entendida en su aspecto sistemático, la idea del estímulo contiene sentido material, relativo a las ventajas económicas, tributarias, competitivas o de mercado que puedan ser concedidas, mientras que el tratamiento diferenciado se dirige literalmente a los incentivos formales, relativos a la simplificación o eliminación de barreras burocráticas, administrativas, previsionales o crediticias. Por ejemplo, conceder créditos a bajo interés a las micro y pequeñas empresas es «concesión de estímulos»; ventaja de naturaleza material; simplificar exigencias formales para la concesión del mismo crédito es «tratamiento jurídico diferenciado», incentivo meramente formal.*

Así concluye el capítulo introductorio, cuyo objetivo es contextualizar históricamente la evolución del ordenamiento jurídico-económico constitucional e interrelacionar sus principios con la actividad del micro-emprendedor individual y la de las pequeñas empresas. Este tratamiento permite ampliar el campo de interpretación de los factores que culminaron con el nacimiento de las legislaciones que favorecen al micro-emprendedor individual. Por consiguiente, se trata de ver cómo repercute el sistema productivo capitalista macroeconómico en el dominio microeconómico.

En ese ambiente, es la contribución del estado para compatibilizar las cuestiones sociales con las económicas, a pesar de que parece una paradoja, caminan juntas en el ordenamiento jurídico-económico constitucional. No hay dudad de que el aparato estatal, a pesar de sus deficiencias, en su naturaleza busca el desarrollo económico sustentable, el bienestar y el interés público.

CAPÍTULO II

LA IMPORTANCIA SOCIOECONÓMICA DE LA GLOBALIZACIÓN Y OTROS FENÓMENOS

El objetivo de este capítulo es analizar conceptual y temporalmente la globalización e comprender sus impactos en el derecho y la economía brasileña. Asimismo, se verifica el desarrollo de del liberalismo en la coyuntura de la globalización y la democracia. El capítulo está subdividido en dos parte. La primera hace referencia a la parte histórica en consonancia con la evolución de la doctrina neoliberal y, en la segunda, estudia de modo comparativo el proceso de globalización y el derecho.

2.1 Globalización neoliberal y su reflejo en las democracias

Etimológicamente, la palabra globalización proviene de la inglesa *globalization.* Veamos la definición lingüística de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2015, p. 208) sobre el término «globalización»: 1. Acto o efecto de globalizar; 2. Proceso típico de la segunda mitad el siglo XX que condujo a la creciente integración de las economías y las sociedades de varios países, especialmente en lo referente a la producción de mercaderías y servicios, a los mercados financieros y a la difusión de informaciones. En el contexto de la literatura científica, veamos el concepto de la Boaventura se Sousa santos (2002, p. 11):

> Se trata de un proceso complejo que atraviesa las más diversas áreas de la vida social, de la globalización de los sistemas productivos y financieros a las prácticas de información y comunicación, de la erosión del estado nacional y el redescubrimiento de la sociedad civil al aumento exponencial de las desigualdades sociales, de los grandes flujo de migración internacional, como emigrantes, turistas o náufragos, al protagonismo de las empresas multinacionales y las instituciones financieras multilaterales, de las nuevas prácticas culturales e identitarias a los estilos de consumo globalizado.

Dentro de ese conjunto, están inmersos el capitalismo y la democracia, que constituyen dos términos paradójicos, pero que coexisten en la actualidad, a pesar de que el primero trata de la economía y el segundo de la política. No vamos a entrar en detalles acerca de la construcción histórica de la democracia, pues no es el objetivo de este estudio, pero si se antojan necesarias algunas breves consideraciones para poder presentar una línea de pensamiento coherente. En cuanto al capitalismo y su desarrollo en la actualidad, debemos exponer una síntesis de la evolución del liberalismo económico para que seguidamente podamos hacer confluir los dos conceptos en el estudio.

La democracia, en cuanto que ideología política, nación en la Grecia antigua y se fue perfeccionando a lo largo de la historia, de una forma no lineal, hasta llegar a los días de hoy, como

régimen político viable para los grandes países del mundo. Veamos la reflexión de Norberto Bobbio (1998, p. 139) sobre la democracia:

> *En la teoría de la democracia confluyen tres grandes tradiciones históricas. En la teoría contemporánea de la democracia confluyen tres grandes tradiciones del pensamiento político: a) la teoría clásica, divulgada como teoría aristotélica, de las tres formas de gobierno, según la cual la democracia, como gobierno del pueblo, de todos los ciudadanos, o sea, de todos aquellos que gozan de los derechos de ciudadanía, se distingue de la monarquía, como el gobierno de uno solo, y de la aristocracia, como gobierno de unos pocos; b) la teoría medieval, de origen «romana», apoyada en la soberanía popular, en la base de la cual hay la contraposición de una concepción ascendente a una concepción descendente de la soberanía conforme el poder supremo deriva del pueblo y se vuelve representativo o deriva del príncipe y se transmite por delegación del superior al inferior; c) la teoría moderna, conocida como teoría de Maquiavelo, nacida con el estado moderno en la forma de grandes monarquías, según la cual las formas históricas de gobierno son esencialmente dos: la monarquía y la república, y la antigua democracia no es más que una forma de democracia (la otra es la aristocracia), en la cual se origina el intercambio característico del periodo prerrevolucionario entre ideales democráticos e ideales republicanos y el gobierno genuinamente popular es llamado república en lugar de democracia. El problema de la democracia, de sus características, de su importancia o su irrelevancia es, como se ve, antiguo. Tan antiguo como la reflexión sobre las cosas de la política, ha sido discutido y reformulado en todas las épocas. De tal modo esto es verdad, que un examen del debate contemporáneo en torno al concepto y el valor de la democracia no puede prescindir de una referencia, aunque sea rápida, a la tradición.*

La doctrina democrática se concibe de tres formas, que representan a tres vertientes históricas, a saber: clásica, medieval y moderna. En la Grecia Antigua, las reformas de Solon, Clístenes e Pericles constituyeron la origen de la teoría de la democracia centrada en el gobierno mundial de los ciudadanos. Fue en Atenas, en el periodo conocido como «siglo de Pericles, cuando la democracia alcanzó su auge. Para Pericles, la democracia garantizaba la libertad de todos los ciudadanos, la igualdad a través de la directa y la supremacía de las leyes. Hay que resaltar que en ese momento, la definición de ciudadano era bastante restringida, se ceñía a los hombres adultos, nacidos libres y de progenitores atenienses. En la vida de la polis eso quería decir que los asuntos militares y políticos eran competencia de los ciudadanos, mientras el trabajo era asunto de esclavos. La democracia floreció en diversas Ciudades-Estado Griegas. Con la expansión de Macedonia y, posteriormente, la romana, la democracia fue eliminada temporalmente.

La idea de democracia resurge en la Edad Media en algunas repúblicas de Lombardía, en el siglo XIII, y tiene como principal exponente la obra *El defensor Pacis de Marsilio De Padua.*

En la Edad Moderna, Nicolás Maquiavelo y los filósofos iluministas Rosseau, Montesquieu, Voltaire, Hobbes, Locke, entre otros, participaban en el debate político que combatía el absolutismo monárquico a través de la Revolución Gloriosa (Reino Unido, la Revolución Francesa y la independencia de las 13 colonias inglesas en EEUU. La democracia moderna reposa en la idea del liberalismo político con énfasis en el ciudadano, que en ninguna hipótesis debe ser confundido con el liberalismo económico, pues son teorías diferentes. En este periodo, surgió la dicotomía república o monarquía y democracia o autocracia. Ahora la concepción de ciudadano es más amplia que en aquella de Atenas, en ese caso está definida por el ciudadano que goza plenamente de ses derechos políticos y civiles, circunstancia que amplió la aplicación de la doctrina democrática moderna.

La concepción contemporánea de democracia que adopta esta pesquisa es la Norberto Bobbio (2000, p. 30):

> *[...] el único modo de llegar a un acuerdo cuando se habla de democracia [...] es el de considerarla como contrapuesta a todas las formas de gobierno autocrático, es el de considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado a tomar las decisiones colectivas y qué procedimientos ha de seguir.*

En lo que se refiere al capitalismo, fundado en las vertientes de la acumulación de capitales y en las leyes liberales de mercado, este aleja la efectiva ciudadanía de los sectores menos favorecidos de la sociedad, aumentando la exclusión social y, en consecuencia, haciendo inviables los objetivos de la doctrina democrática. Así, la economía se manifiesta aisladamente, despolitizada y sin finalidad social.

Acerca de la correlación de fuerzas entre la economía de mercado y el estado-nación tenemos que ver qué comenta Loic Wacquant (2001, p. 135):

> *La «mano invisible» del mercado de trabajo precarizado encuentra su complemento institucional en el «puño de hierro» del estado que se reorganiza de modo que pueda estrangular los desórdenes generados por la propagación de la inseguridad social.*

Así, el capitalismo defiende intensamente la separación entre la esfera económica y política. Es necesario subrayar que históricamente el estado, que ha sido utilizado como herramienta de intervención en el medio económico a partir de la defensa de la igualdad entre los ciudadanos y de la libertad jurídica, concibe un vínculo entre explotadores (dueños de los medios de producción/instrumentos de trabajo) y los explotados (poseedores de la fuerza de trabajo/trabajo propiamente dicho).

En ese sentido se encuadra el comentario de Ellen Wood (2003, p. 200):

> *[...] de la economía haber adquirido vida propia, completamente fuera del ámbito de la ciudadanía, de la libertad política o de la responsabilidad democrática», incluso porque «la esencia de la "democracia" moderna no se vincula tanto al hecho de haber abolido el privilegio o extendido los privilegios tradicionales a la multitud, cuanto al de haber tomado prestada una concepción de libertad creada para un mundo en el que el privilegio no es un problema, en un mundo en que la condición política o jurídica no es determinante principal de nuestras oportunidades de vida y en el que nuestras actividades y experiencias están en gran parte fuera del alcance de nuestras identidades políticas y legales, libertad definida en esos términos que deja muchas cosas sin explicar. [...] La manera característica con que la democracia liberal trata esa nueva esfera de poder no es restringirla, sino libertarla. De hecho, el liberalismo ni siquiera la reconoce como una esfera de poder o coerción. Eso se refiere principalmente a la relación con el mercado, que tiende a ser considerado como esfera de libertad, de elección, incluso por aquellos que sienten la necesidad de regularlo.*

De este modo, al restringir la idea de democracia a la concepción del liberalismo político quedó patente un diálogo entre los poderes político, jurídico y económico. En la práctica, lo que tenemos es una globalización de la pobreza y no de la riqueza, como en los casos de la mundialización del desempleo masivo, del racismo, la debilitación de las leyes y el aumento de la degradación ambiental. En realidad, la democracia está en fase de consolidación y tiene que hacer frente a incontables obstáculos para que su ejercicio sea pleno, resulta una abstracción distante de su efectivización. David Beetham (1994, p. 27) profundiza en la cuestión:

> *Una concepción meramente abstracta de democracia, o una simple formulación de ideas y principios democráticos, es de valor limitado, a no ser que podamos demostrar que estos principios pueden ser puestos en práctica, llegando a toda la sociedad, y cómo pueden ser históricamente encarnados en las instituciones a través de las cuales sucesivas generaciones han intentado «democratizar» el enorme poder del estado moderno.*

La propia concepción del liberalismo establece limitaciones a los poderes y funciones del Estado. La interferencia liberal en las en las democracias acarrea un sinfín de violaciones de las garantías fundamentales y los derechos establecidos.

Se ocupa de la cuestión con propiedad José María Gómez (2000, p. 18):

> *Para una mayo especificación conceptual, Gómez (op. cit. p. 56-57) atribuye cinco criterios a la «globalización»: a) propagación de actividades sociales, económicas y políticas a través de las fronteras nacionales, de modo que los sucesos acontecidos y las decisiones tomadas en una parte del mundo tienen un impacto automático en otros lugares distantes.; b) intensificación o incremento de densidad de flujos y pautas en y entre los estados y sociedades que constituyen*

> *el moderno sistema mundial; c) profundización y entrelazamiento entre lo local, lo nacional, lo regional y lo global, que vuelven cada vez más confusa la distinción entre externo e interno de esos ámbitos; d) destaca un conjunto de problemas transnacionales, caracterizados por las interconexiones globales, al mismo tiempo que aumenta su visibilidad y consciencia, de modo que solo pueden ser resueltos mediante una acción conjunta entre estados e instituciones y mecanismos multilaterales de reglamentación; e) configuración de una madeja de relaciones de interdependencia, activa y contingente, compleja e inestable, entre estados, instituciones, corporaciones económicas transnacionales, organizaciones no gubernamentales y todo tipo de asociaciones y movimientos sociales que constituyen un sistema global.*

Las fronteras y los límites geopolíticos de los estados han desaparecido gradualmente, debilitando la noción de soberanía. De este modo, los flujos internacionales modifican el estado-nación. La verdadera contradicción entre la democracia liberal y el estado de las cosas presente es que coarta la acción del estado en materia de derechos sociales y control del mercado.

José María Gómez (2002, p. 52) analiza en profundidad el tema:

> *[…] las cuestiones y categorías centrales de la teoría y práctica de la democracia contemporánea resultan indisociables de la figura del estado-nación: el consenso y la legitimidad del poder político; la base político-territorial del proceso político; la responsabilidad de las decisiones políticas; la forma y el alcance de la participación política; y hasta el propio papel del estado-nación, como garantía institucional de los derechos y deberes de los ciudadanos y los procesos en curso de la globalización, están desafiando los fundamentos y principios políticos del estado-nación y de la paz de Westfalia, y, por extensión, de la propia democracia y ciudadanía.*

Y finaliza José María Gómez (2000, p. 138):

> *Es necesario construir un proyecto de democracia cosmopolita, sustentado tanto en las garantías constitucionales y normas que aseguren representación y participación de carácter regional y global, cuanto en las acciones deliberativas y en red que expandan y densifiquen una esfera pública sobre las más variadas cuestiones relevantes (derechos humanos, paz, justicia distributiva, género, biosfera, salud, etc.).*

Se discute ampliamente cuáles fueron los avances del liberalismo en un escenario marcado por la fragmentación del sistema de leyes en vigor, de la erosión del orden social y la falta de reparto de la riqueza. En verdad, todo esto ha creado una crisis de identidad de la civilización.

Se sabe que uno de los elementos constituyentes del Estado Democrático de Derecho es la seguridad jurídica, que se ve acorralada por el liberalismo desmedido. Ante este hecho, la noción de

estado liberal de derecho tiene que ser doblegada por la concepción del estado democrático de derecho, instituyendo un ordenamiento jurídico que promueva el progreso social.

De forma significativa, se verifica la recesión de la economía de los países desarrollados —en el continente americano puede citarse los EEUU y en Europa, Portugal—, las consecuencias del liberalismo económico se han extendido por todo el mundo.

En la actualidad, los mercados son los principales reguladores de los límites de la política, cabiendo a los estados la ardua tarea de hallar los medios adecuados para fomentar la economía, aumentar las exportaciones y expandir su presencia en el mercado. Este proceso de globalización ha impulsado una nueva forma de actuación del estado.

Habida cuenta de que las economías se encuentran cada vez más abiertas y autónomas y presentan una mayor dificultad para desarrollarse, los países deben regular la actividad económica para evitar un colapso en sus finanzas. A pesar de que resulta inevitable el nuevo orden económico mundial, consecuencia de ese fenómeno construido a los largo de las últimas décadas que se llama globalización, nos cabe a los ciudadanos, como representantes de la nación, la defensa de la economía nacional si queremos asegurar a las próximas generaciones una mejor calidad de vida. No hay duda de que la globalización es consecuencia directa de la modernización.

Sobre ese estado de las cosas diserta Anthony McGrew y Paul Lewis (1992, p. 22):

> *La globalización se refiere a la multiplicidad de conexiones e interrelaciones entre los estados y las sociedades que constituyen el sistema a escala mundial. Describe el proceso por el cual los sucesos, las decisiones y las actividades de una parte del mundo acaban por tener consecuencias significativas para los individuos y comunidades en otra parte del planeta. La globalización presenta dos fenómenos diferentes: objetivo (o alcance) e intensidad (o profundización). Por un lado, define un conjunto de procesos que afectan a la mayor parte del planeta o que actúan a escala mundial; por tanto, el concepto tiene una connotación espacial. Y por otro lado, también implica una intensificación de os niveles de interacción, interconexión e interdependencia entre los estados y las sociedades que constituyen la comunidad mundial. En concomitancia, a la par que el ensanchamiento geográfico, se da una profundización de los procesos globales. Lejos de ser un concepto abstracto, la globalización articula una de las características más familiares de la existencia moderna. Claro que la globalización no significa que el mundo se esté volviendo políticamente más unido, económicamente interdependiente o culturalmente homogéneo. Tanto su extensión como su intensidad son bastante diferenciadas en sus consecuencias.*

No se sabe con certeza cuando nació la idea de la globalización, aunque se ha constatado que ese fenómeno no ocurrió de forma lineal, sino por la concurrencia de una serie de factores económicos, políticos y científicos. Tal fenómeno evidencia el propósito de solucionar las

dificultades de la colectividad en la coyuntura universal basada en la flexibilización de la doctrina de las fronteras.

Refuerza esta tesis Anthony Giddens (2000, p. 52):

> *La globalización puede definirse como la intensificación de las relaciones sociales a escala mundial, relaciones que unen localidades distantes de tal forma que los sucesos locales son el eco de lo que ocurre a muchos kilómetros de distancia y viceversa. Este proceso es dialéctico porque las coyunturas locales pueden seguir un rumbo opuesto al de las circunstancias que, en un lugar distante, las determinaron. La transformación local forma parte de la globalización tanto como la extensión lateral de los vínculos sociales a través del espacio y el tiempo.*

En el transcurso de la historia universal, hay numerosos ejemplo de imperios que ansiaban la dominación mundial, es decir, la expansión ilimitada de sus fronteras mediante la conquista de otros países de menor potencial bélico.

En la Antigüedad, podemos citar varios ejemplos de vocación imperial, como los de los Imperios Chino y Romano. En la edad moderna, podemos referirnos a las políticas expansionistas de España y Portugal, que sobrevino por la confluencia de varias circunstancias: la constitución del estado moderno (campo político), la eclosión del capitalismo comercial (campo económico) y el descubrimiento de nuevos instrumentos de navegación (campo científico). La expansión económica europea generada por el desarrollo de la navegación, que posteriormente daría pie a la primera revolución industrial, centrada en la producción textil y el empleo de la máquina de vapor.

Así, el primer ciclo de globalización tuvo su origen en el intento de encontrar una ruta marítima para llegar a las Indias, que concluyó con el descubrimiento del continente americano. Con la explotación de las colonias americanas se estableció el mercantilismo a escala mundial, fenómeno que impulsó el auge del tráfico de esclavos.

En lo referido a la esfera política del referido periodo, el absolutismo monárquico tenía la hegemonía. Se caracterizaba por la centralización del poder en manos de un rey. En el campo económico, la doctrina dominante era un mercantilismo marcado por los incentivos fiscales, los monopolios y un fuerte proteccionismo estatal.

El segundo ciclo se inicia en el siglo XVIII con el proceso de industrialización impulsado por Inglaterra que culminó con la aparición de una nueva clase social, la burguesía.

Con el paso del tiempo y la consolidación de la economía global, Europa de fortalece cada vez más como centro del mundo y con el desarrollo de nuevas técnicas de producción aparecieron las nuevas concepciones sociopolíticas. Las nuevas revoluciones liberales, como la revolución inglesa (1640-88) y la revolución Francesa (1789) cambian las coyunturas mundiales política y

económica, con la preeminencia del modo de producción mercantil liberal. También hubo un aumento de actividad de los bancos como instrumento de relaciones financieras; la nueva burguesía industrial y bancaria comienzan a dominar la esfera política. El proteccionismo estatal, hasta entonces defendido por el estado absolutista, empieza a ser rechazado y su lugar en el campo económico es ocupado por la política de libre mercado que han elaborado los economistas liberales.

En la esfera política, las revoluciones francesa y americana alteran el cuadro social. La clase media se fortalece y la clase alta es cada vez más dominante. A la clase baja no le queda otra que aceptar la explotación creciente por parte del empresario europeo, quien a su vez concentra cada vez más riqueza. Ese periodo se caracterizó por la fuerte emigración de los europeos pobres a América, que se proponía satisfacer la demanda de empleo que había generado la industrialización (polo productor), situación que convertiría a Europa en el gran polo consumidor.

Como se ha dicho anteriormente, en las dos últimas décadas vimos una intensa transformación de las sociedades contemporáneas, fundadas en una estructuración de sociedad global de corte capitalista. Al hablar de globalización, no se abordan suficientemente las cuestiones centradas en la economía, como la producción y distribución de bienes y servicios, en la política, como el control del ejercicio del poder y el fomento de la igualdad social, y en la cultura, como la interacción de valores, creencias y religiones.

Sin embargo, todo este fenómeno solo fue posible gracias a una conjunción de factores que se dan al final de la década de los 80 del siglo pasado, circunstancia que generó una serie de transformaciones económicas y políticas de enorme calado.

El hecho fundamental fue el final de la Guerra Fría, que permitió la despolarización de las relaciones entre la Unión Soviética (defensora del modo de producción socialista) y los EEUU (defensor del modo de producción capitalista, que culminó con el colapso y la desaparición casi total del socialismo en el planeta. En consecuencia, se estableció la hegemonía neoliberal favorecida por el poderío militar y político estadounidense. Veamos lo que comenta Arnaldo Sampaio de Moraes Goduy (2004, p. 27):

> *La globalización o el proceso de mundialización del capital engendra un escenario que toma el lugar del mundo dividido de la Guerra Fría, que presenció un conflicto permanente entre estructuras socialistas y capitalistas, con victoria de estas últimas. Durante el conflicto entre EEUU y Rusia, la cuestión era saber de qué lado estaban los otros países; hoy el interrogante se refiere el nivel y la extensión de socios comerciales.*

En el mismo periodo, se produjo la III Revolución Industrial, que consistía en la evolución de la informática y las comunicaciones, así como la idea todavía embrionaria de construcción de los bloques económicos como la Unión europea o el Mercado Común del Sur. De este modo, la concepción de globalización está fundada en la territorialidad y las formas de organización social.

De forma relevante, en un ambiente de economía neoliberal, las vertientes del proteccionismo son cuestionables. Esto sucede cuando las empresas fortalecidas por el capitalismo usan su poder para rechazar cualquier tipo de proteccionismo estatal. De ese modo, uno de los principales elementos del ideario neoliberal es separar la economía del estado, es decir, ausencia de regulación estatal de la economía, pues el mercado conserva el orden natural del sistema. Según Otávio Ianni (1997, p. 139), neoliberalismo puede entenderse como:

> *El neoliberalismo es antes que nada una expresión de la economía política de la sociedad global. Se forjó en la lucha con el estatalismo, el planeamiento, el proteccionismo, el socialismo, en defensa de la economía de mercado, de la libertad económica concebida como fundamento de la libertad política, condición de prosperidad colectiva e individual.*

Refuerza esta visión David Ibarra (2011, p. 239):

> *El neoliberalismo propugna la reducción del intervencionismo estatal y el radio de acción de la política, al crear impedimentos a la libertad individual y ser una fuente de corrupción. En el orden nacional, el* desideratum *se fija en el funcionamiento automático de la economía y los mercados, libres de toda distorsión gubernamental o de ciudadanos organizados colectivamente. Y, en el orden internacional, se concibe la globalización como el proceso capaz de instaurar un orden cosmopolita (económicamente eficiente), más allá de la política, como si eso fuese posible. En síntesis, la utopía neoliberal exalta las virtudes abstractas de los mercados, de los premios a los más aptos, de la competitividad, de la eficiencia, de las ganancias, de los derechos de la propiedad y de la libertad de contratación. Crítica, en contrapartida, la intervención estatal y la propia política, tachándolas de perniciosamente e ineficientes. Así, se articulan las tesis y se prepara el salto a la idea de que los merados constituyen la piedra angular de un sistema social ideal, automático, que garantice el bienestar y la prosperidad.*

Por otro lado, cuando las empresas están en dificultades económicas intentan que el estado intervenga directamente en el dominio económico para que su sector vuelva a recuperar la salud. En la perspectiva neoliberal, la disminución de la intervención estatal en el ámbito económico consistiría en la innovación y beneficios ligados a la producción. Para buena parte de la doctrina de la globalización equivale a imperialismo. Es así para James Petras (2007, p.13):

> *Actualmente, a diferencia del pasado, el poder imperialista penetra en todas las áreas geográficas y en todos los aspectos de la vida socioeconómica. Las corporaciones multinacionales y los bancos dominan no solo los mercados de mercaderías y financieros, las principales redes locales e internacionales, sino también la manipulación genética de alimentos, la producción y comercialización masivas de «productos» culturales. Las fuerzas militares de los países están dirigidas por generales de los cuarteles*

> *euro-norteamericanos. La marca del «éxito» cultural y educativo debe ser «certificada», «reconocida» y financiada por los líderes culturales en los centros culturales del imperio euro-norteamericano. El imperialismo es un fenómeno polifacético.*

En ese momento de globalización, la conjunción de técnica y ciencia fue fortalecida gracias a los avances del mercado y los recursos de la información. Ese periodo de transnacionalización económica solo está direccionado hacia el mercado global, aprovechando la fluidez de los territorios y del espacio mundial.

En especial, se comprueba el declive del poder del estado en esta época de globalización económica. El estado perdió la soberanía financiera al no tener el control de los tipos de interés, del régimen cambiario o las tarifas, por poner tres ejemplos. Se verifica, también, que el déficit presupuestario y la deuda estatal ja no se definen internamente, pues están sujetos a una confluencia de factores externos. En razón de estas circunstancias, el gobierno se ve incapaz de atender demandas sociales como el acceso a la vivienda, la salud o la educación de calidad

2.2 Globalización y derechos

Los procesos de globalización tienen en el derecho un instrumento de integración y comprensión de las sociedades modernas, tanto a nivel nacional como a nivel global. Hoy en día, resulta muy visible la fructífera relación entre el derecho y la globalización, especialmente por razones que estudia la sociología del derecho.

El conocimiento de la globalización económica solo puede ser comprendido en consonancia con la concepción jurídica del orden económico mundial, que se establece como un desafío que debe ser estudiado por las ciencias jurídicas y sociales. Veamos la opinión de Luiz Fernando Coelho (2001, p. 33):

> *El nuevo paradigma que se constituye en horizonte contemporáneo de las ciencias sociales, incluso la jurisprudencia, es por lo tanto una dialéctica de esos tres vectores: la cibernética, referida al control de las conductas; la globalización; referida a la comunicación; y el binomio capitalismo/neoliberalismo referido a los espacios político, económico y ético de la sociedad. Esos factores repercuten en la época actual e interfieren en la comprensión del derecho, como, además, lo hace con relación a todos los aspectos de la vida humana.*

En lo tocante a la construcción teórica entre globalización y derecho podemos presentar inicialmente cuatro abordajes. La doctrina de la política mundial entiende la globalización como una confluencia de leyes y derechos internos inmersos en la coyuntura internacional.

Con el paso del tiempo, las sociedades modernas avanzan en lo cultural y acaban institucionalizando un grupo normativo universal. De este modo, mientras los actores

internacionales son los generadores de reglas universales, los actores nacionales son los responsables de la ejecución de tales normas.

Seguidamente presentamos la doctrina del sistema-mundo, contrapuesta a la demasiado utópica de la política mundial. Según esta teoría, la economía y el mercado que gobiernan las relaciones entre países presentando el derecho como mero producto, consecuencia indirecta del movimiento transnacional.

De este modo, habría un orden mundial de la economía que se articularía clasificando a los países en tres grupos: centro, periferia y semiperiferia. El centro de ese sistema estaría representado por las grandes potencias económicas, que establecerían normas económicas diferenciadas a los integrantes de los demás grupos.

En la práctica, se trata de una transfiguración de la geopolítica mundial basada en la concentración de capital y la división del trabajo. Por tanto, en la historia mundial los países centrales han tenido un peso mayor y estas naciones desarrolladas alternan periodos de dominio con otros de decadencia con el paso de los siglos, como ocurre, por ejemplo, con Holanda, Reino Unido y los EEUU. Ilustra esta idea Fernand Braudel (1996, p. 40):

> *En efecto, el centro de la economía mundial se halla siempre, fuerte, agresivo, privilegiado, un estado fuera de serie, activo, al mismo tiempo temido y admirado. En el caso de la Venecia del siglo XV; de la Holanda del siglo XVII, de la Inglaterra de siglo XVIII y todavía más del siglo XIX; y de los EEUU en la actualidad. Podrían esos gobiernos «del centro» dejar de ser fuertes. Immanuel Wallerstein se tomó el trabajo de probar que no, a propósito del gobierno de las Provincias Unidas, en el siglo XVII, que contemporáneos e historiadores se hartaron de decir que era casi inexistente. Como si la posición central por sí sola no crease o no exigiese un gobierno eficaz. Como si gobierno y sociedad no fuesen un único conjunto, un mismo bloque. ¡Como si el dinero no crease una disciplina social y una facilidad de acción extraordinaria!*

Hay una expectativa de que en los tiempos actuales veamos el declive de la hegemonía norteamericana, posibilitando el auge de un nuevo país o de un bloque de países, consecuencia de la gran exigencia del capitalismo transnacional. Inmerso en ese fenómeno económico, algunos países se unieron y formaron bloques económicos regionales con la finalidad de expandir las relaciones comerciales entre los estados miembros. A título de ejemplo, podemos citar a la Unión Europea o el Mercosur.

Si observamos otro aspecto, tenemos la teoría poscolonialista que propone establecer una comparación entre colonialismo y la globalización, considerando sus elementos equivalentes y divergentes. En los tiempos del colonialismo era inconcebible la idea de un derecho transnacional horizontal, o sea, enfocando las relaciones de equivalencia.

En esa realidad la idea era la de un derecho transnacional vertical y bilateral fundado en la fuerza de la metrópoli que regía el ordenamiento jurídico de la colonia. En la actualidad, la idea del colonialismo no habría sido abolida con el fin de las colonias, solo transmutada en un nuevo formato de dominación ideológica y política capaz de atravesar las fronteras de los países, deteriorando la soberanía nacional.

De ese modo, el derecho de la metrópolis alcanza un nivel global, mientras que se margina el derecho de las colonias, que es considerado caduco, quedando relegado a un segundo plano. De este modo, las interacciones globales servirían primordialmente para aumentar la distancia entre las potencias mundiales y los países subdesarrollados, aumentando exponencialmente las desigualdades sociales y la concentración de poder.

Reflexiona sobre el tema Ramón Grosfoguel (2007, p. 219):

> *Colonial no se refiere solo a «colonialismo clásico» o «colonialismo interno», ni puede ser reducido a la presencia de una «administración colonial». Quijano distingue «colonialismo» y «colonialidad». Yo uso la palabra «colonialismo» para referirme a las «situaciones coloniales» generadas por una administración colonial, como el periodo del colonialismo clásico, […] uso «colonialidad» para tratar situaciones coloniales en el periodo actual en el que las administraciones coloniales ya fueron prácticamente erradicadas del sistema y el mundo capitalistas. Por «situaciones coloniales» quiero decir la explotación/presión cultural política, sexual, espiritual, epistémica y económica de los grupos étnico/racionalizados subordinados a grupos étnicos/racionalizados dominantes, con o sin la existencia de administraciones coloniales. […] Con la descolonización jurídico-política pasamos de un periodo de «colonialismo global» para el actual periodo de «colonialidad global». Aunque las administraciones coloniales hayan sido casi totalmente eliminadas y la administración de la periferia está en manos de estados independientes, no europeos, las personas todavía están viviendo bajo la cruel explotación europea/euroamericana. Las antiguas jerarquías coloniales de europeos contra no europeos continúan vigentes y se mezclan con la «división internacional del trabajo» y la acumulación de capital a escala global.*

La doctrina del derecho y el desarrollo económico señala el derecho como mera herramienta de expansión financiera. Esta tendencia teórica sería la que más se aproxima a la realidad del mercado global y marca la necesidad de transmutación del ordenamiento jurídico para atender a esa arquitectura económica, puesto que los mercados sustituyeron a los estados nacionales como motores de progreso de economía. Consecuentemente, se necesita una legislación fuerte que proteja el derecho tributario y comercial para salvaguardar las relaciones económicas transnacionales.

La idea de globalización hizo arcaica la definición tradicional de soberanía en el sentido de que un estado puede sufrir injerencias de otros estados u organismos internacionales. En relación con esa realidad nace la concepción de derecho de internacional de la integración.

La globalización de la sociedad capitalista, al debilitar el estado, permitió una coerción económica enmascarada el ordenamiento jurídico interno. La línea que defiende la teoría del derecho y el desarrollo económico no se adecua a la concepción moderna de derecho. Es inaceptable que el ordenamiento jurídico de un país esté subordinado al mercado internacional. Ese es el enfoque de Celso Fernandes Campilongo (1999, p. 92):

> *[…] si el sistema jurídico fuese responsabilidad de la globalización, confundiéndose con la imposición de la ley del más fuerte, con los procedimientos financieros o con las prácticas comerciales internacionales, o sea, con el sistema económico, no habría razón para que continuase siendo llamado derecho o para que se distinguiese de la economía. […] reducir el derecho a la economía o a la política es sucumbir a formas difusas de autoritarismo.*

Siguiendo con ese planteamiento, el proceso de globalización puede verse tanto como herramienta de integración como de exclusión, por eso es necesario un derecho internacional de la integración, que, en lo fundamental, se proponga mantener un ordenamiento jurídico internacional duradero. En consecuencia, es primordial que el derecho se actualice para ser eficaz en el escenario creado por la economía global, presentando una nueva perspectiva que satisfaga las demandas de la sociedad moderna, lo que en la realidad se ha revelado impracticable. Este enfoque de instrumento de exclusión es tratado por Philipe Paraire (1999, p. 145):

> *[…] este proceso, que en este final del siglo XX corresponde a una victoria estratégica del capitalismo en terreno socialista y no alineado, se basa en una utopía asesina, la globalización, cuyas primeras aplicaciones han tenido un balance negativo, en todos los campos, para el futuro del planeta […]*

La visión que contempla Philippe Paraire es conocida cono antiglobalización, fenómeno contemplado caracterizado por la confluencia de dos factores: el anticapitalismo y el antiamericanismo.

Con profundidad aborda el asunto José Eduardo Faria (2002, p. 9):

> *En este escenario altamente cambiante, el derecho positivo —tal como ha sido entendido tradicionalmente, como un ordenamiento jurídico del estado-nación— comenzó a enfrentarse a un dilema cruel: preocuparse con la su integridad lógica o con su racionalidad formal, frente a todos esos cambios profundos e intensos, corre el riesgo de no seguir el ritmo de los acontecimientos, de ser funcionalmente ineficaz y, es final, de acabar siendo víctima del desprecio y la indiferencia sociales, y, en los casos extremos, incluso*

> *ser desechado; en caso de que caiga en la tentación de intentar controlar y someter directamente todos los sectores de la vida política y económica, cada vez más tensa, inestable, imprevisible, heterogénea y compleja, sustituyendo la preocupación por su unidad dogmática por un interés en su eficiencia instrumental, directiva o reguladora, corre el riesgo de ver comprometida su identidad sistémica y, como consecuencia de ello, de terminar siendo una referencia normativa desfigurada. ¿Cómo salir de este callejón sin salida? ¿Durante cuánto tiempo persistirá el derecho positivo en esa dilema, teniendo en cuenta que muchas de las condiciones sociales, políticas, económicas o culturales que lo gestaron ya han desaparecido o están desapareciendo?*
>
> *¿Qué dificultades teóricas y que problemas analíticos pueden traer esos cambios para un pensamiento jurídico construido y organizado justamente en torno a conceptos, principios y categorías como soberanía, legalidad, validez, jerarquía de las leyes, derechos subjetivos, igualdad formal, ciudadanía, seguridad y certeza? ¿Hasta qué punto una realidad en profunda y continua transformación, como la contemporánea, está en condiciones de ser aprehendida por los modelos doctrinarios hasta ahora prevalecientes en el ámbito de ese pensamiento?*

Sin embargo, como objeto de este estudio, la globalización puede estimular el progreso y el bienestar de la sociedad posmoderna, siempre y cuando no esté cautiva de los intereses de las clases dominantes y los conglomerados empresariales. Como se ha dicho al inicio, es un desafío para las ciencias jurídicas y sociales la resolución de los conflictos surgidos en los ambientes sociales globalizados. De hecho, los cimientos de nuestro ordenamiento jurídico están compuestos de teorías y doctrinas creadas en estados nacionales fuertes que hoy lidian con la relativización de los conceptos y dogmas sobre la soberanía.

El análisis acerca del derecho y la globalización no es tan simple. Globalización es un concepto, pero que puede ser mejor comprendido después de ver la explicación de Paul Lundall (2004, p. 1):

> *La palabra «globalización» caracteriza la creación de un término empleado para reunir una variedad de fenómenos, que presentan contrastes, y que frecuentemente, por sí mismos, son complejos y polifacéticos. En su forma más simple, la globalización tiene el significado de transmitir la noción de que el mundo, en sus numerosos estados-nación, ha aumentado la interconectividad a un ritmo tremendo en las dos o tres últimas décadas.*

De este modo, teniendo en cuenta la amplitud de tal definición, debemos observar los aspectos relativos a la globalización y el sistema jurídico que están en correlación. Como es obvio, la globalización causó un impacto en todo el mundo y en consecuencia no iba a ser diferente en el

derecho. A pesar de que su definición es bastante abierta, el derecho tuvo que adaptarse a ese nuevo ambiente con el propósito de fomentar el desarrollo científico/jurídico acerca de esa cuestión.

Inicialmente, la globalización debe ser entendida bajo tres enfoques diferentes: ideología, teoría y realidad.

En cuanto que ideología, se presenta como un método de constatar y analizar el mundo como comunidad global, situación en que todos los ciudadanos están integrados en un espacio dominado por la ideología neoliberal. Aborda la cuestión con profundidad el profesor Duke University Ralf Michaels (2013, p. 289):

> *Understood as an ideology, globalization (and its flipside, anti-globalization are political projects, or ideal, perhaps utopian (or dystopian) views of how the world could be. Globalization as ideology comes in a number of related variants. One variant is that of a world community (or a global village, or cosmopolitanism) in which everyone is connected with everyone. That world would be more homogenized and uniform, resting less on parochial views and instead on values common to humanity. Individuals would no longer be citizens of individual countries but instead citizens of the world—globalization ascosmopolitanism. In law, we find this reflected in ideas of a world law and a world court that were popular in the beginning of the twentieth century and have more recently become popular again; Another variant of globalization as ideology is neoliberalization: the idea that markets should emancipate from states and their regulation and thereby lead to more freedom and more prosperity. The new lex mercatoria in particular is a legal ideal expressing this idea. This is linked to the idea of individualization—in the same way in which the state loses its regulatory appeal, so it is argued, the individual agent is strengthened.*

Caracterizada como teoría, la globalización, como objeto de estudio, es de un amplitud enorme, dando origen a diversas definiciones, incluso las que se mezclan con el modelo clásico teórico que dominó los estudios en los dos últimos siglos. Profundiza en el tema Ralf Michaels (2013, p. 230):

> *Globalization as theory explicitly rejects such a nationalism and seeks for new ways to theorize both society and law. There is no space in this chapter to address all of these theories, or even only those that are of relevance for the law. Halliday and Osinsky, who explicitly draw on Held's four factors, distinguish four such interpretations that are, at the same time, models of social theory.The first model is world polity, the idea of global convergence. Such convergence encompasses the law, which converges either formally, through increased international and supranational law, or informally, through te diffusion of laws and best practices. The second model is what they call world system analysis—the idea of hegemonic states and actors that prevent the development of global norms. In law, we saw this for*

> *a long time as the imposition of American laws and institutions on the world, be it in commercial law, or in public international law. Their third model is postcolonial globalism, the insight into the power imbalances between powerful and less powerful countries. Its consequence is that law is perceived as neutral and objective in the North, which creates and enforces it, while it often looks fragmented and oppressive for actors in the South. The fourth model, finally, is law and development, the analysis of law reform in developing countries, influenced (and often imposed) by developed countries.*

Y en el último caso, la globalización como realidad, sería el fenómeno por el cual el desarrollo se da, es el modo, la forma. A título de ejemplo, podemos citar el mercado de las comunicaciones globales que va creciendo de forma diversa, en consonancia con la normalización jurídica de cada país. Ralf Michaels (2013, p. 293)

> *Globalization refers, first and foremost, to developments in the real world that are, in some way, global. Many such developments are well-known. Some concern the relations between states, in particular the growing interdependence.3 —the increase in global trade and global markets (made possible in part through liberalization of trade), global communication (due in large part to the internet), global travel and global migration, global networks (from online gamers to terrorists), global environmental destruction and climate change, increased hybridity of cultures and societies, increased influence of US values and culture on the rest of the world. All of these developments are undoubtedly real— even though their extent is sometimes overestimated (for example, most consumption is still domestic). But the question is whether all these events amount to something categorically new that we should call globalization.*

Una nueva concepción que aglutina derecho y globalización está marcada por tres periodos históricos, cada uno con su forma específica de pensamiento. El primer periodo se conoce por el nombre de pensamiento legal clásico y ocurre entre 1850 y 1914.

En esa etapa, el derecho es entendido como un instrumento de esferas autónomas orientado por la racionalidad legal, el formalismo en la interpretación de las leyes y el individualismo. Aún hay que subrayar que en ese periodo eclosionó el primer sistema de derecho económico internacional de protección al libre comercio.

El segundo periodo, que abarca desde 1900 a 1968 (segunda globalización del derecho), globalizó la vertiente social y generó la necesidad de repensar y fortalecer su esencia, como sistema regulador de la evolución económica de la sociedad. Esta fase se caracteriza por la enorme superioridad de los EEUU en el contexto productivo, situación que propició el ciclo más largo de progreso en la economía capitalista, un fenómeno que generó una enorme riqueza, pero no pudo evitar la multiplicación de conflictos.

Fue en esa etapa cuando se celebró la conferencia de Bretton Woods. se crearon el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, se celebró el Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT) y se fundó la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Y por último, el periodo que abarca de 1945 a 2000 se distinguió por la ampliación de los derechos humanos y por la equidad de las políticas sociales. En ese periodo, el libre mercado amplió las disparidades económicas y sociales en el ámbito interno (entre los ciudadanos) y externo (entre las naciones). En los años 90, las disparidades aumentaron exponencialmente debido a la inestabilidad económica fruto del neoliberalismo. Este es el enfoque de Eric Hobsbawm (2007, p.13):

> *Eso motiva la creciente polarización de los puntos de vista al respecto (de la globalización), entre los que están potencialmente protegidos contra sus efectos negativos —los empresarios, que pueden reducir sus costos utilizando mano de obra de otros países, los profesionales de la alta tecnología y los universitarios, que pueden conseguir trabajo en cualquier economía de mercado de alta renta —y los que no lo están. Esto es debido a que para la mayor parte de los que viven de los salarios provenientes de sus empleos en los «países desarrollados», el comienzo del siglo XXI ofrece un cuadro sombrío, por no decir siniestro. El mercado libre global afectó a la capacidad de estos países para mantener el sistema de bienestar y proteger su estilo de vida […]*

De este modo, queda demostrado que el proceso de globalización ha sido el responsable de que haya habido una aproximación entre el derecho y la economía. En el ámbito del derecho laboral, se verifica una nueva forma de organización de las relaciones en el trabajo y coordinación de los medios de producción, caminando en paralelo a las grandes empresas y el nuevo orden mundial.

Veamos los comentarios de Alessandra Marconatto (2010, p. 82):

> *La globalización supone que las empresas desean ser competitivas, tanto las pequeñas, como las medianas o las grandes, o incluso las autónomas o las multinacionales, deben ser competitivas globalmente y para ello necesitan un estrategia de localización. Lo que antes tenía que estar vinculado a un lugar concreto, ahora se puede mover en el ámbito mundial y seguir asentado. Por eso se habla mucho que lo que está en crisis es la gran empresa, como organización de integración vertical y gestión funcional jerárquica, pero que no es menos que la otra gran empresa, aquella que se levanta en el centro de concentración de capital, diversificando, deslocalizando geográfica y organizativamente sus actividades. Esta gran empresa salió robustecida con este nuevo orden económico globalizado, que cambio tanto el espacio como el tiempo jurídico.*

Se deduce que las actividades laborales se han transformado rápidamente como consecuencia de la globalización. El trabajo, en cuanto factor de la producción, gana amplitud y supera las fronteras nacionales y escapan a los sistemas jurídicos internos que regulan las actividades, generando la inestabilidad del empleo. La flexibilidad del trabajo acarreó un aumento de la precariedad en el empleo, así como la aparición de empleos de bajo salario, condiciones de trabajo degradante y empleos informales.

En este momento de la globalización, el síntoma típico del mundo actual es la exclusión social. Tasas de desempleo enormes son corrientes en casi todos los países. Se evidencia que el nivel de desempleo está ligado a cuestiones estructurales y no, como antes, a oscilaciones temporales que dependen de un ciclo económico, siendo un fenómeno característico del orden económico contemporáneo.

Como consecuencia de la consolidación de ese sistema globalizado un masa enorme de trabajadores están en una situación de vulnerabilidad. Lograr un trabajo formal es una hecho cada día más infrecuente para el ciudadano debido al uso intensivo de la tecnología, de la baja cualificación profesional y de la alta competitividad, situación que hace que el desempleo se incremente exponencialmente.

La consecuencia inmediata de este preocupante panorama es el desplazamiento de la fuerza de trabajo hacia la economía informal y el aumento del sentimiento de inseguridad. De esa manera surge una subclase, compuesta por sujetos que, por ironía del «destino», tienen que ganarse la vida fuera de la economía de mercado. Antes, lo que era visto como un síntoma de atraso, ahora gana espacio en la pauta política del país, la informalidad. Puede afirmarse que lo formal y lo informal son instrumentos del proceso de generación de capital. Surge en esa coyuntura la figura del micro-emprendedor individual con la intención de paliar esa situación social, una cuestión que será tratada en un capítulo propio, como no podía ser menos por tratarse del núcleo de este estudio.

CAPÍTULO III

DERECHO ECONÓMICO Y LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA EMPRESA

3.1 Contexto histórico de la función social

La concepción pionera de la función social fue elaborada en la Edad Media por Santo Tomás de Aquino, quien afirmó que el hombre debería reverenciar el destino común de los bienes apropiados individualmente.

En relación con esta idea, Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p. 23) dice lo siguiente:

> *El concepto de función habría sido formulado por primera vez por Santo Tomás de Aquino, cuando afirmó que los bienes apropiados individualmente tendrían un destino común, que el hombre debería respetar.*

Sin embargo, en lo tocante a la acepción jurídica, esa idea solo fue tenida en cuenta en la Constitución de México de 1917 y en la de Weimar de 1919, como ya se ha dicho repetidamente en el capítulo I. En esos textos se vio por primera vez el concepto de función social, la depresión norteamericana de 1929 y las dos grandes guerras fueron los desencadenantes del cambio de la «liberal-democracia» por la «socialdemocracia».

De hecho, con el paso del estado liberal al estado social (o estado del bienestar social —modelos *welfarista*—) la función social ganó importancia. Como hemos visto de forma pormenorizada en el primer capítulo, el estado liberal tuvo su origen en las revoluciones burguesas del siglo XVIII, que combatían los contrastes generados por el abusivo ejercicio de poder de las monarquías absolutistas, que limitaban la propiedad.

Sobre este asunto Luiz Fernando de Camargo Prudente de Amaral (2008, p. 54) añade lo siguiente:

> Las revoluciones del siglo XVIII, denominadas revoluciones liberales o revoluciones burguesas, tenían el objetivo de permitir que la clase burguesa, responsable del desarrollo del comercio y de las demás actividades mercantiles, pudiese continuar prosperando, para lo cual era necesario garantizar la libertad, en un gesto contrario a la existencia de corporaciones de oficio que dificultaban la realización de lo que hoy conocemos como libre iniciativa, la igualdad frente a las leyes del estado, sometiéndose este último al rigor legal, y a la garantía de que sería posible la existencia de propiedad individual, sin la cual el advenimiento del capitalismo no podría ocurrir.

Continúa con el tema Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 275):

> El estado moderno nació absolutista y durante algunos siglos todos los defectos y virtudes del monarca absoluto fueron confundidos con las cualidades del estado. Eso explica por qué ya en el siglo XVIII el poder público era visto como enemigo de la libertad individual y cualquier restricción a lo individual en favor de lo público era tomada como ilegítima. Esa fue la raíz individualista del estado liberal. Al mismo tiempo, la burguesía enriquecida, que ya disponía de poder económico, preconizaba la intervención mínima del estado en la vida social, considerando la libertad contractual un derecho natural de los individuos.

El estado liberal era comprendido como un tipo de estructura social que defendía la intervención mínima del estado en la sociedad, argumentando que el desarrollo y el bienestar dependían del derecho a la propiedad, la división del trabajo y la libre competencia.

En ese escenario, el liberalismo de Adam Smith apartó al estado del poder económico y, consecuentemente, del social, elevando las desigualdades sociales entre pueblos de diversas tradiciones y culturas. Para combatir esos problemas, nació el estado social, que recuperó el intervencionismo para el estado, si bien en esta ocasión con el propósito de garantizar que los programas de desarrollo social reforzasen la posición del sistema capitalismo.

Esa etapa comenzó en la I Guerra Mundial, conflicto que no ayudó a estabilizar la economía de las grandes potencias de aquel periodo histórico, en ese sentido Franz Wieaker (1967, p. 632) dice lo siguiente:

> La economía de Guerra del aI Guerra Mundial, que trajo por primera vez graves restricciones a la libertad contractual y a la libertad de uso de la propiedad, al divulgar la comercialización de todos los bienes y al tomar medidas legislativas relativas al déficit de viviendas.

Veamos los comentarios de Luiz Ferand de Camargo do Amaral acerca de la conceptuación de Camargo Prudente de Amaral (2008, p.58):

> *Un estado que tiene como propósito el bienestar de la sociedad, que se orienta por los dictámenes de la justicia social, en el intento de recuperar la estabilidad de la colectividad, reduciendo las desigualdades aparecidas en el largo periodo en que estuvo vigente el liberalismo. […] La transición del estado liberal al estado social se da, por lo tanto, a partir del instante en que el mercado se muestra incapaz de gestionar por sí mismo los factores económicos, los cuales se revelan, a lo largo de la historia, complejos en sus relaciones. Los estigmas de la sociedad liberal, la no consecución del bien para todos, provocaron que el estado recuperase su postura intervencionista, no para dirigir la nación como lo haría un monarca, sino para garantizar los programas de desarrollo social que permitan la continuidad del sistema capitalista.*

Con base en ese nuevo modelo de estado, la propiedad privada comenzó a estar íntimamente ligada a las obligaciones sociales y al bienestar social, su uso no estaría solamente vinculado a la voluntad del propietario de obtener beneficios, sino también a los intereses de la colectividad. De ese modo, la idea de que los derechos individuales serían absolutos es cuestionada y se empieza a manejar la noción de funcionalidad del derecho.

Desde ese momento en adelante, la empresa es concebida del modo que explica Ana Frazão de Azevedo Lopes (2006, p. 119):

> *La empresa es vista como una institución cuya importancia trasciende la esfera económica y empieza a abarcar los intereses sociales más relevantes, como la propia supervivencia el bienestar de los trabajadores que prestan sus servicios a ella y del resto de ciudadanos que comparten el mismo espacio social.*

La influencia del constitucionalismo social sumada al constitucionalismo económico y el surgimiento del estado social del bienestar implicaron una mejora en el estudio de la función social de la empresa en la época actual. En ese escenario aparecen los derechos fundamentales de segunda generación: los derechos sociales, culturales, económicos y colectivos relacionados con el principio de igualdad.

Veamos cómo está el escenario en que está incluida la cuestión, según Stuart L. Hurt (2006, p. 222):

> *A medida que nos adentramos en el nuevo siglo, las empresas se erigen en las instituciones más poderosas del planeta. Hace 700 años, era la religión; las catedrales, las mezquitas y los templos son testigos de la primacía de la religión organizada en aquella época. Hace 200 años, era el estado; ningún paseo estaría completo sin visitar los palacios impresionantes, las asambleas legislativas o los complejos gubernamentales, los cuales nos recuerdan lo importante que era el gobierno en la época del iluminismo. Hoy en día, las instituciones más poderosas son las empresas, no hay más que ver los grandes edificios de oficinas, los bancos y los centros comerciales que dominan las grandes ciudades. Aunque nadie niegue la importancia permanente y crucial de los gobiernos, la religión y la sociedad civil, no hay duda de que el comercio se volvió una institución dominante.*

En el Brasil, la primera vez que se incorporó expresamente al ordenamiento jurídico nacional la idea de función social fue en la Constitución de 1934, que intentó aproximarse al sistema alemán. En la práctica, eso significaba que el estado liberal se convertía en Estado Social.

En ese texto constitucional se incluyó una norma negativa para ser ejecutada por el propietario, la prohibición de dar un uso ajeno al interés social o colectivo a la propiedad. Veamos cómo fue abordado este tema en la Constitución de 1934 (2015, en línea):

> *Artículo 113. La constitución asegura a brasileños y extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos concernientes a la libertad, la subsistencia, la seguridad individual y la propiedad, en los siguientes términos;*
>
> *17) Se garantiza el derecho a la propiedad, que no podrá ejercerse en contra del interés social y colectivo, en la forma en que determine la ley. La expropiación por necesidad o utilidad pública se hará en los términos previstos por la ley, mediante previa y justa indemnización. En caso de peligro inminente, como guerra o conflicto interno, las autoridades podrán usar propiedades particulares hasta donde el bien público exija, sin perjuicio del derecho a la posterior indemnización.*

Hubo que esperar a la promulgación de la Constitución de 1988 para que la ley fundamental adquiriese un fuerte contenido social; este capítulo recibió un tratamiento prolijo. En el derecho privado, la Carta Magna presentó una nueva concepción de derecho empresarial de tinte liberal, que introducía la empresa en una coyuntura social.

El inciso XXIII del artículo 5 de la Constitución Federal del 5 de octubre de 1988 dispone lo siguiente:

> *Artículo 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:*
>
> *XXIII la propiedad privada atenderá su función social;*

Con propiedad, aborda ese tema Gustavo Tepedino (2005, p. 103):

> *Nunca, sin embargo, en toda la historia constitucional brasileña, la función social recibió un tratamiento tan extenso y concreto como el que se ve en la actual Constitución. Ese tratamiento no solo se asocia al derecho y la garantía individual o se entiende como principio del ordenamiento jurídico-económico, sino que además introduce materia referida a la propiedad inmobiliaria.*

Así, dentro de ese nuevo orden constitucional que el estado democrático de derecho creó en el Brasil, también aparece un nuevo paradigma: la comprensión sistémica del ordenamiento jurídico a partir de una nueva observación de la sociedad, el individuo y el estado,

No solo fueron reconocidos las garantías del derecho de propiedad y de libre iniciativa, sino que además se garantizó que esas garantías estuviesen en consonancia con la justicia social, la disminución de desigualdades sociales y la dignidad de la persona humana.

Este concepto es explicado por Henrique Viana Pereira y Rodrigo Almeida Magalhães (2011, p. 96):

> *Entonces, el imperativo del ejercicio de la función social se alcanza cuando, además de la crear de empleos, pagar los tributos correspondientes y hacer circular las riquezas, se respeta la dignidad de la persona humana, la iniciativa, la valorización del trabajo humano, la soberanía nacional económica, la libre competencia, la defensa del consumidor, la defensa del medio ambiente, la reducción de las desigualdades sociales y regionales y la búsqueda del pleno empleo, entre otros principios constitucionales. En efecto, el empresario tiene como meta la obtención de beneficios —inherente a toda actividad empresarial— y, conforme al principio de la función social de la empresa, debe intentar conciliar ese objetivo con la búsqueda del bienestar colectivo. Además, la empresa es un instrumento esencial en el cumplimiento de la función socioeconómica.*

El concepto «ordenamiento jurídico-económico» irrumpe en el escenario jurídico de la primera mitad del siglo XIX, en medio de cambios en los fundamentos de un estado liberal que acaba convirtiéndose en un estado intervencionista. Según Eros Roberto Grau (2008, p. 70), el ordenamiento jurídico consiste en el «[...] conjunto de normas que define institucionalmente un determinado modo de producción económico».

En principio, hay que decir que el nexo que une la economía y el derecho es la constitución de una nación, que es el fundamento de la seguridad jurídica de las relaciones comerciales, sea en el ámbito interno o externo. De esos actos se ocupa el derecho económico constitucional, que tutela los bienes e instrumentos de producción y consumo.

En esa dirección apuntan los comentarios de José Afonso Silva (2004, p.53):

> *[…] Se tiene configurada su directa implicación con la propiedad del los bienes de producción, especialmente imputada a la empresa por la cual de realiza y efectiviza el poder económico, el poder de dominación empresarial. De ahí se deriva que tanto vale hablar de función social de la propiedad de los bienes de producción, como de la función social de la empresa, como de la función social del poder económico.*

De ese modo, los actos comerciales abarcan una totalidad de relaciones y prestaciones de servicios por seres humanos, dentro de un determinado espacio territorial (pudiendo ser un país o un bloque económico). Por tanto, la noción de derecho económico está enraizada en un conjunto de preceptos, institutos y estructuras jurídicas, económicas y sociales orientados a reconocer los intereses financieros.

Mientras la concepción doctrinaria de las ciencias sociales aplicadas debe ser comprendida como el espíritu económico de una nación, orientando las formas de organización de las fuerzas productivas. De este modo, la terminología correcta que debe usarse es «constitución económica», correspondiendo a los principios jurídicos fundamentales de la organización económica de un país.

Ese enfoque es el de Eros Roberto Grau (1981, p. 131):

> *[…] no habrán sido la visualización de propiedad dinámica y los principios de la función social de la propiedad y posteriormente de la empresa —fundamentos parciales, al menos del surgimiento del derecho económico? Observando que el principio de la libertad de iniciativa económica no es sino consecuencia del principio de la propiedad privada de los bienes de producción y, considerando que este está afectado por el principio de la función social, vemos, en gran parte de las normas del derecho económico, precisamente, formas de concreción de este último. Eso se vuelve más diáfano todavía cuando nos referimos enfáticamente a la función social de la empresa.*

Complementa el mismo autor:

> *[…] en un primer sentido, «orden económico» es el modo de ser empírico de una determinada economía concreta; la expresión, aquí, corresponde a un concepto de hecho y no a uno normativo o de valor (es un concepto del mundo de ser, por tanto): lo que lo caracteriza es la circunstancia de referirse no a un conjunto de reglas o normas reguladoras de relaciones sociales, sino a una relación entre fenómenos económicos y materiales, o sea, relación entre factores económicos concretos; concepto del mundo del ser, exprime la realidad de una inherente articulación de lo económico como hecho; en un segundo sentido, orden económico es la expresión que designa el conjunto de la todas las normas (o reglas de conducta), cualquiera que sea su naturaleza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que se refieren a la regulación del comportamiento de los sujetos económicos; es el sistema normativo (en el sentido sociológico) de la acción económica; en un tercer sentido, orden económico significa el ordenamiento jurídico-económico. Pretendo, en este sentido, hacer una contribución a la crítica del tratamiento normativo conferido, en el ámbito constitucional —en el ámbito de la constitución rectora—, a las relaciones económicas establecidas en una determinada economía. Crítica de un determinado derecho, teniendo en cuenta que no hay que hablar de derecho, sino de los derechos. Nada impide que yo lo haga, con propiedad, aunque emplee la expresión orden económico, siempre y cuando queden bien marcadas las precisiones que intente hacer. Solo en la medida en que eso resulte debidamente enfatizado —y creo que así se ha hecho— el uso de la expresión tendrá un mínimo de sentido, que no deja de ser económico: orden económico (mundo del deber-ser) en lugar de conjunto de normas, de la constitución rectora, enfocado a la conformación del ordenamiento jurídico-económico (mundo del ser).*

Se sabe que es fuerte la acepción del constitucionalismo económico, incluso el ordenamiento jurídico de diversos países, en vista de lo cual, el Derecho Económico debe reaccionar con el propósito de efectivizar la función social de la empresa, concibiendo normas jurídicas estables que tengan como objetivo la defensa de la empresa y la dignidad de la persona humana.

Por consiguiente, tenemos el mestizaje de los derechos económicos (dimensión institucional) con los derechos sociales (tutela personal), siendo los primeros postulados de los segundos, configurando una verdadera simbiosis de estos derechos.

De acuerdo con estas nociones, se percibe que la empresa figura como pilar del sistema económico y en virtud de lo cual queda clara su función social. Una vez que han se han hecho estas consideraciones, volvemos a la apreciación objetiva de la función social de la empresa.

3.2 Concepto

La conceptuación de la función social se funda en tres connotaciones: función social de la propiedad, del contrato y de la empresa. Para la presente pesquisa, los dos primeros no son objeto de este estudio, tan solo resulta pertinente un análisis pormenorizado de la función social de la empresa.

Según la acepción, la empresa deja de productora de bienes para el mercado y adquiere una responsabilidad socioeconómica como herramienta transformadora de la realidad del lugar donde se ubica. Esto es así a causa de la implantación del estado democrático de derecho, que prácticamente alejó al estado de la producción y circulación de bines y servicios (como telecomunicaciones, energía eléctrica, gas natural y suministro de agua), dejando a cargo de la iniciativa privada el negocio de tales productos y servicios.

En lo que atañe a esta investigación, el término empresa debe ser entendido del modo que propone Luiz Antônio Ramalho Zanoti (2009, p. 17):

> *Por empresa debe subentenderse condición activa, acción, diligencia, etc. Luego, si hay empresa, hay actividad mediante el ejercicio de una serie de actos coordenados, complejos o no, con un objetivo específico. Esa actividad tiene fines económicos, por medio de la producción o distribución de bienes y servicios. Para el ejercicio de la actividad económica se necesitan cuatro factores de producción: capital, trabajo, materia prima y tecnología. Se subsume, pues, que esos bienes de producción puedan producir los resultados esperados, del hombre para el hombre, si se emplean de modo coordenado. Por eso, según el concepto de empresa, se impone la exigencia de que ella sea un ente organizado. Esa conjugación de esfuerzos la realiza el empresario, en nombre propio, con carácter habitual, con o sin la participación ajena, mediante la organización y dirección del negocio.*

En esta situación, las empresas que trabajan para lograr el éxito económico deben, al mismo tiempo, impulsar el desarrollo social por medio de su capacidad para generar empleo y pagar impuestos. De este modo, se concluye que en las décadas de los 80 y 90 hubo una exponencial disminución de la intervención estatal en la actividad económica.

Veamos lo que añade Eros Roberto Grau (2008, p. 238) al asunto:

> *El principio de la función social de la propiedad adquiere su sustancia precisamente cuando es aplicado a la propiedad de los bienes de producción, o sea, en la disciplina jurídica de la propiedad de tales bienes, cuya implementación implica un compromiso con su finalidad. La propiedad sobre la cual los efectos del principio son reflejados con mayor grado de intensidad es justamente el de la propiedad, de forma activa, de los bienes de producción. En verdad, al referirnos a los bienes de producción activos, estamos aludiendo a la función social de la empresa.*

El principio de la finalidad social está debidamente interrelacionado con el principio de la preservación de la empresa que objetiva la protección de la actividad económica como instrumento de desarrollo de la sociedad.

Sin embargo, es importante resaltar que la función social jamás podrá sustituir la función económica de la empresa. No se puede cuestionar que la empresa tiene como objetivo principal la obtención de lucro, no pudiendo ser este relegado a un segundo plano, ya que la empresa, por el simple hecho de estar funcionando ya está cumpliendo si función social.

Sobre esta cuestión, comenta lo siguiente Rodrigo Almeida Magalhães (2008, p. 10):

> *Pero la función social no puede ser ajena a la función primera de la empresa es la obtención de lucro. Esta no puede ser obviada, con el pretexto de, por poner dos ejemplos, cumplir una actividad asistencial o filantrópica. La empresa tiene una función social, pero no es una función de asistencia social. Primero, por tanto, hay que reconocer la función específica de la empresa, para, después, pensar en limitar esa necesaria función. La función social jamás podrá ocupar la función económica de la empresa. Empresas sin beneficios no sobrevive, deja de funcionar.*

De ese modo, la función social no transforma una empresa en órgano público, Su objetivo es el de afirmar las responsabilidades sociales de la empresa, sin renunciar al bien social mientras ejerce su actividad económica.

Veamos lo que comenta Alexandre Bueno Cateb (2008, p. 260):

> *Es común la opinión de que la compañía debe cumplir su «función social», presentando alternativas para la comunidad donde actúa, de*

> *forma que se garanticen mejores condiciones de empleo y salariales, o entonces crear guarderías y escuelas, realizar acciones encaminadas a mejorar el medio ambiente, etc. […] Equivocada esa interpretación de la expresión legal, «función social» no se confunde con «responsabilidad social». Son aspectos diferentes, con significados y conceptos diversos. […] En un brillante estudio doctrinario, Henry G. Manne y Henry C. Wallich debatieron el tema de la responsabilidad social de la empresa a partir de tres elementos distintos: para que sea considerada una acción socialmente responsable, el gasto o la actividad de la empresa deberá ser tal que el retorno marginal sea menor que el eventual retorno obtenido por la empresa en el ejercicio de cualquier otra actividad; debe ser puramente voluntario; e, finalmente, se debe tener un gasto real de la empresa mayor que un eventual donativo individual. La justificación para un gasto de esa proporción estaría relacionada con la motivación que esos gastos crearían indirectamente, transformándose en buenos negocios para la empresa por el prestigio social que confieren.*

Etimológicamente, el vocablo función proviene del latín *functus*. Veamos la definición lingüística de Aurelio Buarque de Holanda Ferreira (2015, p. 413) sobre la entrada «función»: trabajo, ejercicio, cumplimiento, ejecución.

La empresa que en el pasado era identificada simplemente por el establecimiento comercial, ahora es parte de las grandes multinacionales.

Veamos cómo conceptúa al empresario Fábio Ulhoa Coelho (2009, p.63):

> *Empresario es la persona que toma la iniciativa de organizar una actividad económica de producción o distribución de bienes o servicios. Esa persona puede ser tanto física, que emplea su dinero y organiza la empresa individualmente, como jurídica, nacida de la unión de fuerzas de sus integrantes.*

Como ya se ha dicho, el estado entendió que ya no disponía de los medios para promover el bienestar social y valorizar al ser humano, puesto que la empresa había sumido dicho objetivo a cambio de lucro comercial. Veamos lo que dice al respecto Rodrigo Almeida Magalhães (2008, p. 346):

> *Adviértase que es innegable la sumisión de la empresa a ese nuevo principio, para adecuarla a las exigencias contemporáneas, que refuerzan la moral y la justicia. Sin embargo, la función social no puede predominar sobre los derechos e intereses individuales, cabiendo a la autonomía privada únicamente la posibilidad de conciliar los intereses de la empresa con los de la sociedad. Es importante destacar que, con estas nuevas atribuciones, la empresa no sustituye al estado en su función de dirigir la nación promoviendo el bienestar y la justicia social. El estado no renuncia a su función por estar la empresa colaborando en la consecución de los mismos fines.*

La empresa comienza a ser vista como responsable del progreso y la estabilidad de la economía, es gestora de los medios de producción y de la propiedad privada. De esa manera, la función social de la empresa está íntimamente ligada a la función social de los bienes de producción.

En esa misma línea se inscribe el comentario de Santos Amaral Neto (2003, p. 67):

> *Asignar al derecho una función social, significa, por tanto, considerar que los intereses de la sociedad se sobreponen a los del individuo, sin que eso implique, necesariamente, el menosprecio de las personas, justificándose la acción por la necesidad que tiene el estado de acabar con las injusticias sociales. Función social significa no individual y constituye un criterio de valoración de situaciones jurídicas vinculadas al desarrollo de las actividades de orden económica.*

De este modo, la función social empresarial es una forma de hacer que converjan la explotación individual de la actividad económica y el cumplimiento de su función social, procurando que el empresario no abuse de su derecho al ejercer su función y que atiendan el interés público de la forma menos gravosa.

Así, la Constitución brasileña reglamenta la actividad económica privada con el fin de que las empresas, en el ejercicio de sus funciones, desarrollen su función social y eso asegure la existencia digna de toda la ciudadanía.

La explicación de Ana Frazão de Azevedo Lopes (2006, p. 295) guarda relación con el tema:

> *La propia Constitución ya determina algunos de los principios concretos que pueden orientar la función social de la empresa, tales como la defensa al consumidor (artículo 170, inciso V), la protección del medio ambiente (artículo 170, inciso VI), la reducción de las desigualdades regionales y sociales (artículo 170, inciso VIII). Pero el debate sobre la función social no se agota ahí, se necesita un análisis más extenso de la actividad económica como instrumento de creación de un orden justo y solidario. No se puede olvidar que la función social de la empresa obliga a esta a compartir los beneficios y riquezas que genera, de manera satisfactoria, con la sociedad como un todo, incluyendo a los empleados, los consumidores y los ciudadanos en general.*

De hecho, no se puede olvidar que la finalidad principal de la empresa es la obtención de ganancias y que muchas veces la explotación de su función social de da solo por la necesidad de tener una buena imagen y reputación de cara a los consumidores, empleados, gobiernos, bancos y proveedores.

Eso es lo que explica Modesto Carvalhosa (1977, p. 237):

> *La empresa tiene una obvia función social, que atañe a empleados, proveedores, la comunidad donde actúa y el propio estado, quien recibe contribuciones fiscales y parafiscales.*
>
> *Se considera que las principales modernas funciones sociales de la empresa son tres. La primera de refiere a las condiciones de trabajo y a las relaciones con sus empleados [...] la segunda cuida de los interese de los consumidores [...] y todavía más actual es la preocupación por el medio ambiente del lugar donde actúa la empresa.*

Efectúa su aportación teórica al tema Maria Helena Diniz (2009, p. 33):

> *La empresa tiene una responsabilidad social y desempeña una importante función económica y social, además de ser un elemento clave en la paz social y la solidaridad, constituyendo un instrumento de política social y de promoción de la justicia social. Su responsabilidad social la impulsa a propiciar, con su actividad económica, una comunicación más abierta con sus colaboradores y la colectividad, mejores condiciones sociales, garantizando su supervivencia en el mercado globalizado, por ser un factor decisivo en el crecimiento, puesto que se ganará el respeto de sus colaboradores y los consumidores y ello producirá su inserción en la sociedad.*

La empresa es el instrumento central de la sociedad contemporánea, depende de ella la subsistencia de una amplia mayoría de la población, la asalariada. Además, tiene la responsabilidad de producir los bienes y ofrecer los servicios demandados por la sociedad y la viabilidad económica del estado está condicionada en buena medida a los ingresos fiscales generados por la actividad empresarial.

En torno al ente empresarial se encuentran los proveedores, los inversores y prestadores de servicios. Al final, lo que realmente importa para la función social de la empresa es la distribución social de los beneficios económicos.

En esa línea escribe Peter Ferdinand Drucker (1993, p. 21):

> *La nueva sociedad —que ya existe— es la sociedad poscapitalista. Esta nueva sociedad, vuelvo a subrayar, usa el mercado libre como uno de los mecanismos probados de integración económica. No será una sociedad anticapitalista, ni no capitalista, pues sobrevivirán algunas instituciones del capitalismo — como, por ejemplo, los bancos—, aunque desempeñarán papeles completamente diferentes. El centro de gravedad de la sociedad poscapitalista —sus estructuras, su actividad social y económica, sus clases sociales y sus problemas sociales— es diferente del que dominó los últimos 250 años, el que definió las cuestiones que acabaron generando los partidos políticos,*

> *los grupos sociales, los sistemas de valores sociales y los compromisos personales y políticos.*

Una empresa que cumple su finalidad funcional es aquella que redistribuye mejor su riqueza, ofrece condiciones dignas de trabajo y paga salarios adecuados, que coloca a las personas como centro de su actividad y se relaciona armónicamente con los otros actores económicos.

En la Argentina, la concepción de la tutela de la propiedad privada y la empresa está expresada en el artículo 17 de la Constitución de la República Argentina (reforma de la Constitución Argentina del 22 de agosto de 1994). Referida disposición legal dicta lo siguiente:

> *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad publica, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Articulo 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el termino que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.*

La noción de función social de la empresa en la Argentina tiene una sólida influencia liberal y en campo del derecho privado es visto como un derecho subjetivo. Así, es patente una disputa doctrinaria con el campo del derecho público, que pugna por un tipo de estado que tenga como objetivo la convivencia democrática y un orden económico justo.

Para aclarar estos conceptos, sigue la visión de Juan Alberto Casas y Horacio J. Romero Villanueva (2005, p. 2):

> *[...] la propiedad debe ser entendida como un poder funcional en el que las facultades de goce y disposición, para ser merecedoras de la tutela del derecho, no pueden ir acompañadas de cualquier interés, sino tan sólo de aquellos predeterminados por el marco que brinda la propia Constitución, en virtud de lo cual el derecho de satisfacción superando la concepción individualista y liberal —que, partiendo de un plano estrictamente iusprivatista, se fija principalmente en la idea de poder— por otra concepción social que contempla la propiedad no sólo como institución jurídica, sino también como institución económica, destacando en ella la idea de función.*

De esa forma, si un ciudadano intenta averiguar si una empresa cumple su función social, en realidad lo que hay que saber es qué relevancia tiene esa entidad para la sociedad. En ese ambiente, la función social de la empresa está definida por un conglomerado de derechos e intereses que giran alrededor de ella. En vista de ello, el objetivo de la actividad empresarial es la satisfacción de los intereses sociales de los consumidores, empleados, proveedores y de la sociedad civil como

un todo. Hay que resaltar que esa búsqueda debe respetar los principios constitucionales del ordenamiento jurídico constitucional.

En relación con la conceptuación de la función social de la empresa, tenemos dos tipos doctrinarios tradicionales que la dividen en dos especies: endógena y exógena. Al respecto, comenta lo siguiente Viviane Perez (2008, p. 197):

> *La aplicación del principio de la función social de la empresa exige que variados, y a veces conflictivos, intereses internos y externos a ella sean observados y respetados. Por eso, puede clasificarse el aspecto de la función social de la empresa como condicionante de su ejercicio bajo dos vertientes: a) endógena, relativa a las relaciones entre los agentes internos de la empresa (empleados, socios y administradores); b) exógena, relativa a las relaciones con los centros de interés externos a la empresa (soberanía, competidores, consumidores y medio ambiente).*

La endógena sería la función social que considera los factores empleados en el medio de la actividad empresarial, o sea, relativas a las relaciones laborales propias del escenario empresarial. Así, la actividad económica solo alcanzará su finalidad al crear empleo, promover el desarrollo social y garantizar una vida digna a los ciudadanos que tienen relación con ella y, en especial, a sus empleados.

En cuanto a la clasificación exógena, comprende elementos asociados a la actividad funcional de la empresa. Como ejemplo podemos citar el medio ambiente, los consumidores y las empresas competidoras.

Para cerrar esta cuestión, veamos el comentario de Luiz Antônio Ramalho Zanoti (2009, p. 125):

> *La búsqueda de una sociedad sustentable impone la concienciación de los empresarios de que hay una comunidad en el interior de las corporaciones y en el entorno de estas, que está, directa o indirectamente, positiva o negativamente, por los impactos de las decisiones que los empresarios toman. En efecto, en el desempeño de sus actividades económicas, las empresas se interrelacionan con esos actores que son blanco de las iniciativas éticas de sus negocios, los llamados* stakeholders, ya que ella no se constituye en un ente aislado de la sociedad.

3.3 Función social de la empresa como principio jurídico-constitucional

La función social de la empresa deriva del ordenamiento jurídico-económico y se guía por el principio de la solidaridad. Se sabe que empresa y sociedad son conceptos diferentes y que el problema del fenómeno empresarial es su forma jurídica.

En síntesis, veamos la aportación al tema de Ana Frazão de Azevedo Lopes (2006, p. 113):

> *Consecuencia necesaria del reconocimiento de la función social de la propiedad y de la función social del contrato fue la posterior discusión sobre la función social de la empresa, como institución cuya importancia no paró de crecer en el siglo XIX, no solo en el ámbito económico, sino también en el político y el social. En efecto, la empresa asumió el papel de célula social catalizadora de aspiraciones, de anhelos de prosperidad; de acreedora y, al mismo tiempo, deudora de la comunidad, lo que evidencia su naturaleza como comunidad de trabajo y de capital. Si toda la actividad de la empresa partía de la utilización de la propiedad y del contrato, es inequívoco que las transformaciones de estos institutos tendrían reflejo en la propia empresa. Por otro lado, su creciente importancia motivó que se confiriese una especial atención a los bienes de producción.*

La función social de la empresa, en cuanto que principio jurídico, debe entenderse tal y como define Henrique Viana Pereira y Rodrigo Almeida Magalhães (2011, p. 95):

> *Efectivamente, se verificó que la función social, como principio previsto en la constitución e intrínseco a todos los principios inherentes a la empresa en el orden económico y social, conforme a la Carta Magna, exige una postura empresarial que privilegie los dictámenes de la justicia social, con un beneficio económico más justo para todos y, además, que impida abusos en el uso del poder económico. Eso, teniendo en cuenta que el derecho es un sistema de principios y no un mero sistema de normas convencionales.*

Es comprensible entender empresa como fenómeno social y la sociedad como forma jurídica. En ese sentido es la sociedad el medio para la realización de la actividad empresarial.

Hay diversidad de teorías contemporáneas que tratan sobre la empresa, si se estudiasen todas ellas serían necesarias varias tesis.

Por lo tanto, la función social de la empresa debe ser entendida como la obligación que tiene el mundo empresarial de promover una sociedad solidaria, libre y justa, circunstancia de la que nace una gama de derechos y deberes. De esa manera, se garantiza que las empresas concreten el principio jurídico que la sociedad debe exigirles.

Esta noción está recogida en el siguiente texto de Rodrigo Almeida Magalhães (2008, p.12):

> *Aceptando la idea de que la función social solo está ligada al objeto de la empresa, surge el término responsabilidad social. […] El empresario, de forma voluntaria, decide contribuir asumiendo objetivos diferentes de los propios de su actividad para hacer una sociedad más justa, contribuyendo al desarrollo social y ambiental del país. Abarca todas las actividades no vinculadas al objeto social,*

> *pero que generan beneficios a la comunidad, tanto a la comunidad interna de la empresa, representada por los que trabajan en la empresa, a través de inversiones en mejoras de higiene o cursos de formación, por poner dos ejemplos, como al resto de la sociedad, con acciones como el patrocinio de actos culturales.*

Como precepto, nació de la confluencia del principio de la solidaridad con el principio de la función social de la propiedad. La aplicación de este canon es plural y vasta, hecho que ha favorecido, en los planos externo e interno, la concreción de nuevos ideales por parte del mundo empresarial.

Así lo explica Eduardo Tamasevicius Filho (2003, p. 40):

> *Al hablar de la función social de la empresa, se hace referencia al poder-deber que tienen los empresarios y los administradores de tal empresa de armonizar las actividades de la empresa, atendiendo a los intereses de la sociedad, por medio del cumpliendo determinados deberes, tanto positivos como negativos.*

El comentario de Ana Frazão Lopes (2006, p. 124) complementa esta idea:

> *El poder-deber del propietario de dar a una cosa una finalidad compatible con el interés de la colectividad se transmutan —cuando tales bienes pasan a ser recursos productivos de una empresa— en el poder-deber del empresario de dirigir la empresa pensando en la realización de los intereses colectivos. Por tanto, el énfasis en la función social pasa de la propiedad al poder de organización y control que la empresa ejerce en las personas y los bienes de producción.*

El principio de solidaridad es de vital importancia para la protección de la persona humana, constituyéndose en un instituto jurídico de relevancia, que ha de ser debidamente tutelado por el derecho moderno. En ese sentido va la reflexión de Carlos Alberto Farracha de Castro (2009, p. 687):

> *Para que la autonomía empresarial atienda la principio de solidaridad social, es imprescindible que el hombre sea el epicentro de los intereses de la empresa, no solo un objeto o considerado como valor económico-financiero. Sin embargo, eso solo será posible si hay una política económica destinada para tal fin, pues las leyes del mercado, no cumplen, por sí solas, estas premisas.*

El referido principio también debe entenderse en consonancia con los principios de lucro y libre iniciativa. Debe haber un compromiso entre derechos y deberes de la empresa, los que benefician a la sociedad, los cuales deben ser reconocidos y protegidos.

Corrobora esta idea Rodrigo Almeida Magalhães (2008, p. 343):

> *Luego, la función social no quita al individuo la libertad de actuar de acuerdo a sus intereses, pero este tendrá deberes ante la sociedad, determinados por los principios y las normas jurídicas, positivadas o no, limitando la autonomía privada por el bien común. Ante lo expuesto, la sociedad solo podrá exigir de las empresas la función social de las actividades que constituyen su objeto, o sea, que esté vinculado a la actividad económica que ejerce. No se pueden exigir, con base en la función social, deberes para los cuales las empresas no fueron creadas, porque si no, solo serían deberes y no derechos.*

Como ya se ha analizado en el capítulo anterior, el principio de la libre iniciativa es un precepto constitucional expreso que surge de la libertad de creación y operación de las empresas. De ese modo, ese principio es un baluarte del liberalismo que originó la revolución burguesa. Así, el principio de la libre iniciativa se convirtió en uno de los fundamentos del capitalismo. Sin embargo, su definición ha de ser bien precisada, con el fin de que no haya abusos en su aplicación.

De esta manera, a libertad de iniciativa debe ser entendida grosso modo como libertad de mercado, cuyo fundamento procede de la justicia social, vinculada a la noción de solidaridad nacional.

Al respecto, esto es lo que dice Pietro Perlingieri (2007, p. 226):

> *La función social, construida como el conjunto de los límites, representaría una noción solo de tipo negativo destinada a reducir los poderes de los propietarios, que sin estos límites serían íntegros y libres. Esta noción está próxima próximo a la perspectiva tradicional. En un sistema inspirado en la solidaridad política, económica y social, con pleno desarrollo de la persona, el contenido de la función social asume un papel de tipo promocional, en el sentido de que la disciplina de las formas de propiedad y sus interpretaciones deberían garantizar y promover los valores sobre los cuales se funda el ordenamiento jurídico.*

Hay que advertir que la libre iniciativa no es un obstáculo para el cumplimiento del principio de la función social de la empresa, entendiendo que el ejercicio libre de la actividad empresarial es un valor social que debe estar integrado en el ordenamiento jurídico del país, aunque si estar sometido a la intervención estatal.

Para el entendimiento de la actividad empresarial es fundamental exponer las directrices del principio de lucro. La iniciativa de los inversores de arriesgar su capital en una empresa está motivada por la posibilidad de obtener lucro. Los resultados de una empresa son definidos precisamente por los beneficios.

Por así decir, pensar en la función social de la empresa es pensar en la rentabilidad que permite conciliar los intereses privados con los de la colectividad.

Esa es la idea que muestra Fábio Konder Cmparato (1996, p.45):

> *Es imperativo reconocer, por consiguiente, la incongruencia de hablar de una función social de las empresas. En el régimen capitalista, lo que se espera y se exige de ellas es solo su eficiencia lucrativa, admitiéndose que, en la búsqueda de ganancias, el sistema empresarial como un todo ejerza la tarea necesaria de producir o distribuir bienes y de prestar servicios en el contexto de un mercado competitivo. […] La tesis de la función de las empresas presenta hoy el grave riesgo de servir como mero disfraz teórico para el abandono, por el estado, de toda política social, so pretexto de alcanzar la estabilidad monetaria o equilibrar las finanzas públicas.*

Que quede claro que no se pretende que la empresa deje de lograr beneficios por tener que ocuparse de la protección social en lugar del estado. Lo que se intenta es evitar el lucro desmedido que amenaza el orden social y hace aumentar las desigualdades, distanciando cada día más las clases dominantes de las dominadas. En el campo político, se trata de importar un poco de socialdemocracia para disminuir las distancias sociales causadas por la acumulación de riquezas por unos pocos. De este modo, bienvenidos sean los lucros siempre y cuando lleguen acompañados de la creación de empleo, el aumento de la recaudación tributaria y la preservación del medio ambiente.

Sabiamente, para Isabel Vaz (1913, p. 151):

> *Dar un uso productivo al capital, poner en marcha los bienes de producción supone, pues, utilizarlos en cualquier empresa provechosa para sí misma y para la comunidad. Significa activarlos para producir nuevas riquezas, creando empleo, haciendo viables los negocios de sus colaboradores y dando sustento a la comunidad. Supone sustituir el deber individual, religioso, de dar limosna por el deber jurídico inspirado en el compromiso para con la comunidad, de proporcionarle trabajo útil y adecuadamente remunerado.*

Tal concepción ideológica es radicalmente contraria al liberalismo tradicional que defiende que la empresa debe preocuparse solamente en multiplicar su beneficio. Esta línea de pensamiento es rechazada por el texto constitucional al asegurar el principio de la dignidad humana.

Por lo tanto, la búsqueda de lucro no impide la función social de la empresa, antes al contrario, se complementan.

De este modo, la empresa no solo se caracteriza por comerciar (vender y comprar obteniendo lucro), sino también por ampliar su actividad y establecer un compromiso social. Así, la empresa debe ser evaluada en el contexto social en el que está inmerso, como un ente que participa en esa misma realidad social. El desempeño de su función social va a ser evaluado por la sociedad, de forma positiva o negativa.

Como consecuencia de la necesidad de que la sociedad sea sustentable, resulta pertinente que el empresario se conciencie de ello cuando toma las decisiones que marcan el rumbo de su empresa.

La lucidez de esta idea es avalada por Luiz Antônio Ramalho Zanoti (2009, p. 180):

> *La función social de las corporaciones está ligada a la sustentabilidad, Aunque sea admisible que las corporaciones tengan como meta la obtención de beneficios a través de sus actividades empresariales, es imprescindible que este objetivo económico se concilie con la necesidad de preservar el medio ambiente y valorar a la persona humana, no solo por una cuestión ética, sino también para garantizar la permanencia y la expansión de sus propios negocios,*

Se completa esta idea con el siguiente comentario de Alexandre Husni (2007, p. 63):

> *Del cumplimiento de la función social deriva la idea de empresa socialmente responsable, que contribuye al establecimiento de la justicia social en el campo de las exclusiones y el desarrollo sustentable de forma plena y espontánea, sin imposición legal.*

Uno de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho es el fomento del empleo, con el propósito de que todos los ciudadanos puedan tener una vida diga y gocen de independencia. Es bien sabido que en el contexto de la economía globalizada el trabajador siempre está en la base de la cadena productiva, es decir, en el estatus inferior. De ahí nace la necesidad de crear políticas públicas y privadas que tengan como finalidad la disminución de la desigualdad social. De esa manera, la nueva concepción de empresa debe impulsar el acceso del proletariado a los medios de producción.

Afronta con profundidad la cuestión José Eduardo Faria (2002, p. 13):

> *El pensamiento jurídico parece estar enfrentado hoy un drama no muy diferente. […] Hasta hace poco el escenario social, político, económico y cultural se identificaba con los estados-nación y con su poder para conseguir objetivos e implementar políticas públicas, resultado de decisiones libres y acciones libres, autónomas y soberanas, siendo el contexto internacional un desdoblamiento natural de esas realidades primarias. Ahora, lo que hay es un escenario independiente, con actores, lógicas, racionalidades, tendencias y procedimientos que se entrecruzan y traspasan las fronteras tradicionales, sin hacer distinciones entre países, acostumbran a poner ante grandes dilemas a los gobiernos, no dudan en desafiar la autoridad de los responsables de las políticas cuando les conviene y, en muchos casos, llegan al punto de desdeñar sus propias identidades nacionales. Superada la fase inicial de desafío de la transnacionalización de los mercados de insumos, producción, capitales, finanzas y consumo, se vive en la actualidad la etapa*

> *relativa a las reformas jurídicas e institucionales necesarias para asegurar el funcionamiento efectivo de la economía globalizada.*

En realidad, como manifestaciones de la globalización, lo que vemos es la explotación del trabajador y la maximización del lucro. Pocas empresas tienen una gestión honrada orientada a los consumidores, empleados y el medio ambiente.

Esa coyuntura puede entenderse mejor en palabras de Gustavo Tepedino (2005, p. 57):

> *[…] en la democracia capitalista globalizado, poca eficacia pueden tener los refinados instrumentos de protección de los derechos humanos, dispuestos por el derecho público, si las políticas públicas y la actividad económica privada escapan a los mecanismos del control jurídico. Incrementando la exclusión social o menospreciando la dignidad de la persona humana. En la era de los contratos masivos y la sociedad tecnológica, poco eficaces se muestran los mecanismos tradicionalmente empleados por el derecho civil.*

Por otro lado, también se intenta disuadir a las empresas de defraudar al fisco, hecho que merma la recaudación fiscal, motivado exclusivamente por el deseo de aumentar el beneficio de los socios de las empresas. Hay empresa que se trasladan a otro país cuando pierden sus ventajas, cuando ya no les conviene seguir en el país donde estaban, siempre desplazándose allá donde le ofrecen más ventajas. Algunas empresas transnacionales solidificadas todavía presentan una perspectiva íntegra en sus políticas, defendiendo sus beneficios, pero también a sus empleados.

Sobre la interacción entre la empresa y la sociedad estas son la reflexiones de Antonio Ramalho Zanoti (2009, p. 19):

> *Con respecto a la función social de la empresa para con la comunidad hay que señalar que existe un deber recíproco de fidelidad entre los socios y accionistas y la sociedad. El ejercicio del derecho de sociedades no llega al punto de que el socio se preocupe de sus intereses en detrimento de los intereses sociales. Quien se decide por invertir sus recursos financieros o materiales en una actividad empresarial, con la expectativa de obtener beneficios a través de los dividendos, debe tener en cuenta que esa organización debe tener una responsabilidad social con sus empleados, sus consumidores, el medio ambiente, los proveedores, la comunidad y el estado, y que ese socio tiene las mismas responsabilidades.*

Por un lado, el orden económico mundial está regido por sus propias e invisibles reglas, el estado se tiene que pertrechar para poder defender a los ciudadanos y el mercado interno.

En pocas palabras, si el capitalismo global exige la no intervención del estado en la economía y si el estado elude sus responsabilidades, se produce su quiebra y con ella el deterioro de la calidad de vida de los ciudadanos. Para evitarlo, aunque pueda sonar paradójico, el estado tiene

que invocar el proteccionismo. Además, debe evitar que el mercado reglamente sus relaciones con los trabajadores si no quiere que se produzcan graves trastornos sociales.

Así, el derecho debe afrontar esta problemática. Si, por un lado, tenemos una execlente construcción jurídica doctrinaria, por el otro, tenemos una triste realidad fáctica (social y económica) que debe ser transformada por la sociedad civil y el estado.

En este sentido, Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 5) piensa que:

> *Ninguna figura jurídica puede ser vista como entidad desvinculada de la realidad social y económica. La dimensión jurídica no es separable de la complejidad del comportamiento humano en sociedad, sujeto a la influencia de un conglomerado de fuerzas y condicionantes. Entonces, teniendo en cuenta esta circunstancia, no es viable ni racional que el fenómeno jurídico se aísle como si fuera una realidad completamente autónoma, capaz de resumirse a las reglas de la ley y la exégesis realizada por los técnicos del derecho.*

En el campo laboral, los daños son mayores cuando la flexibilidad de las relaciones laborales aumenta de forma exponencial, un recurso de las empresas para mantener su competitividad, que se ve favorecido por la alta disponibilidad de mano de obra. Así, cada vez más el empresario impone sus condiciones de trabajo de forma unilateral y debilita los derechos de los trabajadores. Otros factores como el aumento de la expectativa de vida del hombre y el aumento de la población inciden en el aumento del desempleo.

En ese sentido, Ronald Harry Coase (1960, p. 7) hace la siguiente reflexión:

> *Para verificar el alcance real de la función social de la empresa es preciso saber su valor en el contexto social y el coste social que acarrea su actividad. Aunque este coste no sea tan nefasto, reducirlo o incluso eliminarlo siempre resulta interesante, sobre todo para el empresario. Por esa razón, teniendo en cuenta que el empresario, entendido como aquel que dirige la empresa, basa su actividad en planear y escoger entre diferentes posibilidades, desarrollando de modo empírico su modelo de gestión, el «análisis debería aplicarse no solo a los efectos marginales, sino también al conjunto de su actividad».*

Entre los desempleados, se hallan el microempresario y el trabajador informal, que son el objeto principal de este estudio. Inmerso en esta realidad, el estado finge que no se da cuenta de la expansión de la economía informal y los trabajadores no asumen que han sido apartados del sistema productivo de la economía formal, y lo que es peor, las elevadas tasas de desempleo conducen cada vez más a los trabajadores a la economía sumergida.

En relación con este escenario, Paul Singer (2000, p. 119):

> *[...] el aumento del desempleo y el deterioro de las relaciones contractuales de trabajo, desequilibran la correlación de fuerzas a favor del capital y debilitan a las clases que tienen interés en acelerar el crecimiento de la economía mediante la aplicación de políticas de expansión de la demanda efectiva y de fomento de la acumulación de capital. En nombre de la globalización, el movimiento internacional de capitales se ha liberado, el sector público productivo se ha privatizado o desmantelado y la política monetaria prioriza la estabilidad de los precios en detrimento del crecimiento económico.*

Sin embargo, el panorama que vivimos en la actualidad es consecuencia de la inacción del estado, que se vuelve inerte, que dificulta la vida de empresarios y trabajadores con una alta carga tributaria, sin ofrecer contrapartidas. Tal situación polariza a empresarios y trabajadores, como si fuesen enemigos, que en verdad no lo son. Todo ello imposibilita que la empresa cumpla con su finalidad social.

CAPÍTULO IV

COYUNTURA BRASILEÑA DE LA ECONOMÍA INFORMAL

4.1 Aspectos generales de la economía informal

En la actualidad, el mundo del trabajo informal atraviesa una crisis. La necesidad de constituir nuevas relaciones de trabajo en el contexto informal, una economía orientada al bienestar humano, son desafíos que deben ser superados, opuestos a algunos conceptos básicos del sistema capitalista como la competitividad y la maximización de beneficios.

Como se ha dicho en el párrafo anterior, la actual crisis económica mundial, marcada por las recesiones de diversos países, creó un nuevo escenario caracterizado por la congelación salarial, los altos índices de desempleo, la erosión y el desmantelamiento de los derechos del trabajador, el deterioro de las condiciones de trabajo —bordeando la esclavitud en algunos casos— y, por último, el aumento progresivo de la informalidad. Sobre la cuestión, esto es lo que dice Márcio Pochmann (2009):

> *La degradación del empleo, asociada a la carencia de un sistema universal de prestaciones por desempleo, hace que las personas acepten trabajos precarios sin contrato. […] En el país, las políticas económicas neoliberales adoptadas por el gobierno brasileños a partir de la década de los 90 generaron, además de las privatizaciones, la ruptura con las políticas de desarrollo regional y otras medidas de carácter nacional y orden económico, impulsando un proceso de reestructuración productiva que provocó un aumento de los niveles de informalidad y desempleo.*

Los analistas identificaron el comienzo de la crisis del empleo en la década de los 70, con el término de la expansión del capitalismo mundial. El referido fenómeno está muy ligado al avance de las tecnologías y la informática (modernización de empresas), así como al proceso de internacionalización de las grandes empresas, que se convierten así en multinacionales. En torno al nexo entre la informatización y el desempleo Manuel Castells (1999, p 315) está es su opinión:

> *Entonces, la nueva tecnología está redefiniendo los procesos de trabajo y los trabajadores y, por tanto, el empleo y la estructura ocupacional. Aunque un número significativo de empleos esté mejorando de nivel en relación con las cualificaciones […], muchos empleos están siendo eliminados gradualmente por la automatización de la industria y los servicios.*

Sobre ese periodo histórico (década de los 70) esta es la aportación al tema de Sergei Soares, Luciana Servo y Jorge Arbache (2014, p. 7):

> *El aumento de los flujos comerciales desde la década de los 70 en los países desarrollados, y en la década de los 90 en los países*

> *subdesarrollados, llevo a varios analistas a buscar, en el comercio internacional, la explicación a varios fenómenos observados en el mercado de trabajo de varios de esos países, en especial a lo referido a la desigualdad salarial y el desempleo […] En el caso de los países desarrollados, existe una clara división de opiniones entre los economistas en cuanto al origen del fenómeno. Un grupo lo atribuye a la competencia de productos venidos de países donde la mano de obra de baja cualificación es abundante y de bajo costo. En cambio, el otro grupo sostiene que los efectos del comercio no son importantes, y que el impacto en los trabajadores poco cualificados se debe a los avances tecnológicos vinculados a las tareas que desempeñan. El objetivo de este trabajo no es resumir el debate iniciado en Europa y los EEUU, pero no deja de ser curioso que, aunque ningún país desarrollado haya sufrido cambios en la política comercial que siquiera se acerque en magnitud a aquel habido en el Brasil, los economistas hayan buscado en el comercio con los países en desarrollo la explicación a sus problemas de distribución de la riqueza. En el caso de los países en desarrollo, se observaron grandes cambios en las relaciones comerciales asociadas a las transformaciones en el mercado del trabajo. Los cambios en las relaciones comerciales fueron, en general, muy rápidos, ya que muchos países adoptaron repentinamente políticas de liberalización comercial y, a veces, radicales, un factor que puede influir en los precios relativos y la disponibilidad de los factores de producción.*

La necesidad de disminuir costos de producción hizo que grandes corporaciones trasladasen sus líneas de producción a países donde la mano de obra y las materias primas son más baratas, y además se ofrecen incentivos fiscales.

La proliferación de multinacionales en las últimas décadas conllevó un agravamiento de la problemática del empleo causado por el aumento del empleo no cualificado y mal remunerado. En este sentido, Leslie Denise Beloque (2007, p. 158) cree que:

> *Las actividades que, en las últimas décadas, comenzaron a denominarse «informales» forman parte del capitalismo desde sus inicios y se fueron mezclando con las formas de producción «típicamente capitalistas», de tal modo que hubo una influencia mutua a lo largo del desarrollo de dicho sistema económico. En la actualidad, las «actividades» informales son realizadas, grosso modo, por un amplio espectro de trabajadores […]. Y, en ninguno de esos casos, tales actividades son «informales» y ajenas a la economía; al contrario, son parte constituyente de la economía capitalista, ya sean de la producción, la distribución de bienes o los servicios. […] Con esto no se quiere decir que las actividades «informales» sean «manchas de atraso» que perduran, o que vayan a desaparecer con la recuperación del crecimiento económico, solo se quiere decir que son elementos integrantes, y en constante reproducción, de una economía en la que el acto de trabajar implica la explotación del trabajador, en el que la producción de la riqueza genera pobreza. Es por esa razón que las políticas gubernamentales deben considerar la «informalidad» no*

> *como un fenómeno que vaya a ser absorbido por el crecimiento del empleo formal, o que vaya a ser combatido, sino un elemento constituyente de esta economía excluyente.*

Para reafirmar esta idea, se recoge el comentario de Ricardo Antunes (2003, p. 164):

> *El mundo del trabajo vivió, como resultado de las transformaciones y metamorfosis de las últimas décadas, particularmente en los países capitalistas avanzados, con repercusiones significativas en los países del tercer mundo con un nivel intermedio de industrialización, un proceso múltiple: por un lado, se verificó una desproletarización del trabajo industrial en los países de capitalismo avanzado […] pero, paralelamente, se produjo una significativa pauperización del trabajo, consecuencia del aumento de diversas formas de trabajo: parcial, precario, subcontratado, informal, vinculado al sector de servicios, etc. Se verificó, por tanto, que el mundo del trabajo se volvió significativamente heterogéneo, complejo y fragmentado.*

La crisis en los países industrializados en la década de los 70 llegó a América Latina en los años 80, hecho que reconfiguró la cadena de relaciones entre trabajo, capital y estado. En cuanto a la década de los ochenta del siglo pasado, esta es la visión de Jether Pereira Ramalho y Maria Helena Arrochellas (2005, p.25):

> *Junto al desarrollo, se introducía en el escenario económico el subdesarrollo, consecuencia de la subordinación y dependencia de muchos países respecto a las naciones más poderosas. Como ese modelo de «industrialización por sustitución de importaciones» no se materializó, sobre todo en los referido al nuevo escenario internacional en términos de financiación, hicieron que los 80 fuesen la llamada «década perdida», en la cual el país tuvo una baja tasa de crecimiento económico, un exorbitante proceso inflacionario, crecimiento de las deudas interna y externa y desmantelamiento del estado gestor de desarrollo.*

Todavía sobre los años 80, Luiz Antônio Machado da Silva (2003, p. 150) concluye los siguiente:

> *En líneas generales, los cambios en el encuadramiento analítico y la relevancia cognitiva de la informalidad están relacionadas con la pérdida de confianza en la viabilidad histórica del pleno empleo y la universalización de la protección social, tanto como un modelo abstracto de referencia para entender las formas de uso social del trabajo, cuanto como cimiento ideológico de legitimidad política y como criterio de planeamiento. De hecho, a medida que los problemas de absorción productiva del trabajo crecían en los países centrales y las reformas de «reforma del estado» se generalizaban, pleno empleo y protección social dejaron de representar una referencia, haciendo de la «informalidad» una especie de expresión de referencia. […] A partir de los 80, esa cuestión general permanece, pero su formulación*

> *se altera profundamente, en la misma medida en que la relación salarial es cuestionada, tanto práctica como teóricamente. El cuadro de referencia común, que permite el debate, dejó de comportar espacio para cualquier noción que se refiriese a formas «atípicas», en la medida en que el proceso social dejó de ser comprendido con base en un tendencia general y una jerarquía entre sus dimensiones constitutivas. Cuando las concepciones dualistas cedieron el lugar a las ideas de fragmentación y la estructura social dejó de ser vista como una configuración jerarquizada, y consistentemente organizada de dimensiones o esferas de la actividad, siendo progresivamente sustituida por referencias de «redes» entrecruzadas, la noción de informalidad perdió su sentido analítico y explicativo. Se volvió un residuo del pasado, que solo tiene aplicación descriptiva, dependiente enteramente de los contextos discursivos en los que se emplea.*

La realidad brasileña fue afectada de forma significativa, las transformaciones constatadas fueron el engrandecimiento de la informalidad y los trabajos temporales, ambos sin contribución al sistema previsional estatal, y la aparición de una gran bolsa de desempleo. Ese fenómeno tuvo repercusión en todo el país y los más diversos segmentos sociales, afectando incluso a los trabajadores mejor cualificados.

En esa coyuntura de elevado desempleo surge la alternativa del trabajo informal como medio de lograr ingresos, mejorar la calidad de vida y, en definitiva, de sobrevivir. Esa forma de ocupación laboral creada por los propios trabajadores representa un intento de no sucumbir ante las dificultades del mercado formal de trabajo. En relación con este tema, sigue el comentario de Cleide Fátima Moretto y Maristela Capachi (2006, p. 177):

> *Se trata, en esos términos, de reconocer que ese conjunto de «formas» de actuación o supervivencia en el mundo del capital —también del trabajo—, las cuales acostumbran a ser encuadradas como actividades marginales a la realidad del gran capital, más allá de la ilegalidad, tienen una «organicidad», unas características propias de funcionamiento, que lo convierte en un espacio imprescindible de reproducción del capital y la sociedad.*

Los trabajadores excluidos del mercado laboral o, grosso modo, los trabajadores sin contrato son los sujetos del mercado informal y objeto de estudio en el presente capítulo de este trabajo.

La definición del mercado de trabajo informal (o sector informal) es bastante multiforme, hay diversos conceptos que expresan ideas diferenciadas. No hay una frontera visible entre las economías formal e informal. El origen conceptual y doctrinario de la informalidad data de 1972 y se encuentra en el Informe de la OIT *Employment, incomes and equality: a strategy for increasign productive employment in Kenya.*

El uso del término «informalidad» por la literatura científica es explicado por Carlos Alberto Ramos (2007, p. 131):

> *La expresión «economía informal» recorre un itinerario curioso: pone en evidencia una contemporaneidad que contrasta con la pérdida de importancia de la matriz teórica que la originó (la economía del desarrollo). Tal vez esa contemporaneidad esté asociada a la ambigüedad de la propia concepción del término y, en ese sentido, el mismo término podría designar un excedente estructural de mano de obra, un fenómeno de la economía sumergida, una simple manifestación de libertad de elección. Esta ambigüedad alimenta tanto su popularidad como su funcionalidad en los diversos marcos analíticos (marcos analíticos competidores, sería bueno subrayar). Lógicamente, cabría debatir en qué media un concepto que puede ser usado de forma tan arbitraria y flexible tiene alguna utilidad analítica. Teniendo en cuenta que es difícil imaginar marcos axiomáticos que provean de una definición mínimamente rigurosa […] cualquier interpretación es igualmente válida. De un modo general, se, por un lado, la reciente literatura sobre la informalidad (no importa cuál sea la definición dada a ese término) sofisticó el tratamiento de los datos, y, por otro lado, evitó promover una reflexión más extensa del fenómeno. […] así, aunque la cuestión de la informalidad merezca de abordada desde un marco conceptual más general, el escenario más probable en el futuro próximo estará marcado por la proliferación de artículos empíricos sin ningún fundamento teórico o basados en proposiciones tan simples (por ejemplo, «la informalidad es producto de la excesiva presencia del estado») que sería difícil no presumir una motivación de fondo ideológico en sus argumentos.*

Referido informe constató que el surgimiento del sector informal fue el resultado del enorme crecimiento demográfico que provocó un excedente de mano de obra, el crecimiento de la mano de la fuerza de trabajo originada por las migraciones desde las áreas rurales hacia las áreas urbanas.

Veamos qué comenta Alexandre de Freitas Barbosa (2009, p. 30):

> *En una palabra, «seríamos todos informales ahora». Como si en lugar de conceptuar con mayor precisión la categoría informal, los investigadores insistiesen en ampliar su nivel de indeterminación. A pesar de las críticas sobre la supuesta visión dicotómica o dualista de los enfoques de la OIT que en los años 70 crearon una nueva concepción, nos parece que los autores acaban de gestar una nueva dualidad, protegidos y no protegidos, sin entrar en detalles sobre los diferentes tipos de trabajadores y de relaciones de trabajo que hay detrás de estas categorías, ni tampoco las interacciones que hay entre los mismos, también marcadas por la diversidad. […] A nuestro entender, poner el énfasis en la ilegalidad y la precariedad al hablar de «economía informal» —tal como hace buena parte de la literatura de los países desarrollados, donde incluso se acuñó un nuevo*

> *concepto, con el respaldo de la OIT— conlleva el riesgo de hacer que se pierda de vista el componente eminentemente estructural del sector informal en las sociedades subdesarrolladas. Si bien es cierto que no es lo mismo de antes, tampoco podemos olvidar que no resulta novedoso y que tiene un rasgo histórico específico en nuestros mercados de trabajo.*

Diversas fueron las modificaciones en las definiciones de informalidad, mercado informal y sector informal, esos términos, que muchas veces se usan como sinónimos, estuvieron presentes durante los cambios en la economía mundial, proceso que a su vez generó nuevas realidades y conceptos. Una de esas definiciones está regulada a partir de la identificación de unidades económicas así como del ejercicio de funciones (el trabajador es al mismo tiempo patrón y empleado) y, finalmente, ausencia de división entre las actividades de producción y gestión. Esa visión aleja la concepción tradicional de que el trabajador informal sería aquel adscrito al empleo sin contrato y a las microempresas, siendo relevante que esa forma de trabajo se dé en los intersticios de la producción capitalista. Esta visión se complementa con el siguiente comentario de Hildete Pereira de Melo e Jorge Luiz Teles (2000, p.11):

> *¿Cómo conciliar la noción teórica de que actividades informales actúan en áreas intersticiales dejadas por el sector formal (o actividades típicamente capitalistas) con la realidad de que el comercio de la calle le hace la competencia al comercio formal, en el sentido de que el producto y el cliente potencial de los vendedores ambulantes son comunes a los del comercio formal? La teoría económica dice que la explotación informal de una actividad existiría mientras no fuese rentable para el capital […] La realidad muestra que las mercaderías comercializadas por los informales son exactamente las mismas del sector formal, escaseando cada vez más los ambulantes que venden productos artesanales, personalizados o de fabricación propia.*

Esta opinión es rebatida con el siguiente texto de Marco antônio Tavares (2002, p. 52):

> *Acerca de la expansión y del modo en que el trabajo informal se relaciona con el capital, puede inferirse que en el caso de que persista esta tendencia, la economía deja de ser intersticial, como quiere la teoría de la subordinación, para asumir su funcionalidad en el sistema. Tal posibilidad nos impele a desmontar esa red de hilos invisibles con los cuales el trabajo informal se articula a la producción capitalista. Debe observarse que el trabajo informal no se ciñe exclusivamente a las actividades de estricta supervivencia. Toda relación entre capital y trabajo en la cual la compra de la fuerza de trabajo se disimula con mecanismos que desvirtúan la condición formal del vínculo salarial, dando la impresión de una relación de compra y venta de mercaderías, es trabajo informal, aunque ciertas actividades de ese conjunto heterogéneo diverjan en el*

> *comportamiento. Como las referencias conocidas para regular el empleo están perdiendo razón de ser, la tipología formal/informal se ha vuelto insostenible, salvo que se tenga un concepto de formalidad cuya base para ser trabajador formal sea tan solo la de estar empleado por medios de producción típicamente capitalistas, aunque sometido a la misma desprotección social que el trabajador informal.*

Podemos clasificar la informalidad del siguiente modo; alta, media y baja informalidad. La alta informalidad es aquella en que los ramos de la actividad se encuentran en precarias condiciones de funcionamiento; la media informalidad puede definirse como aquella en que los ramos de la actividad se encuentran en condiciones intermedias; y la baja informalidad se da cuando los ramos de la actividad están en mejor situación, casi igual que en una empresa formal.

Es bien sabido que el trabajo informal deja al trabajador sin protección social, salario mínimo y prestaciones laborales con la del seguro del desempleo. La idea de que con la industrialización ese segmento desaparecería se reveló sin fundamento. Lo único que sucedió fue que el trabajador perdió el contrato y la universalización de la protección social. Sobre ello Henrique Carvalho Organista (2012, p. 3) comenta lo siguiente:

> *El mercado de trabajo caracterizado por los vínculos laborales tradicionales cede lugar a otras formas de inserción, como, por ejemplo, el trabajo por cuenta propia, el trabajo a tiempo parcial —principalmente entre las mujeres— y el trabajo a temporal. Tales modificaciones causaron la precarización de las relaciones laborales e impulsaron sobre manera el proceso de informalidad de las relaciones de trabajo, que obligaron a los trabajadores de estos países a «amoldarse» a las nuevas formas constituidas, cada vez más numerosas, bajo la forma de contratos flexibles, aumento de las horas trabajadas y las remuneraciones vinculadas a las ventas o los resultados de la empresa, como también a las nuevas relaciones del mercado del trabajo están marcadas por el surgimiento de una especie de «brasileñización de Occidente», en el sentido de haber un aumento significativo de la pobreza o, en el término marxista, de pauperización relativa.*

De hecho se constata que a pesar de que el trabajo informal es perjudicial para el estado y el ciudadano, supone un instrumento de supervivencia, de obtención de una renta básica, muchas revelándose como una alternativa a la ociosidad y los diversos niveles de delincuencia.

Por otro lado, la expansión del mercado informal ha sido beneficiosa para las grandes corporaciones empresariales que se aprovechan de la coyuntura para reducir salarios y cargas sociales y tributarias. De ese modo van aumentando sus lucros.

Como ya ha sido constatado, el ambiente económico constituido por la informalidad está en clara expansión y presenta características peculiares. De entre estas, podemos señalar la situación de los trabajadores que no pueden acceder al mercado formal o que fueron expulsados de

él, e incluso aquellos que se transformaron en trabajadores autónomos, rompiendo el vínculo entre empleador y empleado y dando inicio a una nueva esfera de relaciones entre los sujetos económicos en igualdad de condiciones.

De este modo, la mayoría de los trabajadores informales son personas que se encontraban sin trabajo formal y acabaron resignándose a aceptar cualquier tipo de trabajo, en un acto de mera supervivencia. Asimismo, esa forma de trabajo es discriminatoria, pues no respeta los derechos de los trabajadores y los somete a condiciones laborales degradantes. A ello hay que añadir la inseguridad financiera y la ausencia de contribución al sistema previsional, circunstancia que dificulta el derecho a recibir una pensión en el futuro. Los datos aportados por José Pastore (2001, p. 43) ayudan a comprender la situación:

> *El 60% de los trabajadores brasileños no aportan al sistema previsional, según los datos ofrecidos por el Sistema Previsional Brasileño. Ese 60% corresponde a 40 millones de personas, distribuidas en diversas actividades, de la siguiente forma: son casi 40 millones de personas: 14 millones trabajan por cuenta propia, otros 14 millones son empleados no registrados, 6 millones no tienen remuneración, 3,8 millones son empleados domésticos, y más de un millón, empleadores.*

Continuando con el enfoque previsional de la cuestión, veamos el texto de Enilson Simões Moura (2004, p. 14):

> *Los llamados informales son todos iguales. La mayoría trabaja en condiciones precarias, sin embargo, en el otro extremo, están los médicos, los abogados y otros profesionales liberales, actuando como autónomos y ganando mucho. Algunos están de alta en la seguridad social, pero la mayoría no aporta y quedará desamparado cuando ya esté en condiciones de trabajar, sea por enfermedad, accidente o por la edad.*

En la mayoría de los casos, la actividad laboral informal es un mero medio de subsistencia, forzada por la pérdida de un trabajo formal, aunque en algunos casos se transforme en un medio de vida. Con relación a este último caso, cabe significar el auge de las microempresas y la figura del micro-emprendedor. Sobre este escenario Lúcio Costa (2008, p. 57) expone lo siguiente:

> *Cuanto mayor es la regulación de un mercado, menor es la posibilidad de integración de la actividad informal en la economía formal. De hecho, ese es el caso específico de los países menos desarrollados, donde las reglamentaciones y las leyes complicadas, además de las altas contribuciones disuaden a muchos microempresarios y trabajadores por cuenta propia producir u ofrecer servicios formalmente.*

En el ámbito interno brasileño, casos típicos de trabajo informal son la venta ambulante y los mercados de artesanía. De este modo, a pesar de producir ingresos, el trabajo informal no se amolda a los fines capitalistas (pues no genera formas de acumular riqueza), sirviendo como instrumento estatal para maquillar los índices de desempleo.

Es totalmente plausible no confiar en este indicador económico oficial teniendo en cuenta la expansión de la economía informal, pues se pueden hacer interpretaciones erróneas acerca de esta problemática. El desempleo es señalado como algo cíclico, cuyos índices aumentan o disminuyen de acuerdo con las transformaciones económicas de los países, creándose o destruyéndose empleo. El exceso de regulación del trabajo por el estado incide en el aumento de informalidad.

Así, las categorías que componen la economía informal pueden ser identificadas por su alto grado de vulnerabilidad social y por la ausencia de normativa jurídica que regule la relación de trabajo. A título ilustrativo y análogo (bajo el enfoque de las Ciencias de la Salud) es mostrado este texto de Francisco Antônio de Castro Lacaz y solange Ribeiro Flório (2009, p. 54):

> *Las barreras impuestas por la globalización y reestructuración productiva del control social en el campo de la salud del trabajador están en correlación al debilitamiento de las representaciones sindicales y la no participación de los trabajadores informales, incluso de aquellos que trabajan de forma precaria. De esa forma, es pertinente la reivindicación de los movimientos sociales para la inclusión de los trabajadores informales en las políticas públicas, por mor de la vasta literatura que señala vulnerabilidades relativas a aspectos como la salud, la seguridad, ausencia de protección laboral y previsional.*

La informalidad o el mercado informal han sido objeto de debates académicos y mediáticos en las últimas décadas. Una de las principales conclusiones a las que llegamos es que el trabajo informal ha de ser combatido y para ellos es necesario una regulación estatal. El impacto de esa actividad económica es negativo y catastrófico, lo que vuelve ese estudio más importante y profundo.

Una economía informal estimulada y en expansión implica una reducción de los ingresos tributarios, que conllevará un recorte en la calidad y la cantidad de los servicios que el estado presta a la sociedad. Entonces, se confirma la idea de que para impulsar el crecimiento económico es necesario fortalecer la infraestructura estatal. De este modo, es necesaria la elaboración de proyectos y análisis que luchen contra la informalidad.

Por tanto, se constata en el presente capítulo que la mayoría de las personas que entran en el sector informal de la economía no están ejerciendo una opción, sino que se ven obligados a aceptar esa vía para sobrevivir, necesitan algún tipo de ingreso. Los legisladores y los agentes políticos deben

prestar la debida importancia a los obstáculos conceptuales y políticos que resultan de los efectos producidos por la economía informal, incluso facilitando la transición de la economía informal a la formal.

Otra importante constatación de esta pesquisa es que las personas que trabajan en el sector informal carecen de contrato y no son reconocidos, por lo tanto están desprotegidos, sin derecho a desempleo o pensión. De este modo, otro desafío al que la Sociedad y el Estado deben acometer es la inclusión de este grupo social en el ámbito formal del trabajo.

4.2 La informalidad en el Brasil

Debido a la triste realidad que vive una buena parte de la población brasileña, el Gobierno promovió unos estudios temáticos con la intención de crear unas políticas públicas (acciones gubernamentales) orientadas a afrontar el problema de la informalidad y a crear nuevas normas jurídicas que fomenten el trasvase de trabajadores de la economía sumergida a la formal. Sobre este asunto, Maria Cristina Cacciamali (2007, p. 152) cree que:

> *...aspecto toca el ambiente jurídico-institucional, como factor condicionante de las posibilidades objetivas económicas y sociales de promover, mantener o disolver pequeñas unidades de producción y trabajo por cuenta propia. Códigos relativos a las reglas de apertura y funcionamiento de establecimientos, la legislación laboral, los diferentes niveles de legislación tributaria, así como la inspección del estado y su moralidad fiscal, pueden permitir la creación de unidades de producción de pequeño porte formalizadas o inducirlas a ejercer sus actividades obviando el marco legal.*

Así, la procedencia del sector informal no está en esencia ligada al hombre como individuo, como tampoco está vinculada a cuestiones culturales o religiosas. En verdad, el origen de ese asunto controvertido puede estar en la incapacidad del estado para hacer que la ley se cumpla.

En la esfera brasileña, a título de ejemplo, podemos recordar una legislación que fue clave en el combate a la informalidad: el Estatuto Nacional de la Microempresa y de la Pequeña Empresa. En cualquier caso, la citada norma fue una iniciativa mínima en un país que necesita de leyes más contundentes que lleguen a un número mayor de personas.

Otra legislación que puede mencionarse como relevante es la Ley Complementar n.º 128/2008, la cual creó la figura del Microemprededor Individual. Esas normas jurídicas hicieron posible que los trabajadores del mercado informal queden exentos de pagar determinados impuestos y contribuciones, pero fijando una contribución fija a la seguridad social, con el objeto de que esos ciudadanos puedan gozar de una pensión en el futuro.

Así, el emprendimiento y la microempresa son entendidos como elementos de extrema importancia, convertidos en instrumentos formales de promoción de la eficiencia y la

competitividad de las relaciones comerciales del sector privado. Mientras, el reconocimiento del sector informal como medio de supervivencia para la población humilde no debe ser visto como una solución para el problema, sino como algo temporal y meramente paliativo.

En este contexto, uno de los más brillantes argumentadores, el diputado federal Marcos Montes (2015, en línea), autor del proyecto de ley que regula la empresa individual de responsabilidad (Eireli) justifica la informalidad:

> *[...] que el texto permite la formalización de microempresarios que son reacios a construir empresas debido a la alta carga tributaria, el proyecto incentiva la formalización de millares de emprendedores que actúan en nuestra economía de manera desorganizada y sin pagar impuestos.*

Esa coyuntura propicia el nacimiento de la figura del micro-emprendedor individual, tema principal del estudio. Esa idea tiene como objetivo esencial regularizar la situación de los trabajadores informales, mitigando el impacto negativo que la economía sumergida causa en la economía nacional y haciendo aumentar la recaudación tributaria (impuestos, contribuciones sociales, tasas, etc.).

En este contexto, la recaudación fiscal es de extrema relevancia para los estudiosos de la materia debido a la influencia directa que tiene sobre la oferta de empleo. Habida cuenta de la complejidad del sistema fiscal, reducir la presión fiscal no comporta necesariamente una reducción de la informalidad, antes al contrario, aumentaría el riesgo de crecimiento de la economía sumergida.

Sin embargo, de cara a la burocracia, de la complejidad en el cálculo de los impuestos y de las habituales modificaciones legislativos, una buena parcela de la clase obrera se mantuvo al margen de la reglamentación estatal, haciendo que la ley no alcanzase su objetivo.

Se constata que la atención reciente dada a la informalidad está más vinculada al problema del equilibrio fiscal y tributario que a la cuestión de los trabajadores y el mercado informal en sí misma.

Por otro lado, en lo referido estrictamente al trabajador, se impulsa la economía informal porque representa un forma de lograr ingresos, situación que contribuye a aliviar los rigores de las crisis económicas. Eso es lo que explica Sarah Escorel (2006, p. 19):

> *La crisis no es social, sino una mutación de la civilización, que expresa una falta de expectativas de que los excluidos ingresen en el mercado de trabajo. La crisis del trabajo de transformo en una crisis social fundada en una creciente marginalización y exclusión social.*

Siguiendo con la crisis económicas, merecen ser reseñadas las aportaciones de José Soares Teixeira (1995, p. 14):

> *No es novedad que el capitalismo vive una de sus crisis de superproducción. Mantenerse como forma social dominante implica libertad suficiente para desmantelar las estructuras del estado social, algo que viene sucediendo, especialmente en la última década, a través de las políticas de privatización, de liberalización y desregularización.*

El debate y el análisis del sector informal pretende conocer los motivos por los que se ingresa en la economía informal, esto es, por qué los individuos crean su propio negocio o se hacen microemprendedores.

La connivencia social y la tolerancia de la población actúan como factores que favorecen la proliferación de la actividad informal (socialmente aceptadas), cuya clientela es esa sociedad permisiva. En el Brasil es evidente el auge de la informalidad en detrimento del trabajo formal, es decir, continúa la expansión de la economía sumergida.

El trabajador anhela ser el dueño de su propio negocio (microempresario o autónomo) porque ha perdido la esperanza de conseguir un empleo de calidad, justamente remunerado. Para el trabajador no cualificado esa parece ser la única opción de progresar económicamente. Es cierto que una de las principales actividades informales —el comercio ambulante— se nutre de trabajadores excluidos y no cualificados.

Veamos lo que dice sobre el tema Maria Cristina Caccimalli (2002, p. 8):

> *De ese modo entendemos que no existe una dicotomía entre el mercado de trabajo formal y el informal, pero sí una continuidad en las situaciones que pueden observarse tanto desde el lado de la demanda como del de la oferta. Del lado de la demanda de trabajo, se dan diferentes formas de contratación laboral con el perfil de necesidades de la empresa, algunas incluso mixtas, con contrato, pero con categoría salarial inferior, u otras […] disimulando la relación de subordinación y regularidad, que caracteriza el vínculo salarial o la relación de empleo. Del lado de la oferta de trabajo, las personas pueden seguir diversas trayectorias ocupacionales o formas de inserción, iniciando su andadura con empleos no remunerados, con diversos tipos de contrato e alternar esos empleos con trabajos por cuenta propia. Ese hecho, en el caso del Brasil, nos remite a la necesidad de redefinir las diferentes categorías de inserción en el trabajo, el derecho laboral y la seguridad social, de tal forma que abarque toda la trayectoria laboral del individuo e incentivar a las empresas para que creen empleo.*

De hecho, en nuestro país, la dificultad para conseguir una recolocación en el mercado de trabajo es enorme, situación que propicia un aumento de trabajadores informales.

Otro hecho reseñable es de los trabajos informales que sirven para que los trabajadores formales ganen un extra. En muchos casos el salario del trabajador formal no es suficiente para tener una buena calidad de vida, otras veces es suficiente, pero solo para acometer gastos como los del agua, la luz, la alimentación o el teléfono. En esos casos, el trabajador emplea su tiempo libre en ocupaciones informales con el objetivo de lograr un sobresueldo que ayude a mejorar las condiciones de su familia.

Cuestiones con la falta de vivienda, bajos salarios, sistemas de salud y educación precarios son el caldo de cultivo en que la informalidad se expande. Por otro lado, los programas de protección social del gobierno aseguran un mínimo de ingresos a las familias en situación de extrema pobreza, pero estas prefieren en muchos casos continuar sobreviviendo con trabajos informales antes que incorporarse a la economía formal.

Otro fenómeno que incidió directamente en el aumento de la informalidad fue la globalización económica, aspecto que ya fue tratado en el capítulo II de este trabajo.

La vinculación del proceso de globalización y la informalidad es abordada por Maria Cristina Cacciamalli (2000, p. 170):

> *El contexto de la globalización, si, por un lado, encierra elementos que limitan la acción del estado nacional, por ejemplo, en el momento presente, en el caso de elección e implementación de una determinada política económica, por otro lado, requiere su contribución activa, de la forma citada anteriormente. El objetivo en ese caso es filtrar determinados efectos provocados por la mayor exposición a los acontecimientos externos y por la mayor integración de las economías. Algunos de esos efectos pueden ser perversos, como por ejemplo los asociados a la pérdida de identidad cultural; otros pueden ser muy rápidos, como la destrucción de determinados segmentos empresariales y ramos de actividades intensivas en mano de obra que no tuvieron la oportunidad de reestructurarse en niveles tecnológicos y de productividad superiores; y otros pueden ser positivos, como mayor competencia en el mercado y mayores niveles de productividad. El estado nacional, de esa forma, se mantiene como escenario de disputas y conflictos relativos a los intereses y las representaciones de diferentes grupos sociales, siendo un actor primordial en la configuración de la inserción internacional y del modelo de crecimiento económico implementado, así como de los resultados sociales y de la distribución de la riqueza.*

Ese proceso neoliberal quebró las fronteras y he hizo crecer la desigualdad entre los pueblos y naciones, además de haber creado un desorden institucional en los mercados de trabajo. Asimismo, también provocó cambios muy relevantes en la producción y la gestión de las empresas, favoreció la formación de oligopolios a escala mundial y, por último, posibilitó la inserción patrimonial de empresas financieras e industriales en mercados restringidos. Sobre este problema, señala Marilda Villela Iamamoto (2005, p. 12) lo siguiente:

> *El neoliberalismo desencadena una grave regresión de los derechos y las políticas públicas, principalmente en América Latina y, particularmente, en el Brasil, lo que provoca el agravamiento de la cuestión social y el aumento del número de excluidos de los mercados de trabajo.*

En este capítulo hemos abordado el tema de la economía informal en cuanto problemática social, que se analizó desde dos ángulos, uno positivo, ligado al desarrollo socioeconómico, y otro negativo, relacionado con la disminución de la recaudación fiscal.

En su calidad de problema social, la informalidad se asocia al desempleo masivo y la extrema desigualdad social. Sin embargo, debe rechazarse una visión restrictiva, en su lugar, debe hacerse un abordaje innovador que sea imparcial y evite las disputas entre gobernantes y gobernados. Bajo esa óptica progresiva, es posible constatar que la informalidad está relacionada con el aumento de la rentabilidad económica y el desarrollo, incorporando una nueva fuerza de trabajo que comienza a participar activamente en la producción. Arnaldo Rossi y André Urani (2011, p. 6) comentan este hecho:

> *El trabajador brasileño no estaba preparado para tales cambios, con las exigencias del mercado de trabajo y el tipo de empleo ofrecido por las empresas, se produjo un desequilibrio entre lo que los empresarios necesitaban y el potencial que el trabajador ofrecía, lo que ocasión un crecimiento todavía mayor del paro y la informalidad.*

En los EEUU, a título de ejemplo, la búsqueda del pleno empleo se convirtió en una prioridad nacional. Tal política surgió de la necesidad de fortalecer el mercado de trabajo, impulsar el poder económico y mejorar el nivel de vida de la población, a través de la intervención del Estado, que disminuyó el índice de desigualdad. En otros países desarrollados, la principal forma de combatir la economía informal es por medio de endurecimiento de la legislación y la imposición de duras sanciones que disuadan al empresario de intentar recurrir a los empleados sin contrato.

En la Argentina, podemos mencionar la promulgación de la Ley 26.476, del 26 de diciembre de 2008, con la que se fortaleció el empleo legal. Esa victoria legislativa no se logró de un día para otro, sino que supuso un batalla que duró años. En la década de los 90, hubo una enorme desestructuración en el mercado laboral argentino (precarización laboral) que solo fue corregida en el año 2003. Ese texto legislativo fue usado como expediente para formalizar el trabajo, incluso rebajando sustancialmente los aportes al Sistema Previsional.

Estos son los artículos 1 y 2 de la Ley 26.476/2008 de la República Argentina (2015, en línea):

> *ARTICULO 1º — Los contribuyentes y responsables de los impuestos y de los recursos de la seguridad social, cuya aplicación, percepción y fiscalización se encuentra a cargo de la Administración Federal de*

> *Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, podrán acogerse por las obligaciones vencidas o infracciones cometidas al 31 de diciembre de 2007, y con excepción de los aportes y contribuciones con destino al sistema nacional de obras sociales, al régimen de regularización de deudas tributarias y de exención de intereses, multas y demás sanciones que se establece por el presente título.*
>
> *El acogimiento previsto en el párrafo anterior podrá formularse por única vez entre el primer mes calendario posterior al de la publicación de la reglamentación del régimen en el Boletín Oficial y el sexto mes calendario posterior al de dicha fecha.*
>
> *Se consideran comprendidas en el presente régimen las obligaciones correspondientes al Fondo para Educación y Promoción Cooperativa establecido por la ley 23.427 y sus modificaciones, no resultando alcanzadas por el mismo las obligaciones e infracciones vinculadas con regímenes promocionales que concedan beneficios tributarios.*
>
> *ARTICULO 2º — Quedan incluidas en lo dispuesto en el artículo anterior aquellas obligaciones que se encuentren en curso de discusión administrativa, contencioso administrativa o judicial, a la fecha de publicación de la presente ley en el Boletín Oficial, en tanto el demandado se allanare incondicionalmente y, en su caso, desista y renuncie a toda acción y derecho, incluso el de repetición, asumiendo el pago de las costas y gastos causídicos.*
>
> *El allanamiento o desistimiento podrá ser total o parcial y procederá en cualquier etapa o instancia administrativa, contencioso administrativa o judicial, según corresponda.*

En el ámbito académico destaca la disertación de Juan Somavia (2009, p. 12):

> *La política pública implementada por el Estado argentino a partir del año 2003 estuvo inspirada por el concepto de trabajo decente, a punto tal que la Argentina ha sido la primera nación latinoamericana en incorporarlo como objetivo de su ordenamiento normativo laboral y de su política pública. Esto fue acompañado además por una integración y articulación de las políticas económicas y laborales que como veremos, dan cuenta de una parte fundamental del modelo de crecimiento alimentado por un círculo virtuoso de demanda, empleo e inversión. (…) Todos estos elementos en subconjunto dirigen nuestra atención a la presencia novedosa de un Estado fuerte y eficaz que le permitió a este país una rápida salida de los efectos más devastadores de la crisis.*

Podemos destacar otras leyes argentinas que combaten el trabajo informal: Ley n.º 26390/2008 (prohíbe todas las formas de trabajo infantil, imponiendo una edad mínima para trabajar de 16 años), el Decreto 1600/2009 (instituye el subsistema no contributivo universal de protección social para niños y asegura la concesión de ayudas familiares para los niños cuyos padree

estén desempleados o trabajando en los sectores informal o doméstico) y la Ley n.º 26844 de 2013 (establece el régimen especial de contratos de trabajo para los trabajadores domésticos).

A título ilustrativo, Brasil pasó por periodos de enorme crecimiento económico (carácter cuantitativo), que favoreció el desarrollo económico (carácter cualitativo). El primero no debe ser confundido con el segundo, pues aquel corresponde al aumento de valor de todos los servicios y bienes producidos en todo el país, mientras el segundo corresponde a aspectos referidos a las inversiones en servicios públicos como la seguridad, la educación, la salud o los servicios sociales. Diserta sobre el asunto José Pastore (2001, p. 49):

> *El mercado informal acoge personas en diferentes situaciones. De los 46 millones de brasileños que integran ese mercado, cerca de 20 millones son empleados sin contrato —trabajadores por cuenta propia, sin remuneración, empleados domésticos sin contrato, e incluso los empleadores—.*

En verdad, se puede constatar en nuestro país (en fase de desarrollo) que el desarrollo económico no se produce al mismo ritmo que el crecimiento económico. Tenemos una de las más fuertes economías del mundo e, incluso así, hay problemas estructurales primitivos. En la actualidad, todavía hay personas en la extrema pobreza, hambrientas, sin vivienda y en estado de vulnerabilidad, sin ningún tipo de seguridad de vida.

Esa lamentable realidad se percibe cotidianamente en las metrópolis brasileñas. Entonces, ¿en qué país rico vivimos? En el país donde la mayoría de la riqueza, capital y medios de producción están en manos de unos pocos. De este modo, el nivel de vida de la población no se elevó tanto como el crecimiento económico, aumentando todavía más las disparidades sociales y debilitando a la sociedad. Sobre el tema, comenta lo siguiente Mário Theodoro (2002, p. 17):

> *Al final, si el sector informal era visto como algo que debía combatirse desde la visión técnica, desde el punto de vista político era visto como un instrumento de combate a la pobreza. En el enfoque subsidiario, del mismo modo que la pobreza y la desigualdad, el sector informal se ve como algo intrínseco y estructural. Y el Estado, el Estado subsidiario, administrador de conflictos, gestor de la miseria y las desigualdades, trata de administrar la informalidad. Las políticas actuales que tratan la informalidad no aspiran a erradicarla ni se marcan el desafío de rescatar a la ciudadanía. La cuestión hoy se coloca en términos de gestión, menos traumática, de posibles conflictos. Antes, síntoma indeseable y pasajero de la transición hacia el desarrollo, después instrumento de combate a la pobreza, el sector informal acaba por ser concebido como un trazo característico, una marca permanente en países como el Brasil.*

En verdad, poco oímos hablar de políticas públicas de producción, desarrollo y distribución de la riqueza. Lo que vemos son políticas sociales con las que se intenta minimizar los daños más visibles de la pobreza y la sociedad.

Ese proceso de expansión de la informalidad acarrea la ruptura de las estructuras sociales y de la división social del trabajo, estableciendo nuevos órdenes de poder. En ese escenario, ya no vemos una nítida separación entre bienes y servicios, como tampoco de los sectores económicos y las redes productivas. De forma clara, la explotación laboral en el ámbito informal continuará siendo tolerada mientras sea productiva para el capital. Finalmente, el trabajo informal se entiende como una barrera que el estado debe superar.

CAPÍTULO V

ASPECTOS GENERALES DEL MICRO-EMPRENDEDOR INDIVIDUAL

El presente capítulo es el núcleo de nuestra tesis, que a pesar de conciso trata cuestiones relevantes asociadas a la figura del micro-emprendedor individual, en cuanto que instrumento de transición del mercado informal al formal. Se sabe que en el Brasil buena parte de la población económicamente activa vive en la informalidad y en esa línea nace la figura del micro-emprendedor individual. La función social desempeñada por el micro-emprendedor en el sector económico es indiscutible, a través de la renuncia fiscal, fue posible aumentar directamente la distribución de renta y la formalización de incontables trabajadores.

En cierto modo, los capítulos anteriores servirían para contextualizar la problemática en cuestión, abriendo la visión del lector a un macrocosmos, para que pueda después, al estudiar la cuestión del micro-emprendedor individual, pueda tener una visión más amplia del tema. Cuestiones como orden económico, globalización, función social de las empresas, economía informal y desempleo fueron indispensables en el debate que sirve de introducción para estudiar el microcosmos del micro-emprendedor individual.

Así, el modo de retirar a las personas de la informalidad fue usar una herramienta legislativa, la Ley Complementaria n.º 148, del 19 de diciembre de 2008, que en lo tocante al micro-emprendedor individual no entró en vigor hasta el 1 de julio 2009. De ese modo, hay que señalar la importancia de esta norma en la creación de empleo, aumento de la riqueza e impulso de la recaudación fiscal, aunque su principal objetivo es la inclusión social del trabajador informal. Pero, como ya se ha apuntado, si de un lado está la legislación que otorga derechos (beneficios), por otro lado crea deberes (obligaciones), legales y fiscales.

Fernando Bandeira Saceno Kormijezuk (2004, p. 59) ofrece una noción general de la figura del micro-emprendedor:

> *Un micro-emprendedor no espera que su negocio crezca, le basta con volverse una referencia en su ciudad o comunidad. Ese tipo de emprendedor ve su negocio como un modo de ganarse el sustento o para darle una cariz familiar. Considera su empresa como un aspecto importante de su vida, pero no se sacrificará por él e irá a satisfacer sus expectativas vitales con una actividad ajena a su negocio. El éxito, para el micro-emprendedor, puede ser medido por su grado de libertad y por la estabilidad del negocio, lo que le proporcionará una seguridad que le permitirá aprovechar la vida.*

En primer lugar, debemos apuntar la importancia legislativa de la materia, por medio del artículo 966 del código civil (Ley n.º 10406, 10 de enero de 2012) y el artículo 18-A de la Ley General de Microempresas y Pequeñas Empresas, añadido por la Ley complementar n.º 128/2008. Ese último artículo alteró la legislación específica para favorecer a los contribuyentes cuya facturación

es modesta, propiciando que estos empresarios se acojan al tipo de declaración «simple nacional», con cuotas fijas y sin vinculación con su volumen de facturación.

La definición de «empresario» está presente en el artículo 966 del Código Civil:

> *Artículo 966. Se considera empresario a quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o distribución de bienes o servicios.*
>
> *Párrafo único. No se considera empresario a quien ejerce profesión intelectual, de naturaleza científica, literaria o artística, incluso con la participación de auxiliares o colaboradores, salvo si el ejercicio de la profesión constituye elemento de empresa.*

En lo tocante al tratamiento jurídico diferenciado es el artículo 970 del Código Civil el que legisla la materia:

> *Artículo 970. La ley asegurará tratamiento preferente, diferenciado y simplificado al empresario rural y al pequeño empresario, en lo relativo a la inscripción y las condiciones impuestas.*

Todo micro-emprendedor individual es un pequeño empresario (sentido amplio), pero no a la inversa, pues hay pequeños empresarios que han visto rechazada su solicitud de ingreso en el sistema del micro-emprendedor individual y de adoptar el modelo de tributación «simple nacional».

En cuanto a la figura del micro-emprendedor individual, se presenta en el ordenamiento jurídico nacional a través del artículo 18-A del Estatuto Nacional de la Microempresa y de la Pequeña Empresa.

> *Artículo 18-A. El micro-emprendedor individual – MEI podrá optar por el modelo de declaración de impuestos y pago de contribuciones «Simple Nacional», de cuotas fijas mensuales, independientemente de sus ingresos brutos, en la forma prevista por este artículo.*

También referimos en este artículo los requisitos necesarios para ser micro-emprendedor individual: facturar hasta un máximo de 60000 reales, tener no más de un empleado contratado, que reciba el salario mínimo, disponer de establecimiento único, encuadrarse en el programa tributario «Simple Nacional» y no tener participación en la condición de socio o titular.

Recientemente, la ley complementar n.º 147, de 2014, alteró algunas características del perfil de micro-emprendedor individual, algunas de ellas relevantes, a través del artículo 18-E, del Estatuto Nacional de la Microempresa y de la Pequeña Empresa:

> *Artículo 18-E. El instituto del MEI es una política pública que tiene como objetivo la formalización de pequeños emprendimientos y la*

inclusión social y previsional. (incorporado por Ley Complementaria n.º 147, de 2014)

1. La formalización del MEI no tiene carácter eminentemente económico o fiscal. (incorporado por Ley Complementaria n.º 147, de 2014)

2. Todo beneficio previsto en esta Ley Complementar aplicable a la microempresa es extensible al MEI, siempre que sea más favorable. (incorporado por Ley Complementaria n.º 147, de 2014)

3. El MEI es la modalidad de microempresa. (incorporado por Ley Complementaria n.º 147, de 2014)

4. Se prohíbe imponer restricciones al MEI relativas al ejercicio de la profesión o participación en licitaciones, en función de su respectiva naturaleza jurídica. (incorporado por Ley Complementaria n.º 147, de 2014)

La resolución n.º 94, de 29 de noviembre de 2011, del comité gestor del «simple nacional», establece una lista de categorías profesionales que pueden encuadrarse en la condición de micro-emprendedor individual, actividades que con frecuencia eran ilegales pasaron a ser susceptibles de formalización, como, por ejemplo, ambulante, humoristas, panaderos, relojeros, carpinteros, electricistas, peluqueros, sastres, mecánicos, modistas, cerrajeros, etc.

En el artículo 91 de la Resolución n.º 94/2011 (2015, en línea) se encuentra la definición de micro-emprendedor individual, como empresario:

Artículo 91. Se considera micro-emprendedor individual (MEI) al empresario al que se refiere el artículo 966 de la Ley 10.406, de 2002, que ha optado por el modelo de declaración «Simple Nacional», que no haya facturado más de 60 000 reales y que: (Ley complementaria n.º 123, de 2006, artículo 18-A, párrafos 1 y 7, inciso III)

I – solo ejerza las actividades que constan en el anexo XIII de esta resolución (Ley complementaria n.º 123, de 2006, artículo 18-A, párrafos 4,b y 17)

II – posea un único establecimiento ; (Ley complementaria nº 123, de 2006. artículo 18-A, párrafo 4, inciso III)

III – no participe en otra empresa como titular, socio y administrador; (Ley complementaria n.º 123, de 2006, artículo 18-A, párrafo 4, inciso III)

IV – no contrate más de un empleado, observando lo dispuesto en el artículo 96. (Ley complementaria n.º 123, de 2006, artículo 18-C)

> *1. En los casos de inicio de la actividad, el límite observado en el encabezamiento será de 5.000 reales multiplicados por el número de meses comprendidos entre el inicio de la actividad y el final del año laboral, considerando los meses parciales como un mes entero. (Ley complementaria n.º 123, de 2006, artículo 18-A, 4 -A)*
>
> *2. Observadas las demás condiciones de este artículo, y para los dispuesto en el inciso I del encabezamiento, podrá encuadrarse como MEI el empresario individual que ejerza actividad de comercialización y procesamiento de productos de extraídos de la naturaleza. (Ley complementaria n.º 123, de 2006, artículo 18-A, párrafo 4-A)*
>
> *3. Para la finalidad de esta ley, el tratamiento diferenciado y privilegiado previsto para el MEI se aplica en exclusiva en la vigencia del periodo de encuadramiento en el sistema de tributación recogido en el artículo 92, excepto en la hipótesis del inciso II del párrafo único del artículo 103. (Ley complementaria n.º 123, de 2006, artículo 18-A, párrafo 14). (añadido por la Resolución CGSN n.º 98, del 13 de marzo de 2012)*
>
> *4. El MEI no puede, con el contratante del servicio, mantener un vínculo: i) personal, ii) de subordinación, y iii) de habitualidad (Ley Complementaria nº 123, de 2006, artículo 3, párrafo 4, inciso XI, artículo 18-A, párrafo 24; artículo 30, inciso II) (añadido por la Resolución CGSN/SE n.º 115, de 4 de septiembre de 2014*
>
> *5. El MEI es una modalidad de microempresa (Ley Complementar nº 123, de 2006, artículo 3, inciso I; artículo 18-E, párrafo 3) (añadido por la Resolución CGSN/SE nº 115, del 4 de septiembre de 2014)*

Estas normas se crean con el objetivo de efectivizar directrices constitucionales, que son jerárquicamente superiores. Podemos señalar el acceso a los derechos sociales garantizados por el artículo 6 de la Constitución Federal del 1988 (2015, en línea):

> *Artículo 6. Son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el tiempo libre, la seguridad ciudadana, la previsión, la protección a la maternidad y la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma que establece esta Constitución. (texto añadido por la Enmienda Constitucional nº 64, de 2010)*

De esa manera, la legislación no fuerza al trabajador informal a legalizar su situación, pero le posibilita el acceso a los derechos sociales a los cuales los trabajadores contratados tienen acceso. Otros puntos relevantes que podemos poner como ejemplo son: la dificultad que encuentran los trabajadores sin contrato para la obtención de créditos, lo que hace inviable la ampliación del negocio; y la exclusión del sistema previsional, los que complica la obtención de algún beneficio futuro.

Se sabe que los bancos y las demás entidades de crédito no disponen de informaciones pormenorizadas sobre las micro y pequeñas empresas, hecho que se debe a que estas carecen de instrumentos de contabilidad y administración, lo cual dificulta sobremanera cuantificar los ingresos del empresario.

Sobre la noción de microcrédito comenta lo siguiente Francisco Marcelo Barone (2012, p. 11):

> *[...] Microcrédito es la concesión de préstamos de bajo valor a pequeños emprendedores informales y micro y pequeñas empresas sin acceso a las instituciones financieras tradicionales, principalmente por no tener cómo ofrecer garantías reales. Se trata de un crédito concedido a la producción, destinado básicamente a aumentar el capital circulante, equipamientos e inversiones, el cual se concede empleando un método específico que conjuga capacitación, financiamiento y comercialización.*

Tarsício Patrício de Araújo y Roberto alves de Lima (2014, p.39) contextualiza la construcción histórica del microcrédito en consonancia con la actividad de los microemprendedores:

> *En términos contemporáneos, el presente proceso de expansión del microcrédito se inicia en los años 70, cuando el sector informal y el microcrédito comienzan a ser conceptos-clave en las discusiones sobre apoyo a los pequeños negocios (rurales y urbanos) en países subdesarrollados. Esas dos ideas siempre estuvieron fuertemente asociadas, pues crédito era (y todavía es) elemento básico entre las demandas constatadas en los estudios sobre la economía informal. Desde entonces, la concesión de préstamos de pequeño valor a microemprendedores urbanos y rurales —créditos a corto plazo— empezaron a multiplicarse en diversos países subdesarrollados.*

Esas pequeñas empresas no poseen avales con los que garantizar el crédito. Las consecuencias de ello es que una buena parte de las micro y pequeñas empresas tienen difícil acceso al crédito. Así, se crea el microcrédito como herramienta destinada a los microemprendedores que no pueden conseguir créditos formales. En Brasil podemos citar el programa «Crediamigo» del Banco do Nordeste do Brasil, principal línea de microcrédito de nuestro país.

La publicidad del Banco do Nordeste del Brasil (2013, p. 4) ilustra sobre este modelo de financiamiento:

> *Ábrase, de esa forma, espacio para la adopción de una política de fomento del empleo y la riqueza que apoye a los microemprendedores del sector informal. En este contexto, el microcrédito se ha revelado como una interesante estrategia de inclusión social al permitir el acceso a los préstamos de bajo valor con intereses más elevados que*

> *los del mercado, exigiendo avales mucho más adaptados a esa realidad.*

El microemprededor individual está acogido a un régimen simplificado que asegura un considerable beneficio de índole previsional y tributaria. Debe ser entendido como una política pública afirmativa que aspira a la inclusión de diversos trabajadores informales en el mercado formal de trabajo. En realidad es un mecanismo de materialización de los principios contenidos en el artículo 170, incisos VII, VIII y IX de la constitución de República Federativa del Brasil de 1988 (2015, en línea), como puede comprobarse:

> *Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios :*
>
> *VII- reducción de las desigualdades regionales y sociales;*
>
> *VIII - búsqueda del pleno empleo ;*
>
> *X – trato privilegiado para la pequeñas empresas constituidas bajo las leyes brasileñas y que tengan su sede y administración en el país.*

La regularización de los microemprendedores informales es percibida por el gobierno brasileño como una consecuencia de las políticas de inclusión social, favorecidas por las concesiones fiscales del estado.

Esas políticas, de cariz positivo, benefician enormemente a la colectividad, pues con el aumento de los aportes se garantizan ventajas previsionales (seguro de enfermedad, seguro de maternidad, jubilación, etc.) para quienes pasan necesidades. Otorgar ventajas al micro-emprendedor es una forma evidente de desempeño de la función social por el estado.

Así, nada más es más justo que ese trato privilegiado que se dispensa a los microempresarios individuales, que asegura su continuidad como trabajador registrado, con el consiguiente beneficio que ello implica para la recaudación fiscal y del Sistema Previsional.

Las legislaciones civiles y tributarias aseguran ventajas para el micro-emprendedor individual, acordes a los principios económicos y tributarios contenidos en la Carta Magna de 1988, con espacial atención a los principios de igualdad, libre competencia y libre iniciativa. Así, como política pública de incentivo fiscal, esta legislación un instrumento que acerca a los trabajadores humildes al mundo empresarial, que hace posible una vida digna para ellos y les brinda la oportunidad de progresar a través de su propio trabajo.

Uno de los desafíos detectados en esa pesquisa es que buena parte de los microemprendedores tienen dificultades para administrar su propio negocio debido a su falta de conocimientos financieros, comerciales y sobre la producción.

En esa coyuntura, resulta fundamental el papel del Servicio de Apoyo a las Micro y Pequeñas Empresas (SEBRAE). Esta institución ha impulsado la difusión del programa del micro-emprendedor individual, encargándose de velar por la viabilidad del negocio y la expansión estructural de las pequeñas empresas. Asimismo, se encarga de capacitar a los microemprendedores a través de cursos y conferencias sobre gestión, comercio y finanzas.

Esta problemática es situada en su contexto por Márcio Pochmann (2009, p. 26):

> *Para el micro-emprendedor es fundamental, además del crédito, todo el apoyo posible a la comercialización y la formación profesional. Es clara la importancia del asesoramiento técnico especializado en las áreas de la gestión, de la contabilidad, jurídica, y en el plano de los negocios y su viabilidad económica y financiera.*
>
> *La divulgación de mecanismos que permitan la universalización de esos servicios técnicos especializados, sobre todo en la forma de red de microempresarios, constituye un paso fundamental en dirección a una nueva fase de modernización de los negocios en el Brasil. Pero eso comporta la disponibilidad de los servicios en los locales donde operan los microemprendimientos, pues debido a su generalizada baja productividad, difícilmente hay tiempo y condiciones objetivas para su traslado.*

Para completar el tema, mostramos un fragmento de la *Cartilla del micro-emprendedor individual,* publicación oficial del SEBRAE (2015, en línea):

> […] figura del micro-emprendedor individual —MEI— ofrece una oportunidad única de inserción en el mercado formal a un gran número de emprendedores que desenvuelven sus actividades al margen de cualquier beneficio o protección. Es una verdadera política de inclusión social que no tiene cariz asistencia, sino que genera oportunidades de negocio que el propio ciudadano puede aprovechar para buscarse el sustento. […] Condiciones más justas para que las micro y pequeñas empresas puedan competir en el marco de la formalidad, instituidas por la Ley General de la Micro y Pequeña empresa (Ley Complementaria nº 123/06). La ley General fue un gran avance en términos de políticas públicas. Para su concepción, hubo una gran participación de la sociedad civil, entidades empresariales, Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, siempre con el objetivo de contribuir al desarrollo y la competitividad de las microempresas (ME) y la pequeñas empresas (EPP) brasileñas, como estrategia de generación de empleo, reparto de la riqueza, inclusión social, reducción de la informalidad y fortalecimiento de la economía. […] Como avance de la Ley General,

> se creó la figura del micro-emprendedor individual (MEI), a través de la Ley Complementaria 128/2008. Surgió así un nuevo segmento de clientes del SEBRAE, con características propias —y diferentes— de las micro y pequeñas empresas. Para conocer esa nueva clientela, saber cuáles son sus necesidades, su comportamiento, sus expectativas de futuro y para el correcto atendimiento, realizamos estudios anuales sobre el perfil del micro-emprendedor individual.

Debe resaltarse la enorme importancia del programa del micro-emprendedor individual para el desarrollo económico del país. Sus objetivos son los siguientes: registro del trabajador individual, reducción de la pobreza, distribución equitativa de la riqueza, creación de empleos formales, control de índices y estadísticas del sector económico y aumento de la recaudación tributaria y la del Sistema Previsional.(NIRE), inscripción automática en el registro nacional de personas jurídicas (CNPJ) del Ministerio de Hacienda, exención de determinados tributos, dispensa de la emisión de factura al consumidor final y cobertura del Sistema Previsional.

Desde el punto de vista técnico, podemos señalar algunas ventajas de las que disfruta el trabajador informal cuando se adscribe al régimen de micro-emprendedor individual, como reducción de la pobreza, distribución equitativa de la riqueza, generación de empleos formales, promoción del emprendimiento, control estadístico del sector económico e aumento de la recaudación tributaria y de los aportes al sistema previsional.

Por otro lado, también debemos nombrar determinadas obligaciones técnicas a las que están sometidos los emprendedores individuales: archivo de las facturas de compra y venta de los productos, pagar mensualmente la cuota del fondo de garantía salarial (FGTS), presentar anualmente la declaración de la renta modelo «simple nacional», hacer el aporte mensual al Sistema Previsional y pagar los impuestos mensuales, y, por último, pagar las cargas sociales en caso de que se tenga un empleado.

En general, los trabajadores que se han convertido en microemprendedores individuales están satisfechos con las ventajas del programa. Pero, por otro lado, buena parte de los trabajadores no registrados prefiere continuar en la informalidad porque entiende que las ventajas no compensan el cumplimiento de las obligaciones. A eso hay que añadir que el quiebre de la confianza del ciudadano en las instituciones, y el descrédito de estas, disuaden al trabajador de formalizar su situación. No sabemos con certeza si el Estado está defendiendo los intereses de la clase alta (grandes empresarios, banqueros y grupos de cabildeo) o de los segmentos más pobres de la población. Es notorio que el gobierno brasileño soporta una crisis acusada de identidad, a sociedad brasileña constata que nuestra reciente democracia traicionó las expectativas de estabilidad y progreso social. Esta es una asunto que será tratado en el siguiente capítulo.

Podemos señalar cómo actores de esas políticas públicas al Estado, en su calidad de autor intelectual, y a los profesionales informales, como destinatarios de esos planes. Luego, hay otras dos

instituciones que desempeñan un papel fundamental en el fomento del programa: el Banco del Nordeste del Brasil y el Servicio de Apoyo a las Micro y Pequeñas Empresas. Los principales incentivos de este programa son el tratamiento jurídico diferenciado y la simplificación de los trámites burocráticos.

Así, entendemos que el fenómeno de micro-emprendimiento como una construcción doctrinaria que se ocupa de un sinfín de situaciones complejas. En el presente estudio, podemos entender la forma y las características de desarrollo de esta actividad y podemos afirmar que su origen remite a la necesidad no solo de supervivencia de la población más humilde, sino también de mejoría de su calidad de vida. Esa búsqueda incesante de mejorías del nivel de vida, como dogma de la doctrina capitalista, fomenta el trabajo y la economía popular.

Hay que resaltar que la temática que se ocupa del microemprededor individual es reciente, aunque bastante relevante, y aborda el tratamiento diferenciado del microemprededor individual y su reflejo en la economía.

En el campo científico encontramos pocas fuentes, esto es, las bases legislativas, doctrinarias y de jurisprudencia todavía no están consolidadas, sino en evolución gradual, incluso contando con la relevante contribución de este estudio.

En cuanto que objeto de estudio jurídico, el instituto en cuestión supone una gran conquista del sector más humilde de la sociedad, ha sido tremendamente importante para la formalización de la economía sumergida, estableciéndose como un camino de dos sentidos (derechos y deberes) que liga a los ciudadanos con el Estado.

CAPÍTULO VI

PERSPECTIVAS POLÍTICAS Y ECONÓMICAS DE LA ARGENTINA Y LAS RELACIONES CON EL BRASIL

6.1 Nociones historiográficas en el mundo posmoderno

Analizar sintéticamente la reciente historia argentina y compararla con la brasileña no es un trabajo sencillo, pero es aceptado como un desafío gratificante para este investigador.

En el mundo posmoderno la repercusión de los acontecimientos históricos es prolongada y como consecuencia de ello surgen reacciones en cadena que derivan en crisis internacionales. La existencia de fenómenos de carácter transnacional en un mundo globalizado sugiere la necesidad de hacer comparaciones. La reciente ola de protestas y manifestaciones en países del Norte de África e Oriente Medio, que acabó siendo considerada un revolución, la denominada «Primavera Árabe» es un ejemplo nítido de la vulnerabilidad de los estados nacionales frente al poder de la sociedad, los medios y el poder económico.

El relativismo del poder absoluto del Estado y la flexibilización de la noción de soberanía fragmentaron las instituciones y permitieron que soplasen vientos de cambio.

Así, no hay forma de huir de las comparaciones, el estrechamiento de las fronteras y la aproximación que los medios de comunicación hacen posible, por ejemplo, que una crisis en Irán acabe influyendo en la economía de la Argentina, o que una condena judicial a un ciudadano brasileño en Indonesia provoque un conflicto diplomático entre estos dos países. Ese fenómeno es explicado por Delanne de Souza (2007, p. 5):

> *La Argentina representa un componente simbólico, político y diplomático crucial no solo para la guerra global al terror liderada por los EEUU, sino también para la política externa americana en relación con Irán...los atentados contra judíos en Buenos Aires serán siempre una variable potencialmente ventajosa en manos de estrategas argentinos y estadounidenses. Para la Argentina, significan una oportunidad de mejorar las relaciones y ganar política, diplomática e económicamente en términos de defensa y seguridad. Para los EEUU, representan un factor valioso en su política externa en relación con América Latina e Irán, particularmente en el área de la seguridad.*

La cuestión de fondo este capítulo es la de cómo esos dos países han caminado a lo largo de la historia buscando el crecimiento económico para mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos, a través de la organización del capital y los medios de producción, dejando atrás el atraso, la pobreza y el subdesarrollo.

Además de esta cuestión debemos analizar el modo en que los últimos gobiernos (posdictaduras) han gobernado sus países, interna y externamente, teniendo en cuenta su aceptación de un escenario constituido por bloques económicos, liderados por los EEUU y la EU, sin olvidad el estatus de China, uno de nuestros principales competidores, en el concierto económico de la última década. Esa coyuntura la explica Javier Álvarez Vadell (2006, p. 204):

> *En la región del Cono sur, los vínculos con el Brasil adquirieron el estatus de relaciones estratégicas, como un instrumento destinado a maximizar el margen de maniobra de la Argentina en relación con los EEUU y frente a la UE, específicamente en las negociaciones comerciales internacionales y dentro de la Organización Mundial del Comercio (OMC).*

Las dificultades a las que se han enfrentado los dos países son antiguas y su origen se remonta al periodo de la colonización, marcado por una administración que priorizaba la explotación. Parece que olvidamos, en cuanto que descendientes de los colonizadores, que la colonización fue un periodo duradero, explotador, en el que imperaba el amiguismo, que fomentó la desigualdad social y que tuvo consecuencias para las generaciones futuras. Aunque esta sea una información pertinente, estamos limitados por el tema central de la investigación y no podemos apartarnos mucho de él. Además, ya hubo una introducción histórica del orden económico del Brasil.

Entonces, lo que pretendemos es hacer un análisis de los gobiernos de la Argentina y el Brasil en el periodo democrático que sucedió a la dictadura militar, de modo que presentamos una línea paralela construida por las fuerzas históricas latino-americanas. Pero podemos avanzar que ambos países intentan construir una identidad nacional propia e independiente, sin injerencias del imperialismo norteamericano.

Se sabe que en el Brasil de han realizado pocas investigaciones científicas que comparen nuestro país con la Argentina y con los otros países de América Latina, aunque cada vez es más normal hacer este enfoque de estudio. A mediados de los 80 los dos países iniciaron la redemocratización y las negociaciones bilaterales para construir un bloque económico. En la década de los 90, estos estudios aumentaron exponencialmente después de la oficialización de una alianza en el año 1997 entre Fernando Henrique Cardoso y el gobierno de Carlos Menem. El propósito de esta alianza era transformar AméricaLatina en una potencia mundial. Después de crear el Mercado Común del Sur —Mercosur— las inversiones y los intercambios comerciales entre las dos naciones aumentaron bastante. La realidad argentina de 1989 y su adhesión al modelo neoliberal es presentada por Vicente Palermo (2004, p. 97):

> *[…] En la Argentina, en 1989, los políticos de esa tendencia no habían vencido en las urna, como en Gran Bretaña. Sin embargo, la prescripción neoliberal como paradigma político estaba disponible. El malestar originado por el prolongado deterioro del orden económico y estatal (precariamente constituido después de la*

> *dictadura), se exacerbó cuando fue definitivamente desmantelado por la conmociones internas y por la crisis fiscal de los años 80, dando paso a una adaptación nacional del Consenso de Washington. En 1989, aquella prescripción configuraba un campo en el cual los consultores económicos desempeñaban un papel importante y articulaban los agentes económicos en calidad de operadores financieros. […] Pero la conjunción crisis/mandato de 1989 dejó al nuevo presidente un gran margen de maniobra que le permitió aplicar la doctrina libremente.*

Es bien sabido que la invasión neoliberal en la Argentina fue extremadamente rápida, situación que conllevó la deformidad estructural de su economía. Mientras, en el Brasil la política neoliberal estuvo más adaptada a la realidad local, razón por la cual los impactos de esa doctrina se sintieron con menos fuerza, hecho al que contribuyó el rechazo a la doctrina de la sociedad brasileña. En un mundo en que el comercio se hace más importante cada día, es necesario que los estados de vuelvan más fuertes y colaborativos, estableciendo alianzas y tratados que hagan posible el progreso mutuo.

Sabemos que ambos países tienen una democracia de bases singulares, en el sentido de que estas se remontan a la década de los 80 y se consolidan con dificultades, debido a que los valores democráticos no están suficientemente enraizados en la sociedad y esta no es consciente de lo que supone un verdadero proceso de democratización. El cuadro de la política internacional es comentado por Jorge Castro (1999, p. 87):

> *La diferencia entre el Brasil y la Argentina no es una doctrina de política interna (autonomía x dependencia), ni una percepción opuesta de la situación internacional (crítica y acrítica respectivamente). Surge de la posición distinta de los dos países en la nueva estructura del poder mundial que emerge na posguerra fría, en la que se situaron a una distancia diferente de los EEUU debido a las exigencias internas, el peso de la historia y el desarrollo industrial alcanzado.*

Históricamente, los procesos de transición a la democracia en esos países sucedieron prácticamente al mismo tiempo, aunque cada uno con sus singularidades. Estos dos países vecinos sufrieron sendas dictaduras, duraderas, e iniciaron una nueva etapa instaurando un estado democrático de derecho.

En los 80, la Argentina tuvo un gran problema de hiperinflación, motivada por las deudas contraídas en la segundad mitad del siglo XX, responsabilidad de la dictadura militar, que dejó una huella de autoritarismo y corrupción.

Los principales picos de inflación se dieron entre nosotros entre los años 1989 y 1990, con el fracaso del plan de ajuste del presidente Raúl Alfonsín (1983-89), quien presentó su renuncia cinco meses antes de expirar su mandato debido al caos económico en que estaba sumido el país.

En los años 90, asistimos a la expansión del proyecto neoliberal en América del Sur, producto del Consenso de Washington, que delineó los fundamentos teóricos de esta doctrina. Paulo Nogueira Batista Júnior (1994, p. 26) amplia detalles sobre el advenimiento de dicha doctrina:

> *El Consenso de Washington está detrás de la apertura de las economías latinoamericanas, mediante un proceso en el que se usó más la persuasión que la presión económica directa, aunque esta constituyese todo el tiempo el telón de fondo de un trabajo muy competente de convencimiento. Ciertamente, se trataba de una versión más sofisticada y sutil de las antiguas políticas colonialistas de puertas abiertas, que apelaban, sin muchos miramientos, a la intervención militar para «abrir los puertos de los países amigos». Por ser menos estentóreas, las presiones actuales son más difíciles de combatir. […] ¿Cómo explicar, realmente, que el «tercer mundo» que está progresando es aquel que no siguió las directrices neoliberales del FMI y del Banco Mundial? Tal vez los tecnócratas de Washington no estarían tan desagradablemente sorprendidos si fuesen más humildes en su actitud, tal y como preconiza Keynes, y tuviesen en cuenta la complejidad y la idiosincrasia latinoamericana. De todo ello, queda una impresión amarga de que América Latina puede haberse convertido, con el beneplácito de sus elites, en un laboratorio donde la burocracia internacional radicada en Washington — integrada por economistas indiferentes a la realidad política, económica y social de la región— intentan poner en práctica, en nombre de una pretendida modernidad, teorías y doctrinas temerarias que no tienen eco en los países desarrollados donde saca su inspiración.*

La Argentina presidida por Carlos Menem (1989-1999) fue utilizada como un laboratorio para ese nuevo modelo norteamericano. La política exterior de ese gobierno quedó marcada por la aproximación a los EEUU. Ese proceso lo explica de modo sucinto Paulo Nogueira Batista Júnior (2015, p. 10):

> *El caso más impresionante fue el de la Argentina, que, después de una década de ser economía-modelo y aliada incondicional de los EEUU, tuvo que afrontar una crisis gravísima sin el apoyo de Washington. La crisis comenzó en la parte final del mandato de Menem y se hizo más profunda durante el gobierno del presidente De la Rúa, que fue elegido después de comprometerse a enmendar el rumbo del país, insistió en mantener, a toda costa, el régimen de rígida vinculación al dólar que había establecido su antecesor. Se produjo así un verdadero desastre económico y una crisis social y política, que terminó causando la renuncia de De la Rúa.*

Menem dio un nuevo a la economía argentina con la privatización de empresas estatales, la apertura del mercado nacional al capital extranjero y la estabilización de la moneda estableciendo la paridad del peso argentino con el dólar norteamericano. Ese paquete de medidas se denominó

Plan Cavallo y fue impulsado por la Ley de Convertibilidad. Entra en más detalles João Neutzling Júnior (2008, p. 11):

> *El denominado Plan de Convertibilidad de la Argentina transformó la moneda antigua, el austral, en el peso, y estableció su paridad con el dólar americano, en la proporción de un dólar por peso. Operacionalmente, el esquema montado cambiaba 10 000 australes por un peso, que pasaba a tener el mismo valor que un dólar. De forma que las existencias de moneda en circulación, más los depósitos bancarios, deberían estar respaldados por la misma cantidad en reservas internacionales a disposición del Banco Central Argentino.*

El ambiente del Menem es contextualizado por Antônio Carlos Traquelli (2000, p. 26-27):

> *Para un presidente que recibió el país con hiperinflación y que frenó el aumento de precios a través de plan de Convertibilidad, la permanencia en el cargo se volvió una tarea menor. De esa forma, la oposición —Unión Cívica Radical y Frente País solidario (Frepaso)— no creó las condiciones para superar al justicialismo y, así, el 5 de mayo de 1995, Carlos Menem inició un segundo mandato, con Carlos Ruckauf como vicepresidente». […] Rápidamente fueron afectados [por el «efecto tequila»] la Argentina y el Brasil, que mantenían desequilibrios en la cuentas externas: la Argentina ya había implantado el Plan de Convertibilidad y su referencia cambiaria, mientras el Brasil, que había introducido el Plano Real en julio de 1994, operaba. con déficits comerciales unos meses más tarde.*

Uno de los principales puntos del gobierno Menem fue la forma de conducción de la reforma económica, sin crear obstáculos en las esferas social y política. La flexibilidad y la habilidad con las que se condujo este gobierno fue algo extraordinario y sorprendente. La política de privatizaciones argentina se dieron en diversos segmentos, como aviación, telefonía, petroquímicas, etc. A título de ejemplo, podemos citar las siguientes empresas: Aerolíneas Argentinas, Entel, Gas del Estado, Atucha I, Atucha II y Yacimientos. La cuestión es controvertida, Paulo Nogueira Batista (1994, p. 31) comenta lo siguiente:

> *En el terreno de la privatización también fueron evidentes las incoherencias entre el discurso y la acción. En algunos casos, notorios pero poco comentados, no ocurre exactamente una privatización, sino una desnacionalización. Las Aerolíneas Argentinas, por ejemplo, pasaron de la propiedad del gobierno argentino a la de Iberia, controlada por el gobierno español.*

En el plano interno brasileño, la apertura a las políticas neoliberales fue iniciada por el entonces presidente Fernando Collor de Mello (1990-92). Fue el primer presidente elegido directamente después de más de tres décadas, por tanto el pueblo brasileño tenía todas las esperanzas depositadas en él.

Collor llegó al poder con un fuerte apoyo popular y del Congreso. Sin embargo, no pasó mucho tiempo antes de que los brasileños se desilusionaran, el mayor escándalo político en la década de los 90 ocurrido en América Latina salió a la luz cuando el coordinador de la campaña electoral de Collor, el empresario Paulo César Farias, fue objeto de numerosas denuncias por corrupción.

El entonces presidente fue apartado del Congreso Nacional y se inició un procedimiento de destitución. En diciembre de 1992, Fernando Collor renunció a su intento de evitar una condena, hecho que obstó para que fuesen suspendidos sus derechos políticos durante ocho años. Ese periodo es comentado por Luiz Antônio Mattos Figueiras (2000, p. 84):

> *[...] Como el gobierno de Collor y su plan económico, se asistió a una ruptura económico-política que marcó de forma definitiva la trayectoria del desarrollo del Brasil en la década de los 90. Por la primera vez, para enfocar una política de estabilización, se hizo una propuesta de proyecto a largo plazo, que combatía la inflación con reformas estructurales en la economía, el estado y las relaciones del país con el resto del mundo, con características nítidamente neoliberales. Sin embargo, ese proyecto se acometió de modo bastante torpe y acabó truncándose en aquel momento.*

Así, en un contexto de inestabilidad política, el Congreso Nacional nombra presidente de la República al vicepresidente Itamar Franco (1992-94). Ese gobierno, que tuvo como objetivo principal la estabilización económica, logró el crecimiento del PIB en 1993 y, al año siguiente, controló la inflación con la implantación del Plano Real.

La inflación que alcanzaba índices de locura bajó al 3% en 1994. La reservas internacionales aumentaron después que el Banco Central empezase a controlar la emisión de moneda con el objeto de frenar el déficit público. El éxito económico fue tan reconocido por el pueblo brasileño que Itamar Franco logró que fuese elegido como su sucesor a su ministro de Hacienda Fernando Henrique Cardoso.

El gobierno de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) se mostraba aprensivo con la adopción del nuevo modelo internacional (neoliberalismo pautado en el Consenso de Washington) a pesar de la creación del Plano Real y la estabilización macroeconómica e, incluso, el control de la inflación. En ese momento crucial se intentaba fortalecer la organización económica, que hasta entonces era vulnerable a una serie de variable, empleando como instrumentos la organización de las finanzas públicas y la estabilidad económica.

Cardoso retomó la política de privatizaciones que había iniciado el gobierno de Collor, momento en el que la internacionalización de la economía alcanzó su auge, situación que inevitablemente sucedería antes o después. A modo de ejemplo, fueron privatizadas la Copañía Siderúrgica Nacional, Light, Telebrás, Compañia Vale Doce y Embraer:

Esta ola de privatizaciones es explicada por el propio Fernando Henrique Cardoso (2006, p. 452):

> *Junto a esa modificación, enviamos al Congreso, a mediados de febrero de 1995, es decir, dos meses después del inicio del gobierno, una serie de propuestas de enmienda constitucionales que acabarían siendo esenciales para la transformación de la economía brasileña en los años siguientes. Se abría la explotación del gas natural al capital privado, mediante concesión; se terminaba con el monopolio de las telecomunicaciones, lo que propiciaría, luego de una privatización bien realizada, la modernización y el crecimiento espectacular de la infraestructura de telefonía celular y fija; se permitió la navegación de cabotaje a navíos de cualquier bandera, en las condiciones estipuladas por la ley; y —lo que hubo de vencer una mayor resistencia— se propuso lo que yo llamé «flexibilización» del monopolio del petróleo, es decir, sin privatizar Petrobrás, promover la competencia estatal con otras empresas, nacionales o extranjeras, en las actividades de explotación, importación y refino.*

En 1996, una crisis bancaria hizo temer que la recién conquistada estabilidad económica sufriera un retroceso. Para reconducir la situación, el gobierno aprobó un paquete de medidas conocido como «Programa De Estímulo a la Reestructuración del Sistema Financiero Nacional — Proer—».

En el campo político, Cardoso no logró tanto éxito como Menem, a pesar del crecimiento económico, las políticas sociales y de redistribución de la renta no beneficiaron a las clases media y baja. La globalización y el FMI fueron los aspectos más negativos para el pueblo brasileño en el marco del gobierno de Henrique Cardoso.

No todo fueron elogios. Estos fueron frecuentes en el inicio del mandato, pero, como suele suceder, las críticas arreciaron cuando brotó una nueva crisis que hizo aumentar la deuda externa y, con ello, el Brasil y la Argentina tuvieron que acatar las directrices del FMI. Esa hecho es explicado por Davis Harney (2005, p. 85):

> *En 1994, cerca de 18 países (entre ellos, México, el Brasil, la Argentina, Venezuela y el Uruguay) aceptaron acuerdos que preveían la condonación de 60 millones de dólares de sus deudas. Naturalmente, eso alimentó la esperanza de que el alivio en la deuda permitiese una recuperación económica que, a su vez, les facilitase, en el momento oportuno, el pago del resto de la deuda. El problema estaba en el hecho de que el FMI había seducido a los países que aceptaron esa pequeña rebaja de la deuda (al decir «pequeña» se hace referencia a que los bancos tenían capacidad para haber hecho un esfuerzo mayor) con un caramelo envenenado: las reformas institucionales neoliberales. La crisis del peso de 1995, la crisis brasileña de 1998 y el colapso total de la economía argentina eran resultados previsibles.*

Este punto de vista es corroborado por Nildo Ouriques (2001, p. 35):

> *La fórmula propuesta por la aristocracia financiero fue exactamente la misma que ya había sido usada en otras ocasiones para atajar la inflación, de la cual se había beneficiado durante dos décadas con la subida de los tipos de interés en el Brasil, a niveles superiores a los de los EEUU. La consecuencia de la medida fue que se produjo un grave desequilibrio en la deuda (tanto interna como externa, circunstancia originada por el hecho de que tanto las empresas estatales como las privadas —estas en mayor media— obtenían créditos más baratas en el mercado internacional, una operación de puro sentido común. La otra consecuencia el colapso de la deuda interna motivado por la necesidad que tenía el gobierno de renegociar los títulos de deuda pública con intereses altísimos y con plazos cada vez menores. Este fue un fenómeno generalizado en América Latina, si bien tuvo un impacto mayor en las grandes economías (La Argentina, el Brasil y México).*

Esa crisis financiera causó un gran desgaste en el gobierno Menem, hasta el punto de que la economía solo se recuperaría con su sucesor, el opositor Fernando de la Rúa (1991-2001).

En Brasil, el año 2002 quedó marcado por la elección de Luis Inácio Lula da Silva (2003-10) como presidente de la República, que derrotó al candidato que tomó el relevo de Fernando Henrique en el PSDB, el entonces ministro de Sanidad José Serra.

Lula era el principal exponente del Partido de los Trabajadores, una agrupación política que se definía como de «izquierda», socialista y defensoras de los pobres y los trabajadores. Lula y su partido tenían la confianza y la aprobación mayoritaria de la población al comienzo de su mandato. Sin embargo, no pasó mucho tiempo antes de estallar graves escándalos de corrupción, en los que estaban envueltos el Congreso Nacional y el Partido de los Trabajadores.

En 2005, fueron conocidos por la opinión pública los esquemas de corrupción del «valerioduto» y el «mensalão». El *valerioduto* consistió en el financiamiento irregular de la campaña presidencial de Lula en 2002, por medio de operaciones fraudulentas ligadas al sistema financiero nacional. Desde el punto de vista jurídico, el hecho de que la campaña política fuese financiada de forma ilegal, supondría la invalidez del primer mandato de Lula.

El *mensalão* consistió en la compra de votos en el Congreso Nacional para aprobar proyectos de ley del interés del gobierno. No obstante la repercusión internacional del caso y la gravedad de las denuncias, el apoyo popular obtenido por Lula lo dejó en una situación cómoda, y ni siquiera fue imputado por el caso *mensalão. Lula era intocable y de «nada sabía». El mensalão* fue entendido como una herramienta análoga a un «golpe político» por el ministro presidente del Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto (2012, p. 7):

> *Según consta en los autos, bajo inspiración de la vieja, astuta, obstinada, inspiración patrimonialista, [...] un proyecto de poder fue archivado. No de gobierno, porque proyecto de gobierno es ilícito, es cuatrienal. Sino un proyecto de poder que va más allá cuatrienio cuadriplicado. Un proyecto de gobierno que, va mucho más allá de la continuidad administrativa, es simple y llanamente continuidad gubernamental. Golpe, por tanto, al símbolo más eminente de la democracia, la República.*

Ese proceso de investigación derivó en la revocación del mandato de dos diputados federales de bastante relevancia: Roberto Jefferson (delator del esquema) y José Dirceu (Ministro jefe de la Casa Civil). Ese hechos son comentados por Lúcia Hippólito (2005, p. 204):

> *En la Cámara de los Diputados, a menudo se oyen historias sobre diputados que venden el voto por tantos mil reales. Nadie cuenta la historia hasta el fin, nadie intenta que los hechos sean juzgados. Las cosas quedan ahí, pero poco a poco se va consolidando la imagen de un Congreso convertido en un mercado persa, donde todo se compra y todo se vende. Desde la semana pasada circulan rumores de que varios diputados han recibido dinero a cambio de apoyo a determinadas bancadas. El mercadeo desenfrenado de los primeros días del año legislativo hizo que se acuñara el término «diputado prepago».[...] En la época, en el reportaje se decía que la distribución del «mensalão», hecha hasta ese momento con dinero en efectivo, había sido sustituida por un método más sofisticado, para evitar quebrantos a los implicados. De hecho, aunque haya sido publicado meses antes de que el* mensalão *fuese de dominio público a raiz de la denuncia del exdiputado Roberto Jefferson, el texto parecía estar narrando lo que sucedía. Era, justamente en aquel momento, que la oscura práctica del* mensalão, *un sistema de distribución de recursos ilícitos a políticos y personas relacionadas con estos, estaba sofisticándose, como puede comprobarse en el informe, cuando se reporta la sustitución de la retirada de dinero de los cajeros del Banco Rural por la remesa a agencias de cambio y bolsa.*

En la política externa, Lula consiguió disimular la realidad social de nuestro país y vendió a los grupos económicos internacionales la imagen del «Brasil Tropical» (el país de las maravillas]. Las inversiones extranjeras llegaron al Brasil e incluso con el gobierno Lula el Brasil logró convertirse en la séptima economía mundial (incluso con reservas internacionales), pero con un alto coste para nuestro pueblo: el aumento de las disparidades sociales.

En la Argentina, el nuevo presidente De la Rúa cometió un error crucial que le acabaría costando el mandato, enviar a Domingo Cavallo al Ministerio de Economía, medida que generaría enorme desencanto y desconfianza a la sociedad argentina. Cavallo fue ministro de Economía con el gobierno Menem y quedó marcado por su plan económico, cuya piedra angular era la Ley de Convertibilidad. En esa periodo, las medidas de Cavallo fracasaron, se mostraron ineficaces e impopulares. Finalmente, el gobierno De la Rúa bloqueó los depósitos públicos y declaró la

moratoria, medidas que expandieron la crisis política y costaron el cargo al presidente. Las protestas populares y las «caceroladas» forzaron a De la Rúa a renunciar al mandato. Esta situación es comentada por Davis Harvey (2005, p. 115):

> Los disturbios que siguieron dejaron un saldo de 27 muertos y el presidente De la Rúa renunció, junto a Domingo Cavallo, el arquitecto de su política económica. El 6 de enero de 2002, Duhalde, el nuevo presidente, abandonó la paridad con el dólar y devaluó el peso. Pero también decidió congelar todas las cuentas de ahorro con más de 3000 dólares y acabó tratando los depósitos en dólares como si fuesen pesos, lo que provocó que el valor de los ahorros se quedase en un tercio de su valor inicial. Dieciséis billones de dólares en poder de compra fueron transferidos de los ahorradores a los bancos y, por medio de estos, a elite político-económica. Las consecuencias en términos de descontento social fueron dramáticas y la repercusión de los hechos muy grande: el desempleo de disparó y la riqueza cayó en picado, fábricas inactivas fueron ocupadas y reactivadas por trabajadores militantes, se establecieron comités de solidaridad en los barrios para tratar de encontrar mejores medios de subsistencia y los piquetes tomaron las calles y bloquearon las redes de transporte, mobilizándose en torno a exigencias políticas esenciales.

El gobierno argentino fue dirigido temporalmente por Eduardo Duhalde (2002-2003) hasta la elección de Nestor Kirchner (2003-2007). Ese periodo estuvo marcado por el fin de la crisis financiera y por el enorme crecimiento económico, incluso con el pago integral de la deuda externa contraída con el gobierno del Fondo Monetario Internacional. Pero los efectos negativos de la política neoliberal todavía se sienten en el pueblo argentino. La convulsión social, los problemas del desempleo y la exclusión social todavía no fueron resueltos.

Kirchner intentó neutralizar el neoliberalismo, aumentando la intervención del estado en la economía, intentado retomar el modelo desarrollista. Una de esas medidas intervencionistas es comentada por Alejandro Bonvecchi (2004, p. 198):

> Con esas medidas, que un FMI desprestigiado precisamente por su actuación en la crisis argentina no puede sino aceptar, la discusión sobre el nivel de uso del superávit fiscal adquirió una relevancia inédita que no había tenido en negociaciones anteriores. Kirchner trazó, explícitamente, límites estrictos al poder negociador del ministro de economía, Roberto Lavaña, al asegurar, a través de numerosas declaraciones a la prensa, que el país solo aceptaría un acuerdo que fuese capaz de cumplir.

Las elecciones de Lula y Kirchner significaron el fin de la era neoliberal en las dos mayores economías suramericanas.

Los gobierno de Christina Kirchner (2007-2015) y Dilma Roussef (2011-2015) dan continuidad a los de sus antecesores, estableciendo como un de sus caballos de batalla la ampliación de los programas asistencialistas. En este momento, la Argentina se recupera económicamente y consiguió disminuir sustancialmente los índices de pobreza, colocándose como el segundo país con menos pobreza en América de Sur. El gobierno de Dilma obtuvo índices de aprobación similares a los del expresidente Lula, sin embargo las protestas en las calles contradicen ese dato. La insatisfacción era bien visible, los gritos de la nación evidenciaban que el «gigante había despertado», la desesperanza parecía haber acabado mientras surgía un nuevo movimiento popular y soberano. Pero, como sucede con «casi todo» en el Brasil, todo acabó en el olvido.

En esa perspectiva, la democracia pasa por un proceso de consolidación en los dos países, aunque con dificultades, entre las cuales sobresale el hecho de que la clase política está desacreditada para la mayoría de la sociedad, el estado no demostró ser eficaz en la salvaguarda de los intereses públicos.

En verdad, los estados que inicialmente tenían el objetivo de atender las necesidades de la población fueron paulatinamente alejándose de su propósito inicial y pasaron a ponerse al servicio del sector más adinerado de la sociedad, ahogando a la mayoría de la población con altísimas cargas tributarias, burocracia, inflación, desempleo y miseria, etc.

Cerramos el repaso de esta etapa con la afirmación incontestable de Boaventura de Sousa Santos (2015, en línea): «[...] comenzó a ser más evidente cada día que los regímenes democráticos instaurados en los últimos 30 años traicionaron las expectativas de los grupos sociales excluidos, de los trabajadores cada vez más amenazados en sus derechos y de las clases medias empobrecidas».

6.2 La Argentina y el Brasil como vectores de integración en el Mercosur

El fortalecimiento de las relaciones entre la Argentina y el Brasil ha propiciado una estrategia alternativa al dominio económico de la Unión Europea y los EEUU. Así, la integración regional promovida por el Mercosur favoreció la aparición de un frente crítico a las directrices liberales del Consenso de Washington. Esa coyuntura es el objeto del comentario de Raúl Bernal-Meza (2005, p. 47):

> *Hoy, parece muy común entre los estudiantes de ciencias sociales la idea de que los proyectos contemporáneos de integración económica y política en América Latina —Desde el Alalc o el Mercado Común Centro-Americano, pasando por el grupo andino o por la Aladi, hasta llegar al Mercosur actual —están basados en el pensamiento europeo, cuya última expresión es la Unión Europea, con sus instituciones, mercado y moneda común. Sin embargo, nada resulta más equivocado. Una cosa es la experiencia concreta histórica concreta con unos y otros ejemplos, y otra, muy diferente, son los fundamentos, basados en pensamientos propios y particulares.*

Durante los gobiernos paralelos de Kirchner y Lula una cierta indisposición y desgaste en las relaciones de los dos países, debido a que el Brasil no apoyó determinadas posiciones de la política económica argentina, incluida la ruptura con el FMI. La nueva orientación nacionalista de Kirchner se contraponía a las pautas neoliberales, incluso con la adopción de medidas proteccionistas que perjudicaban a las importaciones brasileñas, eso demostraba que la consolidación del Mercosur no sucedería sin fricciones entre sus países miembros. Pero esas rivalidades geopolíticas tuvieron que ser abandonadas para favorecer la constitución de una zona de paz en América del Sur.

El entonces presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2015, en línea), en declaración a la prensa presenta el papel de los dos países en relación con el Mercosur:

> *En todas las ocasiones en que me dirigí al pueblo argentino expresé con claridad la disposición a establecer con su país una «alianza estratégica», fundamental para sacar adelante, con éxito, el proyecto del Mercosur y para construir una comunidad suramericana de naciones. […] Brasil y Argentina son dos grandes países. Estamos llamados a desempeñar un papel decisivo en la construcción de un continente libre, justo y solidario. De nuestra acción coordenada dependerá el futuro de nuestros pueblos […] Presidente Kirchner, quiero que Su Excelencia salga del Brasil con la certeza absoluta de que el gobierno brasileño y el presidente de la República del Brasil tienen la más absoluta convicción de que la buena relación entre la Argentina y el Brasil es la razón primera para el éxito del Mercosur.*

El ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2015, en línea) continúa con lo siguiente:

> *Yo, particularmente, creo que la Argentina y el Brasil tienen un papel de gran responsabilidad en el Mercosur, de gran responsabilidad en la integración de América del Sur. […] La asociación estratégica con la Argentina, la consolidación del Mercosur y la integración suramericana son, para nosotros, prioritarias. Más que eso: son inseparables de nuestro proyecto nacional de desarrollo. […] La alianza estratégica entre la Argentina y el Brasil es imprescindible para alcanzar nuestros objetivos nacionales, que solo tienen sentido si son tomados como parte de un proyecto más amplio de integración suramericana. De ahí mi convencimiento de que juntos tenemos que fortalecer el MERCOSUR y forjar una integración consistente entre los países de América del Sur.*

La visión histórica de dos países acerca del Mercosur eran distintas, La Argentina trataba de aumentar su actividad comercial (una dimensión económica), mientras que el Brasil intentaba proyectarse como líder regional del bloque (una dimensión político estratégica). Así, el Brasil es visto como un socio necesario para el crecimiento argentino. Aporta su visión sobre el tema Déborah Norden y Roberto Russel (2002, p. 113):

> *La ausencia de vía rápida, junto a los beneficios «mercantilistas» que la Argentina logró al tener un acceso preferencial al mercado brasileño a través del Mercosur, ayudaron a forjar un fuerte consenso político regional con relación a la idea de que el bloque debería ocupar un lugar privilegiado en las relaciones internacionales argentinas. Incluso así, y por el miedo a depender demasiado del Brasil, el gobierno Menem aparentó ser cada vez más favorable a la construcción de un área hemisférica de comercio, en la cual Mercosur y ALCA deberían ser complementarios, una debería ser contrapeso de la otra.*

Las relaciones entre Argentina y el Brasil comenzaron a ganar impulso gracias a la aproximación entre los gobiernos de Raúl Alfonsín (1983-89) y José Sarney (1985-1990), con la denominada política integracionista, refrendada por la firma de la Declaración de Iguazú por parte de ambos países, el 30 de noviembre de 1985. Ese texto sería uno de los pioneros de la integración regional suramericana y más tarde serviría de base para la creación del Mercosur.

Durante los gobiernos de Menem y Collor se celebró el Tratado de Asunción, el 26 de marzo de 1991. Ese acuerdo fijó metas, plazos e instrumentos para la construcción del Mercado Común del Sur; y fue firmado por la Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay, países fundadores del Mercosur. Entre los objetivos principales podemos señalar la intensificación de los flujos comerciales, la promoción de la apertura comercial regional, la viabilidad de las economías de producción y la mejora de la calidad de vida de los pueblos de los estados miembro.

La actual organización del Mercosur salió del Protocolo de Ouro Preto, elaborado en diciembre de 1994. Hasta 1996 no ingresaron Bolivia y Chile en el bloque. Sobre ello habla Marco Simão Filgueras (1996, p. 119):

> *Así, por el momento, está descartada la posible aceptación de un régimen de derecho comunitario, pues el Protocolo de* Oro Preto *no previó órganos supranacionales, al estilo de los existentes en la UE. El funcionamiento eficaz de un mercado común implica la adopción, por parte de las autoridades comunitarias, de decisiones que, según la Constitución, son privativas de los órganos nacionales, en el sistema vigente, en los países miembros del tratado de Asunción, a los Poderes legislativo y Judiciario. Será necesario, entonces, prever la posibilidad de atribuir esos poderes al consejo o a otro órgano comunitario, reformándose, también, la Constituciones de los estados-partes para el atendimiento de las necesidades de armonizar las legislaciones internas a las peculiaridades del mercado común.*

Fue durante los gobierno de Itamar Franco y Fernando Henrique Cardoso cuando nos alejamos en el campo diplomático del término «América Latina», una vez que la integración con México y los demás países de América Central se tornó inviable. En este sentido, se intentaba una regionalización centrada en los países de América del Sur. Esta política diplomática es explicada por Raúl Bernal-Meza (1999, p. 83):

> *[…] externo en la etapa particular de las relaciones internacionales de América Latina de los años 80, caracterizada por la emergencia de nuevas formas de diplomacia multilateral o de concertación directa entre los gobiernos para la gestión colectiva de los problemas internacionales. Esta «diplomacia multilateral a alto nivel» estaba marcada por el fuerte presidencialismo en las relaciones bilaterales y multilaterales regionales. Más tarde, ese presidencialismo también dejaría su marca en el tipo de institucionalidad que adoptarían los cuatro gobiernos para el diseño del Mercosur.*

La creación del Mercosur ofreció a los pueblos suramericanos la esperanza de un futuro mejor, donde las barreras económicas serían eliminadas y el progreso económico llegaría a sus países.

Los desafíos acometidos por el Mercosur guardan relación con la superación de la dependencia de los mercados financieros internacionales, el fin de las desigualdades sociales internas de los estados miembros y la elaboración unísona de estrategias de desarrollo nacionales.

Finalmente, para comprender el proceso de integración regional es necesario que guarde el debido respeto a la Argentina y el Brasil a través del desarrollo del proyecto político del Mercosur. Aborda el eje argentino-brasileño Celso Amorim y Rafael Bielsa (2015, en línea):

> *La alianza estratégica entre el Brasil y la Argentina no es un imperativo del destino, aunque sí un proyecto político de extraordinaria importancia para las dos naciones. […] La formación del Mercosur —el más prometedor de los proyectos de integración regional en que hayamos participado— materializa el sentido de aquellos acuerdos: mucho más que un mero acuerdo comercial, el bloque construye un proyecto ambicioso y efectivo, orientado al desarrollo de nuestras economías y el fortalecimiento de la capacidad de los dos estados de conducir un proceso de mejoría de la calidad de vida de nuestros pueblos. El Mercosur es, hoy, un factor de estabilidad democrática en el ámbito regional e irradia una fuerza poderosa de atracción a toda América del Sur. […] Habrá otras razones estratégicas, pero la asociación Brasil-Argentina es el eje central del proceso de integración suramericana, factor decisivo de cohesión y cooperación regional. Esa asociación es, también, un instrumento clave para alcanzar el desarrollo económico y social de nuestras naciones y mejorar las vidas de nuestros pueblos.*

En la actual coyuntura de desigualdades económicas y sociales, la Argentina y el Brasil tienen un papel fundamental y significativo en la labor de acercamiento de los países del área. Esta necesidad es señalada por la presidente de la República Argentina, Cristina Fernández de Kirchner (2015, en línea):

> *La integración no es una opción, es el único camino posible para remontar una historia de desencuentros y creo que de fantasmas que, con otras intenciones, otros intentaron crear, fundamentalmente*

> *entre la Argentina y el Brasil, los dos países que, por su historia, su potencialidad, sus recursos naturales y su extensión geográfica tienen la inmensa responsabilidad de ayudar, más que otros, en la tarea de construcción de la unidad latinoamericana y, en particular, de América del Sur.*

Por tanto, nada más justo y oportuno para finalizar este estudio que presentar un breve análisis de la relaciones entre la Argentina y el Brasil en los últimos años. La excentricidad de esas reflexiones y la proposición de nuevos debates y cuestiones se imponen como necesarios para profundizar y abrir nuevas sendas en la investigación científica, tal y como exige el mundo académico de este investigador y su razonamientos.

Este investigador usó usar como instrumentos de investigación los hechos históricos, la literatura académica y las fuentes documentales para lograr la comprensión, en un macrocosmos, de la construcción de las relaciones entre la Argentina y el Brasil, en cuanto microcosmos, el papel económico del micro-emprendedor individual en este ambiente.

CONCLUSIÓN

El presente trabajo de investigación empezó con una reflexión sobre el orden económico con el propósito de contextualizar el tema. Hicimos un estudio sobre el apartado económico en las constituciones brasileñas del Imperio y las republicanas. Además, constatamos la importancia de las constituciones de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, y la República de Wieimar, de 1919.

Estos dos textos constitucionales tuvieron gran influencia en el universo jurídico occidental, principalmente en lo referido a las teorías económicas, con especial atención a la función social de la propiedad y en los límites a la intervención del Estado en la economía.

El control estatal de la actividad económica, se hace necesario debido a las consecuencias de la I Guerra Mundial (1914-18).

En el Brasil fueron intensos los debates sobre las conquistas constitucionales y sociales promovidas por la Constitución de Weimar, la cual serviría de parámetro para la elaboración de la Carta Magna del Brasil de 1934.

En cuanto a la Constitución Mexicana, fue producto de la «Revolución mexicana» y suyas fueron dos contribuciones relevantes: normas que determinaban una fuerte intervención estatal, además de la limitación del concepto absoluto de propiedad, el cual pasó a ser sometido al interés colectivo. Asimismo, la Carta Magna de México fue innovadora al incluir un cuadro relevante de derechos sociales del trabajador, entre los cuales destacan: limitación de la jornada de trabajo, el establecimiento de salario mínimo, la participación en los beneficios de la empresa, el contrato colectivo de trabajo y el Sistema Previsional. En ese sentido, los derechos sociales y los trabajadores fueron consagrados como derechos fundamentales, al mismo nivel que los derechos políticos y las libertades individuales. Esa Carta Política fue la primera en romper con la mercantilización del trabajo, al establecer el principio jurídico de igualdad sustancial entre empresarios y trabajadores en una relación de trabajo.

En el año 1929, la quiebra de la Bolsa de Nueva York desencadenaría una crisis económica mundial, hecho que acabó teniendo repercusión en el ámbito de la política interna brasileña. Aquel escenario propició el final de la «*República Velha*», como consecuencia de una revolución que llevó a Getulio Vargas al poder.

La Carta Política de 1934 inauguraba en el Brasil el constitucionalismo económico, que incluso incluía un capítulo que regulaba el orden económico y social (artículos del 130 al 140, del Título IV). En este sentido, el ordenamiento jurídico económico debería estar orientado por los principios de la justicia y las necesidades de la vida nacional, creando las condiciones de una existencia digna. Ese capítulo de la Constitución de 1934 fue la base que orientó el artículo nº 170 de la Constitución Brasileña de 1988 que se encuentra en vigor.

La constitución de 1937, que nació en un nuevo momento político brasileño denominado «Estado Novo», sufrió una enorme influencia de la Carta Magna de Polonia y rompió con el modelo clásico liberal al ser bastante intervencionista y exageradamente nacionalista. Ese texto constitucional formalizó una estructura organizacional de un Estado autoritario, con el poder centralizado en las manos del Presidente de la República. En el ámbito externo, el fin de la II Guerra Mundial evidenció que los Estados autoritarios eran ineficaces y no atendían las expectativas de la sociedad. Finalmente, se creó una consciencia mundial de que se necesitaba un nuevo régimen político para evita los horrores de las recientes guerras mundiales, un régimen que atendiese a las demandas sociales, políticas y económicas de los pueblos. En ese nuevo escenario la democracia se erige como alternativa viable al estado dictatorial, circunstancia que representa el renacimiento del Estado de Derecho.

En el Brasil, la Constitución de 1946 restauró el tan fragmentado federalismo y consagró la autonomía político-administrativa de las unidades de la Federación (estados) y los municipios. También la organización económica se subordinó a los principios de justicia social y el derecho de huelga dejó de ser considerado antisocial, pasando a ser reglamentado por la legislación.

Así, entramos en un hiato histórico marcado por la Revolución Militar de 1964, que rompió con el Estado de Derecho y con el régimen democrático, restableciendo un régimen de excepción centralizado en las manos de los generales del ejército Brasileño, marcado por la represión política e ideológica. En ese estados de las cosas de ruptura democrática, se publica la Constitución de 1967, que recibió la orientación de la «Doctrina de la Seguridad Nacional», hecho que se tradujo en la censura de los medios de comunicación, la tortura y el encarcelamiento de los opositores al régimen. En el campo económico se vio que la tan prometida estabilización y el crecimiento económico habían sido una falsedad, pues lo que en realidad sucedió fue que la deuda externa creció extraordinariamente y la inflación se desbocó. A todo eso hay que añadir el colapso internacional del comercio del petróleo.

El régimen democrático no fue restablecido hasta la promulgación de la Constitución Federal del 4 de octubre de 1988. Este último texto constitucional que todavía está en vigor restableció las elecciones directas para intendentes municipales, gobernadores estatales y presidente de la República, fortaleció la armonía y la tripartición de los poderes, y restableció las garantías constitucionales como el hábeas corpus o el recurso de amparo. El ordenamiento jurídico económico comenzó estar en consonancia con la libre iniciativa (premisa del capitalismo) y a valorar el trabajo humano. Entonces, esta última carta magna resguardó un modelo de economía de mercado de orden capitalista fundado en la defensa de la iniciativa privada, aunque en sintonía con el respeto al trabajo humano, constituyendo no solo un fundamento del ordenamiento jurídico, sino también de la propia república Federativa del Brasil, en los términos que establece el artículo 1, inciso IV, de la constitución Federal de 1988.

En este estudio, aprecio que los principios constitucionales que sustentan al orden económico, como son: *«propiedad, libre iniciativa, libre competencia, soberanía, igualdad, defensa del medio ambiente, defensa del consumidor, reducción de las desigualdades sociales, promoción del pleno empleo y protección a las pequeñas empresas nacionales»*. Este último es el fundamento para el régimen diferenciado concedido a las pequeñas empresas e incluso al micro-emprendedor individual. *«Estimo que se verificó que por medio texto normativo se ofrecen incentivos como ventajas económicas, tributarias, se suprimen barreras burocráticas, previsionales y administrativas»*.

Intentamos entender y señalar cómo la globalización impactó en la economía brasileña y en el derecho. En resumen, comprobamos que la globalización es un proceso complejo que modificó los sistemas productivos y financieros, disminuyendo las dificultares aduaneras entre los países. Analizamos la correlación entre los fines de la democracia y el capitalismo y concluimos que ambos pueden coexistir en el tiempo y el espacio, a pesar de que aparentemente son conceptos antagónicos. Es suma, averiguamos que se *«globalizó la pobreza y no la riqueza»*, generando consecuencias indeseables, como el desempleo masivo, la degradación ambiental y el debilitamiento de las leyes y la soberanía de los países. En consecuencia, *«entiendo que surge la necesidad de construir un modelo de democracia cosmopolita que sea capaz de sobrevivir a la pérdida del dominio económico con el descontrol de sus propias finanzas, habida cuenta de que el déficit presupuestario está sujeto a factores externos»*.

En lo tocante a la relación entre globalización y derecho, se constata la existencia de cuatro corrientes/abordajes de la sociología del derecho, a saber, «*la doctrina de la política mundial, la doctrina del sistema mundo, teoría poscolonial y, finalmente, la doctrina del derecho y el desarrollo económico»*. En este sentido, presentamos una innovadora perspectiva sobre la relación entre el derecho y la globalización, así como identificamos nuevos desafíos que tendrán que ser superados por las Ciencias Jurídicas y Sociales, como, por ejemplo, la pacificación de conflictos nacidos en ambientes sociales globalizados. En conclusión, intentamos verificar que nuestro ordenamiento jurídico se basó en doctrinas y teorías propias de estados fuertes, pero tuvieron que relativizar el concepto de soberanía. En suma, el sistema planetario globalizado exigió mano de obra cualificada y aumentó la competitividad en el mercado de trabajo y, en consecuencia, devino el desempleo masivo. Esos trabajadores, excluidos del mercado formal, tuvieron que adaptarse al nuevo panorama y migraron al sector informal de la economía como forma de sobrevivir.

Después, vimos el principio de la función social de la empresa, derivado de la función social de la propiedad, recogida en el artículo 5, inciso XXIII de la Constitución Federal de 1988. Ahí fue presentado el concepto de «constitución económica», descubrimos la importancia de un texto constitucional para la seguridad jurídica en las relaciones comerciales y constatamos el papel de la empresa como pilar de la economía. Mostramos, a título ilustrativo, el artículo 17 de la Constitución de la República Argentina de 1994, que normalizó la tutela de la propiedad privada y de la empresa. Verificamos la importancia del principio del lucro y concluimos que era indispensable que la

empresa obtenga beneficios, pero sin olvidar la generación de empleos, la contribución al estado en forma de tributos, la preservación del medio ambiente y la valoración de la dignidad de las personas humanas.

Si, de un lado, los trabajadores fingen no estar al margen del sistema productivo de la economía formal, del otro, el estado finge no percibir la expansión de la economía informal. Advertimos que los trabajadores informales no pagan impuestos, y que además no les son reconocidos los derechos laborales, como el salario mínimo o el seguro de desempleo, y la falta de aportes al sistema previsional los deja desamparados de cara a su jubilación. *Constatamos la inmediata necesidad de creación de políticas públicas orientadas a la reducción de las desigualdades sociales y de una política económica que se preocupe por el bienestar humano. A título ilustrativo, resaltamos la importancia legislativa de la Ley n.º 26476/2008, que reestructuró el mercado de trabajo fomentando la formalización*.

En definitiva, entendemos el instituto del micro-emprendedor individual como un puente de la informalidad al mercado formal de trabajo, creador a partir de las normas contenidas en la Ley complementaria n.º 128/2008. El concepto *«micro-emprendedor individual»* puede entenderse como una política pública de estado o como una modalidad de microempresa. Ese instituto está regulado por un régimen diferenciado que concede beneficios de índole tributaria y previsional. Se verificó la necesidad de formar a los microemprendedores para que puedan llevar sus negocios eficientemente, enseñándoles nociones básicas de producción, comercio y finanzas. Se comprobó que existe falta de confianza de las personas en el Estado, uno de los obstáculos para la formalización de los trabajadores.

Por eso analizamos la reciente historia de los gobiernos de la Argentina y el Brasil, este estudio de sociedades vecinas permitió la comparación de diversas variables, como las dificultades a que se enfrentan, las incógnitas que han de ser resueltas y los desafíos que han de superar. Vimos cómo llegó el modelo neoliberal a ambos países, las consecuencias que su adopción acarreó y la influencia del «Consenso de Washington». En el plano interno argentino, conferimos el papel del Plan de Convertibilidad y la ola de privatizaciones de empresas estatales. En cuanto al Brasil, comprobamos la importancia del *Plano Real* para la estabilización de la economía nacional. Verificamos que la democracia pasa por un proceso de consolidación en ambos países y que este régimen político traicionó las expectativas que los grupos sociales excluidos habían depositado en ella. Finalmente, pusimos de relieve la importancia del estrechamiento de las relaciones entre la Argentina y el Brasil para el fortalecimiento del Mercosur. *Para dar al trabajo la profundidad que el ámbito académico exige y hacer aportaciones novedosas a la materia, para ello es necesario que se propongan nuevos debates y se aborden nuevas cuestiones, que se hagan reflexiones originales. De hecho, intentamos que nuestra contribución sea innovadora y para ello nos fijamos en los detalles de la evolución, las diferencias y semejanzas y el acercamiento entre el Brasil y la Argentina, rompiendo viejos esquemas de pensamiento*. La comprensión de sus particularidades y de las convergencias entre ambos países proporcionaron

respuestas a preguntas inéditas. *La búsqueda de una sociedad más justa en el futuro comporta la necesidad de solidificación de las instituciones y de una revolución social que movilice a los ciudadanos*.

La colaboración entre estas dos naciones es imperativa, resulta muy necesario el estrechamiento del vínculo entre ellas.

En la nómina de autores presentes en la investigación destacan los siguientes: Boaventura de Sousa Santos, Dalmo de Abreu Dallari, Eros Roberto Grau, Fernando Henrique Cardoso, Gilmar Mendes, Jorge Miranda, Miguel Reale, Norberto Bobbio y Paulo Bonavides.

A pesar de la constatación de que hay una sólida base jurídica en la Argentina y el Brasil, es necesario que nos fijemos en los problemas reales, esto es, nuestra triste realidad social y económica, los desafíos que deben afrontar los ciudadanos, la sociedad, las instituciones y el Estado. Finalmente, verificamos la necesidad de una redefinición de la cadena de relaciones entre el trabajo, el capital y el estado. La riqueza, el capital y los medios de producción están en poder de una pequeñísima parte de la sociedad brasileña, siendo imperativo la creación de instrumentos legales que atenúen las disparidades sociales.

REFERENCIAS

LIBROS:

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. *A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro.* São Paulo: SRS Editora, 2008.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANTUNES, R. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho.* Campinas: Cortez, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO, Tarcisio Patricio, LIMA, Roberto Alves. *Ensaios Sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego*. Recife: Universitária Ufpe, 2014.

BARBOSA, A. de F. *De "setor" para "economia informal"*: aventuras e desventuras de um conceito. São Paulo: USP, 2009.

BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Direito Constitucional: uma abordagem histórico crítica*. São Paulo: Madras, 2003.

BARONE, F. M. *Introdução ao microcrédito.* Basília: Conselho da Comunidade Solidária, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS. Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BATISTA, Paulo Nogueira. *O Consenso de Washington. A visão neoliberal dos problemas latino-americanos.* Cadernos da dívida Externa, no. 6. São Paulo: PEDEX, 1994.

BATISTA JUNIOR, Paulo Nogueira. *O Brasil e a economia internacional: recuperação e*

defesa da autonomia nacional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BEETHAM, David. *Defining and Measuring Democracy.* Londres: Sage, 1994.

BELOQUE, L. D. *A cor do "trabalho informal": uma perspectiva de análise das atividades "informais"*. São Paulo: PUC, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais en espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2009.

BERDNARSKI, José Luiz; AZEVEDO, Tatiana Soares. O sistema econômico na Constituição de 1988. In *Direito constitucional econômico - uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988*. São Paulo: Minha Editora, 2012.

BERNAL-MEZA, Raul. *América Latina em el Mundo: el pensamiento latinoamericano y la teoría de relaciones internacionales*. Buenos Aires: GEL, 2005.

_____. *Política Exterior Argentina:* De Menem a De La Rúa. Hay una nueva política? Buenos Aires: GEL, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M., MARINS, James. *Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte Comentado: LC 123 de 14.12.2006; LC 127, de 14.08.2007*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

BHORAT, Haroon. LUNDALL, Paul. *Employment and labour market effects of globalizations: Selected issues for policy management*. Employment Analysis Unit – Employment Strategy Department. Cidade do Cabo (Cape Town): OIT, 2004.

BOBBIO, Norbeto. MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

_____. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil.* Brasília: OAB, 2004.

BONVECCHI, Alejandro. O Governo de Kirchner: uma reversão ao Menemismo? In: SALLUM JR. Brasílio. *Brasil e Argentina hoje: política e economia*. São Paulo, Bauru: Edusc, 2004.

BRAUDEL, Fernand. *Civilização Material, Economia e Capitalismo Séculos XV-XVIII.* São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CACCIAMALI, Maria Cristina. *Setor informal urbano e formas de participação na produção.* São Paulo: Instituto de Pesquisas Econômicas, 1983.

_____. *A composição do mercado informal de trabalho e o papel do mercado de trabalho na redução da pobreza*. São Paulo: Fipe, 2002.

CAMPILONGO, C. F. *Teoria do direito e globalização econômica.* São Paulo: Max Limonad,, 1999.

CARDOSO, Fernando Henrique. *A Arte da Política – A história que vivi.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CARVALHOSA, M. *Comentários à lei de sociedades anônimas.* São Paulo: Saraiva, 1977.

CASAS, Alberto Juan; VILLANUEVA, Horacio J. Romero. *Expropiación: Ley 21.499*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 315

CASTRO, Carlos Alberto Farracha. *Fundamentos do direito falimentar.* Curitiba: Juruá, 2009.

CASTRO, Jorge. "La Argentina, Estados Unidos y Brasil – el triangulo de la década del 90". In: *A Cisneros (org) Política Exterior Argentina: história de un exito*. Buenos Aires: CEPE/CARI, 1999.

CATEB, Alexandre Bueno. Análise Econômica da Lei de Sociedades Anônimas. In: *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COASE, Ronald H. *O problema do custo social.* Chicago: Journal of Law and Economics, 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *A função social da propriedade dos bens de produção. In:*

Direito empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Estado, empresa e função social.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado.* São Paulo:

Saraiva, 1998.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2009.

DRUCKER, Peter Ferdinand. *Sociedade pós-capitalista.* Lisboa: Actual Editora, 1993.

ESCOREL, Sarah. *Vidas ao Léu: trajetórias de exclusão social*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada.* São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Roberto. Artigo 170, III, VII e IX, e Artigo 179 da Constituição Federal de 1988. In: *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.* Barueri: Manole, 2010.

FILGUEIRAS, L. A. M.; DRUCK, G.; AMARAL, M. F. *O conceito de informalidade: um exercício de aplicação empírica*. Salvador: CRH, 2004.

FIGUEIRAS, Marco Simão. *Mercosul no contexto latino-americano.* São Paulo: Atlas, 1996.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GROSFOGUEL, Ramon. *The epistemic decolonial turn beyond political-economy paradigms.* Boston: Cultural Studies, 2007.

GUEDES, Marco Aurélio. *Estado e ordem econômica e social: A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GIDDENS, Anthony. *O Mundo na Era da Globalização.* Lisboa: Presença, 2000.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, neoliberalismo e Direito no Brasil.* Londrina: Humanidades, 2004

GÓMEZ, Jose Maria. *Política e Democracia em Tempos de Globalização.* Buenos Aires: CLACSO, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2008.

HART, Stuart L. *O capitalismo na encruzilhada: as inúmeras oportunidades de negócios na solução dos problemas mais difíceis do mundo*. Porto Alegre: Bookman, 2006.

HIPPOLITO, Lucia. *Por Dentro do Governo Lula.* São Paulo: Futura, 2005.

HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo.* São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUSNI, Alexandre. *Empresa socialmente responsável: uma abordagem jurídica e multidiciplinar.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

IAMAMOTO, Marilda Villela. *Serviço Social no tempo do capital fetiche: capital financeiro, trabalho e questão social*. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

IANNI, Otávio. *A sociedade global.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

KORNIJEZUK, F. B. S. *Características Empreendedoras de Pequenos Empresários de Brasília.* Brasilia: UNB, 2004.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. *Empresa e Propriedade*: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACHADO DA SILVA, L. A. Mercado de trabalho, ontem e hoje: informalidade e empregabilidade como categorias de entendimento. In: *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Bomtempo, 2003.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: *Direito Civil:* Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MCGREW, Anthony G.; LEWIS, Paul. *Global politics: globalization and the nation state.* Cambridge: Cambridge England, 1992.

MELO, H. P. de.; TELES, J. L. *Serviços e informalidade: o comércio ambulante no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Ipea, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHAELS, Ralfh. *Globalization and Law: Law Beyond the State.* Durham: Banakar and Trevers eds, 2013.

MIRANDA, Jorge*. Manual de Direito Constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. *Constituição e Cidadania.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONTAÑO, Carlos E. - *Microempresa na Era da Globalização: uma abordagem histórico-critica.* São Paulo: Cortez, 2001.

MORETTO, C. F.; CAPACCHI, M. A (in)formalidade e o setor (in)formal para além do ilegal. In: *Trabalho e trabalhadores: significados e significâncias.* Ijuí: Unijuí, 2006.

NICZ, Alvacir Alfredo. *Estado, direito e sociedade.* São Paulo: Iglu, 2010.

NORDEN, Deborah e RUSSELL, Roberto. *The United States and Argentina: Changing Relations in a Changing World*. New York: Routledge, 2002.

OLIVEIRA, Luis Augusto Correia Lima de. *Os Desafíos da Democracia: estudos contemporáneos de Brasil e Portugal*. Fortaleza: Unifor, 2009.

OURIQUES, Nildo. Estado e Políticas Públicas na América Latina. In: *Estado e Políticas Sociais no Brasil.* Cascavel: EDUNIOESTE, 2001.

PALERMO, Vicente. Melhorar para piorar? A dinâmica política das reformas estruturais e as raízes do colapso da convertibilidade. In: *Brasil e Argentina hoje: política e economia*. Bauru, São Paulo: Edusc, 2004.

PARAIRE, Phillippe. *O Livro Negro do Capitalismo.* São Paulo, Record, 1999.

PATRÍCIO, J. Simões. *Curso de Direito Econômico.* Lisboa: AAFDL, 1981.

PASTORE, José. *A evolução do trabalho humano.* São Paulo: LTr, 2001.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Princípios constitucionais do direito empresarial: a função social da empresa*. Curitiba: CVR, 2011.

PEREZ, Viviane. Função Social da Empresa: uma proposta de sistematização do conceito. In: *Temas de direito civil-empresarial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PETRAS, James. *Los Intelectuales y la Globalizacion: de la retirada a la rendición.* Quito: Abya, 2007.

RAMALHO, Jether Pereira; ARROCHELLAS, Maria Helena. *Desenvolvimento, subsistência e trabalho informal no Brasil.* São Paulo: Cortez, 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. *A globalização e as Ciências Sociais.* São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 2010.

SINGER, Paul. *Globalização e Desemprego: Diagnósticos e Alternativas*. São Paulo: Contexto, 2000.

SOMAVIA, J. *Tras la crisis: El nuevo rumbo de la política económica y laboral en Argentina y su impacto.* Brasília: OIT, 2007.

SOUZA, Delanne. *Brazil and Argentina´s role in the fight against terrorism: a comparative analysis of the US perspectiv.* Washington: National Defense University,2007.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional Econômico.* Rio de Janeiro: Renovar,

2004.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico.* São Paulo: Método, 2003.

TAVARES, M. A. *Os fios (in)visíveis da produção: informalidade e precarização do trabalho no capitalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: CFCH 2002.

TEIXEIRA, F. J. S. *Pensando com Marx.* São Paulo: Ensaio, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO, M. *O estado e os diferentes enfoques sobre o informal.* Brasília: Ipea, 2002.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades.* Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.* Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WIEACKER, F. *História do Direito Privado Moderno.* Lisboa, Fundação Caloute Gulbenkian, 1967.

WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra o capitalismo: a renovação do materialismo histórico.* São Paulo: Bomtempo, 2003.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho. *Empresa na Ordem Econômica: princípios e função soci*al. Curitiba: Juruá, 2009.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

ARGENTINA, *Constituição da República da Argentina,* 1994.

_____. Lei nº 26.476, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF, Senado 1988.

_____. Constituição Político do Império do Brazil, 1824.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1937.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1946.

_____. Constituição da República Federativa, 1967.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

_____. Lei nº 12.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, 2002.

_____. Resolução nº 94, 2011.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno, 2006.

MÉXICO, *Constituição da República do México*, 1917.

PERIÓDICOS:

AMORIM, Celso.; BIELSA, Rafael. O dia 30 de novembro e a amizade Brasil e Argentina. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 30 de novembro de 2005. disponible en: <http://www1.folha.uol.com.br>. consultado: 12 abr. 2015.

ARGENTINA. Discurso da Presidenta da Nação, Cristina Fernández de Kirchner, durante a inauguração da empresa IMPSA no Estado de Pernambuco. Recife, set. 2008. disponible en: < http://www.presidencia.gob.ar> Consultado: 6 mar. 2015.

BATISTA JUNIOR, Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. Revista de Estudos Avançados, vol. 16, nº 44, p.83-96, 2002. disponible en: < ttp://www.scielo.br/pdf/ea/v16n44/v16n44a06.pdf> . Consultado: 8 may 2015.

BERNAL-MEZA, Raúl. *Políticas exteriores comparadas de Argentina e Brasil rumo ao Mercosul.* Rev. bras. polít. int. vol.42, 1999. disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291999000200003&script=sci_arttext>. Consultado: 24 feb 2015.

BRASIL. Discurso do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, na sessão do Parlamento argentino en homenagem ao Brasil. Jul. 2005. Buenos Aires. disponible en: < http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/luiz-inacio-lula-da-silva/discursos> Consultado: 22 abr. 2015.

BRITTO. Carlos Ayres. In: Carta Maior. "Presidente do STF condena modelo de 'governo de coalização". disponible en: < http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Presidente-do-STF-condena-modelo-de-%27governo-de-coalizao%27%0D%0A/4/26142>. Consultado: 12 mar 2015.

CACCIAMALI, Maria C. *Globalização e Processo de Informalidade.* Campinas: Economia e Sociedade, jun. 2000. disponible en <www.scielo.com.br>. Consultado : 14 may 2015.

COSTA, Lucio. Diretor do Departamento Urbano da cidade do Rio de Janeiro. Entrevista ao site Camelô – Mão de Obra expulsa. 2008.

FRAQUELLI, Antônio Carlos. A Argentina nos anos 90. En: *Indicadores Econômicos FEE.* Porto Alegre, v. 27, n. 3, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Da abusividade do poder econômico.* Revista de Direito Econômico. n. 5, año 2000.

IBARRA, David. O neoliberalismo na América Latina. *Revista de Economia Politica.* São Paulo , v. 31,n. 2,p. 238-248,Junho 2011. disponible en <http://www.scielo.br/scielo.php? S0101-31572011000200004 >. Consultado: 11 jun. 2015.

LACAZ, F. A. C.; FLORIO, M. R. Controle social, mundo do trabalho e as conferencias nacionais de saude da virada do seculo XX. *Ciência & Saúde Coletiva.* Rio de Janeiro, v. 14, n. 6, dic 2009, p. 54-56.

MONTES, Marcos. Projeto de lei: Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli). disponible en: <www.camara.gov.br> Consultado: 12 abr. 2015.

MARCONATTO. Alessandra. *O Direito do Trabalho e a Globalização: notas para um debate.* Desenvolvimento en Questão. Editora Unijuí - año 8, nº 15 - ene/jun., 2010.

MOURA, Enilson Simões de. *Informalidade e novo sindicalismo.* Mercado de Trabalho. Rio de Janeiro: IPEA, año 5, oct 2000. p. 14. disponible en: <http://www.ipea.gov.br>. Consultado : 21 may 2015.

ORGANISTA, José Henrique Carvalho. Trabalho Criativo ou (Des) Emprego Involuntário: informalidade na sociedade contemporânea. Conteúdo obtido no site: www.bvseps.icict.fiocruz.br/lildbi/docsonline/get.php?id=1917. Consultado: 16 mar 2015.

POCHMANN, M. *O trabalho na crise econômica no Brasil: primeiros sinais*. Estudos Avançados, Sao Paulo, v. 23, n. 66, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Futuro da Democracia. Coimbra, out. 2006. disponible en: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/164.php> Consultado: 20 may 2015

SOARES, Sergei; SERVO, Luciana M. S. ARBACHE, Jorge. O Que (Não) Sabemos Sobre A Relação Entre Abertura Comercial E Mercado De Trabalho No Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 2001. disponible en < www.ipea.gov.br>. Consultado: 18 feb 2015.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Políticas Sindicais e Mudanças na Legislação do Trabalho no Brasil.* São Paulo, Cadernos do Cesit, 1996.

RAMOS, C. A. *Setor informal: do excedente estrutural à escolha individual.* Marcos interpretativos e alternativas de política. Econômica, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, jun. 2007.

ROSSI, João Arnaldo; URANI, André. Relações de trabalho e desenvolvimento. disponible en: < http://www.iets.org.br> Consultado: 10 fev. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos.* a. VI, n. 06, p. 103, jun. 2005.

TOMAS E VINICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais* nº. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 2003.

VADELL, Javier Alberto. *A política internacional, a conjuntura econômica e a Argentina de Néstor Kirchner.* IN: Rev. Brás. Polít. Int. n.° 49. 2006. disponible en: < http://www.ucm.es/info/eid/pb/07Vadell-T.pdf >. Consultado: 10 mar. 2015