

# **DIREITO & PAZ**



# **DIREITO & PAZ**

Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013 - Lorena/SP  
ISSN 1518-7047 - CDU - 34

**APOIO - UNISAL**  
Centro Universitário Salesiano de São Paulo



Direito & Paz – Ano XV. N.º 29 (2013)  
Lorena: Editoria: Pablo Jiménez Serrano, 2013

Semestral

ISSN 1518-7047

Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro  
Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL

CDU – 34

Os direitos de publicação desta revista  
são do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL

Os textos publicados na Revista  
são de inteira responsabilidade de seus autores.  
Permite-se a reprodução, desde que citada a fonte e o autor.

**Endereço para correspondência:**

Revista Direito & Paz – UNISAL  
Rua Dom Bosco, 284,  
Centro – Lorena – SP  
CEP 12.600-970  
Tel.: (12) 3159-2033  
E-mail: revistas@lo.unisal.br

**Endereço para permuta:**

Centro Universitário Salesiano de São Paulo  
Rua Dom Bosco, 284,  
Centro – Lorena – SP  
CEP 12600-970  
Tel: (12) 3159-2033  
E-mail: revistas@lo.unisal.br  
Pedidos: biblioteca@lo.unisal.br

# DIREITO & PAZ

Publicação periódica do Centro Unisal - Lorena  
Periódico indexado no Diretório do Sistema Latindex

Ano XV- N.º 29 - 2.º Semestre/2013 - p. 648 - 20,5 cm  
ISSN 1518-7047 - CDU - 34

Chanceler: *P. Dr. Edson Donizete Castilho*

Reitor: *P. Dr. Ronaldo Zacharias*

Pró-Reitora Acadêmica: *Romane Fortes Bernardo*

Pró-reitora de Extensão,

Ação Comunitária e Pastoral: *Regina Vazquez del Rio Jantke*

Secretaria Geral: *Alexandre Magno Santos*

LICEU CORAÇÃO DE JESUS - ENTIDADE MANTENEDORA

Presidente: *P. José Adão Rodrigues da Silva*

COORDENADOR DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

*Dra. Grasiela Augusta Ferreira Nascimento*

## CONSELHO EDITORIAL

Presidente: *Grasiela Augusta Ferreira Nascimento*

*Doutora em Direito. Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro  
Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

## MEMBROS

**Angel Rafael Marinho Castellano**

*Doutor em Direito. Professor e pesquisador da UFES.*

**Antonio Lopez Diaz**

*Professor e Conselheiro Maior. Conselho de Contas de Galicia. Espanha.*

**Cleber Francisco Alves**

*Doutor em Direito. Professor da Universidade Católica de Petrópolis - UCP*

**Consuelo Yatsuda Morimizato Yoshida**

*Doutora em Direito. Professora e pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito  
do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Maria Aparecida Alkimin**

*Doutora em Direito. Professora e pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito  
do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Maria Ether Martínez Quinteiro**

*Departamento de História Medieval, Moderna Y Contemporânea, Facultad de Geografía  
e Historia, directora Del Centro de Estudios de La mujer y especialista em de reconocido  
prestigio em Derechos Humanos y ciudadanía. - USAL-Espanha.*

**Pilar Jiménez Tello**

*Doutora em Direito. Universidad de Salamanca  
Unidad de Evaluación de la Calidad. Área de Estudios y Planificación. – USAL – Espanha.*

**Raúl Cervini**

*Catedrático de Direito Penal e Diretor do Departamento Penal da Universidade Católica do Uruguai – UCUDAL. Professor de Direito Penal da Universidade Mayor de la República – UDELAR. Secretário Geral para América Latina e Vice presidente do Conselho Consultivo Internacional do ICEPS.*

**Rosana Siqueira Bertucci**

*Doutora em Direito. Professora da Faculdade Mato Grosso do Sul – FACSUL.*

**Soraya Lunardi**

*Doutora em Direito. Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito de Marília.*

#### **CONSELHO CIENTÍFICO-TÉCNICO:**

**Editor Responsável:** *Pablo Jiménez Serrano*

*Doutor em Direito. Professor e pesquisador do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Revisão Editorial:**

**Marcilene Rodrigues Pereira Bueno**

*Mestre em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), professora do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Tradução:**

*Julio Sudario De Biasi.*

**Projeto gráfico da capa:**

*Camila Martinelli Rocha*

**Impressão e acabamento:**

**Gráfica e Editora Santuário** – Rua Padre Claro Monteiro, 342

Fone: (12) 3104-2000 – 12570-000 – Aparecida-SP.

[www.editorasantuario.com.br](http://www.editorasantuario.com.br)

---

**Pede-se permuta.**

We request exchange. Se solicita canje.

Si chiele lo scambio. On demandé l' échange. Wir erbitte

# Sumário

## Editorial

- *Conselho Editorial*..... 9
- 1. Direitos Trabalhistas e Cooperação Jurídica Internacional:  
Desafios na Era da Globalização
  - *Inez Lopes*.....11
- 2. Direito dos Credores de Unidade Produtiva Isolada  
Adquirida Extrajudicialmente por Sócio  
que se retirou de Sociedade Limitada
  - *Cláudia Ribeiro Pereira Nunes* ..... 55
- 3. Os Direitos Humanos e a Tutela Antecipada
  - *Maria Lucia Freire Roboredo*.....99
- 4. Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas  
y erradicación de la droga (ATPDEA) para el comercio  
exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI
  - *Nathaly Lorena Sopalo Moposita*
  - *Alcides Francisco Antúnez Sánchez*
  - *Erley Soto Parra*
  - *Amed Ramírez Sánchez* ..... 127
- 5. Imposição de Obrigações Positivas a Empresas  
e Violações de Direitos Humanos: Efeitos Horizontais
  - *Renata Alvares Gaspar*
  - *Luísa Nascimento Bustillo* ..... 209
- 6. El Derecho Federal como herramienta  
del Derecho Constitucional
  - *Damián R. Pizarro*..... 275

7. O Tribunal Penal Internacional: A Concretização de um Sonho	
• <i>David Augusto Fernandes</i> .....	275
8. Direito, Justiça e Ética: Qual a Moralidade Melhor Sustenta o Direito à Vida?	
• <i>Oswaldo Pereira de Lima Junior</i> .....	309
9. A Valorização do Trabalho Humano por meio da Negociação Coletiva	
• <i>José Antonio Miguel</i> .....	343
10. A antropologia na teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas: a pessoa como capaz de aprender-agir-e-falar no mundo da vida	
• <i>José Marcos Miné Vanzella</i>	
• <i>Lino Rampazzo</i> .....	371
11. Educação e cidadania inclusiva: dilemas da democracia substancial na era da globalização	
• <i>Marcus Tadeu Maciel Nahur</i>	
• <i>Fernanda de Carvalho Lage</i> .....	449
12. Revolución Electrónica Informática: Fenómeno de Transformación Civilizacional a Escala Planetaria	
• <i>Mario González Arencibia</i> .....	423
13. Comissão da Verdade: Até que ponto?	
• <i>Sebastião Raul Moura Júnior</i> .....	457
14. Ethos capitalista e criminalidade: sujeito desviante ou (in) efetividade dos direitos humanos?	
• <i>Hugo Garcez Duarte</i>	
• <i>Alessandro da Silva Leite</i> .....	497
15. Execução de Ações Coletivas na Justiça do Trabalho	
• <i>Giselle Leite Franklin</i> .....	527
Informações sobre a Revista Direito & Paz e os Procedimentos para Publicação.....	569
Edição e coedições recentes do Centro UNISAL.....	577



## Editorial

---

O presente número destina-se à publicação de trabalhos que, pelo seu conteúdo, contribuem para a atualização do conhecimento jurídico sobre temas relacionados às linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito (stricto sensu) do Centro Salesiano de São Paulo – UNISAL.

Contudo, visando abrir um espaço para a reflexão acerca das questões vinculadas à teoria, à prática e ao ensino do Direito no país, objetiva-se divulgar os resultados das pesquisas jurídicas desenvolvidas pelos docentes e pesquisadores do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL e demais professores e pesquisadores convidados.

Assim, a seguir, priorizamos a publicação de trabalhos jurídicos de grande penetração na comunidade acadêmica nacional e internacional.

*O Conselho Editorial*



# Direitos Trabalhistas e Cooperação Jurídica Internacional: Desafios na Era da Globalização

## *Labor Rights and International Legal Cooperation: Challenges in a Globalized Era*

Artigo recebido em 01/10/2013.  
Revisado em 11/10/2013.  
Aceito para publicação em 22/10/2013.

## Inez Lopes

Professora-adjunta de Direito Internacional Privado da Universidade de Brasília (UnB). Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Globalização e Políticas Trabalhistas pela Universität Kassel/FHW Berlin. Ex-Coordenadora-Geral de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Civil do Ministério da Justiça (DRCD).

### Resumo

Garantir o acesso à justiça internacional é um dos grandes desafios na era da globalização. O presente artigo estuda questões relativas aos direitos trabalhistas transnacionais e os instrumentos de cooperação jurídica internacional para assegurar às pessoas o direito de exercer direitos em outra jurisdição. O direito internacional privado do trabalho é o ramo do direito que busca soluções aos litígios trabalhistas transfronteiriços, por meio de regras de conexão como a lei aplicável aos contratos de trabalho e a jurisdição internacional. A partir do método qualitativo, este artigo objetiva demonstrar que apesar dos grandes avanços na cooperação jurídica internacional entre os Estados, quer em nível multilateral quer bilateral, a execução de decisões estrangeiras depende da capacidade econômica dos trabalhadores em razão dos custos de serviços jurídicos e de despesas processuais no país onde se executa a decisão. Neste cenário, uma revisão do papel das autoridades centrais para além de mera intermediadora de atos judiciais e administrativos dos pedidos de cooperação jurídica internacional é

necessária para a defesa dos interesses de cidadãos no mundo globalizado.

## **Palavras-chave**

Globalização; direitos internacional privado do trabalho; litígios transfronteiriços; jurisdição internacional; cooperação jurídica internacional.

Ensuring access to international justice is a major challenge in the era of globalisation. This paper studies issues related to transnational labour rights and the international legal cooperation instruments to assure people the right to exercise rights in another jurisdiction. The right to private international labor laws is the branch of law that seeks solutions to cross-border labour litigations through connection rules as the applicable law to employment contracts and the international jurisdiction. From a qualitative method, this article aims to demonstrate that, despite the great advances in international legal cooperation between states either in a multilateral or in a bilateral level; the enforcement of foreign judgments depends on the economic capacity of workers due to the costs of legal services and case costs in the country where the decision is executed. In this scenario, revising the central authorities' role to more than mere intermediary of judicial and administrative requests of international legal cooperation is necessary for the defense of citizens' interests in a globalized world.

## Keywords

Globalization; international labor private rights; Trans boundary litigation; international Jurisdiction; International Legal Cooperation.

## Sumário

Introdução. 1. Globalização Jurídica. 2. Direito Internacional Privado do Trabalho. 2.1 Aplicação da lei no espaço de normas trabalhistas. 2.1.1 Lei aplicável ao trabalhadores em região de fronteira. 2.1.2 Lei Aplicável ao trabalhador em embarcações e aeronaves. 2.2 Jurisdição Internacional em Litígios Trabalhistas. 2.2.1 Jurisdição internacional: trabalhadores em região de fronteira. 2.2.2 Jurisdição internacional: litígios em embarcações e aeronaves. 3. União Europeia, MERCOSUL e os direitos trabalhistas transfronteiriços. 3.1 Lei aplicável aos contratos individuais de trabalho na União Europeia. 3.2 Jurisdição Internacional em Matéria Trabalhista na União Europeia. 3.3 Lei aplicável aos contratos individuais de trabalho no MERCOSUL. 3.4 Jurisdição Internacional em Matéria Trabalhista no MERCOSUL. 4. A importância da cooperação jurídica internacional. 5. Críticas à eficácia das decisões estrangeiras em matéria trabalhista. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

A globalização é um fenômeno que promove a internacionalização das atividades humanas em seus diversos campos de atuação. Embora grande parte das discussões estejam relacionadas às movimentações econômicas transfronteiriças de mercadorias, de capitais e de serviços, a globalização é responsável pela maior circulação de pessoas entre as diversas nações e, conseqüentemente, pelo aumento de litígios transnacionais.

Na esfera dos conflitos entre capital e trabalho, surgem diversas questões relativas tanto a contratos de trabalho quanto aos contratos de prestação de serviços que estão conectadas a duas ou mais jurisdições. Neste contexto, as normas de direito internacional privado objetivam dar soluções aos conflitos interespaciais oriundos das relações privadas internacionais. No caso de um brasileiro contratado no Brasil para laborar no exterior, qual lei aplicável ao contrato de trabalho? Qual a jurisdição competente para julgar e executar as ações trabalhistas?

O presente artigo objetiva avaliar até que ponto as atuais normas de direito internacional privado do trabalho garantem efetivamente a proteção de trabalhadores na sociedade global? Para isso, o texto está estruturado em cinco partes, a partir de fontes doutrinárias e jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras. A primeira trata do fenômeno da globalização jurídica e suas implicações nas relações privadas internacionais. A segunda diz respeito às

questões relativas ao direito internacional privado do trabalho, principalmente aos problemas relacionados aos princípios, à lei aplicável e à jurisdição competente para dirimir conflitos decorrentes de contratos de trabalho transnacionais. Este artigo não discute relações de trabalho com Estados estrangeiros ou organizações internacionais, que devem ser objeto de estudos mais aprofundados. A terceira parte analisa as regras de direito internacional privado estabelecidas no âmbito das integrações econômicas regionais, em especial a União Europeia e o MERCOSUL. Por seu turno, o capítulo quatro estuda a cooperação jurídica internacional como importante instrumento para o exercício de direitos transnacionais. Por fim, a última parte discute os desafios para o exercício de direitos privados na sociedade global, em com referência aos direitos individuais do trabalho que estão conectados a duas ou mais jurisdições.

## 1. Globalização Jurídica

A globalização é um fenômeno responsável pelas transformações na sociedade de Estados, destacando-se dentre elas o fortalecimento do comércio internacional, ampliação da concorrência no mercado global, a fragilidade da geopolítica mundial, a relativização das noções de tempo e de espaço, a modernização dos meios de transportes, a aproximação entre os povos, com um aumento expressivo do deslocamento físico de pessoas, a facilidade no acesso à informação, a



comunicação instantânea e em tempo real e a expansão da democracia.

A internacionalização das atividades humanas nos diversos segmentos da sociedade cosmopolita engendra situações jurídicas internacionais tanto na esfera pública quanto na privada. Na área econômica, os grandes acordos comerciais entre os Estados (globais, regionais ou bilaterais) agilizaram a livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e pessoas. Todavia, quanto à livre circulação de pessoas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) afirma que o atual processo de globalização é diferente de episódios anteriores, que se caracterizaram por maciças movimentações de pessoas através das fronteiras; o atual processo as exclui. “Mercadorias, empresas e capital estão consideravelmente livres de fronteiras, as pessoas, não.”<sup>1</sup>

No seio das Nações Unidas, existe uma ordem jurídica global, fundada na cooperação internacional entre os Estados, construída por meio de tratados internacionais, com o propósito de promover a paz e segurança internacionais, o desenvolvimento das nações e o respeito aos direitos humanos.

Na esfera econômico-financeira, há uma ordem econômica global, definida pelas normas internacionais da Organização Mundial do Comércio (OMC), do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial (BIRD), na qual interferem direta ou indiretamente nas relações públicas e privadas da comunidade de Estados. No âmbito regional, o MERCOSUL e a União Europeia possuem sistemas

jurídicos próprios, com regras, por exemplo, para a cooperação jurídica internacional.

Com referência às relações trabalhistas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é um organização de caráter global, cujo papel tem sido importante para construir um arcabouço de direitos trabalhistas por meio de convenções internacionais acordadas entre os Estados membros e, também, por meio das recomendações. Todavia, embora a OIT tem como função monitorar e dar assistência aos estados para promover a justiça social, ela não tem poder para impor sanções àqueles que violam direitos trabalhistas.<sup>2</sup> Com referência às normas internacionais, O'Brien questiona se “o novo internacionalismo do trabalho inclui uma organização internacional efetiva ou privilegia a soberania?”<sup>3</sup>

No campo das relações privadas internacionais, apesar do aumento expressivo de litígios transfronteiriços (*cross-borders litigations*), à exceção da arbitragem e de outros meios alternativos de solução de disputas, as pessoas naturais ou jurídicas recorrem aos tribunais estatais para pleitear e defender direitos. Assim, a perspectiva brasileira demonstra que os conflitos trabalhistas são resolvidos, na maioria dos casos, perante tribunais estatais.

O fenômeno da globalização jurídica pode ser analisada sob duas perspectivas, segundo Anne-Marie Slaughter<sup>4</sup>: relações verticais e horizontais. A primeira relação, na qual a autora conceitou como “cortesia judicial”, se refere às relações entre tribunais para resolver litígios transnacionais (a cooperação

jurídica internacional possibilita a comunicação entre tribunais nacionais e entre tribunais nacionais e tribunal supranacional, como o que ocorre na União Europeia, atualmente). A última diz respeito ao que se chamou de “fertilização cruzada de decisões jurídicas nacionais”, particularmente em relação aos tribunais constitucionais<sup>5</sup>. Todavia, apesar dos avanços sobre o tema, Slaughter diz que a globalização “tem sido mais eficiente na produção de mercados globais do que em justiça global.

Os direitos das pessoas devem ser assegurados independentemente do lugar onde se encontrem, e as fronteiras territoriais não podem ser empecilhos ao seu pleno exercício. Assim, os tribunais nacionais dos Estados devem atuar de modo a buscar compor os conflitos jurídicos transfronteiriços. Segundo Slaughter, há um aumento da preocupação dos tribunais em suas responsabilidades para solucionar esses litígios, procurando garantir estabilidade e previsibilidade das satisfações mútuas, assim como no aumento de arbitragens comerciais internacionais.<sup>6</sup>

Com relação às demandas trabalhistas, há um aumento de ações que estão conectadas a duas ou mais jurisdições, por diversos elementos, como contrato de trabalho, sede da empresa, localização de bens, testemunhas etc. Uma justiça global pressupõe uma prestação jurídica internacional efetiva, e isso só é possível, na atualidade, por meio da cooperação jurídica internacional, assegurando o exercício de direitos além das fronteiras soberanas dos Estados.

## 2. Direito Internacional Privado do Trabalho

A mobilidade crescente de mão-de-obra na sociedade global, principalmente a mais qualificada, requer maior segurança jurídica na governança global. Enquanto o Direito Internacional do Trabalho cuida, grosso modo, de construir um arcabouço jurídico internacional de normas de proteção e segurança do trabalhador, por meio de convenções internacionais no seio da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Direito Internacional Privado do Trabalho compreende um conjunto de normas que busca dar soluções aos conflitos jurídicos interespaiais decorrentes das relações de trabalho transfronteiriços, tais como o deslocamento de trabalhadores entre os países e as modificações nas atividades das empresas com reflexos transnacionais.

O direito internacional privado do trabalho estuda as regras referentes à lei aplicável às relações de trabalho e à competência jurisdicional para julgar os litígios e executar as decisões trabalhistas. Todavia, inexitem leis uniformes estabelecendo regras para solucionar lides trabalhistas internacionais na sociedade global. Cada Estado, atuando com fundamento no exercício de sua soberania, cria suas próprias normas de jurisdição e regras de direito aplicável. A jurisdição é considerada um atributo do poder estatal; e, a sua função pode ser exercida por vários órgãos dotados de competência jurisdicional expressas em leis constitucionais e infralegais.

## 2.1 Aplicação da lei no espaço de normas trabalhistas

Nas relações privadas internacionais, os critérios usados para configurar elementos de conexão referem-se a pessoas, ao objeto, aos atos ou à vontade das partes.<sup>7</sup> Nos conflitos de natureza trabalhista, destacam-se os critérios de nacionalidade, do domicílio das partes, da residência habitual, da lei local da contratação ou da celebração do ato, da lei local da prestação de serviços e da lei do lugar da situação dos bens.

O sistema jurídico brasileiro adota o princípio da territorialidade como regra geral para se determinar a lei aplicável às relações de trabalho, isto é, aplica-se a lei brasileira às relações de trabalho que ocorrerem dentro de seu território nacional, não importando a nacionalidade da pessoa. No mesmo sentido, o Código de Bustamante estabelece em seu artigo 198 que “*é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador*” (*lex loci executionis* ou *lex loci laboris*).

O artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro adota o sistema da *lex loci celebrationis*, isto é, estabelece a regra do local da celebração do contrato, uma vez que determina que aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem as obrigações. Este dispositivo é omissivo quanto à possibilidade de admissão da autonomia da vontade das partes para a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais

Em sentido diametralmente oposto, não se

aplica o princípio do local da celebração aos contratos de trabalho, mas o da *lex loci executionis*, ou seja, a do local da prestação de serviço, conforme orientação firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) por meio da Súmula nº 207, que adotava o *princípio da lex loci executions*, e não da *lex loci contractus*, cujo teor prescrevia que “a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação”.

Contudo, recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) cancelou a súmula nº 207 por meio da Resolução nº 181/2012 (DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012) para adotar, em caso de conflitos de leis no espaço, o princípio da *lei mais favorável ao trabalhador*<sup>8</sup> nas situações em que a atividade laboral têm início no país e, posteriormente, o trabalhador é transferido para prestar serviços no exterior.<sup>9</sup>

Assim, indaga-se: a revogação da Súmula nº 207 também revogou o princípio da territorialidade? A resposta é não. A mudança no entendimento do TST foi gradativa e decorre de um outro interpretação, que no caso de haver conflitos entre os elementos de conexão, aplicar-se-á a lei local da celebração do contrato ou a lei do local da prestação do serviço? O TST declarou que a Lei nº 7.064/82 se fundamenta na *teoria da incidibilidade dos institutos jurídicos*, “ao contrapor a lei territorial estrangeira e a lei brasileira, segundo a qual os institutos jurídicos devem ser considerados em seu conjunto, sem a possibilidade de se aplicar, simultaneamente, disposições de um regime e de outro.”<sup>10</sup>

Ademais, o artigo 3º, II, da Lei nº 7.064/1982

possibilita a aplicação do princípio da lei mais favorável ao empregador na medida em que declina que “a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria”.

Desse modo, o princípio da *lex loci executionis* tem caráter residual e aplicar-se-á aos demais casos, como por exemplo, naqueles em que empregados estrangeiros ou brasileiros, domiciliados no exterior, são contratados para prestar serviços e, depois de um certo tempo, são transferidos por tempo indeterminado ou em definitivo para o Brasil.

Todavia, nos casos de empregados, brasileiros ou estrangeiros domiciliados no Brasil, que realizem serviços esporádicos ou temporários no exterior não superior a 90 dias, levar-se-á em consideração o elemento de conexão do domicílio do empregador<sup>11</sup> e a lei aplicável será a lei brasileira, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.064/1982.

### ***2.1.1 Lei aplicável aos trabalhadores em região de fronteira***

Trabalhador fronteiriço é o migrante que conserva a sua residência habitual no Estado vizinho, na qual normalmente regresse a cada dia ou pelo menos uma vez por semana, de acordo com o artigo 2º, parágrafo 2º, alínea “a” da Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares, adotada pela Assembleia da

Organização das Nações Unidas em 1990 (Resolução 45/158). O Brasil é o único país do MERCOSUL que não ratificou esta convenção.

No caso de um trabalhador brasileiro, domiciliado em região fronteira no Brasil, ser contratado em território brasileiro para prestar serviços diariamente em outro país, qual a lei aplicável: a do local da celebração do contrato ou da prestação do serviço? De acordo com a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª região, a lei aplicável é a brasileira caso o brasileiro esteja domiciliado no Brasil e o empregador seja brasileiro, nos termos do disposto no artigo 651, § 2º e conforme a ementa da decisão.

INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR - REJEIÇÃO - HIPÓTESE. Tratando-se de trabalho fronteiro, é aplicável a legislação brasileira às hipóteses em que o empregador seja brasileiro e aqui domiciliado, ainda que tenha o empregado sido contratado e prestado serviços no estrangeiro.<sup>12</sup>

### ***2.1.2 Lei Aplicável ao trabalhador em embarcações e aeronaves***

Com relação ao trabalho desenvolvido em embarcações e aeronaves, há duas situações distintas que devem ser analisadas para se determinar a lei aplicável: (i) a do trabalhador domiciliado no Brasil que é contratado em território brasileiro para prestar serviços em embarcações e aeronaves; e (ii) a do trabalhador domiciliado no exterior, cuja celebração do



contrato ocorre no estrangeiro e a prestação de serviço não ocorre em território brasileiro (mar internacional, por exemplo). Com relação ao primeiro caso, de trabalhador domiciliado no Brasil, o TST decidiu que:

(...)Por qualquer ângulo que se olhe, a aplicabilidade da legislação pátria mostra-se cristalina. Se for considerado o teor do artigo 9º da LICC, aplica-se a lei brasileira, pois a pré-contratação e contratação foram realizadas no Brasil. Do mesmo modo, e de acordo com a regra geral trabalhista, se for considerada a lei do local da prestação de serviços (lex loci laboris) ou lei do local da execução do contrato (lex loci executionis) (Súmula 207 do C. TST), também aplicável a lei pátria, posto que grande parte do contrato foi realizado em águas territoriais nacionais.<sup>13</sup>

Já com relação ao segundo caso, a regra geral é a lei do pavilhão ou do navio, uma vez que “o Direito Internacional entende pela aplicação da lei do pavilhão ou da bandeira ao trabalho envolvendo marítimo, realizado preponderantemente em alto-mar, entendendo-se aplicável a legislação do país no qual está matriculada a embarcação”.<sup>14</sup>

## **2.2 Jurisdição Internacional em Litígios Trabalhistas**

A jurisdição é uma função tipicamente estatal para dizer ou aplicar o direito aos casos concretos.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013

Direitos Trabalhistas e Cooperação Jurídica Internacional:

Desafios na Era da Globalização - pp. 11-54

LOPES I.

Por ser um ato de soberania, cada Estado define suas regras de jurisdição, fixando as competências das autoridades judiciárias brasileiras nos âmbitos interno e internacional.

No caso de um trabalhador, domiciliado na Espanha, contratado por uma empresa brasileira na Espanha para prestar serviços em território brasileiro, qual será o foro competente para julgar esse litígio transnacional: a jurisdição espanhola ou a brasileira?

O Código de Bustamente estabelece regras sobre conflitos de competência internacional afirmando que:

**Art. 322.** Entender-se-á que existe a submissão tácita do autor quando este comparece em juízo para propor a demanda, e a do réu quando este pratica, depois de chamado a juízo, qualquer ato que não seja a apresentação formal de declinatório. Não se entenderá que há submissão tácita se o processo correr à revelia.

No direito brasileiro, o artigo 12 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro fixa as regras gerais de conflitos de jurisdição internacional estabelecendo que:

**Art. 12.** É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.  
§ 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.

§ 2º A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.

Por sua vez, o Código de Processo Civil prevê as regras de jurisdição internacional, concorrente e exclusiva, respectivamente:

**Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:**

- I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
- II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;
- III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

**Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:**

- I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;
- II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

A CLT, como norma especial, apresenta regras sobre jurisdição internacional para as relações de trabalho:

Art. 651 - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra localidade ou no estrangeiro.

§ 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

§ 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional disposta em contrário.

§ 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

Assim, a competência da justiça do trabalho está prevista em lei. Nesse sentido, o acórdão declara que “a jurisdição, como expressão do poder estatal é uma só, não comportando divisões ou fragmentações. Ocorre que essa função estatal (jurisdicional) deve ser desenvolvida, até mesmo por conveniência, por uma pluralidade de órgãos (os integrantes dos diversos

escalões do Poder Judiciário), cada qual deles apto a exercê-la nos limites impostos pela lei.”<sup>15</sup> No mesmo sentido decidiu o TST:

**COMPETÊNCIA - EMPREGADO ESTRANGEIRO - CONTRATO DE TRABALHO EXECUTADO EM TERRITÓRIO NACIONAL.**

1. Tendo o acórdão regional registrado que, além da prestação de serviços no território nacional, houve comprovada regulação do vínculo pela CLT, bem assim sua respectiva anotação na CTPS, não há dúvida de que incide, ao caso, a regra estabelecida no “caput” do art. 651 da CLT, segundo a qual a competência é determinada pela localidade em que o empregado prestar serviços ao empregador, (...) ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.<sup>16</sup>

Ademais, o TST tem firmado o entendimento da possibilidade do “choice of court”, nos termos do artigo 651, § 3º, da CLT, haja vista que o “o empregado tem a prerrogativa de escolher entre o local da prestação de serviços e o da celebração da avença.”<sup>17</sup>

De acordo com o direito brasileiro, não se admite a litispendência internacional, conforme dispõe o artigo 90 do CPC : “a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”. Assim, na decisão de homologação de sentença estrangeira, SE 4.493-MX, o Ministro Cesar Asfor Rocha decidiu que

a litispendência internacional “não gera efeitos no Brasil, exatamente por não haver dispositivo legal que a impeça. Portanto, somente quando uma das decisões, a nacional ou a homologada, for alcançada pela coisa julgada reconhecida neste país, sua autoridade passará a ser inquestionável”.<sup>18</sup>

### **2.2.1 Jurisdição internacional: trabalhadores em região de fronteira**

Embora o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tenha construído o entendimento de aplicação da *lex loci executionis* com a edição da súmula nº 207, a aplicabilidade dessa súmula antes mesmo de sua revogação já havia sido relativizada por levar em consideração a situação fática, em especial, a de o trabalhador estar domiciliado no Brasil, conforme competência definida no artigo 12 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e a ementa abaixo.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHADOR CONTRATADO NO BRASIL PARA PRESTAR SERVIÇOS NO EXTERIOR. ZONA FRONTEIRIÇA. APLICAÇÃO DA LEI DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. CONTRARIEDADE À SUMULA Nº 207 DO TST. NÃO CONFIGURAÇÃO.** A questão ora submetida à apreciação desta Corte Superior diz respeito à aplicabilidade ao caso *sub examine* da Súmula nº 207 do TST, que espelha diretriz no sentido da aplicação ao trabalhador que labora

no exterior das leis vigentes no país da prestação de serviços e não daquelas do local da contratação. Referida Súmula dispôs sobre a regência da relação de trabalho pela lei do local da execução dos serviços, alcançando os empregados que não tem domicílio no Brasil e que prestam seus serviços em outro país. No caso, não foi examinada pelo acórdão do Regional a alegação de que este morou e laborou exclusivamente no Paraguai, para onde foi de mudança, lá permanecendo por durante seis meses prestando seus serviços, tendo, sim, enquadrado o autor como trabalhador da zona de fronteira, que tem, assim com sua empregadora, domicílio fixo no Brasil, **excepcionando**, assim, no caso da *travail frontaliér*, **a aplicação da orientação contida na Súmula nº 207 do TST**, afastando a lei do local de execução do contrato. Nesse prisma, não há como divisar contrariedade à referida súmula, por não abranger a mesma hipótese fática dos autos (Súmula nº 296 do TST). Agravo de instrumento a que se nega provimento.<sup>19</sup>

### **2.2.2 Jurisdição internacional: litígios em embarcações e aeronaves**

Com relação aos litígios trabalhistas decorrentes de serviços prestados em embarcações e aeronaves, a jurisdição competente é a lei do pavilhão ou do navio, aplicando-se a regra da lei do local da prestação do serviço, e neste caso, a lei da bandeira do navio onde

o serviço é prestado; ou poderá ser, ainda, a do local da celebração do contrato de prestação de serviço. No caso de trabalhador brasileiro que prestou serviços em navio de bandeira italiana em mar internacional, o TST decidiu que tratando-se de trabalho realizado preponderantemente em alto-mar, a lei da bandeira da embarcação é que deve prevalecer, pois esta determina a lei do local da prestação de serviços, no caso de multiplicidade de locais, nos termos da ementa abaixo:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRATAÇÃO ELABORADA NO EXTERIOR.** O Tribunal Regional foi categórico ao consignar não ter o reclamante prestado serviço em águas brasileiras, além de aqui não ter sido contratado por navio de bandeira italiana. Nesse contexto, não prospera a apontada mácula aos artigos 651, §§ 1º e 2º, da CLT e 3º da Lei nº 7.064/82. Agravo de instrumento conhecido e não provido.<sup>20</sup>

### **3. União Europeia, MERCOSUL e os direitos trabalhistas transfronteiriços**

#### ***3.1 Lei aplicável aos contratos individuais de trabalho na União Europeia***

Com o propósito de uniformizar as legislações dos Estados-membros em matéria contratual, a União Europeia adotou a Convenção 80/934/CEE sobre a Lei



Aplicável às Obrigações Contratuais, de 19 de Junho de 1980 (Convenção de Roma). Com relação aos contratos individuais do trabalho, a convenção estabelece três regras sobre lei aplicável, previstas no artigo 6º, parágrafo 2º:

- a) a lei do país em que o trabalhador, no cumprimento do contrato, presta habitualmente o seu trabalho, mesmo que tenha sido destacado temporariamente para outro país (*lex loci executionis*), ou
- b) a lei do país em que esteja situado o estabelecimento que contratou o trabalhador, no caso de o trabalhador não prestar habitualmente o seu trabalho no mesmo país (*lex loci*, ou
- c) a lei do país com o qual o contrato de trabalho apresenta uma conexão mais estreita, sendo em tal caso aplicável a lei desse outro país.

O artigo 6º, *caput*, da Convenção de Roma (1980) prevê a autonomia da vontade das partes nos termos do artigo 3º que trata da liberdade de escolha da lei aplicável ao contratos em gerais (*choice-of-law*). Todavia, embora empregador e empregado tenham a liberdade de escolher uma lei aplicável ao contrato, esta escolha é limitada ao princípio das normas imperativas de proteção ao trabalhador, por não permitir a escolha de uma lei que seja desfavorável ao empregado, privando-o de seus direitos fundamentais. No Brasil, os direitos individuais do trabalho são considerados indisponíveis e não podem ser objeto de negociação.

### **3.2 Jurisdição Internacional em Matéria Trabalhista na União Europeia**

A proteção do trabalhador nas relações privadas internacionais no seio da União Europeia foi se desenvolvendo paulatinamente. Num primeiro momento não haviam regras especiais concernentes às questões trabalhistas na Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Decisões em Matérias Civil e Comercial, 27 de setembro de 1968 (Convenção de Bruxelas), aplicando-se as regras gerais de jurisdição. Nesse diapasão, Grušić afirma que “a falta de proteção jurisdicional dos empregados levou a certos problemas na prática”.<sup>21</sup>

No caso *Sanicentral GmbH v Collin* (Case 25/79), a Corte Europeia de Justiça (CEJ) julgou que o contrato de trabalho firmado entre o francês Collin e a empresa alemã Sanicentral, na qual continha cláusula de jurisdição estabelecendo que as partes submeteriam eventuais litígios aos tribunais alemães, com fundamento de que tal contrato estava em consonância com o artigo 17 da Convenção de Bruxelas. Em razão disso, à corte francesa foi requerida declinar a jurisdição. Este julgamento colocou o empregado em condição desfavorável em relação a o empregador, já que as condições de negociação colocavam a empresa em condição superior para impor uma cláusula de jurisdição em seu favor, segundo Grušić.<sup>22</sup>

A Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução das

Decisões em Matéria Civil e Comercial (Convenção de Bruxelas I), substituindo a Convenção de Bruxelas de 1968) introduziu um conjunto de regras de jurisdição aplicáveis aos empregados enquanto reclamantes e quando reclamados perante os tribunais dos Estados-membros. A Seção 5 do Capítulo II traz as seguintes regras de jurisdição, estabelecendo que no contrato individual do trabalho o empregado poderá demandar contra o seu empregador observando os seguintes elementos de conexão:

- (i) um trabalhador pode demandar o seu empregador quer perante os tribunais do país da UE em que este último tenha o seu domicílio, quer nos tribunais de outro país da UE onde o trabalhador efetua habitualmente o seu trabalho;
- (ii) Se este último não efetua habitualmente o seu trabalho no mesmo país, é competente o tribunal do lugar onde se situa o estabelecimento que contratou o trabalhador;
- (iii) Um empregador que não esteja domiciliado num país da UE mas que nele disponha de uma sucursal, uma agência ou de qualquer outro estabelecimento, será considerado como tendo o seu domicílio nesse país da UE; e
- (iv) O empregador só pode intentar uma ação contra o trabalhador perante os tribunais do país da UE em cujo território o trabalhador tiver o seu domicílio.” (ver artigos 5º, parágrafo 5º e artigos 18 a 21).

Uglješa Grušić critica o atual sistema das bases de jurisdição disponível aos empregados quando reclamantes por não atribuir uma preferência jurisdicional, uma vez que as regras gerais e as regras básicas de jurisdição referentes a questões trabalhistas são em certo grau menos favoráveis aos empregados do que aquelas aplicadas aos contratos de serviço.<sup>23</sup> Neste contexto, o autor sugere algumas mudanças nas regras de competência tal como a mudança do termo “lugar habitual de trabalho” para “principal local de trabalho”, conforme vem decidindo a Corte Europeia de Justiça (CEJ). Além disso, o autor propõe “abandonar” a regra de jurisdição do local do estabelecimento empresarial que contratou o trabalhador, previsto no artigo 19, §2º (b).

### ***3.3 Lei aplicável aos contratos individuais de trabalho no MERCOSUL***

No âmbito do MERCOSUL não há um tratado internacional que estabeleça regras sobre lei aplicável aos contratos individuais trabalhistas como consagrado na União Europeia, embora a harmonização de legislação nacional dos países-membros esteja na pauta de negociações. De acordo com Nádia de Araújo, os contratos internacionais celebrados no MERCOSUL são regidos pelas normas de Direito Internacional Privado de cada país e critica que “a situação é insatisfatória, consistindo em barreira jurídica impeditiva da uniformização do DIPr dos contratos do MERCOSUL. Para o bom funcionamento dos negócios, é preciso unificar essas normas”.<sup>24</sup>

Desse modo, no exercício de sua soberania, cada Estado-membro estabelece suas normas sobre lei aplicável aos contratos internacionais e sobre jurisdição internacional. No Brasil, as normas relativas às obrigações e contratos internacionais estão estabelecidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigo 9º) e, para os contratos trabalhistas, a regra geral é a do artigo 651 da CLT que aplica-se a lei local onde o empregado prestar serviços ao empregador, como analisado no item 2.1.

### **3.4 Jurisdição Internacional em Matéria Trabalhista no MERCOSUL**

No MERCOSUL, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile (Procolo de las Leñas), promulgado pelo Decreto nº 6.891, de 2 de julho de 2009, prevê as regras de cooperação para a comunicação de atos jurisdicionais e administrativos, de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras (judiciais ou arbitrais). Essa cooperação se dá por intermédio das autoridades centrais designadas pelos Estados-membros, respeitando-se o princípio da igualdade de tratamentos entre as demandas judiciais nacionais e estrangeiras, sem a exigência de caução ou depósito em juízo.

A inovação do Protocolo de las Leñas foi a criação do mecanismo de homologação de sentença estrangeira por via de carta rogatória, na qual implica “admitir

a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem.”<sup>25</sup> Nesse diapasão, o artigo 19 diz que “o pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central”. Antenor Madruga afirma que “não há, do ponto de vista do controle de delibação, diferença ontológica entre o procedimento da carta rogatória e o da homologação de sentenças estrangeiras”<sup>26</sup>, uma vez que as duas vias instauram o juízo de delibação, que tem natureza de ação judicial e tem por função o controle judicial de decisões estrangeiras. A diferença diz respeito ao procedimento dos pedidos de cooperação jurídica internacional: enquanto a homologação de sentença estrangeira deve ser promovida pela parte interessada diretamente perante a autoridade judiciária competente no país requerido, o pedido de reconhecimento por via rogatória é requerido pela parte interessada que se processará por intermédio da autoridade central. É possível que o STJ atribua eficácia parcial à decisão estrangeira quando não puder ter eficácia total ou por ser contrária aos princípios de ordem pública.

Contudo, o Protocolo de las Leñas não traz regras de jurisdição uniformizadas, nem estabelece soluções em caso de conflitos. Desse modo, quanto ao procedimentos de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, estas se submentem à lei do Estado requerido, conforme dispõe o artigo 24 do tratado. Assim sendo, os pedidos de cooperação se submetem à norma constitucional de competência para homologar e executar as decisões estrangeiras.

O Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, de 5 de agosto de 1994, promulgado pelo Decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996, tem âmbito de aplicação limitado apenas aos contratos de natureza civil e comercial, não incluindo os contratos trabalhistas, administrativos, de relações de consumo, dentre outros da lista de exceção do artigo 2º.

Importante salientar que na execução de decisões estrangeiras trabalhistas que envolverem a possibilidade executar bens imóveis situados no Brasil de uma empresa ou de seus sócios (aplicando-se o princípio da desconsideração da pessoa jurídica para atingir os bens dos sócios das empresas - caso esteja previsto nos ordenamentos jurídicos internos), deverá ser promovida a ação de execução perante a autoridade judiciária brasileira, em face da competência exclusiva da jurisdição para os bens imóveis aqui situados, em consonância com o disposto no artigo 89, I, do CPC. A via homologatória não será possível por ofensa à soberania nacional e à lei nacional sobre jurisdição internacional.

#### **4. A importância da cooperação jurídica internacional**

A sociedade de Estados é caracterizada pela diversidade de ordenamentos jurídicos, tanto em direito material quanto processual, e quando um determinado fato permeia entre mais de um ordenamento jurídico-

co surgem problemas para se determinar a jurisdição competente ou a lei aplicável aos conflitos interestaduais. O desenvolvimento da cooperação jurídica internacional procura facilitar o cumprimento de medidas judiciais ou de determinados atos ou decisões com efeitos extraterritoriais.

De acordo com Nádia de Araújo, a cooperação jurídica internacional pode ser definida, em sentido amplo, como

O intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado”. Tradicionalmente também seria incluído nesta matéria o problema da competência internacional. Além disso, hoje há novas possibilidades de uma atuação administrativa do Estado nesta matéria, em modalidades de contato direto entre os entes estatais.<sup>27</sup>

Assim, observa-se que, na atualidade, a cooperação jurídica internacional vai além de “trocas internacionais” de documentos administrativos e judiciais. Refere-se a toda e qualquer forma de colaboração entre Estados, para a consecução de um objetivo comum: a prestação jurisdicional efetiva aos seus cidadãos. Abrange, além da cooperação jurídica, a cooperação administrativa entre os órgãos, tais como ocorre na comunicação entre autoridades centrais dos Estados (órgãos responsáveis pela boa condução da cooperação jurídica com os demais países). Às autori-



dades centrais dos Estados é atribuída a função de tutelar direitos, superando a função de instituição intermediadora, assumindo o papel de defesa de interesses de particulares.<sup>28</sup>

Ademais, a cooperação jurídica internacional está intrinsicamente ligada aos direitos humanos, uma vez que além de proteger os direitos das pessoas, assegura a elas o direito de exercer direitos por meio da cooperação. A proteção dos direitos humanos em sua dimensão global tem como alicerces o acesso internacional à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional transnacional pelos Estados.

Os fundamentos da cooperação jurídica internacional são os acordos internacionais, firmados entre os Estados (bilateral ou multilateral), das autoridades centrais, ou a reciprocidade de tratamento. A diferença é que, no primeiro, a cooperação ocorre por intermédio das autoridades centrais dos Estados e há um obrigação jurídica internacional e, no segundo, o pedido é transmitido pela via diplomática, e será cumprido com fundamento no voluntarismo estatal.

De modo geral, os instrumentos da cooperação jurídica internacional são a carta rogatória, o auxílio direto, a homologação de sentença estrangeira, a extradição e a transferência de presos. Busca-se por meio desses instrumentos a comunicação de atos (citação ou notificação); a produção de provas; a cópia de documentos; a localização de bens; a obtenção de informações sobre direito estrangeiro, o combate aos crimes transnacionais etc.

No que tange às demandas trabalhistas, os

pedidos passivos de cooperação jurídica internacional, via autoridade central ou via diplomática, para comunicação de atos e obtenção de provas dependerão da concessão do exequatur às cartas rogatórias pelo STJ para produzirem efeitos no território nacional, desde que preenchidos os requisitos formais, sem se adentrar no mérito da decisão (juízo de deliberação), e desde que não ofenda a soberania e a ordem pública, conforme dispõe a Resolução do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nº 9/2004.<sup>29</sup> A autoridade central responsável pela cooperação jurídica internacional é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça (DRCI).

Já as decisões definitivas oriundas da Justiça do Trabalho, para produzirem efeitos no exterior, dependerão da provocação da parte interessada, na qual deverá solicitar o reconhecimento e a execução dessa decisão perante o órgão competente e seguindo as regras gerais ou as regras especiais previstas em acordos bilaterais ou multilaterais, como por exemplo o Protocolo de Las Leñas no MERCOSUL, se for o caso.

No âmbito da União Europeia, há previsão legal de que a autoridade judiciária de um Estado-membro possa proceder a citação ou notificação de atos judiciais destinadas a pessoas residentes em um dos Estados-membros por via postal.<sup>30</sup> Todavia, isso não é possível no âmbito do MERCOSUL, na qual os pedidos de comunicação de atos deverão proceder por via carta rogatória, com a concessão do exequatur pelo STJ, sob pena de, no futuro, o pedido de homologação de decisão estrangeira ser indeferido por não observar a legislação

do Estado requerido. Em caso julgado pelo STJ, na citação de réus domiciliados no Brasil por intermédio de autoridade consular portuguesa, o entendimento foi pela não homologação da sentença, por não atender aos preceitos constitucionais, conforme ementa da decisão:

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. CITAÇÃO. A citação de réu domiciliado no Brasil deve se processar por carta rogatória, imprestável a comunicação que, a esse propósito, lhe fez consulado de país estrangeiro. Homologação indeferida.<sup>31</sup>

Contudo, cumpre destacar o voto do Ministro Ari Pargendler no sentido de aperfeiçoar os mecanismos de cooperação jurídica internacional e garantir serviços judiciários mais eficientes aos cidadãos na era da globalização:

Essa é realmente uma barreira muito forte para a simplificação do processo de litígio internacional. Uma solução buscada pelos países é a celebração de tratado multilateral para facilitar os serviços judiciários internacionais. O ideal seria abrir o contato direto entre os órgãos judiciários para serviços judiciários, sem intermediação nem formalidades complicadas, tais como a carta rogatória. O Brasil vem aumentando a sua adesão aos tratados relacionados à cooperação judiciária, tanto multilaterais quanto bilaterais, o que é altamente elogiável.<sup>32</sup>

Assim, baseado nos princípios jurídicos da confiança, do respeito mútuo entre os diversos ordenamentos jurídicos, do acesso internacional à justiça, da harmonização de sistemas jurídicos, dentre outros, os Estados possibilitam, por intermédio da cooperação jurídica internacional, garantir aos cidadãos num mundo globalizado o acesso aos diversos sistemas jurídicos, inclusive a estrangeiros e não-residentes no país. Ademais, os Estados devem respeitar as decisões de tribunais estrangeiros, promovendo a paz e justiça sociais.

## **5. Críticas à eficácia das decisões estrangeiras em matéria trabalhista**

O grande desafio da sociedade globalizada multicultural é garantir os direitos reconhecidos pelos tribunais aos cidadãos nos litígios transfronteiriços (cross-border litigations). Apesar dos grandes avanços na área de cooperação jurídica internacional para o intercâmbio de atos provenientes das autoridades judiciárias dos Estados, a eficácia dessas decisões depende do reconhecimento e execução no país onde a obrigação tenha de ser cumprida, conforme dispõe o artigos 105, I, “i”, e 109, X, da CF e o artigo 88, II, do CPC sobre competência internacional. Importante salientar que ambos processos, quer de reconhecimento, quer de execução de decisões estrangeiras, são “formalmente autônomos, veiculam demandas distintas e se desenvolvem em torno de relações processuais independentes”.<sup>33</sup>

O primeiro grande desafio refere-se às despesas para o exercício desse direito. Por exemplo: um trabalhador domiciliado no Brasil, que prestou serviços a uma empresa estrangeira domiciliada no exterior e é parte vencedora em uma reclamação trabalhista, terá que contratar serviços advocatícios no país onde a empresa está localizada, para solicitar a homologação ou o reconhecimento da decisão perante a autoridade judiciária competente do país. Uma vez reconhecida a decisão, deverá proceder a execução. Além dos serviços advocatícios, o requerente terá que arcar com todos as custas e demais despesas processuais.

Importante salientar que o benefício da assistência judiciária concedida pela autoridade judiciária brasileira ao empregado reclamante numa demanda trabalhista não se estende automaticamente para os pedidos de reconhecimento e execução de sentença estrangeira no país requerido, devendo solicitar o benefício de acordo com a legislação do Estado requerido.

No MERCOSUL, há a possibilidade de carta rogatória executória. Qual a vantagem em relação ao pedido de cooperação jurídica por meio da carta rogatória? Na Carta Rogatória (exhorto) n<sup>o</sup> 3532-AR, o Juizado de 1<sup>a</sup> Instância do Trabalho n. 56, da Cidade de Buenos Aires, República Argentina, solicitou a “penhora preventiva dos fundos”, de qualquer natureza, em face da empresa brasileira decorrente de ação trabalhista. Embora não tenha sido concedido a medida de caráter executório, o STJ não a negou, mas converteu em diligência ao Ministério da Justiça para que solicite à Justiça rogante (Argentina) o envio de

“informações sobre a razão da medida cautelar recair sobre a empresa brasileira.”<sup>34</sup>

Ressalta-se que os pedidos de homologação de decisão estrangeira devem observar a lei do Estado requerido, conforme decisão do STJ, citando decisão do STF no sentido de que “não se vislumbra no referido acordo que tais providências tenham de acontecer à margem dos procedimentos legais previstos em seus ordenamentos jurídicos (no caso do Brasil a homologação de sentença estrangeira quando se tratar de providência de cunho executivo).”<sup>35</sup>

O construção da Conferência da Haia com a adoção da Convenção de Acesso Internacional à Justiça, de 1980, foi um grande passo para se garantir os direitos humanos nas relações privadas internacionais, mormente no que tange ao direito do cidadão de exercer seus direitos independentemente do local onde se encontrem.

Considerando que o Código de Processo Civil não se admite a litispendência internacional (artigo 90), a pessoa interessada que obtiver uma decisão favorável no exterior deverá homologá-la o mais brevemente possível para que possa produzir efeitos de coisa julgada no Brasil. Assim, o acordo trabalhista firmado no exterior e devidamente homologado pelo STJ no Brasil impede o trabalhador de promover ação trabalhista para discutir a mesma relação de trabalho. Na SE 4.933-MX, de 11/09/2009, o STJ decidiu que

a litispendência internacional não gera efeitos no Brasil, exatamente por não haver dispositivo legal que a impeça. Portanto, somente quando

uma das decisões, a nacional ou a homologada, for alcançada pela coisa julgada reconhecida neste país, sua autoridade passará a ser inquestionável.<sup>36</sup>

Deve haver na esfera política, maior comunicação entre os aqueles que tomam decisões na apreciação de um pedido de cooperação jurídica internacional, em especial a demanda trabalhista transnacional, a fim de melhorar os serviços de prestação jurisdicional e garantir o acesso do cidadão estrangeiro à jurisdição de um Estado.

No que tange ao serviço jurisdicional prestado, aperfeiçoar o sistema de comunicação de atos administrativos e jurisdicionais por intermédio das autoridades centrais, contribuindo para desenvolver mecanismos mais eficientes e, como órgãos administrativos, promover a defesa dos interesses dos cidadãos globais nos litígios transfronteiriços. No âmbito interno, os Estados devem criar meios de conexão para facilitar o auxílio mútuo entre os diversos órgãos na esfera administrativa para o pleno exercício desses direitos.

## Conclusão

A prestação jurisdicional é atividade típica do poder soberano estatal. A globalização jurídica pressupõe o reconhecimento de direitos comuns em vários ordenamentos jurídicos e a necessidade de dar maior segurança e efetividade aos litígios transfronteiriços.

A cooperação jurídica internacional é um dos mais importantes princípios das relações internacionais, posto que possibilita que certos atos ou decisões oriundos do Poder Judiciário de um Estado possam produzir efeitos em território de outro. E a criação de autoridades centrais é uma das mais brilhantes técnicas que facilitam a comunicação entre as instituições jurídicas e administrativas dos Estados.

Nesse sentido, pode-se afirmar que houve um grande avanço para o reconhecimento de direitos com efeitos extraterritoriais, pois os Estados cooperam para que os cidadãos de um Estado tenham acesso ao Poder Judiciário de outro. Assim, nas demandas trabalhistas, os pedidos ativos têm resultados positivos com cumprimento das diligências solicitadas para comunicação de atos, obtenção de documentos, de provas no exterior e oitivas de testemunhas, por exemplo. Nos pedidos passivos de cooperação jurídica internacional, o Estado brasileiro tem concedido o *exequatur* às cartas rogatórias e homologado as sentenças estrangeiras. Ressalte-se que esses pedidos devem preencher os requisitos estabelecidos nos acordos firmados, tendo como limites a soberania e a ordem pública estatal.

Todavia, não se pode falar, ainda, em livre circulação de sentenças estrangeiras. O grande desafio da globalização jurídica é a exequibilidade de direitos. A ausência de instrumentos de cooperação que facilitem o acesso do cidadão aos tribunais no exterior torna-se um empecilho ao exercício de direitos. Em outras



palavras, o trabalhador, para executar uma decisão judicial transitada em julgado contra uma pessoa ou empresa que esteja no exterior, deverá promover a ação de homologação de sentença estrangeira no país, contratando advogados, efetuando o pagamento de custas e despesas processuais, traduzindo toda a documentação para a língua oficial do país para depois, uma vez homologada, executá-la. O benefício da assistência judiciária não se estende automaticamente, quando concedida pela autoridade judiciária brasileira. Tal benefício poderá ser pleiteado ao Estado requerido, ressaltando-se que não se trata de uma obrigação jurídica, mas apenas de uma faculdade do Estado em concedê-lo ou não. A Convenção da Haia de 1980 sobre Acesso Internacional à Justiça poderá facilitar esses direitos entre os Estados partes, mas é necessário maior adesão dos Estados ao tratado.

Por fim, importante destacar que os direitos trabalhistas são direitos humanos e devem ser internacionalmente protegidos. A eficácia de direitos trabalhistas transnacionais depende do reconhecimento e a execução de decisão estrangeira pelo Estado requerido. Norberto Bobbio diz que só haverá uma verdadeira proteção dos Direitos Humanos quando a pessoa puder agir não perante o Estado, mas contra o Estado violador de Direitos. E é por meio das atividades estatais que a cooperação jurídica internacional será mais eficaz, ou seja, quando for possível praticar todos os atos que possibilitem o exercício pleno de direitos na sociedade globalizada.

## Notas

- <sup>1</sup> Internacional, 2005, p. 24.
- <sup>2</sup> FARIAS, Inez Lopes Matos. **International Labour Rights and the Power Of Soft Law**. Dissertação apresentanda para conclusão do curso de Master in Globalization and Labour Policies. University of Kassel/Fachhochshule für Wirtschaft Kassel/Berlin 2005, p. 23
- <sup>3</sup> O'BRIEN, Robert and HARROD, Jeffrey. **Global Unions? Theory and strategies of organized labour in global political economy**. London: Routledge, 2002, p. 27.
- <sup>4</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. **Judicial Globalization**. In Virginia Journal of International Law, v. 40, p. 1103-1124, 2000, p. 1112.
- <sup>5</sup> Ibid., p. 1116.
- <sup>6</sup> Ibid., p. 1112.
- <sup>7</sup> RIBEIRO, Manuel Almeida. **Introdução ao Direito Internacional Privado**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 29
- <sup>8</sup> Brasil. Tribunal Superior do Trabalho (TST). TST-E-RR-1003206-67.2003.5.01.0900, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva. Data de Publicação: 23/05/2013.
- <sup>9</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Processo nº TST-RR-219000-93.2000.5.01.0019 - Ministra Relatora Maria Cristina Iri-goyen Peduzzi, data de publicação: 07/10/2011. Tribunal Superior do Trabalho (TST). TST - AIRR - 295-74.2010.5.03.0035 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 20/06/2012, 4ª Turma, data de publicação: 22/06/2012.
- <sup>10</sup> Brasil. Tribunal Superior do Trabalho (TST). TST-E-RR-1003206-67.2003.5.01.0900, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva. Data de Publicação: 23/05/2013.
- <sup>11</sup> De acordo com o artigo 75, IV, do Código Civil, “quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é (...) o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos”.
- <sup>12</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (TST). Da 24ª região. TRT-24 - RO: 571200203124001 MS 00571-2002-031-24-00-1 (RO), Relator: NICANOR DE ARAÚJO DE LIMA, Data de Julgamento: 06/08/2003, Vara do Trabalho de Aquidauana/MS, Data de Publicação: DO/MS Nº 6066 de 22/08/2003, pag. 45.
- <sup>13</sup> BRASIL. Tribunal Superior do trabalho (TST). Processo: AIRR - 110800-64.2008.5.02.0445 Data de Julgamento: 13/08/2013, Relator

- Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/08/2013.
- <sup>14</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). AIRR:8355520115020443 835-55.2011.5.02.0443, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 28/08/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/08/2013.
- <sup>15</sup> BRASIL. Tribunal Superior do trabalho (TST). Processo: RR - 46500-02.2008.5.05.0028 Data de Julgamento: 26/09/2012, Relatora Juíza Convocada: Maria Laura Franco Lima de Faria, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/09/2012.
- <sup>16</sup> BRASIL. Tribunal Superior do trabalho (TST). Processo: RR - 37900-48.1996.5.02.0043 Data de Julgamento: 14/09/2010, Relatora Juíza Convocada: Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/09/2010.
- <sup>17</sup> BRASIL. Tribunal Superior do trabalho (TST). Processo: RR - 46500-02.2008.5.05.0028 Data de Julgamento: 26/09/2012, Relatora Juíza Convocada: Maria Laura Franco Lima de Faria, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/09/2012.
- <sup>18</sup> BRASIL. Superior tribunal de Justiça (STJ). SENTENÇA ESTRANGEIRA Nº 4.933 - MX (2009/0176999-7. Ministro Cesar Asfor Rocha. Data da publicação: 11/09/2009
- <sup>19</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Processo: E-ED-AIRR - 14640-53.2002.5.24.0031 Data de Julgamento: 08/03/2006, Relator Juiz Convocado: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 24/03/2006.
- <sup>20</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Processo: AIRR - 835-55.2011.5.02.0443 Data de Julgamento: 28/08/2013, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/08/2013.
- <sup>21</sup> GRUŠIĆ, Uglješa. **Jurisdiction in Employment Matters Under Brussels I: A Reassessment**. In International and Comparative Law Quarterly, vol. 61, n. 1, p. 91-126, Cambridge: Cambridge University Press: January 2012, p. 94.
- <sup>22</sup> Ibid., p. 94.
- <sup>23</sup> GRUŠIĆ, Uglješa. **Jurisdiction in Employment Matters under Brussels I: A Reassessment**. In International and Comparative Law Quarterly, vol. 61, n. 1, p. 91-126, Cambridge: Cambridge University Press: January 2012, p. 118.
- <sup>24</sup> ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 5ª. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 416.
- <sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). CARTA ROGATÓRIA

- n. 7.613. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, data do julgamento 3/4/1997.
- <sup>26</sup> MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. **O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional**. In: MACHADO, Maira Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (Org). Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 93.
- <sup>27</sup> ARAÚJO, Nádia. **Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentário à Resolução n.º 9/2005**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 2-3.
- <sup>28</sup> CANO, Sandra G. **Evolución de las Técnicas de Cooperación Internacional entre Autoridades en el Derecho Internacional Privado**. In Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 112, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 97.
- <sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Sentença Estrangeira Contestada n.º 821- Ex (2005/0033402-8). Relatora : Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Requerente : Petrobrás Internacional S/A – Braspetro. Requerido Antenor de Faria Muricy Filho. Brasília (DF), Data do Julgamento: 18 de maio de 2005.
- <sup>30</sup> UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 1348/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à citação e à notificação dos actos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial nos Estados-Membros, artigo 14.
- <sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N.º 861 - EX (2005/0031335-3). Relator Ministro Ari Pargendler. Data da publicação: 01/08/2005.
- <sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N.º 861 - EX (2005/0031335-3). Relator Ministro Ari Pargendler. Data da publicação: 01/08/2005.
- <sup>33</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavancati. **Homologação de sentenças Arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 263.
- <sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). CARTA ROGATÓRIA N.º 3.532 - AR (2008/0197337-5). Decisão Monocrática. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA Data da Publicação 26/10/2009.
- <sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). CARTA ROGATÓRIA N.º 2.966 - BO (2007/0294248-0). Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Data da Publicação 01/10/2008.
- <sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). SENTENÇA ESTRANGEIRA N.º 4.933 - MX (2009/0176999-7). Ministro Cesar Asfor Rocha. Data da publicação DJe 17/05/2010.

## Referências

- ABBUD, André de Albuquerque Cavancati. **Homologação de sentenças Arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- ARAÚJO, Nádia. **Cooperação Jurídica Internacional no Superior tribunal de Justiça: Comentário à Resolução n.º 9/2005**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- \_\_\_\_\_. “A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional”. In: BRASIL. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: Cooperação em Matéria Civil**. 3. ed., Brasília: Ministério Justiça, 2012.
- AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito Internacional Privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- ARAÚJO, Luiz Ivani de Amorim. **Introdução ao Direito Internacional Privado**, São Paulo: Rt, 1990
- ARROYO, Diego P. Fernández. **Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales**. In: *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 323, 2006, publicado 2008, p. 9-260.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. **Uma Globalização justa: Criando Oportunidades para todos**. Tradução de: A Fair Globalization. Creating Opportunities for All (OIT). Brasília: MTE, Assessoria Internacional, 2005.
- BRASIL. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: Cooperação em Matéria Civil**. 3. ed. Brasília: Ministério Justiça, 2012.
- CANO, Sandra G, **Evolución de las Técnicas de Cooperación Internacional entre Autoridades en el Derecho Internacional Privado**. In Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 112 (Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- CAVALCANTE, Jouberto De Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho**. Tomo I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAVALCANTE, Jouberto De Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco

- Ferreira. **Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- Del' Olmo, Florisbal de Souza. **Curso De Direito Internacional Privado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2010.
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.
- DIPP, Gilson Langaro. **Carta Rogatória e Cooperação Internacional**. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 38, p. 39-43, jul./set. 2007
- GIGLIO, Wagner D; CORRÊA, Claudia G. V. **Direito Processual do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2007.
- GRUČIĆ, Uglješa. **Jurisdiction in Employment Matters Under Brussels I: A Reassessment**. In International and Comparative Law Quarterly, vol 61, n. 1, p. 91-126, Cambridge: Cambridge University Press: January 2012.
- FARIAS, Inez Lopes Matos. **International Labour Rights and The Power Of Soft Law**. Dissertação apresentanda para conclusão do curso de Master in Globalization and Labour Policies. University of Kassel/Fachhochshule für Wirtschaft Kassel/Berlin 2005.
- KANE, Mary Kay. **Globalization and Cross-border Litigation**. In Global Jurist Topics, v. 1 issue 1, p. 1-20, 2001.
- MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. **O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional**. In: MACHADO, Máira Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (Org). Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- RIBEIRO, Manuel Almeida. **Introdução ao Direito Internacional Privado**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. **Judicial Globalization**. In Virginia Journal of International Law, v. 40, pp. 1103-1124, 2000,
- STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 3. ed. Aumentada, São Paulo: Editora LTr, 1996.
- TIBURCIO, Carmen. **As Cartas Rogatórias Executórias no Direito Brasileiro no Âmbito do Mercosul**. Disponível em <<http://www.jcadvocacia.com/index2.htm?cont=publicacoes&publicacao=22&categoria=2>>. Acesso em 01 de novembro de 2006.

# **Direito dos Credores de Unidade Produtiva Isolada Adquirida Extrajudicialmente por Sócio que se Retirou de Sociedade Limitada**

## *Creditors Right of the Productive Unities of the Company as Reimbursement for the Participation in Extrajudicial Withdrawal*

Artigo recebido em 10/10/2013.

Revisado em 11/10/2013.

Aceito para publicação em 22/10/2013.

## Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1991), Mestrado (2002) e Doutorado (2008), ambos em Programa de pós-doutoramento em Direito pela Universidade Gama Filho (CAPES 5). *She acted as a visiting professor and research by invitation of Prof. Dr. David T. Ritchie, in Macon, Georgia (GA/USA) (2006/2007)*. Atualmente é Consultora Sênior do Escritório Nordi & Pereira Advogados Associados, Professora Adjunta da FGV - Fundação Getúlio Vargas e Palestrante Convidada do Clube do Petróleo, do LLM do Ibmecc Business School e do MBA da UBM-COPEP. Pesquisadora do NUPED do UBM e Coordenadora de Pesquisa e Extensão e do NUPES do IESUR/FAAR. Autora e articulista.

## Resumo

Os credores de qualquer categoria, quando atuam em coletividade para obtenção de seus direitos são os titulares do Direito Coletivo ao crédito de uma determinada sociedade com quem realizaram negócios. Então, quando uma sociedade resolve-se em relação a um sócio e este que se retira titulariza-se de uma das unidades produtivas isoladas de sociedade limitada, como forma de ressarcimento pela sua retirada, faz-se mister discutir de que forma os direitos dos credores devem ser cumpridos e por quem. Desta feita, o objetivo geral deste artigo é o de apresentar sugestões para a solução das questões relativas à responsabilidade dos pagamentos dos créditos vencidos ou vincendos seja da sociedade remanescente seja das unidades produtivas isoladas. Os objetivos específicos são os de: (i) indicar os direitos dos credores por categorias; (ii) explicar os



procedimentos de titularização de unidade produtiva pelo sócio que se retira extrajudicialmente: (ii.a) contrato de trespasse, e (ii.b) cisão parcial; (iii) estabelecer qual a extensão das responsabilidades da sociedade remanescente e das unidades produtivas isoladas; e (iv) apresentar a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Regionais do Trabalho bem como a dos respectivos Tribunais Superiores acerca dos objetivos, ora expostos. A metodologia empregada no estudo é a revisão bibliográfica e a pesquisa de dados exploratórios relativa ao tema, como julgados dos diversos Tribunais.

## **Palavras-chave**

Direito dos credores; cisão parcial; trespasse; resolução da sociedade com relação a um sócio; unidade produtiva isolada.

## **Abstract**

The creditors of any category, when acting in community to obtain their rights, are the holders of the Collective Right of the credit for a given society which they have conducted business with. Then, when a society decides upon a member who retires and thereof secures an isolated productive unit of the company, as a way of compensation for his withdrawal, it implies the need to discuss how the Creditors Rights will be met and by whom. The aim of this paper is to

present a solution to the issues of liability of overdue or coming due payments in relation to the surviving company or in relation to the isolated production units; It's specific objectives are: (i) to point out by categories the rights of the creditors, (ii) to explain the securitization procedures of a productive unit in case of a extrajudicial withdrawal of a member, (iii) to explain the responsibilities of the left society and its isolated productive units, and (iv) to present the jurisprudence of the Federal Courts and Labor Courts as well as Superior Courts about the goals presented herein. The methodology used in the study is a literature review and exploratory research on the subject, as judged from several courts.

## Keywords

Creditors Rights; partial scission; trespass; resolution upon a member withdraw; isolated productive unit.

## Sumário

Introdução. 1. Resolução consensual da sociedade com relação a um sócio como direito social. 2. Apuração de haveres e pagamento do sócio cotista extrajudicialmente. 3. Procedimentos extrajudiciais para a constituição de uma unidade produtiva isolada do patrimônio social da sociedade limitada – contrato de trespasse e cisão parcial. 4. Procedimentos extrajudi-

ciais para a titularização de unidade produtiva isolada – UPI – pelo sócio que se retirou da sociedade limitada por consenso. 5. Credores na qualidade de titulares do direito coletivo de receber suas obrigações classificadas por categoria. 6. Demarcação das responsabilidades da sociedade limitada remanescente e da unidade produtiva isolada. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

Quando há modificação no quadro societário de uma sociedade, correlatamente, pairam dúvidas sobre a credibilidade desta. Os credores, de qualquer categoria, tornam-se desconfiados quanto ao cumprimento de suas obrigações pela sociedade que remanesceu. Afinal, o capital social que é a garantia dos credores reduziu-se com a resolução da sociedade com relação a um sócio.

Justifica-se o artigo, particularmente, devido às discussões que se demonstram quando o sócio que se retira titulariza-se de uma das unidades produtivas isoladas da sociedade remanescente, como forma de ressarcimento pela sua retirada. A legislação brasileira estabelece diferentes regras nos Direitos Tributário, Trabalhista, Empresarial, etc... sobre a forma de os direitos dos credores serem cumpridos e por quem estes créditos dever ser pagos.

Desta feita, o objetivo geral deste artigo é o de apresentar sugestões para a solução das questões sobre a responsabilidade dos pagamentos dos créditos vencidos ou vincendos seja da sociedade remanescente seja das unidades produtivas isoladas.

Os objetivos específicos são os de: (i) indicar os direitos dos credores por categorias; (ii) explicar os procedimentos de titularização de unidade produtiva pelo sócio que se retira extrajudicialmente: (ii.a) contrato de trespasse, e (ii.b) cisão parcial; (iii) estabelecer qual a extensão das responsabilidades da sociedade remanescente e das unidades produtivas isoladas; e (iv) apresentar a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Regionais do Trabalho bem como a dos respectivos Tribunais Superiores acerca dos objetivos, ora expostos.

A metodologia empregada no estudo é a revisão bibliográfica e a pesquisa de dados exploratórios relativos ao tema, como julgados dos diversos Tribunais, especialmente, os Tribunais que decidem as relações jurídicas tributárias e do trabalho.

Para auxiliar a apresentação do tema, o artigo traz quadros sinópticos didáticos para destacar as diferenças dos institutos em análise. Assim, têm-se o cumprimento dos objetivos propostos com a indicação das responsabilidades creditícias, diante da modificação do quadro societário, garantindo que os credores continuem a exigir os seus créditos do sujeito de direito correto.

## **1. Resolução consensual da sociedade com relação a um sócio como direito social**

Conforme o art. 1.001, do CC, as obrigações dos sócios iniciam-se com a subscrição do capital social no contrato social, ou seja, começam imediatamente

com o contrato, se este não fixar outra data. A partir desse momento, devem os sócios contribuir com os valores aos quais se obrigaram (REQUIÃO, 2009: 401). A composição societária dependerá da aceitação de todos, cujos interesses pessoais podem ser, diretamente, afetados e, por previsão contratual, as contribuições podem ocorrer de forma integral ou parcelada (LOBO, 2004: 59).

Nas sociedades limitadas é sempre significativa a participação no capital social, já que todos respondem solidariamente pela formação do capital social – art. 1052, do CC – e não é permitida a figura do sócio prestador de serviços, nos termos do art. 1055, § 2º, do CC (BORBA, 2012: 102). Logo, nessa espécie societária, a formação do capital social demonstra-se necessária para a realização da atividade econômica social escolhida pelos sócios, independentemente de sua classificação em sociedade de pessoas ou de capital.<sup>1</sup>

Quando a *affectio societatis*, como a vontade determinada, por parte de todos os sócios, de cooperar ativamente na realização da obra comum, rompe-se por qualquer motivo, não há como os sócios prosseguirem no exercício conjunto da atividade econômica, e algumas possibilidades se apresentam: a cessão de cotas, a liquidação ordinária tanto extra quanto judicial, a resolução com relação a um sócio – retirada e exclusão de sócio –, ou a dissolução extra ou judicial da sociedade.<sup>2</sup>

Se o art. 1055, do CC, estabelece que o capital pode ser formado “por dinheiro, bens móveis e imóveis, materiais e imateriais, desde que avaliáveis em dinheiro”, os sócios ao se retirarem da sociedade

têm o direito de levar consigo, na retirada, os valores ou bens que disponibilizaram à sociedade para compor o capital. A justificativa de Gladston Mamede para o ressarcimento dos haveres por ocasião da desvinculação do cotista fundamenta-se no princípio da vedação ao enriquecimento injustificado ou ilícito, pois haverá prejuízo se o sócio que se retirou, ao sair da sociedade limitada não receber nada (MAMEDE, 2012: 159).

Portanto, a resolução consensual da sociedade com relação a um sócio, com a consequente apuração de haveres e o pagamento dos valores devidos são direitos sociais.

## **2. Apuração de haveres e pagamento do sócio cotista extrajudicialmente**

Para apurar tais valores, faz-se mister compreender que quando a sociedade inicia suas atividades, é comum que o único item encontrado em seu patrimônio - apresentado no balanço nos itens do ativo, do passivo e do patrimônio líquido - seja o valor do capital social indicado neste último. O capital social é o fundo originário e essencial da sociedade, fixado através da soma das contribuições dos sócios (BORBA, 2012: 178). O capital é uma mera expressão numérica.

Conforme a sociedade desenvolve-se, o capital social formador do ativo da sociedade torna-se o patrimônio social (BORBA, 2012: 177). O ativo começa a se modificar, com base nesse desenvolvimento ou produtividade econômica da empresa, bem como o passivo crescerá, concomitantemente, pois as dívidas são necessárias para “alavancagem da empresa”

(BORBA, 2012:177). O patrimônio social<sup>3</sup> é o patrimônio da sociedade no sentido econômico e financeiro, ou seja, é o conjunto de bens, computando o dinheiro – na qualidade de bem fungível – e os bens móveis – carros, ações, patentes, etc. – e os imóveis – lojas, escritórios, etc. além dos intangíveis, como a logística da operação, entre outros.

Leciona José Edwaldo Tavares Borba, que o “capital é um valor formal e estático, enquanto o “patrimônio é real e dinâmico” (BORBA, 2012: 178). O patrimônio “encontra-se sujeito ao sucesso ou insucesso da sociedade, crescendo na medida em que esta realize operações lucrativas, e reduzindo-se com os prejuízos” (BORBA, 2012: 179).

Na apuração dos haveres realizada com base no consenso entre os sócios remanescentes e o sócio que se desvinculou da sociedade, este fará jus à liquidação da sua cota ou de suas cotas. Nesse caso, o sócio não é credor de uma obrigação de pagamento em dinheiro. O sócio que se retirou é titular de uma obrigação de fazer, isto é, tem o direito de apurar haveres. A forma utilizada é a apuração por meio de balanço<sup>4</sup>. Para que, com isso, seja determinada a modalidade de pagamento, porquanto não se sabe, *a priori*, seu resultado, que pode representar um crédito ou um débito em face da sociedade.

São dois os procedimentos essenciais à apuração de haveres:

- I - a determinação do patrimônio da sociedade – Balanço Especial de Determinação; e
- II - a definição do quinhão correspondente a cada um dos sócios, para se chegar ao quinhão do sócio que se retirou.

O Balanço Especial de Determinação é o balanço patrimonial ou empresarial. Este balanço verificará e apurará, tanto física quanto contabilmente, os valores dos ativos e passivos da sociedade limitada e conterà todos os direitos e deveres que “comportem expressão pecuniária” (MAMEDE, 2012: 171), traduzindo o valor real do *quantum* da participação societária do sócio que se retira.

Com a finalidade de determinar que o tempo de análise das condições da empresa no “balanço especial de determinação” precisa ser a mesma época da retirada do sócio da sociedade, é o tempo no qual o sócio que se desvinculou encontra-se na qualidade de sócio. “O balanço especial deve refletir um levantamento contemporâneo, incluindo os bens corpóreos e incorpóreos, aproximando-se do resultado que poderia ser obtido com a dissolução total.” (TJRJ - Ap. Civ. nº 2006.001.18077 - Relator: Des. Antonio Saldanha Palheiro - Data de publicação: 06/06/2007 p. 92). “A apuração dos haveres do sócio que se retira da sociedade não pode levar em consideração o sucesso ou o fracasso do empreendimento, por causas posteriores à sua retirada.” (STJ - AgRg no REsp nº 995.475 SP 2007/0237570-6 Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma Data do Julgamento: 19/12/2009. Data de publicação: 25/03/2010 p. 176).

Do exposto, conclui-se que os valores devidos a esse sócio devem levar em consideração os valores relativos à liquidação dos bens componentes do “patrimônio da sociedade” à data da resolução (COELHO, 2011: 205).



Uma vez definido o valor a ser recebido a título de apuração de haveres e podendo este ser levantado sem prejuízo da continuação da empresa, o pagamento ao sócio que se desvinculou efetuar-se-á com base no § 2º do art. 1.031 do CC.<sup>5</sup>

Ressalve-se que, realizado o pagamento ao sócio que se retirou, operar-se-á a redução do capital social na proporção das cotas, pois, não mais existe a contribuição que justifique a existência de suas cotas. Haverá, na contabilidade, por força da operação de diminuição do patrimônio, a configuração do denominado prejuízo contumaz, descrito no art. 1082, do CC, que permitirá a redução legal do capital social.

De outra forma, se os demais sócios, denominados remanescentes, acordarem poderão adquirir ou alienar a terceiros aquelas cotas do sócio que se retirou, mantendo íntegro o capital social. (CAMPINHO, 2011: 134). Esta modalidade de recomposição dependerá do *quantum* que os sócios remanescentes estiverem dispostos a entregar à sociedade para que esta prossiga com os negócios sociais.

### **3. Procedimentos extrajudiciais para a constituição de uma unidade produtiva isolada do patrimônio social da sociedade limitada – contrato de trespasse e cisão parcial**

Dependendo das condições econômicas e financeiras apresentadas pela sociedade limitada remanescente, esta não conseguirá pagar ao sócio

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013

Direito dos Credores de Unidade Produtiva Isolada Adquirida Extrajudicialmente  
por Sócio que se retirou de Sociedade Limitada - pp. 55-97

NUNES C. R. P.

que se retirou o valor que lhe é devido em dinheiro. Nestes casos, o sócio que se retirou poderá receber o seu quinhão *in natura*, ou seja, em bens da sociedade (FONSECA, 2012: 35).

Dentro da lógica do pagamento *in natura*, torna-se cabível o ressarcimento do valor das cotas, na forma de titularização de uma das unidades produtivas isoladas - UPI - da sociedade. Entendendo esta figura como a transferência da parcela da operação estruturada, organizada de uma empresa e parte integrante do patrimônio da empresa. A unidade produtiva isolada - UPI - é aquela que guarda independência da unidade principal, mas que a principal permite sua existência, para satisfazer os credores.

Então, consensualmente, também, o sócio que se retirou e os remanescentes podem realizar conjuntamente um acordo extrajudicial de pagamento dos haveres na titularização de uma das unidades produtivas isoladas da empresa. A interpretação sistemática dos arts. 1142 c/c 1143, ambos do CC com o art. 133, do CTN, autoriza o entendimento da unidade produtiva isolada como um estabelecimento apto a possibilitar o desempenho de atividades econômicas *per si*. Esta organização poderá ser constituída de duas formas:

I - se a operação que ficará a cargo da sociedade limitada remanescente for mais valiosa do que a unidade produtiva isolada, e, o sócio que se retira pretender explorar o mesmo segmento do

negócio, pode-se proceder a um contrato atípico de transferência de unidade produtiva isolada; se pretender explorar o mesmo segmento do negócio, pode-se proceder à transferência por meio de cisão parcial. Aplicar-se-ão os dispositivos dos arts. 229 c/c 233, da LSA, por analogia, por haver lacuna na legislação ordinária civil, necessitando para o entendimento da figura jurídica a aplicação da integração das normas jurídicas; ou

II - se no escopo da unidade produtiva isolada que, ficará a cargo do sócio que se retirou, o estabelecimento integrante da unidade produtiva isolada for o bem mais valioso da operação. E, ainda, se o sócio que se retira pretender explorar o mesmo segmento do negócio, pode-se proceder ao contrato de trespasse, na forma do art. 1146 e ss., do CC, por opção das partes. Particularmente, se se pretender explorar o mesmo segmento do negócio haverá a ressalva de autorização para a continuação de negócio no mesmo segmento econômico.

Apresentam-se a seguir as diferenças entre a cisão parcial; e o contrato de trespasse, particularmente, visando distinguir: (i) conceito; (ii) fundamento legal; (iii) cálculo do valor dos ativos; (iv) responsabilidades perante terceiros; e (v) observações.

Características	Cisão Parcial	Contrato de Trespasse
Conceito	É a reorganização societária em que se verte parte do patrimônio para uma ou mais sociedade(s) sucessora(s), continuando a sociedade cindida a existir, no entanto, com um patrimônio menor.	É a transmissão por ato entre vivos da posição do arrendatário de um estabelecimento comercial. O contrato de trespasse não depende do consentimento do senhorio. Contudo este goza do direito de preferência.
Fundamento legal	Aplicar-se-ão os dispositivos dos arts. 227§ 3º, 229 e 233 da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976, por analogia, por haver lacuna na legislação ordinária civil, necessitando para o entendimento da figura jurídica a aplicação da integração das normas jurídicas.	Aplicar-se-ão os dispositivos dos arts. 1142 a 1147, da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 c/c art. 133, da Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966, por interpretação sistemática.
Cálculo do Valor dos Ativos	De acordo com o artigo 21 da Lei nº 9.249/1995, o valor do acervo a ser tomado nas operações deverá ser definido pelo valor contábil ou de mercado. O balanço deverá ser levantado até 30 dias antes do evento <sup>6</sup> . O art. 8º da LSA estabelece que na hipótese de serem atribuídos, aos bens do ativo permanente, valores superiores aos contábeis, esses aumentos de valores serão denominados reavaliação de ativos.	Do ponto de vista contábil <sup>7</sup> designa-se por trespasse a diferença entre o custo de aquisição do estabelecimento e o valor dos ativos identificáveis que constam do inventário do estabelecimento. Nessas situações proceder-se-á à avaliação dos elementos patrimoniais com o objetivo de se determinar o valor do trespasse.

<p>Responsabilidades Perante Terceiros</p>	<p>- A princípio, não há responsabilidade do sócio que se retirou sobre as dívidas vencidas, desde que estabelecida cláusula limitando a responsabilidade e sobre as dívidas vincendas também (art. 233, parágrafo único, da LSA).</p> <p>- A sociedade limitada remanescente tem responsabilidade sobre o passivo anterior a transferência, contabilizado ou não no balanço (art. 233, parágrafo único, da LSA).</p>	<p>- O sócio que se desvinculou tem responsabilidade sobre as dívidas vencidas com um ano contadas da realização do negócio jurídico e sobre as dívidas vincendas com um ano contadas da assinatura do contrato de trespasse.</p> <p>- A sociedade limitada remanescente é responsável pelo passivo anterior a transferência, desde que contabilizado no balanço, na coluna de passivos da sociedade.</p>
<p>Observações</p>	<p>Faz-se mister resguardar na escrituração contábil o valor devido aos credores sob pena deles notificarem no prazo de 90 dias e poderem pleitear a anulabilidade do ato jurídico se não houver a reserva ou garantia de recursos para os seus pagamentos.</p>	<p>Não há juridicamente trespasse quando a transmissão não seja acompanhada de transferência, em conjunto, das instalações, utensílios, mercadorias e outros elementos que integram o estabelecimento. Também quando, transmitido o gozo do imóvel, passe a exercer-se nele outro ramo de comércio ou indústria ou quando, de um modo geral, lhe seja dado outro destino.</p>

**Tabela 1** – Elaborada pela pesquisadora discente do Centro Universitário de Barra Mansa - Raiza Oliveira do Carmo Mizael, em 07 de setembro de 2013, sob a orientação da autora deste artigo.

**Legenda** – Síntese das modalidades de transferências extrajudiciais mais utilizadas pelo sócio, que se retirou, pleitear a titularização de unidade produtiva isolada da sociedade limitada com a análise dos seguintes itens: (i) conceito; (ii) fundamento legal; (iii) cálculo do valor dos ativos; (iv) responsabilidades perante terceiros; e (v) observações.

#### **4. Procedimentos extrajudiciais para a titularização de unidade produtiva isolada – UPI – pelo sócio que se retirou da sociedade limitada por consenso**

A unidade produtiva isolada – UPI – é a parte significativa do(s) estabelecimento(s) ou da empresa, destacada como parte *per si* do patrimônio empresarial, permanecendo, ainda, a atividade na empresa que se individualizou como unidade (BOTALLO, 2005: 77). A interpretação sistemática dos art. 1142 c/c 1143, ambos do CC com o art. 133, do CTN, autoriza o entendimento da UPI como um estabelecimento apto a possibilitar o desempenho de atividades econômicas *per si* (BOTALLO, 2005: 78).<sup>8</sup> Por exemplo: “A divisão de cada 3 (três) quartos do hotel como uma unidade produtiva isolada ou de economia é legal, uma vez que garante a proporcionalidade na cobrança do consumo de água. O pagamento das taxas de águas é obrigatório pela sucessora.” (TJSC - Apelação Cível AC 592.308 SC 2007.059230-8 Relator: Des. Ricardo Roesler - Data de publicação: 07/04/2007 p. 49).

Na prática, ocorrerá o seguinte: (i) a sociedade

reduzirá o capital social e quitará a dívida da sociedade com o sócio que se desvinculou designando a transferência da UPI como o pagamento; (ii) a unidade produtiva isolada - UPI será disponibilizada ao ex-sócio mediante o registro competente; e (iii) o sócio para se tornar titular da UPI deverá se apresentar como sujeito de direito qualificado e se titularizará por meio de uma das opções abaixo arroladas:

I - um empresário individual<sup>9</sup> regularmente registrado - arts. 966, 967 e 968, todos do CC;

II - uma empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI<sup>10</sup> - art. 980-A, do CC;

III - um microempreendedor individual - MEI<sup>11</sup> -, se a unidade produtiva isolada comprovadamente obtiver ganhos limitados à R\$ 60.000,00, ao ano - Leis Complementares n° 128, de 19 de dezembro de 2008 e n° 139, de 10 de novembro de 2011;

IV - um sócio que disponibilizará desse ativo de sua titularidade para integralizar o capital social<sup>12</sup> de outra sociedade já existente ou em constituição; ou

V - uma sociedade de propósito específico<sup>13</sup>, especialmente para a finalidade de absorver a unidade produtiva isolada.

Após, o sócio procederá à titularização da unidade produtiva isolada no sistema REPEM ou na Junta Comercial do Estado onde se localiza a UPI. Para que seja cumprido o procedimento de titularização de uma UPI, o sócio que se retirou, deverá comprovar

perante o sistema REPEM ou na Junta Comercial do Estado onde se localiza a UPI, os requisitos abaixo preenchidos, concomitantemente:

I - ser titular de cotas da sociedade limitada de que se retirou com uma quantidade representativa de valores da sociedade limitada, em montante suficiente e correspondente ao valor da avaliação pecuniária de uma das unidades produtivas isoladas conforme o balanço especial de determinação;

II - ter a unidade produtiva isolada sido avaliada no balanço especial de determinação, para que seja realizada a conta necessária ao pagamento dos direitos com a titularização da UPI; e

III - permitir a continuidade da atividade comercial da sociedade limitada remanescente, mesmo havendo a diminuição no valor do patrimônio social.

Em seguida, a UPI será cadastrada no Ministério da Fazenda e obterá o nº de CNPJ para que possa dar prosseguimento às suas atividades regularmente.

## **5. Credores na qualidade de titulares do direito coletivo de receber suas obrigações classificadas por categoria**

Dando prosseguimento às atividades sociais regularmente, tanto a unidade produtiva isolada -



UPI -, quanto a sociedade remanescente terão em seus patrimônios sociais “a garantia dos credores” (LOBO, 2004: 57). Como os patrimônios passam a ser a garantia para o cumprimento das obrigações do grupo de credores, estes passam a ter direitos comuns e tornam-se sujeitos do direito coletivo de crédito de ambas as figuras jurídicas.

Por força da didática utilizar-se-á o critério da LRF para categorizar a coletividade dos credores em: (i) trabalhistas e de acidente do trabalho; (ii) de direitos reais em garantia; (iii) tributários na esfera Federal, Estadual e Municipal e de contribuições sociais; (iv) de privilégio especial; (v) de privilégio geral; e (vi) quirografários, para depois estabelecer a extensão das responsabilidades da sociedade remanescente e da unidade produtiva isolada.

#### *a) Credores trabalhistas e de acidente do trabalho*

Nos termos do § 1º do art. 449, da CLT, são aqueles “decorrentes de acidentes de trabalho e créditos trabalhistas, compreendendo toda a sorte de pagamentos devidos pelo empresário aos seus empregados, sendo irrelevante alguma distinção que lhes faça para os fins de direito do trabalho”.

Sérgio Pinto Martins esclarece o porquê da preferência do pagamento dos créditos trabalhistas da seguinte forma:

Justifica-se a preferência do crédito trabalhista em razão da natureza que tem, pois na grande

maioria das vezes o empregado e sua família dependem exclusivamente do recebimento das verbas decorrentes do contrato de trabalho para poder sobreviver, Isso também tem característica social, pois o empregado paga seus compromissos com tais créditos e impulsiona a economia. Se o empregado deixar de receber, outras pessoas também podem deixar de receber seus créditos do obreiro, que não terá como pagar suas dívidas. Por isso, o crédito trabalhista deve ser protegido. Indenização de muitos anos de casa pode ser superior ao teto proposto. Basta a empresa não ter recolhido o FGTS por um bom período. Somada com as verbas rescisórias ou outros haveres, como horas extras, o trabalhador simplesmente recebe o teto e o restante fica a ver navios, porque na maioria das vezes não há bens a serem vendidos para saldar a dívida (...) (MARTINS, 2007: 10).

Seguindo este raciocínio de que a verba trabalhista vincula-se à subsistência, nessa mesma ordem de classificação, enquadram-se os créditos dos representantes comerciais (art. 44, da Lei nº 4.886 de 09 de dezembro de 1965).

#### *b) Credores de direitos reais em garantia*

São os créditos com garantias reais limitadas ao próprio valor do bem oferecido para garantir a dívida que foi gravada no registro competente (hipoteca, penhor, anticrese, alienação fiduciária, etc.). Um crédito

com garantia real reveste-se de preferência. Esta vantagem permite que, no momento da inadimplência, haja a venda do bem. Vendido este, destina-se o produto da venda à satisfação do credor titular da garantia. Como o valor do bem será conhecido somente com a sua alienação, depois de arrecadado e leiloado ou vendido em hasta pública, se os recursos aferidos com a venda do bem gravado não forem suficientes ao pagamento integral do crédito garantido, o saldo credor concorrerá juntamente com os quirografários.

*c) Credores tributários na esfera Federal, Estadual e Municipal e de contribuições sociais*

Nos termos do art. 3º, do CTN, estes créditos referem-se à dívida ativa, de natureza tributária ou não-tributária, excetuadas as multas. São credores por dívida ativa a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias. Essa dívida pode ter origem tributária ou não. Estabelece o art. 29, do CTN, a ordem interna de pagamento entre os credores desta categoria. Primeiro, são satisfeitos os créditos da União e suas autarquias; em seguida, os dos Estados, Distrito Federal e as autarquias de ambos, conjuntamente; finalmente, os Municípios e suas autarquias, conjuntamente.

Exemplos de créditos tributários e de contribuições sociais: impostos, taxas, contribuição de melhoria (art. 145, da CRFB) e devidas à Seguridade Social, conforme o art. 51, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, anuidade do órgão profissional que se vincula

à sociedade remanescente ou à unidade produtiva isolada.

Incluem-se neste rol as contribuições para entidades privadas que desempenham serviço de interesse social, como o SEBRAE, o SESC, o SENAI, o SESI etc, ou para programa social administrado por órgão do governo, como o PIS e o FGTS, por serem também incluídos na categoria de dívida ativa federal.

As multas tributárias (art. 186, do CTN) seja pela inadimplência da obrigação principal seja pelo descumprimento de obrigação acessória estão excluídas dessa classificação inicial, passando a fazer parte do rol dos créditos quirografários, juntamente com as multas penais e administrativas.

#### *d) Credores de privilégio especial*

Os bens sobre os quais recai o privilégio especial não ficam direta e imediatamente vinculados ao cumprimento da obrigação. São exemplos de credores com privilégio especial: (i) o autor da obra, pelos direitos do contrato de edição, sobre os exemplares dela na massa do editor (art. 964, VII, do CC); (ii) os credores titulares de direito de retenção sobre a coisa retida (art. 83, IV, c, da LRF); (iii) os subscritores ou candidatos à aquisição de unidade condominial sobre as quantias pagas ao incorporador falido (art. 43, III, Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964); (iv) o credor titular de nota de crédito industrial sobre os bens referidos pelo art. 17 do Decreto-Lei nº 413, de 09 de janeiro de 1969; (v) crédito do comissário (art. 707, do CC); além de outros enumerados em leis especiais.

Acompanhando a fundamentação de Gladston Mamed, ainda, enquadram-se nesta categoria os créditos advindos por benfeitorias necessárias e úteis (excetuando as voluptuárias), com base na interpretação analógica do inciso III do art. 964, do CC:

Assim, o privilégio dos créditos por benfeitorias necessárias ou úteis faz-se sobre a coisa beneficiada, da mesma forma a preferência do crédito do titular do direito autoral, pelo crédito fundado no contrato de edição, faz-se sobre os exemplares da obra existente na massa do editor. Vencidas as forças de bens ou direitos garantidores de tais relações, conforme o valor pelo qual tenham sido vendidos ou, se houve venda em bloco da empresa ou estabelecimento, pelo valor de sua avaliação, o restante do crédito se classificará e será eventualmente pago como quirografário. (MAMEDE, 2012: 588).

#### *e) Credores de privilégio geral*

Os direitos creditícios sobre os quais recai o privilégio geral não ficam direta e imediatamente vinculados ao cumprimento da obrigação. São exemplos de créditos com privilégio geral: (i) o decorrente de debêntures com garantia flutuante, nos termos do art. 58, parágrafo 1º, da LSA; (ii) os honorários de advogado, na falência do seu devedor (art. 24, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do

Brasil - OAB); (iii) os previstos no art. 965, do CC; (iv) os previstos no parágrafo único do art. 67, da LRF; e (v) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária da lei.

Nestas duas últimas categorias, “o devedor pode deles (créditos de privilégio especial e geral) dispor livremente, enquanto não forem judicialmente seqüestrados, penhorados ou arrecadados” (CAMPINHO, 2008:415 - parênteses nosso).

#### *f) Credores quirografários*

Os créditos quirografários são aqueles sem qualquer garantia. São os créditos sem qualquer uma das garantias elencadas na legislação civil. Marcelo Marco Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro delimitam o significado de quirografário na origem etimológica desta palavra:

A origem da palavra quirografário está associada a algo que foi escrito. Os credores quirografários são aqueles cuja única garantia é um escrito. São aqueles credores que não têm garantia específica - a totalidade do patrimônio do devedor responde pelas obrigações. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2008, p. 698).

Os créditos quirografários correspondem à grande massa das obrigações do falido (COELHO, 2008: 128). São dessa categoria os credores dos títulos de crédito, indenização por ato ilícito (salvo acidente de trabalho), contratos mercantis em geral, etc...

## 6. Demarcação das responsabilidades da sociedade limitada remanescente e da unidade produtiva isolada

Dependendo da qualidade do crédito e do *modus operandi* para a criação da unidade produtiva isolada - UPI -, a extensão das responsabilidades da sociedade limitada remanescente e da unidade produtiva isolada difere. Por exemplo, o parâmetro da responsabilidade trabalhista baseia-se na transferência da unidade econômica jurídica e na suspensão ou atividade do contrato de trabalho - “Havendo transferência da unidade econômico-produtiva (...) e encontrando-se suspenso o contrato de trabalho do reclamante, imperioso reconhecer a sucessão trabalhista, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT.” (TRT-4 - Recurso Ordinário Trabalhista RO nº1941005620095040404 RS 0194100-56.2009.5.04.0404 Relator: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo Data de publicação: 01/12/2011 p. 23)<sup>14</sup>.

A propósito, apresentam-se as ponderações de Maurício Godinho Delgado, a saber:

Cabe reiterar-se que, mesmo para a nova vertente, a noção tida como fundamental é a de transferência de uma universalidade, ou seja, a transferência de parte significativa do(s) estabelecimento(s) ou da empresa de modo a afetar significativamente os contratos de trabalho. Ou seja, a passagem para outro titular de uma fração importante de um complexo empresarial (bens materiais e materiais),

comprometendo-se de modo importante o antigo complexo, pode ensejar a sucessão de empregadores, por afetar de maneira também importante os antigos contratos de trabalho (2002: 404).

Em abono, às considerações do autor acima aludidas, colhem-se no Tribunal Superior do Trabalho, os seguintes julgados, entre muitos outros<sup>15</sup>, com esta linha de interpretação: “O negócio jurídico realizado entre o Banco Banorte e o Banco Bandeirantes, consistente na aquisição por este último da organização produtiva isolada e econômica daquele, implica típica sucessão trabalhista, de forma que os direitos adquiridos dos empregados permanecem íntegros e passíveis de exigibilidade junto ao sucessor, nos exatos termos dos arts. 10 e 448 da CLT.” (TST ERR 473.056/1998, Rel. Min. Milton de Moura França, julg. 5.2.2001, pub. DJU 2.3.2001, p. 463 e TST ERR 466439/1998, Rel. Min. Milton de Moura França, julg. 18.12.2000, pub. DJU 23.2.2001, p. 637) e “Certo é que o sucessor adquiriu o estabelecimento como uma organização produtiva isolada, vista como um conjunto de vínculos existentes entre os fatores de produção. Revista conhecida e provida.” (TST ERR 14.633/2002, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, pub. DJU 13.2.2004).

Então, para organizar a extensão das responsabilidades de ambas as figuras jurídicas, faz-se mister apresentar o quadro sinóptico a seguir:



Responsabilidades	Sociedade Limitada	Remanescente Unidade Produtiva Isolada
<p>Credores Trabalhistas e de Acidente do Trabalho</p>	<p>No Direito do Trabalho a responsabilidade pelos débitos trabalhistas e demais dívidas correlatas são da sociedade limitada remanescente enquanto houver relação de trabalho com o empregado ou houver a rescisão do contrato de trabalho. Esta é uma situação jurídica que se opera <i>ope legis</i>, isto é, mesmo contra a vontade da sociedade empresária. Tendo em conta a conceituação outorgada pela doutrina e pela jurisprudência, coloca-se em relevo que na Justiça do Trabalho a extensão da responsabilidade permite a despersonalização do empregador, desde que a insolvência da Reclamada esteja configurada, nos termos da Teoria Menor, conforma a doutrina brasileira.</p>	<p>A sucessão no Direito do Trabalho é uma situação jurídica que se opera por força de lei, ou seja, à revelia do sucessor, aperfeiçoando-se através da transferência de uma unidade produtiva isolada. Tal é a ilação que se extrai das disposições dos arts. 10 e 448 da CLT<sup>16</sup>. À vista dessa disciplina legal, a sucessão trabalhista fica configurada quando ocorre a efetiva e indiscutível aquisição do fundo de comércio da sucedida, consistente no contrato de concessão de uso de marcas e de comercialização dos produtos, nas máquinas, equipamentos, ferramentas, móveis, utensílios, linhas telefônicas, veículos operacionais, estoque de mercadorias, aproveitamento dos recursos humanos e manutenção da finalidade comercial, isto é, quando há plena assunção do estabelecimento comercial, da unidade produtiva e do empreendimento econômico da sucedida. Portanto, não que estar presentes todos os ele-</p>

		mentos que a delineiam, não se podendo admitir a sucessão pela presença de um ou outro, ou ainda de alguns apenas.
Credores de Direitos Reais em Garantia	As dívidas que se encontram gravadas e inscritas regularmente nos órgãos competentes são de responsabilidade da sociedade limitada remanescente na qualidade de titular indicado no documento particular ou público, se houver a obrigatoriedade do cumprimento de forma prescrita em lei.	A solidariedade ou sucessão das dívidas com gravame real fica configurada quando ocorre a efetiva e indiscutível aquisição do imóvel ou móvel gravado se este for parte integrante da sociedade cindida ou do fundo de comércio.  OBS.: É requisito a ciência do credor de garantia real ou cláusula de responsabilidade vinculando o ônus ao adquirente da unidade produtiva isolada - UPI - no documento elaborado entre o devedor e o terceiro para a assunção da dívida.
Credores Tributários da esfera Federal, Estadual e Municipal e de Contribuições Sociais	A lei atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário à sociedade limitada remanescente sempre que esta estiver no exercício de suas atividades econômicas. Particularmente, quando for parte de uma cadeia produtiva e estiver vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade	A pessoa jurídica de direito privado que adquirir, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento comer-

	do contribuinte final ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação (art. 128, do CTN).	cial adquirido, devidos até a data do ato subsidiariamente com o alienante. Se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão (art. 133, do CTN).
Credores de Privilégio Especial	A responsabilidade da sociedade limitada remanescente ocorre quando o credor tiver o direito a receber: (i) o autor da obra, pelos direitos do contrato de edição, sobre os exemplares dela na massa do editor (art. 964, VII, do CC); (ii) os credores titulares de direito de retenção sobre a coisa retida (art. 83, IV, c, da LRF); (iii) os subscritores ou candidatos à aquisição de unidade condominial sobre as quantias pagas ao incorporador falido (art. 43, III, Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964); (iv) o credor titular de nota de crédito industrial sobre os bens referidos pelo art. 17 do Decreto-Lei nº 413, de 09 de janeiro de 1969; (v) crédito do comissário (art. 707, do CC); (vi) créditos advindos por	A sucessão deste crédito fica configurada quando ocorrer a efetiva e indiscutível aquisição de parte da sociedade ou do fundo de comércio da sucedida, e for incluído entre os bens e direitos transferidos os créditos de privilégio especial.

	benfeitorias necessárias e úteis, (inciso III do art. 964, do CC), além de outros enumerados em leis especiais.	
Credores de Privilégio Geral	A responsabilidade da sociedade limitada remanescente ocorre quando o credor tiver o direito a receber: (i) o decorrente de debêntures com garantia flutuante, nos termos do art. 58, parágrafo 1º, da LSA; (ii) os honorários de advogado, na falência do seu devedor (art. 24, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB); (iii) os previstos no art. 965, do CC; (iv) os previstos no parágrafo único do art. 67, da LRF; e (v) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária da lei.	A sucessão deste crédito fica configurada quando ocorrer a efetiva e indiscutível aquisição de parte da sociedade ou do fundo de comércio da sucedida, e for incluído entre os bens e direitos transferidos os créditos de privilégio geral.
Credores quirografários	As dívidas quirografárias são de responsabilidade da sociedade limitada remanescente na qualidade de titular indicado no documento particular ou público, se houver a obrigatoriedade do cumprimento de forma prescrita em lei.	A solidariedade ou sucessão das dívidas quirografárias configura-se quando ocorre a efetiva e indiscutível aquisição do imóvel ou móvel como parte integrante da sociedade cindida ou do fundo de comércio.

**Tabela 2** - Elaborada pela pesquisadora discente do Centro Universitário de Barra Mansa - Raiza Oliveira do Carmo Mizael, em 07 de setembro de 2013, sob a orientação da autora deste artigo.

**Legenda** - Síntese da extensão das responsabilidades da sociedade limitada remanescente e da unidade produtiva isolada com a análise das seguintes categorias de credores: (i) trabalhistas e de acidente do trabalho; (ii) de direitos reais em garantia; (iii) tributários na esfera Federal, Estadual e Municipal e de contribuições sociais; (iv) de privilégio especial; (v) de privilégio geral; e (vi) quirografários.

## Conclusão

Para ser estabelecida a unidade produtiva isolada - UPI - extrajudicialmente, a sociedade remanescente realiza cisão parcial, no caso de a operação cindida da sociedade limitada remanescente ser mais valiosa do que a unidade produtiva isolada, e, o sócio que se retira pretender explorar o mesmo segmento do negócio. Neste caso, aplicar-se-ão os dispositivos dos arts. 229 c/c 233, da LSA.

Quando o estabelecimento transferido para constituir a unidade produtiva isolada - UPI - for o bem mais valioso de toda a UPI e, o sócio que se retira pretender explorar o mesmo segmento do negócio pode-se proceder ao contrato de trespasse, na forma do art. 1146 e ss., do CC, se as partes assim acordarem. Nestes casos, haverá a ressalva de autorização para a continuação de negócio no mesmo segmento econômico, como exigido pela Legislação Civil.

Para o sócio que se retirou titularizar-se na uni-

dade produtiva isolada – UPI – e atribuir personalidade jurídica em um ente despersonificado como a UPI, faz-se mister que:

I - a sociedade reduza o capital social e quite sua dívida com o sócio que se desvinculou designando a transferência da UPI como o pagamento por meio de instrumento público ou particular;

II - a UPI seja registrada no REPEM ou na Junta Comercial da localidade onde se encontra, nesta categoria; e

III - o sócio que se retirou apresentar-se como sujeito de direito qualificado e se titularizar nela por meio de uma das opções arroladas em seguida: (i) empresário individual regularmente registrado – arts. 966, 967 e 968, todos do CC; (ii) empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI – art. 980-A, do CC; (iii) microempreendedor individual – MEI -, se a unidade produtiva isolada comprovadamente obtiver ganhos limitados à R\$ 60.000,00, ao ano – Leis Complementares nº 128, de 19 de dezembro de 2008 e nº 139, de 10 de novembro de 2011; (iv) sócio que disponibilizará desse ativo de sua titularidade para integralizar o capital social de outra sociedade já existente ou em constituição; ou (v) sociedade de propósito específico, especialmente para a finalidade de absorver a unidade produtiva isolada.

Em alguns casos, o valor estabelecido no Balanço de Determinação Especial ou balanço patrimonial ou

empresarial do valor devido ao sócio que se retirou é maior do que a o valor avaliado da UPI.

Quando isso ocorre, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, pautada na relevância social do contrato e na boa-fé, como meio de preservação do vínculo formalizado por esta avença. Por força dessa teoria, o sócio que se retira da sociedade, na qualidade de credor fica impedido de rescindir o contrato realizado com a sociedade limitada remanescente. Pois, já foi cumprida parte essencial da obrigação firmada. Afinal a UPI vale quase o valor integral de ressarcimento. Claro que esta obrigatoriedade não exime o direito da cobrança da parte inadimplida. Esta Teoria repara iniquidades que poderiam suceder da resolução desse acordo extrajudicial de ressarcimento já que a maior parte da obrigação já foi adimplida pela sociedade limitada remanescente.

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a referida teoria, como demonstra julgado ao decidir recentemente, no julgamento do AgRg interposto contra decisão do AgREsp nº 155.885 MS, de 16.08.2012, que “...se o saldo devedor for considerado extremamente reduzido em relação à obrigação total, é perfeitamente aplicável a teoria do adimplemento substancial, impedindo a resolução por parte do credor, em favor da preservação do contrato.” (AgRg no AgREsp 155.885 MS 2012□0050366-5 Rel. Min. Massami Uyeda, TERCEIRA TURMA Data do Julgamento: 16/08/2012 Data de publicação: 08/05/2013 p. 192).

Do exposto, pelo que se depreende da argumen-

tação aludida acima, a Teoria do Adimplemento Substancial pode ser aplicada nos casos de titularização de Unidades Produtivas Isoladas – UPI - como forma de ressarcimento extrajudicial quando há adimplemento de parte substancial do acordado, conjuntamente com a demonstração de boa-fé (interpretação teleológica do art. 945, do CC).

Aplica-se a Teoria do Adimplemento Substancial aos credores da sociedade limitada remanescente bem como da Unidade Produtiva Isolada – UPI -, desde que, da mesma forma, seja comprovada a relevância social do contrato e a boa-fé das partes.

Isso se dá porque a operação de constituição da UPI na qualidade de modalidade de ressarcimento ao credor que se retira da sociedade limitada remanescente, situa os credores desta última como uma categoria coletiva de sujeitos que podem exigir os direitos que possuem coletiva ou individualmente.

A primeira solução proposta é a de esta categoria coletiva pleitear extra e judicialmente, de forma conjunta, a adimplência de suas obrigações ou mesmo o ressarcimento em caso de inadimplência, quando for titular de uma mesma categoria creditícia.

Outra solução é a de cada credor, dada a qualidade do crédito e a forma de criação da unidade produtiva isolada – UPI -, apresentem-se para exigir os seus direitos de crédito individualmente. Há diferenças na extensão das responsabilidades da sociedade limitada remanescente bem como da unidade produtiva isolada. Logo, algumas vezes, exigir extra e judicialmente o cumprimento de suas obrigações, deve observar as



características do crédito. Conforme quadro sinóptico acima exposto, a opção a ser escolhida pelo sujeito de direito titular da obrigação dependerá das condições de seu crédito e do número e características dos credores inseridos na categoria do sujeito para formar ou não a coletividade e, como isso, pleitear os seus direitos.

## Notas

- <sup>1</sup> As sociedades podem ser de pessoas, na qual a figura do sócio é mais importante do que a contribuição material que este realiza para a sociedade. O ingresso do sócio na sociedade e a consequente participação econômica, obviamente, têm por premissa a fidedignidade, a confiança dos demais interessados em participar da sociedade. Por isso, a composição societária dependerá da aceitação de todos, cujos interesses pessoais podem ser, diretamente, afetados. E podem ser de capital, onde o que ocorre é o inverso, a pessoa do sócio é irrelevante para a sociedade. Neste caso, o ingresso do sócio na sociedade e a consequente participação econômica, obviamente, dependerá da aceitação dos outros sócios, contudo a premissa que se impõe para o interessado ter a possibilidade de ingresso é o interesse econômico da sociedade limitada que o grupo tem em a instituir. Em se tratando de sociedade limitada por prazo indeterminado, com regência supletiva pelas normas da sociedade por ações – art. 1053, parágrafo único, do CC -, adota-se perfil capitalista automaticamente. Para Ricardo Negrão, está “sendo levada em consideração para sua criação e funcionamento a capacidade de contribuições dos sócios para a formação do capital social” (NEGRÃO, 2012: 273).
- <sup>2</sup> Ressalva-se que quando o sócio que se retira for minoritário, é possível afirmar que sua saída provavelmente não inviabilizará o prosseguimento da atividade. Pode até dificultá-la num momento inicial devido à descapitalização do patrimônio social, mas nada que se compare à saída do sócio majoritário. Quando o sócio que se retira é o majoritário, a situação financeira da empresa pode ficar complexa e a continuação da atividade tornar-se-á impossível por ausência do capital social necessário ao desenvolvimento da sociedade. Observa-se, na prática,

que, dependendo do caso, talvez a sociedade tenha que ser dissolvida por ausência de capital que suporte a prática da atividade econômica descrita em seu objeto social.

- <sup>3</sup> Compreende não apenas o capital social, mas tudo o que a sociedade possui e venha a possuir durante a sua existência, incluindo-se seus ganhos, como lucro, seus créditos como ativo e suas dívidas, com passivo da empresa.
- <sup>4</sup> Ressalva-se que na prática, a sociedade terá a pretensão de pagar com base no balanço *contábil*. O balanço *contábil* não se compõe desses itens, pois, não há escrituração de nenhum destes itens no balanço anualmente apresentado pelo contador ao fisco. A divergência acontecerá quando o sócio almeja receber os valores devidos com base no valor que se aproxime à realidade atual, ou seja, o valor do balanço *patrimonial ou empresarial*. Este balanço contempla a marca, o plano de negócios, a logística, o capital intelectual do empreendimento, etc... E, como todos os itens do balanço *patrimonial ou empresarial* são extremamente valiosos, merecem ser avaliados para que seja fixado corretamente o valor das cotas do sócio que se retirou. Sendo assim, em todos os casos, o balanço *contábil* e o *patrimonial ou empresarial* divergem em valores.
- <sup>5</sup> O valor apurado será pago em dinheiro, no prazo de 90 dias contados da liquidação da cota, salvo acordo diverso entre as partes.
- <sup>6</sup> Informações disponíveis em: < <http://www.fiscosoft.com.br/c/2ssz/cisao-de-empresas-procedimentos-legais-e-contabeis-normas-gerais>>. Acesso em 07 set. 2013.
- <sup>7</sup> Se o valor dos ativos e passivos identificáveis for inferior ao custo de aquisição, a diferença deve ser reconhecida e amortizada numa base sistemática, num período que não exceda 5 anos, a menos que vida útil mais extensa possa ser justificada nas demonstrações financeiras, não excedendo 20 anos. Se o valor dos ativos e passivos identificáveis for superior ao custo de aquisição, a diferença pode ser repartida pelos ativos não monetários individuais adquiridos, na proporção dos justos valores destes. Alternativamente, esta diferença pode ser tratada como proveito diferido e imputada a resultados numa base sistemática, durante um período que não ultrapasse 5 anos, a menos que período mais extenso possa ser justificado nas demonstrações financeiras, não excedendo 20 anos. Informações disponíveis em: <<http://www.fiscosoft.com.br/c/2ssz/transferencia-de-estabelecimentos-procedimentos-legais-e-contabeis-normas-gerais>>. Acesso em 07 set. 2013.

- <sup>8</sup> Quando a sociedade remanescente está constituindo uma Unidade Produtiva Isolada, esta é registrada regularmente na Junta Comercial de onde se situa e inscrita no Ministério da Fazenda para receber o número do CNPJ, embora não seja uma pessoa jurídica, ou de filiais de pessoa jurídica formalmente constituídas. Uma UPI ao ser constituída não tem personalidade jurídica.
- <sup>9</sup> Nos termos dos dispositivos legais supramencionados é obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: (i) o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens; (ii) a firma, com a respectiva assinatura autógrafo; (iii) o capital; e (iv) o objeto e a sede da empresa. A inscrição será tomada por termo no livro próprio do Registro Público de Empresas Mercantis, e obedecerá a número de ordem contínuo para todos os empresários inscritos. À margem da inscrição serão averbadas quaisquer modificações nela ocorrentes. O empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária. A constituição do estabelecimento secundário deverá ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede.
- <sup>10</sup> A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. Quanto ao nome empresarial, deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. Nos termos do § 3º, do art. 980-A, do CC, a empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. Ademais, poderá ser constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. E, aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, as regras previstas para as sociedades limitadas, no que for possível aplicar.
- <sup>11</sup> O microempreendedor individual - MEI - para registrar-se necessita: (i) constituir-se mediante o processo de abertura, registro, alteração e

baixa do microempreendedor individual, bem como qualquer exigência para o início de seu funcionamento reveste-se de trâmite especial e simplificado, preferentemente eletrônico, opcional para o empreendedor, na forma a ser disciplinada pelo Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM; (ii) serão dispensados o uso da firma, com a respectiva assinatura autógrafa, o capital, requerimentos, demais assinaturas, informações relativas à nacionalidade, estado civil e regime de bens, bem como remessa de documentos, na forma estabelecida pelo CGSIM; (iii) observará a legislação do SIMPLES NACIONAL; (iv) obterá a receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 60.000,00 podendo subdividir entre os 12 meses; (v) exercerá as atividades dos anexos I, II e III do SIMPLES NACIONAL, ou atividades que o Comitê Gestor do Simples Nacional vier a autorizar; (vi) inscrever-se-á no CNPJ e na Junta Comercial onde está localizada a UPI por meio da inscrição no Portal do Empreendedor; (vii) optará pelo SIMEI - Sistema de Recolhimento de Valores Fixos Mensais dos Tributos Abrangidos pelo Simples Nacional; (viii) possuirá somente um estabelecimento, ou seja, não possuirá filiais; (vii) não participará de outras empresas; e (ix) terá apenas um empregado que receba no máximo um salário mínimo federal ou o piso salarial da categoria profissional. Para o microempreendedor individual - MEI -, a tributação para os que não exercem atividades de indústria ou comércio, o valor do ICMS será deduzido e para o microempreendedor individual - MEI - que não exerça atividade de prestação de serviços o valor do ISS será deduzido (SEBRAE, 2009:s/p). Para o microempreendedor individual - MEI - a tributação para os que estiverem registrados como atividades de indústria ou comércio e prestação de serviço, mesmo que não tenha receita em uma das atividades, pagará o valor integral e ficará dispensado de entregar GEFIP. Ressalva-se que independentemente do caso, não haverá incidência de IRPJ, CSLL, IPI, PIS e COFINS (FERNANDES e MACIEL, 2012: 12).

- <sup>12</sup> O capital pode ser formado em dinheiro, bens móveis e imóveis, materiais e imateriais, desde que avaliáveis pecuniariamente. Como nos termos do art. 1.001, do CC, as obrigações dos sócios começam imediatamente com o contrato assinado, se este não fixar outra data (REQUIÃO, 2009: 401). A partir deste momento, devem os sócios contribuir com os valores aos quais se obrigaram (REQUIÃO, 2009: 401), podendo esta contribuição ocorrer de forma integral ou parcelada, conforme previsão contratual. Como uma UPI é composta por bens móveis e imóveis,

materiais e imateriais, todos avaliáveis em dinheiro não resta dúvida que a UPI pode ser utilizada como o conjunto de bens para integralizar o capital social de uma sociedade já existente. Ressalva-se que o art. 1055, §1º, do CC estabelece a responsabilidade dos sócios na superavaliação de bens conferidos à sociedade para integralização do capital social.

- <sup>13</sup> Sendo uma sociedade como qualquer outra, as responsabilidades na SPE-UPI são: (i) enquanto o capital não estiver integralizado, os sócios respondem solidariamente pelo valor faltante; após a integralização cada um responde pelo seu quinhão - art. 1.052 do CC; (ii) é necessária a inserção do termo limitada ou sua abreviação (Ltda.), no nome empresarial, sob pena da responsabilidade ilimitada - art. 1158, § 3º, do CC; e (iii) havendo a violação do dever de lealdade, o sócio responde por perdas e danos se restar provado: (iii.a) alguma operação de interesse contrário ao da sociedade - art. 1010 § 3º, do CC; (iii.b) por participação em deliberação infringente do contrato social ou da lei, desde que expressamente aprovada por ele - art. 1080, do CC; (iii.c) na qualidade de administrador, responde pessoal e solidariamente por prejuízos causados em virtude de culpa no desempenho de suas funções - art. 1016, do CC; (iv) pela superavaliação de bens conferidos à sociedade para integralização do capital social - art. 1055, §1º, do CC. (BORBA, 2012:107-110).
- <sup>14</sup> Poder-se-á indicar os seguintes julgados sobre o tema que elucidam a responsabilidade na titularização da unidade produtiva isolada como um centro de interesses jurídicos da empresa: TRT-9 RO 36047200814900 PR 36047-2008-14-9-0-0 - Rel. Ubirajara Carlos Mendes DJ 25.01.2011, entre inúmeros outros.
- <sup>15</sup> Poder-se-á indicar os seguintes julgados do TST sobre o tema que elucidam a responsabilidade por sucessão tanto para a unidade produtiva isolada como para a sociedade remanescente: ERR nº 490.595/1998 - Min. Rider de Brito DJ 23.08.2002; ERR nº 512.839/1998 - Min. João Oreste Dalazen DJ 24.05.2002; ERR nº 5.803.334/1999 - Min. Luciano de Castilho DJ 09.11.2001; ERR nº 533.149/1999 - Min. Carlos Alberto Reis de Paula DJ 31.08.2001; ERR nº 473.056/1998 - Min. Milton de Moura França DJ 02.03.2001; ERR nº 466.439/1998 - Min. Milton de Moura França DJ 23.02.2001; ERR nº 572702/1999 - Min. Ronaldo Lopes Leal DJ 08.02.2002; ERR nº 686.903/2000 - Juiz Conv. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira DJ 10.08.2001; ERR nº 622.459/2000 - Juíza Conv. Eneida Melo DJ 14.12.2001; ERR nº 680.167/2000 - Min. Milton

de Moura França DJ 06.04.2001; e ERR nº 491.977/1998 - Min. Rider de Brito DJ 24.05.2002.

- <sup>16</sup> A CLT estabelece nos artigos citados o seguinte: (i) Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados; e (ii) Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

## Referências

- BERTOLDI, Marcelo Marco. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed. São Paulo: Rt, 2008.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- BOTTALLO, Eduardo Domingos, *Reflexos tributários na nova Lei de Falências*, In: **Revista do Advogado**, Ano XXV, setembro de 2005, nº 83, São Paulo: AASP, 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto Compilado, com Emendas Constitucionais e Emendas Constitucionais de Revisão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 12 mai. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Texto Compilado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 12 mai. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 6.404, de 11 de janeiro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Texto Compilado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm)>. Acesso em 12 mai. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em 12 mai. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Texto Com-

pilado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4591compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591compilado.htm)>. Acesso em 12 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 413, de 09 de janeiro de 1969.** Dispõe sobre títulos de crédito industrial e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0413.htm)>. Acesso em 12 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. **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. Texto Compilado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso em 20 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de março de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm)>. Acesso em 20 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.htm)>. Acesso em 20 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8906, de 04 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm)>. Acesso em 20 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.886 de 09 de dezembro de 1965.** Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4886a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4886a.htm)>. Acesso em 20 ago. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Civil.** Vol. 3. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do código civil.** 12. ed. rev. e atual. de acordo com as leis nº 12.441/2011, 12.399/2011 e 12.375/2010 - Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_. **Falência e recuperação de empresa:** o novo regime da insolvência empresarial. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial:** Direito de Empresa. Vol. 2. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- FERNANDES, Jean Carlos; MACIEL, Luciana Botelho; MACIEL, Henrique Matheus Mariani. **Microempreendedor Individual (MEI): vantagens e desvantagens do novo sistema**. 2012. Disponível em: <<http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/>> e <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D16-08.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2013.
- FISCOSOFT - **Bases fiscais e legais nas áreas Tributária Federal, Estadual (ICMS) e Municipal; Trabalhista e Previdenciária**. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/c/2ssz/cisao-de-empresas-procedimentos-legais-e-contabeis-normas-gerais>> e <<http://www.fiscosoft.com.br/c/2ssz/transferencia-de-estabelecimentos-procedimentos-legais-e-contabeis-normas-gerais>>. Acessos em 07 e 09 set. 2013, respectivamente.
- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Rt, 2010.
- LOBO, Jorge Joaquim. **Sociedades limitadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Direito Societário - sociedade simples e empresária**. Vol. 2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas**. Vol. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *A nova lei de falências e suas implicações nos créditos dos trabalhadores*. In: **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, Vol. 17, nº 215, mai/2007, p. 7-14.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e Empresarial: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.
- SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Manual Empreendedor Individual**. Brasília: SEBRAE, maio de 2009. Disponível em: <[www.sebrae.com.br](http://www.sebrae.com.br)>. Acesso em: 18 mar. 2013.
- STJ - Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 995.475 SP**



- 2007/0237570-6 **Rel. Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA Data do Julgamento: 19/12/2009** Data de publicação: 25/03/2009 p. 176. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em 15 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. **AgRg no AgREsp 155.885 MS 2012□0050366-5**, Rel. Min. Massami Uyeda, **TERCEIRA TURMA Data do Julgamento: 16/08/2012** Data de publicação: 08/05/2013 p. 192. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em set. 2013.
- TJERJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2006.001.18077** Relator: Des. Antonio Saldanha Palheiro. Data de publicação: 06/06/2007 p. 92. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/open.do>>. Acesso em 15 de jun. 2013.
- TJES - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível AC 592.308 SC 2007.059230-8** Relator: Des. Ricardo Roesler. Data de publicação: 07/04/2007 p. 49. Disponível em: <[http://www.tj.sc.gov.br/jur/consulta\\_tribunal.htm](http://www.tj.sc.gov.br/jur/consulta_tribunal.htm)>. Acesso em 20 ago. 2013.
- TRT-4 - Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista RO nº1941005620095040404** RS 0194100-56.2009.5.04.0404 Relator: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo Data de publicação: 01/12/2011 p. 23. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consultaProcessual>>. Acesso em 23 de ago. 2013.
- TST - Tribunal Superior do Trabalho. **ERR 473.056/1998**, Rel. Min. Milton de Moura França, julg. 5.2.2001, pub. DJU 2.3.2001, p. 463. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada-antiga>>. Acesso em 23 de ago. 2013.
- \_\_\_\_\_. **ERR 14.633/2002**, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, julg. 06.08.2003, pub. DJU 13.2.2004, p. 598. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada-antiga>>. Acesso em 23 de ago. 2013.



# Os Direitos Humanos e a Tutela Antecipada

## *Human Rights and Anticipated Custody*

Artigo recebido em 09/06/2013.  
Revisado em 10/07/2013.  
Aceito para publicação em 22/07/2013.

### **Maria Lucia Freire Roboredo**

PhD em Direito. Professora Titular na UFF- Universidade Federal Fluminense. Vide *curriculum lattes* - CV: <http://lattes.cnpq.br/9573429039594702>

## Resumo

Objetivamos na presente exposição não só uma análise sintética dos direitos humanos, ressaltando os documentos internacionais e nacionais, mencionando seu conteúdo e características contemporâneas, visando enfatizar a sua importância para os sistemas jurídicos atuais, como também apresentar a interação e importância da antecipação da tutela como medida de uma resposta, satisfativa e célere, aos conflitos humanos, vez que se torna impossível a convivência humana em sociedade sem uma normatização - não há sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*). Importante também ressaltar que, há os que defendem ter o homem vivenciado uma fase evolutiva pré-jurídica, onde o Direito surgiu com o maior desenvolvimento da sociedade e, onde há direito há uma sociedade (*ubi jus ibi societas*). Na época contemporânea há os fundamentos teóricos para aplicação do direito, alicerçado na hermenêutica constitucional, utilizando critérios que norteiam o estudo e incidência da tutela antecipada, explicado sobre o princípio da supremacia da Constituição e os fatores que propiciam a interpretação das leis segundo as razões expressas nas Declarações dos Direitos Humanos e nos dispositivos legais inseridos na Carta Política de 1988 concernentes aos direitos humanos. Sendo assim, o processo judicial, em algumas hipóteses, não pode demorar em sua resposta, não deve se sujeitar ao trâmite natural, pois há medidas emergenciais a serem tomadas sob pena gerar ou agravar um dano. Essas tutelas de

urgência privilegiam os princípios da celeridade e da efetividade, para uma proteção imediata no sentido de respeitar e garantir os elementos fundamentais dos jurisdicionados.

## **Palavras-chave**

Os Direitos; direitos humanos; tutela antecipada.

## **Abstract**

Our aim in this exhibition is not only a synthetic analysis of the human rights, highlighting national and international documents, mentioning its content and contemporary features, seeking to emphasize their importance to the current legal systems, but also to present the interaction and importance of an anticipated custody as a response, satisfactory and swiftly, to the human conflict, since it becomes impossible for a human society without a regulation - there is no society without law (*societas ubi jus ibi*). It is also important to note that there are those who defend that man has experienced an evolutionary stage pre-law, where Law came as the further development of society and where there is no entitlement society (*ubi jus ibi societas*). In contemporary times there are theoretical grounds for law enforcement, based on constitutional hermeneutics, using criteria that guide the study and incidence of a anticipated custody, explained on

the principle of supremacy of the Constitution and the factors that favor the interpretation of laws by reasons expressed on the Declaration of the Human Rights and the legal provisions included in the Policy Charter of 1988 concerning human rights. Thus, the judicial process, in some cases, cannot take its time to answer, should not be subdue to a natural process as there are emergency measures to be taken otherwise generating or aggravating an injury. These anticipated custodies emphasize the principles of diligence and effectiveness for immediate protection to respect and ensure the fundamental elements of the jurisdictional.

## **Keywords**

Human Rights; Anticipated Custody; Rights.

## **Sumário**

Introdução. 1. A tutela antecipada. 2. Tutela antecipada e a dignidade da pessoa humana. Notas. Conclusão. Referências.

## **Introdução**

O Estado detém a função jurisdicional e que a tradição lenta dificulta a concretização da tutela satisfativa em tempo real. O processo judicial, é verdade,

necessita de um período maior para desenvolver-se. Sem esse lapso torna-se insuficiente a resposta judicial. É imprescindível esmerar-se em colher as provas e decidir o conflito numa certeza absoluta e imparcial. A satisfatividade deve ser perfeita, pois uma das preocupações reinantes na seara jurídica é garantir não só uma solução célere, mas justa para os conflitos de interesses. Há, porém, exceções quanto ao tempo, onde a extensão poderá oferecer dano<sup>1</sup>.

Aliás, acabar com a lentidão processual é uma ambição não só dos juristas como CAPPELLETTI, ADA PELEGRINI, e outros do mesmo naipe<sup>2</sup>, mas principalmente de toda sociedade com a inclusão brasileira. Diga-se que a morosidade não é privilégio do Brasil, é foco de discussão e de pesquisa no mundo inteiro. Porém, há muitas ações no nosso país buscando evitar uma grande descrença, a qual irradiará a incredulidade para os jurisdicionados, influenciando-os a desistir de buscar seus direitos. Isso não poderá acontecer. Quando se fala em “Acesso à Justiça” sempre vem à mente a noção de efetividade, celeridade, satisfatividade, ou seja, “democratização da Justiça” lembrando o disposto no inciso XXV do artigo 5º da nossa Carta Maior.

Assim, o conteúdo de acesso à Justiça representa a possibilidade de se ter uma aproximação em sentido amplo, abarcando inclusive as vias não judiciais. Ratificamos que nosso País vem avançando nesse sentido, apresentando como exemplos: a criação dos Juizados Especiais, a recente Lei 11.441/2007 que regula a via extrajudicial para a realização de inventários,

separação e divórcio consensual por via administrativa, mediante escritura pública, e a adoção da Conciliação, Mediação e Arbitragem de forma mais ampla, etc.

## 1. A tutela antecipada

A tutela antecipada é um dos instrumentos legais que visa amenizar o descompasso existente entre a necessidade de uma justiça mais rápida e o longo período de duração de um processo. A legislação propicia ação para ser efetivada. KANT<sup>3</sup> ensinava que o dever é a necessidade da ação por respeito à lei. Vale ressaltar também que a nossa Carta Política vigente expressa um conjunto normativo-protetivo prevendo a necessidade de ação em benefício do grupo mais necessitado, disciplinando que 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. No âmbito infraconstitucional, é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, do idoso, dos homossexuais, da mulher, dos seres em geral.

Por meio da “Constituição Cidadã” foi também permitida a introdução de mecanismos de integração do povo no processo de construção e de manutenção do Estado brasileiro. Na Administração Pública, verifica-



se o aparecimento de novas tendências e instrumentos de inserção popular: no orçamento participativo, nas audiências públicas, nos conselhos gestores. Estes últimos permitem a participação da sociedade civil nas discussões sobre o planejamento e gestão das políticas centradas na saúde, educação, cultura, habitação, assistência social, etc. Possuem caráter consultivo, mas podem ser canais de comunicação importantes como instrumentos de controle popular da Administração Pública<sup>4</sup>.

As liberdades civis não poderão estar mais em cheque no nosso país. A precarização dos direitos econômicos e sociais, no entanto, procura intensamente pelo Poder Judiciário, demonstrando que a litigação tem base nas culturas jurídicas e políticas, como também um nível de efetividade da aplicação dos direitos além da existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação.<sup>5</sup> Àqueles que ocupam os cargos do aparelho judiciário necessitam repensar e refletir sobre a responsabilidade que têm visto as mudanças que precisam ocorrer decorrente do desempenho do sistema judicial, o qual ainda apresenta uma tradicional estrutura lenta e formal. A atuação tem que fluir com as reais causas do problema.

BARROSO<sup>6</sup> ensina que a efetividade significa a realização do direito e o desempenho concreto de sua função social, bem como representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

A doutrina enfatiza que o direito chega a existir por uma necessidade funcional do sistema social, não

como produto da reflexão intelectual. É notório que a morosidade decorre do excesso de demandas, da legislação muitas vezes ultrapassada, como também de uma formalidade exagerada em detrimento às técnicas da oralidade e às possibilidades de inovação, mas a efetividade deve estar diretamente ligada à jurisdição.

Observamos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>7</sup>, quando toma conhecimento da violação de um direito ou liberdade protegidos, determina que ao prejudicado deva ser assegurado o gozo do seu direito ou liberdade violados, para que sejam minimizadas as consequências da medida ou situação configurativa da violação desses direitos, além do pagamento indenizatório à parte lesada.

As autoridades públicas são responsáveis pela efetivação dos direitos humanos. O povo tem poder legítimo de exigir do Estado o cumprimento dos direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito.

Objetivamos, assim, na presente exposição não só uma análise sintética dos direitos humanos, ressaltando os documentos internacionais e nacionais, mencionando parte dos conteúdos e as características contemporâneas, visando enfatizar a importância para os sistemas jurídicos atuais, como também apresentar a interação dos direitos públicos subjetivos e o grande valor da antecipação da tutela como medida de uma resposta, satisfativa e célere, aos conflitos humanos, vez que se torna impossível a convivência humana em sociedade sem uma normatização - não há sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*). Importante também

ressaltar que há os que defendem ter o homem vivido uma fase evolutiva pré-jurídica, afirmando que o Direito somente surgiu com o maior desenvolvimento da sociedade e, onde há direito há uma sociedade (*ubi jus ibi societas*).

Os direitos sociais são prolongamentos dos direitos humanos. Constatam-se que os direitos sociais são normas constitucionais que se efetivam como dimensões específicas dos direitos fundamentais do homem, refletindo prestações positivas do Estado e permitindo condições de vida mais dignas e humanas à classe trabalhadora.<sup>8</sup>

De tal sorte que, há os fundamentos teóricos para aplicação do direito, alicerçado na hermenêutica constitucional, utilizando critérios que norteiam o estudo e incidência da tutela antecipada, explicando sobre o princípio da supremacia da Constituição e também existem os fatores que propiciam a interpretação das leis segundo as razões expressas nas Declarações dos Direitos Humanos e nos dispositivos legais inseridos na Carta Política de 1988 concernentes às liberdades públicas<sup>9</sup>.

## **2. Tutela antecipada e a dignidade da pessoa humana**

Sendo assim, o processo judicial, em algumas hipóteses, não pode demorar, não deve se sujeitar ao

trâmite natural dos procedimentos, pois há medidas emergenciais a serem tomadas sob pena gerar ou agravar um dano. Essas tutelas de urgência privilegiam os princípios do direito à vida (art. 5º, caput, a inviolabilidade do direito à vida). Fundamental citar os dizeres de Tavares<sup>10</sup> “o Direito à vida é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente”. Seguindo a mesma linha de pensamento José Afonso da Silva<sup>11</sup> tece que “de nada adiantaria a constituição assegurar outros direitos fundamentais, como igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”. Dignidade Humana, que nos dizeres de Gomes Canotilho<sup>12</sup> e Vital Moreira:

O conceito de Dignidade da Pessoa Humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não qualquer idéia apriorística do Homem (...), ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência Humana.

Verifica-se no conceito de Dignidade Humana vertida por Kant e recepcionada pelo Tavares que, o homem, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade.<sup>13</sup>

Ou nas palavras de Sarlet<sup>14</sup> que expõe o Homem como sendo ser livre e responsável por seus atos e seu destino.

- **o princípio da efetividade**, para uma tutela imediata no sentido de respeitar e proteger os elementos fundamentais dos jurisdicionados.
- **o da celeridade**, onde a extensão do tempo da decisão do magistrado poderá oferecer dano.

No decorrer da história floresceram uma diversidade de ciências ampliando os princípios, cujos critérios foram difundidos em relação à teoria, à prática e ao objeto propriamente dito da investigação científica. Na seara jurídica, as idéias transformadoras vieram ajudar ao direito processual e, passaram a alicerçar reflexões aprofundadas sobre algumas outras indagações doutrinárias tradicionais, proporcionando um repensar reflexivo das insuficiências do processo, do rito pelo rito, da forma pela forma, do formalismo que não atende mais aos problemas sociais contemporâneos.

Examinar o próprio conteúdo do Direito- norma, da estrutura jurídica, apurando a conjuntura do Poder judiciário, torna-se indispensável a cada dia, visto que a sociedade anseia por mudanças.

É bem verdade, que a evolução histórica mostra que, em todas as eras, o homem buscou a sabedoria e o conhecimento das coisas do Universo, tentando desenvolver seu intelecto para aprimoramento da qualidade de vida. E, sendo o homem “*zoon politicon*”, como frisava Aristóteles<sup>15</sup>, deve ser controlado por normas, entre as quais, destacam-se as *jurídicas*, sancionadas ou reconhecidas, e garantidas pelo poder público. Formou-se, assim, todo um complexo jurídico

para as relações sociais, econômicas e políticas no desenrolar da História, por não ser esta um cipó emaranhado de fatos isolados do todo dinâmico que permeia a sociedade.

O Direito, como uma ciência social, sofreu e deve sofrer transformações nas medidas legislativas objetivando assegurar maior eficácia à solução dos litígios a fim de atender aos anseios da sociedade, que aspira por uma ordem jurídica mais justa, rápida e efetiva, principalmente com mecanismos reais de tutela do direito material e processual.

O Direito, portanto, é uma dessas normas que deve interagir com os fatos sócio-político-econômicos, devendo adaptar-se, assim, às exigências da vida social, acompanhado de sanções organizadas e aplicadas por órgãos especializados, isto é, pelo poder público, como bem enfatiza Dourado de Gusmão<sup>16</sup>. Como ordenamento normativo, identifica-se com o *poder*, tornando-se o impulsor das transformações sociais<sup>17</sup>. Se o entendimento for em sentido especificamente societário, o Poder tende a legitimar-se, correspondendo às expectativas humanitárias<sup>18</sup>.

Não se pode esquecer que há neste universo dois terços da população vivendo abaixo da linha da pobreza, onde a dignidade humana é inóspita. Os operadores do direito têm a obrigação duradora de adotar uma postura crítico-reflexiva da sociedade, na busca de atendimento efetivo dos direitos humanos com celeridade. Não se pode esquecer ainda que o Brasil é imenso em sua área geográfica e em matéria de pobreza também, onde os conhecimentos, de modo geral, são insubsistentes.

A ideologia dos direitos humanos, numa evolução de luta por uma sociedade mais justa, floresce como um caminho para a solução do problema das desigualdades sociais, na justa medida que integra o compromisso com a dignidade da pessoa humana, advinda de um sistema globalizado excludente. Ratificamos que o Direito vem sofrendo modificações profundas com o desenrolar do tempo e, o Estado de Direito, vem sendo paulatinamente implantado na sociedade contemporânea, assumindo obrigações perante os cidadãos de acordo com os seus interesses. Exemplo disto no país é a própria Constituição de 1988, que reflete as necessidades das mais diversas camadas sociais.

É de se ressaltar ainda que a Emenda n. 19/98 modificou profundamente o modelo administrativo do Estado, elevando inclusive o **princípio da eficiência** à condição de princípio constitucional expresso. A Administração Pública eficiente é aquela que garante aos cidadãos os direitos fundamentais de liberdade, garantindo a eficácia dos direitos sociais. Vale dizer que não só a implantação e efetivação das Políticas Públicas são fundamentais, também a fiscalização do seu rendimento. Torna-se imprescindível a observação e interpretação do conjunto de opiniões e tendências na sociedade civil em relação às políticas públicas, ou seja, em relação a tudo que o governo faz ou deixa de fazer que afete direta ou indiretamente um conjunto de cidadãos<sup>19</sup>. A eficácia dos direitos humanos constitui ponto crucial na procura por uma efetividade do processo, por transpassar aos próprios limites da sua

natureza instrumental como um projeto de garantia do Estado Democrático de Direito e do desenvolvimento da cidadania.

Os Direitos Humanos não surgiram do acaso, logicamente possuem uma história não só do ponto de vista filosófico, que vai desde a antigüidade clássica, séculos II ou III antes de Cristo, como na perspectiva religiosa. Com certeza, encontraremos as raízes dos Direitos Humanos nos grandes movimentos do Judaísmo, Islamismo e Cristianismo e com relação ao campo da história social, onde forças sociais contribuíram no florescimento e desenvolvimento desses direitos desde o final da Idade Média, alicerçando-se na Idade Moderna, sob a influência do novo jusnaturalismo de Hugo Grócio. Sem descuido do exame desse material fornecido por outros especialistas de Ciências Sociais<sup>20</sup>, não se teve nesses estudos a preocupação em discorrer sobre todas as nuances dos direitos humanos. Em apertada síntese, aponta-se que os pressupostos tradicionais que nortearam demoradamente a solução dos conflitos sociais, estão em franca decadência na sociedade contemporânea, na qual se busca mais a *dignidade* e a *liberdade* da vida humana, assim como uma adequação para as novas exigências da dignidade humana.

Acrescentamos palavras de HÉLIO BICUDO: *“ainda que a proteção dos direitos humanos conhecesse desde a cidade antiga antecedentes notáveis, sua história não se desenvolve verdadeiramente senão com o Estado moderno, que reflete fundamentalmente as novas compressões das relações entre o indivíduo e o poder”*<sup>21</sup>



Sabemos que em épocas anteriores não havia a noção de Estado como nos tempos de hoje e o poder era exercido de maneira difusa pelos senhores feudais. Apenas com o surgimento do absolutismo o terreno ficou fértil para um conjunto de direitos que tinha por escopo a restrição do poder do monarca.

A teoria jusnaturalista do Direito propiciou o surgimento das leis fundamentais das várias monarquias na Europa, colocando limites ao poder do Rei. Defendia a idéia de que todos os seres humanos eram livres e titulares de direitos naturais. Porém, somente no século XVIII é que surgiram textos declarativos de direitos, ressaltando a *Declaração de Independência dos EUA* (1776) e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, adotada pela Assembléia Constituinte Francesa de 1789.<sup>22</sup>

Esses documentos históricos tiveram como principal característica o individualismo.

Outras declarações, Convenções e Pactos internacionais surgiram após, ampliando a concepção contemporânea dos direitos humanos inaugurada com a Declaração de 1948. Evidentemente que os direitos fundamentais estão em permanente processo de expansão, fazendo surgir legislação de acordo com a época vivenciada, daí a vigência no nosso país da legislação do Idoso, da Infância e Juventude, da Mulher, dos Homossexuais...

É verdade que os direitos fundamentais desde os seus primórdios trazem uma idéia de universalidade que se justifica através de duas grandes teorias: fundada no direito natural e na

universalidade. Contemporaneamente esta última é mais aceita no pensamento da população: direitos independentes da vontade estatal ou de terceiros, com caráter de universalidade, visto as liberdades públicas pertencerem a todos os membros da espécie humana sem qualquer distinção, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção política-filosófica cuja tutela não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado. Essa é uma concepção disciplinada em vários instrumentos internacionais de consagração dos direitos, como a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, art. 5º: “*Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e eqüitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase*”.<sup>23</sup>

Ratificamos que outra característica desses direitos é a sua indivisibilidade, fortemente ligada ao conceito de dignidade humana. Essa indivisibilidade vincula todos os direitos previstos nas declarações, exigindo que sejam respeitados tanto os políticos e civis quanto os econômicos, sociais e culturais. Eles são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis. A exigibilidade ou efetividade possuem caráter normativo, disciplinados em tratados internacionais com força coativa, e em todas as Constituições modernas.

Com relação ao processo civil pode-se afirmar que hoje vive uma fase chamada de *instrumental*, apresentando como objetivo fundamental a garantia do exercício dos direitos materiais, através da aplicação das normas constitucionais e das substantivas, com

a efetiva tutela desses direitos, principalmente em relação à tempestividade da tutela, seja ela preventiva ou ressarcitória.

Neste campo o instituto da tutela antecipada é primordial para a efetividade do processo, essencialmente com o crescimento populacional, onde as comunicações são mais ágeis, exigindo também maior agilidade na solução dos problemas e, daí surge o instituto da tutela antecipada como um instrumento jurídico indispensável à concretização dos direitos fundamentais, principalmente no tocante a questão da celeridade. Evidentemente que para incidência desse mecanismo processual imprescindível o preenchimento de requisitos legais garantidores de outros direitos fundamentais: a ampla defesa e o contraditório.

Nas palavras de Humberto Dalla<sup>24</sup> o artigo 273, CPC, descreve as hipóteses distintas a legitimar a antecipação provisória dos efeitos do provimento final, senão vejamos:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002)

Primeiramente, há de se observar que se tem a possibilidade genérica de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 8.952/94, que

deu nova redação ao art. 273 do CPC e também o art. 84, §3º do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, que precedeu à reforma da redação do art. 273 do CPC, já havia possibilitado a antecipação da tutela nas obrigações de fazer ou não fazer.

No artigo 273, inciso I - dispõe sobre tutela com nítida função de assegurar o resultado útil do processo. Sua concessão depende de prova inequívoca de verossimilhança, da existência de risco concreto para a efetividade da tutela jurisdicional, o denominado perigo de dano. Presentes estes requisitos, o juiz deverá conceder a tutela antecipada, espécie de tutela provisória, possuindo matriz constitucional disposta no art. 5º, XXXV, da Carta Política brasileira vigente, que assegura proteção dos direitos nos casos de lesão e *ameaça*. A tutela antecipatória é um provimento jurisdicional, instituto típico do processo de conhecimento, que tem por objetivo o adiantamento, a título provisório, dos efeitos da tutela definitiva, total ou parcial.

Essas hipóteses legitimam a antecipação provisória dos efeitos do provimento final. Esses pressupostos são imprescindíveis ao requerimento de uma tutela antecipada. A prova inequívoca dos fatos arrolados deve produzir no juiz um convencimento em torno da verossimilhança das alegações da parte, como, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou caracterização de abuso de direito de defesa ou ainda manifesto propósito protelatório do réu. Sendo estes dois últimos requisitos, de caráter alternativo e não cumulativo. Deve haver também a

possibilidade de reverter à medida antecipada caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação da tutela.

DALLA<sup>25</sup> ratifica ainda que a” tutela antecipada ocorrerá em duas hipóteses: tutelas de segurança e tutela de evidência (art.273, I e II, respectivamente). Além do artigo 273, a tutela antecipada está prevista também nos artigos 461 e 461-A, CPC. Esses artigos não estavam presentes originalmente no Código. Na verdade, a tutela antecipada foi inserida no nosso CPC em 1994, sendo posteriormente alterada”.

Evidentemente, o juiz não pode agir de forma discricionária. A tutela antecipada é um direito subjetivo do autor que decorre do princípio da necessidade, onde não haverá a antecipação dos efeitos da sentença se a parte não provocá-la. A prova inequívoca é aquela que não traz dúvidas, produz para o juiz um grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável. Não pode ser concedida mediante simples alegação ou suspeita. Surge então a verossimilhança da alegação, em que o magistrado vislumbra a plausibilidade dos fatos invocados pela parte, alcançando assim, um juízo de forte probabilidade. O *fumus* da tutela antecipada é mais convincente do que aquele exigido para a concessão da medida liminar em ação cautelar. A verossimilhança traz um juízo de convencimento pleno de efeitos processuais provisórios. A parte autora produzirá prova inequívoca que levará à verossimilhança do direito alegado. A presença do risco é indispensável, cuja consumação possa comprometer o direito

subjetivo da parte, passível de trazer prejuízo grave. Ele está correlacionado à prova e à verossimilhança. O abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, verificado no curso da demanda, são atos praticados no processo, enquanto que propósito protelatório seria aquele que abrange atos comissivos e omissos fora do processo. Podemos exemplificar com a ocultação de prova ou não atendimento a determinada ordem judicial, visando impedir que a parte ré utilize o aparato jurisdicional para retardar o provimento judicial definitivo.

Temos também o princípio da reversibilidade, aquele que faculta ao juiz a possibilidade de voltar ao estado que existia antes da concessão do provimento tutelar, caso ocorra fato e/ou prova subjacente à decisão que modifique os pressupostos do direito pleiteado. Lembramos que a Lei proíbe a antecipação da tutela se houver perigo de irreversibilidade.

## Conclusão

Para concluir, observemos que todos devem ter assegurados à possibilidade de argumentar em favor de seus interesses. Os direitos humanos são princípios internacionais que servem para proteger, garantir e respeitar o ser humano. Devem assegurar às pessoas o direito de levar uma vida digna: com acesso à liberdade, ao trabalho, a terra, à saúde, à moradia, a educação, entre outras coisas.

E importante reforçar que: - as autoridades do

Estado são responsáveis pela efetivação e fiscalização das políticas públicas. - Que o nosso país assinou os documentos ratificando o respeito, a garantia e a proteção aos direitos fundamentais, demonstrando que a cobrança aos governantes é legítima, que têm o dever de zelar por uma sociedade justa e sem exploração. O cidadão tem o poder legítimo de exigir do Estado o cumprimento dos direitos, anunciados e publicados, aos humanos.

Desta exposição conseguimos apreender que o problema crucial de aplicação da tutela antecipada não reside tão-somente na verificação de seus pressupostos e sim na observância de requisitos outros que fundamentam a própria ordem jurídica. A aplicação dos direitos fundamentais hoje envolve normas direcionadas aos entes públicos e privados, com a interpretação jurídica voltada essencialmente para os direitos fundamentais como critério norteador. Enfim, na tarefa de julgar, não deve o magistrado ignorar as normas relativas aos direitos humanos na aplicação da tutela antecipada, pois estas são de aplicação imediata, consoante a Constituição Federal brasileira de 1988, art. 5º, § 1º. Portanto, se há conflitos entre humanos, o juiz deve buscar a harmonização dos preceitos quando da análise da tutela antecipada, observando sempre a questão da efetividade e da segurança jurídica.

As tutelas de urgência são preponderantes na busca da efetivação da prestação jurisdicional. Há que ser assegurando um resultado útil do processo antecipando a entrega do direito de modo parcial ou total. Como se pode notar nas tutelas de urgência,



destacamos a antecipação da tutela que diferente das cautelares que asseguram o resultado do direito, esta já fixa para o demandante o próprio direito, ao qual somente teria no final do processo. Essa medida processual é capaz de abreviar a entrega da prestação jurisdicional. Obviamente que a tutela antecipada não será o remédio único dos problemas da morosidade da justiça, mas certamente constitui norma humanitária importantíssima em busca da solução de problema que requer rapidez.

## Notas

- <sup>1</sup> Os direitos humanos são princípios internacionais que visam proteger, garantir e respeitar o ser humano. Servem para assegurar às pessoas o direito de levar uma vida digna, onde há acesso à liberdade (libertação de regimes econômicos, sociais e políticos que oprimem e impõem a fome e a miséria), ao trabalho, à terra, à saúde, à moradia, a educação, entre outros interesses.
- <sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 8; RODRIGUES, Horácio Wanderley. Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 28; TORRES, Jasson Ayres. O acesso à justiça e soluções alternativas. p. 49; WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128/129; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 6 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 304. DINAMARCO, Cândido Rangel. Manual dos Juizados Cíveis. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p.21.
- <sup>3</sup> Kant, I. (1988). **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa. Edições 70 Kant. I ( s/d ). **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa. Edições 70 Kant. (s/d ). **Os Progressos da Metafísica**. Lisboa. Edições 70

- <sup>4</sup> Recomenda-se leitura: “MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Neumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000 e SANTOS JÚNIOR. *A conjuntura nacional e o papel dos movimentos populares*. In SANTOS JUNIOR, Orlando Alves (et. al.) *Políticas Públicas e Gestão Local: programa interdisciplinar de capacitação de conselheiros municipais*. Rio de Janeiro: FASE, 2003.
- <sup>5</sup> BICUDO, Hélio Pereira. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997.
- <sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed., São Paulo: 1999.
- <sup>7</sup> “Direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos fundamentais”, “liberdades fundamentais”, “liberdades públicas” são todas expressões utilizadas para designar uma mesma categoria jurídica (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 179.
- <sup>8</sup> SOUZA, Sérgio A. de. *Apontamentos para uma Teoria Geral do moderno Direito do Trabalho*. GENESIS, Revista de Direito do Trabalho, Curitiba., número 84, dezembro 1999, pp.877.
- <sup>9</sup> O princípio da igualdade entre os seres humanos passou a ser o mais amplo e o primeiro dos princípios gerais do direito – com ele começa a própria justiça e o princípio democrático, adquire consistência. Ler BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992. Habemas, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.I. CAMUS, *A inteligência e o cadafalso. E outros ensaios*. Tradução de Manuel da Costa Pinto e Cristina Murachco. Rio de Janeiro: Editora Record, 1998 e BAUMAN, Z. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- <sup>10</sup> TAVARES, André Ramos, *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL*. ED. 6, SÃO PAULO: SARAIVA, 2008, pág. 527
- <sup>11</sup> DA SILVA, José Afonso, *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO*. ED. 32, Malheiros Editores – SÃO PAULO SP. 2009, p. 198.
- <sup>12</sup> Gomes Canotilho. Vital Moreira *apud* José Afonso da Silva, 2008, pág. 105)
- <sup>13</sup> Kant *apud* Tavares, 2008, pág. 538, 539).
- <sup>14</sup> Sarlet *apud* Tavares, 2008, pág. 539.

- <sup>15</sup> ARISTÓTELES. *Politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1950.
- <sup>16</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 34-35.
- <sup>17</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- <sup>18</sup> WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- <sup>19</sup> Há distinção entre **política pública** ( que atravessa vários mandatos) e **política de governo** ( que guarda relação com um mandato eletivo. A cada eleição, a maioria das políticas públicas da gestão anterior deixa de existir na próxima).
- <sup>20</sup> Ver a propósito, TELLES JÚNIOR, Godofredo. *Filosofia do direito*, s. d.; PIMENTA, Joaquim. *Sociologia Jurídica do Trabalho*, 1944; ROCKER, Guy. *Sociologia geral*. Lisboa: Ed. Presença, 1971; GRAMSCI, Antonio, *Os Intelectuais e a Organização da Cultura*, Trad. De Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979; SCHORI, Pierre, Miséria ameaça a segurança mundial. *Folha de S. Paulo*, 19 dez. 1990. Caderno Especial: A nova desordem mundial.
- <sup>21</sup> In: *Direito humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997. p. 32.
- <sup>22</sup> Todos os princípios que estavam expressos nessas declarações foram inseridos na Carta Brasileira vigente, com principal destaque o da *dignidade humana*. Ratificando palavras do autor brasileiro José Afonso da Silva: “a dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27a. edição - São Paulo: Malheiros, 2006.
- <sup>23</sup> O princípio da igualdade entre os seres humanos passou a ser o mais amplo e o primeiro dos princípios gerais do direito - com ele começa a própria justiça e o princípio democrático, adquire consistência.
- <sup>23</sup> Ler BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 111. Ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.
- <sup>24</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 349
- <sup>25</sup> Idem, p. 67.

## Referências

- ARISTÓTELES. **Politique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1950.
- ALVIM, Arruda. **Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós**. Revista de Processo. REPRO 97, ano 25. Jan. e Mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed., São Paulo: 1999.
- BERTOLO, José Gilmar e BERTOLO, Ana Maria Ribeiro. **Tutela Antecipada: origem, princípios e diferenciações no direito positivo brasileiro**, Leme: J.H Mizuno, 2005.
- BUENO, Cassio Scarpinela. **O Poder Público em Juízo** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BICUDO, Hélio Pereira. **Direito humanos e sua proteção**. São Paulo: FTD, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. 11. ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Manual dos Juizados Cíveis**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed., Portugal -Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência** (Fundamentos da Tutela Antecipada). São Paulo, Saraiva, 1996.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- KANT, I. (1988). **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa. Edições 70. [s.e], [s.d].
- \_\_\_\_\_. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa. Edições 70, [s.e], [s.d]
- \_\_\_\_\_. **Os Progressos da Metafísica**. Lisboa. Edições 70, [s.e], [s.d]

- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade**. São Paulo: Editora Juarez, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2. ed. rev. e atua. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed, São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- ROBOREDO, Maria Lucia Freire. **Direito Civil brasileiro, Direitos Humanos e o Princípio da Isonomia**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais**. Revista CEJ. Volume 1., n. 3, set/dez 97, p. 76-91.
- RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994,
- SANTOS, Ernane. Fidélis dos. **Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência**. Revista de Processo. REPRO 97, ano 25. Jan/Mar São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- WEBER, Max. **Economia y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.



# **Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA) para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI**

*The effects of laws of Andean trade preferences and the eradication of ATPDEA drug to the Ecuador's foreign trade during the first decade of the 21<sup>st</sup> Century*

Artigo recebido em 08/10/2013.

Revisado em 13/10/2013.

Aceito para publicação em 21/10/2013.

## **Nathaly Lorena Sopalo Moposita**

Ingeniera Comercial. Universidad de Cotopaxi. Ecuador.

## **Alcides Francisco Antúnez Sánchez**

Ms C. Profesor Auxiliar. Derecho Mercantil y Ambiental. Carrera de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. Cuba.

## **Erley Soto Parra**

Ms C. Profesor Asistente. Carrera de Contabilidad y Finanzas. Facultad de Ciencias Empresariales y Contables. Universidad de Granma. Cuba.

## **Amed Ramírez Sánchez**

Lic. en Derecho. Profesor Asistente. Derecho Financiero Tributario. Carrera de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. Cuba.

## **Resumen**

El artículo formula consideraciones de los autores sobre las preferencias arancelarias concedidas unilateralmente por los Estados Unidos hacia la región Andina, con la firma de la Ley de Preferencias Comerciales Andinas o Andean Trade Preference Act, ATPA en 1992, renovada mediante la Ley de Preferencias Comerciales Andinas y Erradicación de la Droga o Andean Trade Promotion and Drug Eradication Act, ATPDEA en 2002, las prórrogas concedidas hasta diciembre del 2011, y el nuevo plazo acordado hasta julio del 2013. Partimos de las relaciones



internacionales, el Tratado dentro del marco político y comercial entre los países, el impacto que generará la no renovación de estas preferencias arancelarias en la economía, con consecuencias negativas que tendrían en las exportaciones sin el acceso preferencial al principal mercado mundial, en la construcción del Producto Interno Bruto, el nivel de empleo generado a través de la productividad, la pérdida de competitividad de los principales sectores en los aportes fiscales, los retos de un comercio exterior dependiente de Estados Unidos, y las estrategias que a nivel estatal se deberán orientar para acceder a otros mercados en diversos bloques económicos. Utilizamos los métodos del análisis histórico, el exegético jurídico, que han permitido concluir que en el contexto de la globalización del comercio, los nuevos actores influyen en las relaciones interestatales vinculadas a la actividad mercantil, el desarrollo económico de los Estados, la especialización de la producción y sus factores productivos como mano de obra, bienes de capital, tecnología e innovación, investigación y desarrollo. Aspectos que generan el valor agregado a las producciones de los estados y riqueza a sus naciones con tendencias en la que se trabaja en los países con producciones primarias como el Ecuador para insertarse en el mercado con producciones competitivas que generen rentabilidad y desarrollo.

## Palabras-claves

Preferencias arancelarias; mercado; producciones primarias; globalización; comercio.

## Abstract

This article formulates considerations of the authors on the tariff likes and dislikes conceded unilaterally by the United States toward the Andean region, with the signature of Preferencias's Law Commercial Andinas or Andean Trade Preference Act, ATPA in 1992, renewed intervening Preferencias's Law Commercial Andinas and Erradicación of the drug or Andean Trade Promotion and Drug Eradication Act, ATPDEA in 2002, the extensions conceded on December of 2011, and the new term agreed on July of 2013. We departed from international relations, the Treatise within the political frame and commerce between countries, the impact that you will generate her no renewal of these tariff preferences in economy, with negative consequences that would have in the exports without the preferential access to the principal worldwide market, at the construction of the Gross National Product, the level of employment generated through productivity, the loss of competitiveness of the principal sectors in the fiscal contributions, the challenges of a foreign trade contingent upon United States, and the strategies then statewide they will have to get one's bearings to

agree to another markets at various economic blocks. During the research different methods were used, such as analysis of the historic, the exegetic juridical, that they have allowed coming to an end than in the context of the globalization of commerce, the new actors influence the interstate relations linked to the mercantile activity, the States' economic development, the specialization of production and his productive factors like hand of work, capital goods, technology and innovation, research and development. Aspects that generate the added value to the productions of the statuses it is worked up in at the countries with primary productions like the Ecuador to get stung with on the market with competitive productions that generate profitability and development and riches to his nations with tendencies.

## Keywords

Tariff preferences; market; primary productions; globalization; commerce.

## Sumario

Introducción. 1. Los tratados internacionales. 1.1 Los Tratados para el Derecho Internacional Público. 1.2 Los Tratados Internacionales para la actividad del comercio. 1.3 Ubicación de la Ley de Preferencias Comerciales Andinas y Erradicación de Drogas

(ATPDEA). 1.4 El ATPDEA, orígenes y contenido. 2. Consecuencias económicas de la ruptura para Ecuador del ATPDEA. 2.1 La inserción del Acuerdo de Promoción Comercial Andino y Erradicación de Drogas (ATPDEA) en el desarrollo de las relaciones mercantiles en Ecuador. 2.2 Balance de las relaciones económico-mercantiles en el Ecuador ante la entrada a ATPDEA. 2.3 Consecuencias para el Ecuador de la no ratificación de ATPDEA. 2.4 Retos del comercio exterior del Ecuador ante la no renovación o ratificación del ATPDEA en julio del 2013. Conclusión. Notas. Referencias.

## Introducción

El artículo tiene por objeto identificar las medidas compensatorias para los sectores del comercio afectados en el mercado de rosas, atún y brócoli ante la posible eliminación de las Preferencias Arancelarias, a partir de la determinación del impacto económico y social a los sectores, mediante un diseño de propuestas compensatorias, en el mes de julio 2013. El 4 de diciembre de 1991, el gobierno de George H. W. Bush, de los Estados Unidos promulga la Ley de Preferencias Comerciales Andinas, más conocida como (ATPA), eliminando con ello los aranceles sobre una serie de productos procedentes de países como Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Su objetivo era el fortalecimiento de las industrias legales en estos países, como alternativas a la producción y al tráfico

de drogas existente en este momento. Programa que fue renovado el 31 de octubre de 2002, por el propio gobierno de Bush con el nombre de Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de la Droga (ATPDEA). Por lo que podemos confirmar que el objetivo principal del ATPDEA ha sido promover un desarrollo económico de base amplia y proporcionar alternativas económicas viables al cultivo de la coca y a la producción de cocaína.

Bajo la precitada normativa, los productos exentos de aranceles andinos aumentaron de alrededor de 5.600 a unos 6.300, tratado comercial que debía expirar el 31 de diciembre de 2006, pero fue nuevamente renovado por el Congreso Estadounidense por un período de seis meses, hasta el 30 de junio de 2007, donde una nueva prórroga fue concedida el 28 de junio de 2007, esta vez por ocho meses más, hasta el 29 de febrero de 2008. El Congreso de los Estados Unidos aprobó una tercera renovación por diez meses más desde el 28 de febrero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008. En el mes de noviembre de 2008, con la nota distintiva que el propio Bush pidió al Congreso eliminar a Bolivia del acuerdo debido a la falta de cooperación en los esfuerzos antinarcoóticos. El 14 de diciembre de 2009, la Cámara de Representantes de los Estados Unidos aprobó la prórroga de dicho plan por un período de un año. Donde desde el 12 de febrero de 2011, ha sido renovado el plazo de expiración de dicho tratado comercial, teniendo como última fecha enero del 2013.<sup>1</sup>

Es significativo declarar que el ATPDEA ha

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

impulsado un rápido crecimiento del comercio entre los Estados Unidos y los cuatro países andinos implicados en este, por lo que las exportaciones estadounidenses a la región aumentaron de \$ 6,463.8 millones en el 2002, a \$ 11,636.5 millones en el 2006; mientras que las importaciones aumentaron de \$ 9,611.5 millones a \$ 22,510.6 millones en el mismo período objeto de análisis muestral. A partir del año 2006 las principales exportaciones andinas hacia los Estados Unidos en virtud de la ATPDEA fueron especialmente en productos como aceite, ropa, cátodos de cobre, flores, joyas de oro, espárragos y azúcar. Del total de las importaciones estadounidenses del 2012 en virtud de la ATPDEA, para Ecuador representó el 39%, Colombia el 36%, Perú el 24% y Bolivia el 1%. Según un informe del mes de septiembre de 2006, emitido por la United States International Trade Commission<sup>2</sup>; por lo que el ATPDEA ha tenido un efecto insignificante en la economía estadounidense y en los consumidores, así como un pequeño efecto positivo sobre la reducción de cultivos de drogas y exportación relacionadas con la creación de empleos en la región andina.<sup>3</sup> Estados Unidos como principal socio comercial de la Comunidad Andina, de acuerdo con las cifras de la United States International Trade Commission (USITC)<sup>4</sup>, en el año 2008 las exportaciones andinas hacia los Estados Unidos (EE.UU.) alcanzaron una cifra récord de 30,029 millones, de los cuales en USD 13,778 millones se comercializaron a través del Ley de Preferencias Arancelarias Andinas (ATPDEA). En términos del comercio global de la Comunidad Andina,

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

estas cifras indican que el 30.3% de las exportaciones totales de la Comunidad Andina (CAN). Analizando las importaciones ocurre una situación muy similar, ya que los Estados Unidos es el principal proveedor, obteniendo un total de cifra récord de USD 20,717 representando el 22%.<sup>5</sup>

Así, las exportaciones de los países andinos hacia Estados Unidos alcanzaron la suma USD 22,420 millones y las importaciones realizadas desde ese país por los países andinos alcanzaron \$ 17,612. A través del ATPDEA, los países Andinos han logrado superar su economía y mantenerse estables, han tenido un porcentaje alto en sus exportaciones y la producción ha aumentado, a pesar que son países pequeños, han podido sobresalir y ser competitivos en el mercado; Estados Unidos ha sido beneficiado de este convenio comercial ya que los insumos, materiales entre otros se compran de ahí para poder realizar su producción.

No cabe dudas que el ATPDEA fue firmado con Ecuador con el fin de luchar, contra la producción y el tráfico de drogas ilícitas, estimular la inversión local y extranjera, además de ser en este momento los Estados Unidos para Ecuador, su principal socio comercial, cuestión esta que se ha ido incrementando con el paso de los años. Del total de las exportaciones ecuatorianas hacia el mundo, el 37% representaban al mercado estadounidense en el 2001, ya en el 2008 representan casi un 50%. El 99% de las exportaciones ecuatorianas hacia los Estados Unidos entran bajo preferencias ATPDEA, por el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) o por las regulaciones del Organismo Mundial

del Comercio (OMC), que lo liberan del pago de los aranceles.

Portanto el comercio bilateral entre los dos países aquí analizados ha tenido un crecimiento del 44.32% con respecto al año 2007.<sup>6</sup> Ecuador ha mantenido resultados positivos en la balanza comercial con Estados Unidos durante los últimos años, el crecimiento de la misma desde el año 2002 hasta el 2008, ha sido del 31.7%, a partir de cuando entra en vigencia el ATPDEA, además de otros factores como el incremento del precio del crudo y de los principales productos de exportación hacia nuestro consumidor oriental. Con la no ratificación en el país de las preferencias arancelarias otorgadas por parte de los Estados Unidos, se afectaría también el 5% de las importaciones, ya que en el 2010 estas alcanzaron \$ 6.047 millones de dólares. Para el Ecuador el año 2010, el ahorro por la exoneración de estos aranceles previstos en el ATPDEA, recayó en la cifra de 21,6 millones de dólares, donde el 71% del total de las exportaciones (petroleras y no petroleras) a los Estados Unidos ingresó con un arancel cero, bajo el régimen de ATPDEA en el 2009. Donde al menos de 6 300 productos gozan de este beneficio y otros 100 tienen un arancel reducido.

La provincia de Cotopaxi, tomada como objeto muestral para el desarrollo de este artículo, es notable significar y destacar que los productos que más se afectarían con la no renovación del ATPDEA serán las empresas de producción del Brócoli y las Florícolas; pues de las exportaciones totales del Brócoli, el 35% va dirigido al mercado estadounidense y el resto a

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.



países de Europa, Japón; entre otras áreas comerciales del mundo. Generando este tratado comercial 10 000 puestos de trabajo, entre los denominados directos e indirectos. El 50% de los empleos que se generan en la zona de Cotopaxi, están en la empresa mercantil Provefrut s.a, una de las mayores exportadoras de Brócoli del país. Comerciantes que están representados a través de asociaciones mercantiles de las personas que ejercitan la actividad comercial, estimando que sí en las actuales condiciones el brócoli ecuatoriano estuviera sujeto a un arancel del 14,9%, las exportaciones del producto hacia Estados Unidos, se reducirían en un 26,3% anual. En esta circunstancia, la eliminación de la Ley de Preferencias Arancelarias (ATPDEA) obligaría a una reducción anual del 9,8% en el número de empleos directos hasta ahora logrados.<sup>7</sup>

Otro ejemplo a destacar es la exportación de rosas, según datos de la propia Federación de Exportadores (Fedexport), el sector deberá cancelar un promedio de \$ 6,5 millones al año en materia de aranceles, monto que los exportadores no van a transferir al producto para no perder clientes, y aproximadamente 700 empresas del país que se desenvuelven en este sector. Efectos que se reflejarían para las más de 80.000 personas que se emplean de forma directa e indirecta en las tres fases de la cadena de producción.<sup>8</sup> Con la posible retirada del ATPDEA para Ecuador como Estado parte, que podrá ser causado por la rotura de lazos diplomáticos entre los dos países, por desacuerdos políticos u otras causales, no se le otorgarán al país las preferencias arancelarias obtenidas desde hace años para poder

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

exportar con las garantías que estas traían consigo para el comercio, con graves consecuencias tales como el cierre de empresas, desempleo, subempleo, pobreza, índices de bajo nivel económico, menor competitividad en los mercados exteriores; por esta razón es que realizó esta primera aproximación de realizar este estudio para poder identificar cuáles serán algunas de las consecuencias para el país en el ámbito económico y del comercio, sino también en la dimensión social entre otros factores que llevará consigo esta decisión si no se ratifica en el segundo semestre del año 2013 una nueva prórroga.<sup>9</sup>

El estudio se realiza en el campo económico, en relación con las exportaciones, centrándonos en la materia de Tratados Arancelarios (ATPDEA) como parte este del Derecho Internacional Público, particularmente el Derecho de Tratados; el período de objeto muestral para este análisis parte desde el año 2011 hasta el 2012, en la provincia de Cotopaxi, Ecuador. Los métodos de investigación utilizados, han sido el de análisis histórico-jurídico, y el de síntesis; luego de las experiencias en la realización de revisiones a las políticas adoptadas por el Estado del Ecuador, en relación con el tema arancelario como política parafiscal, en particular por la posible rotura del ATPDEA con los Estados Unidos, para esto se realizaron consultas a especialistas de la Cámara de Comercio del Ecuador, a directivos de sociedades mercantiles de Fedexport, a especialistas del régimen Aduanal, y a especialistas de la Oficina Fiscal, a comerciantes que ejecutan el autoempleo y a otros empresarios; los

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

que nos aportaron información sobre el tema tratado en esta investigación, y análisis de tesis que trataron en años anteriores el tema en centros académicos de Ecuador.

## **1. Los tratados internacionales**

El artículo hace una contextualización dentro de la ciencia del Derecho, en particular el Derecho Internacional Público, centrándonos en lo referente al Derecho Comercial Internacional, con énfasis en los Tratados firmados por los Estados Partes de esta naturaleza jurídica, ante los acuerdos tomados en la Organización Mundial del Comercio (OMC). En la investigación se realiza el estudio del ATPDEA impuesto a la región Andina por los Estados Unidos, y en especial la influencia que el mismo ha tenido en Ecuador como país en relación con el crecimiento macroeconómico y a nivel micro. Para esto analizamos algunas posiciones doctrinales sobre el tema investigado y las consideraciones a partir de su firma en los países andinos firmantes, con particular énfasis al Ecuador como país y dentro de este la provincia de Cotopaxi.

### **1.1 Los Tratados para el Derecho Internacional Público**

El Tratado Internacionales una de las principales fuentes del Derecho Internacional Público<sup>10</sup>. En

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

relación a los mismos, se han elaborado múltiples definiciones por la doctrina. Según Arrijo Vizcaíno<sup>11</sup>,

son los acuerdos que celebran entre dos o más Estados como entidades soberanas entre sí, sobre cuestiones diplomáticas, políticas, económicas, culturales u otras de interés para ambas partes”; para Díez de Velasco es un “negocio jurídico con características propias debido a la categoría de los sujetos que en él intervienen”<sup>12</sup>; por otro lado Barberis<sup>13</sup> opina que: “se puede definir el tratado internacional expresando que se caracteriza por ser creado mediante una manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho de gentes con capacidad suficiente, tendiente a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional y que está regida directamente por este ordenamiento”; y según Benadava<sup>14</sup>: “Un tratado es un acuerdo internacional celebrado generalmente entre Estados, regido por el derecho internacional y destinado a producir efectos jurídicos.

La Convención de Viena (CV) de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, expone en el apartado 1 del artículo 2 que es lo que se entiende por tratado internacional<sup>15</sup>, pero no es hasta 1986 con la CV sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o, donde se amplía el concepto, reconociendo en la celebración del tratado a las organizaciones internacionales como

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

un nuevo sujeto del Derecho Internacional<sup>16</sup>. Pese a la extraordinaria importancia que envuelven estos conceptos recogidos en la doctrina, resulta necesario para la autora condensar en un concepto que es lo que se entiende por tratado, con el propósito de recoger todos los elementos esenciales que reúne esta institución jurídica, de este modo se entiende por *tratado a: un acuerdo de voluntades celebrado por escrito entre dos o más Estados u otros sujetos del derecho internacional público, destinados a producir efectos jurídicos entre la partes que lo celebran.*

Según la doctrina los tratados pueden ser clasificados en atención a diversos factores, según Gonzales Campos<sup>17</sup> la perspectiva de examen más conveniente es la de considerar a los grupos de tratados recogidos en la Convención de Viena de 1969 pudiendo citar entre ellos a los que se distinguen por la forma (sean celebrados en forma escrita o no), según el fin (constitutivos de una organización internacional). Por otro lado *Puente Egido*<sup>18</sup> expresa que los criterios doctrinales más utilizados a efectos de la clasificación de los tratados son éstos: según el número de participantes pueden clasificarse en tratados abiertos y cerrados. En los primeros las formas de acceso al tratado para adquirir la condición de Estados contratantes, están aligeradas de modo que resulte fácil el ingreso en él; en los cerrados, por el contrario, las condiciones son estrictas. Según los autores con respecto a la clasificación de los tratados internacionales *D. Estéfano Pisani*<sup>19</sup> fue un poco más abarcador en su estudio, al decir que existen diversas formas de clasificación, entre las que se exponen:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

“Según el número de Estados que formen parte.”

Al margen de las diferentes clasificaciones que se dan sobre los mismos, la doctrina<sup>20</sup> es coincidente al decir que la mayor relevancia la obtiene la presente clasificación:

- Tratado bilateral, son los concertados entre dos sujetos del derecho internacional. Son utilizados en la concertación de negocios jurídicos entre sujetos de Derecho Internacional.
- Tratado multilateral. Son los que participan más de dos sujetos del derecho internacional. Constituyen un excelente cauce para la positivización de normas jurídicas. Estos surgieron ante las insuficiencias del procedimiento tradicional de los tratados bilaterales. Estos se negocian en un medio colectivo, en una Conferencia diplomática o en una Organización internacional, y aspiran a la regulación de intereses colectivos, comunes. Estos tienen un creciente interés en el derecho internacional contemporáneo.

En relación con los sujetos del Derecho Internacional que lo celebran, puede haber:

- Tratados entre dos o más Estados.
- Tratados celebrados por las organizaciones internacionales entre ellas o con los Estados.
- Tratados celebrados por otros entes internacionales (como los beligerantes, organizaciones no gubernamentales).

---

Revista DEREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

En relación con sus fines suele hablarse de:

- Tratados de creación de organismos internacionales.
- Políticos, militares (pactos bilaterales o multilaterales, creación de bases militares, etcétera).
- Comerciales, de neutralidad y neutralización.
- Regionales, subregionales, etcétera.

Según la función jurídica, el tratado puede ser:

- Tratado-contrato: es la realización de un negocio jurídico determinado (como un tratado de límites de fronteras, de comercio, alianza, etcétera).
- Tratado-ley: constituye el establecimiento de una regla de derecho, son aquéllos concluidos con el propósito de establecer reglas generales de conducta entre un número considerable de Estados). Su normativa va más allá del equilibrio contractual entre derechos y obligaciones de los Estados partes; este dato, unido al hecho de la amplia participación que en ellos suele buscarse en virtud de su vocación de universalidad, hace que cumplan una función cuasi-legislativa, en especial cuando se refieren a materias y problemas de interés general para todos los Estados o a la codificación y desarrollo progresivo de normas generales del derecho internacional. Aparecen como un procedimiento útil para establecer reglas de conductas aplicables al conjunto de los Estados, al intentar responder a los intereses generales de la comunidad internacional.

## **1.2 Los Tratados Internacionales para la actividad del comercio**

La CV, su incidencia en el Derecho de Tratados. Partimos que la celebración de tratados es una serie de actos mediante los cuales cobra vida esta institución. La entrada en vigencia del mismo se cumple en un proceso compuesto por varios pasos. Primero, se encuentra la negociación. La negociación no es otra cosa que lograr el acuerdo de voluntades, las partes darán a conocer sus pretensiones y tratarán de llegar a un acuerdo mutuamente conveniente. Las negociaciones deben efectuarse por representantes del Estado en cuestión que estén provistos de “Plenos Poderes”, no debemos confundir la capacidad del Estado para celebrar tratados de la capacidad de los representantes del Estado para negociar y obligarlo internacionalmente.<sup>21</sup>

Por “Plenos Poderes” se debe entender la capacidad, competencia, facultad que la autoridad competente concede por escrito a una persona para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado, la adopción del texto del tratado y para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por él. Previo a toda negociación, hay una etapa de verificación de poderes, donde los representantes exhibirán sus poderes y comunicarán las posibles restricciones que pudieran tener. El Artículo 7 de la CV presume de derecho los plenos poderes de determinadas personas en virtud de los cargos que ocupan:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.



- Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado.
- Jefes de misión diplomática para la adopción del texto de un tratado negociado con el Estado ante el cual se encuentra acreditado.
- Representantes acreditados por el Estado ante una conferencia internacional o ante una organización internacional, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia u organización.

La negociación efectuada por una persona desprovista de plenos poderes o de los cargos señalados anteriormente debe ser confirmada por el Estado, de lo contrario no surtirá efecto jurídico alguno Art.8 de la CV. Finalizada la negociación y alcanzado el acuerdo entre las partes, estas deben proceder a adoptar el texto. El Art.9 de la CV establece como regla general que la adopción se efectuará por el consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, en otras palabras por unanimidad. Sin embargo, reconociendo la dificultad de la regla de la unanimidad, especialmente en tratados multilaterales, señala en su apartado 2 que tratándose de una conferencia internacional se efectuará por mayoría de 2/3 de los Estados presentes y votantes, a menos que por igual mayoría decidan aplicar una regla diferente. La adopción del texto no genera obligación alguna.

Son variadas las formas como el Estado puede manifestar su consentimiento, entre las que se encuentran; la adhesión; aceptación, la aprobación; la

firma; la ratificación; y la aprobación. La adhesión es el acto jurídico por el cual un Estado que no es signatario de un tratado llega a formar parte del mismo. Esta es posible cuando el tratado la prevé o si las partes deciden ulteriormente esa posibilidad, generalmente esto sucede cuando ya el tratado ha sido cerrado a su firma y aun antes o después de haber entrado en vigor. La CV en su artículo 14 inciso 2, coloca la aprobación y la aceptación sobre el mismo plano que la ratificación, al decir que ellas intervienen “*en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación*”. La firma de un tratado puede significar simplemente la autenticación de su texto. Para el caso que la firma esté sujeta a ratificación, aceptación o aprobación, la firma no es la manifestación del consentimiento para obligarse por un tratado. El Art. 18 CV señala que el acto de la firma crea una obligación de buena fe para el firmante consistente en no realizar actos que puedan frustrar el objeto y fin del tratado y poner en marcha el mecanismo que conducirá a la asunción de la obligación definitiva. Por tanto, la firma confiere al Estado signatario un status limitado con respecto al tratado si bien es difícil definir la naturaleza de dicho status. La CIJ en su Opinión Consultiva respecto a la Convención de Genocidio señaló que la firma otorgaba a los Estados un status provisorio que los autorizaba para formular objeciones a las reservas hechas por otros signatarios. De lo anterior, podemos concluir que un tratado firmado es más que un simple proyecto si bien aún no es un tratado concluido, para algunos se trataría de un acto sujeto a una condición suspensiva. La firma

nunca lleva consigo una obligación de ratificar. Y por último la ratificación es el acto jurídico internacional por el cual el Estado manifiesta su consentimiento de obligarse por un tratado. Por este acto, entra en vigor el tratado en el plano internacional y las contrapartes pueden exigir su cumplimiento o hacer efectiva la responsabilidad del Estado por incumplirlo.

Esta figura, como sostienen *Podesta Costa y Ruda*, puede ser definida desde el punto de vista doctrinario desde diversos enfoques<sup>22</sup>. Existe el consenso al que se afilia la mayoría de los autores en esta materia<sup>23</sup>, que es que, la definición más aceptada es la contenida en la CV sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que la define como: “*una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado*”<sup>24</sup>.

La definición expuesta por la CV de 1969 ha sido completada en el artículo 2.1 inciso g) de la CV sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados, de 1978. A pesar de que, la definición expuesta por la misma es idéntica a la anterior, esta última agrega a las oportunidades ya mencionadas de formular la reserva, el momento en que el Estado hace una “notificación de sucesión de un tratado”. La Convención de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales es la reproducción en cuanto a reserva a la 1969 (excepto por la referencia a las organizaciones internacionales y a la confirmación formal)<sup>25</sup>.

*Carrillo Salcedo*, expone su criterio al cual se adhiere los autores, sobre los principios básicos que componen al Derecho de tratados son<sup>26</sup>:

A. Deber de cumplir de buena fe los tratados. Este constituye un principio básico del Derecho de los tratados. Una vez que los tratados han entrado en vigencia vinculan a las parte y estas deberán cumplirlos de buena fe (*pacta sunt servanda*)<sup>27</sup>. Una de las consecuencias más importantes que se derivan del mismo se encuentra regulada en el artículo 27 de la CV de 1969, donde se regula que “un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (principio de la primacía del derecho internacional convencional sobre el Derecho interno).<sup>28</sup>

### ***1.3 Ubicación de la Ley de Preferencias Comerciales Andinas y Erradicación de Drogas (ATPDEA)***

Han transcurrido ya más de 20 años, en los que las exportaciones ecuatorianas, principalmente las de productos primarios, se han beneficiado de las preferencias arancelarias concedidas unilateralmente por los Estados Unidos hacia el Ecuador, como parte este de la región Andina, al caducar la “ATPA” de 1992, renovada por la “ATPDEA”. A través de la ATPA el intercambio comercial entre Ecuador y Estados Unidos se intensificó debido a que este nuevo programa de liberalización arancelaria, diseñado con el propósito de promover mejores alternativas comerciales al

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

ilegal comercio de drogas hacia los Estados Unidos, y contribuir al desarrollo y consolidación de las instituciones democráticas andinas, concedía al Ecuador, y a los tres países andinos, la entrada libre de aranceles a las importaciones de alrededor de 5.600 subpartidas arancelarias. Los objetivos de las preferencias arancelarias, tanto en el ATPA como en el ATPDEA, se enfocan a la promoción del desarrollo económico de base amplia, la diversificación de las exportaciones, la consolidación de la democracia y la derrota del flagelo del tráfico de drogas mediante la provisión de alternativas económicas sostenibles a la producción de cosechas de las drogas en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Ecuador como República, debe su nombre a la relación con “las tierras del Ecuador”, refiriéndose al paralelo cero o línea equinoccial donde la primera misión francesa del siglo XVII (año 1736), la que realizó sus labores geodésicas. Limita al norte con Colombia, al sur y este con Perú y al oeste con el océano pacífico. Posee una superficie de 256.370 km<sup>2</sup>. Después de Uruguay y Guayana es el tercer país más pequeño de América del Sur.

Su política comercial del Ecuador, esta normada por la Ley de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI), aprobada por el Congreso Nacional el 22 de mayo de 1997, el que creó el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones (COMEXI), que tiene como principal función la de determinar las políticas de comercio exterior de bienes, servicios y manufacturas considerando los compromisos internacionales asumidos por el país en materia comercial y en función

del programa macroeconómico y de desarrollo del país. Las áreas sobre las cuales tiene competencia son: la política arancelaria, las negociaciones internacionales, las políticas para el desarrollo de los regímenes especiales, las medidas para contrarrestar el comercio desleal, definir las políticas tendientes a lograr mayor competitividad de la producción nacional y aprobar el plan de promoción de exportaciones. Conjuntamente con el COMEXI la Ley creó otro organismo denominado Corporación para la Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI), organismo este de carácter privado cuya función principal es la de ejecutar la promoción no financiera de las exportaciones y orientar y dirigir la promoción de la inversión directa en el país.<sup>29</sup>

En lo político cabe destacar que la Comunidad Andina sigue siendo la región latinoamericana con conflictos para el gobierno de Washington, ante los cambios operados en este siglo XXI por los bolivianos, con el gobierno venezolano, la confrontación de los presidentes peruanos y ecuatorianos en las últimas décadas y el conflicto armado colombiano que todo parece indicar que se resolverá pacíficamente; profundizados con la retórica confrontacional de *Chávez Frías*, tejiéndose con esto un ambiente de dudas sobre las políticas de Estados Unidos hacia la región, por lo que los países han tomado la decisión de unirse en bloques económicos conocidos en la palestra internacional como la Alianza Bolivariana para las Américas, la ALADI, UNASUR, CELAC y el MERCOSUR, dando frente con esto al Tratado de Libre

Comercio, propuesto por los Estados Unidos para la región y a las ya consecuencias consabidas de la Alianza de Libre Comercio para las Américas.<sup>30</sup>

En este contexto antes analizado, “Washington ha acumulado pruebas de que hay un ambiente hostil para continuar con la inversión extranjera estadounidense en el Ecuador y por tanto deja a los órganos pertinentes la resolución de estos casos, esto significaría un juicio arbitral internacional. Con la exclusión del Ecuador en las negociaciones comerciales bilaterales, como una declaratoria de guerra comercial, en la cual el Estado ecuatoriano rompa unilateral y definitivamente los Tratados Bilaterales en materia de Inversiones.” Que luego de cabildeos políticos internacionales en el 2011 se concedió nuevamente una prórroga al ATPDEA por parte del Congreso de los Estados Unidos, la que tendrá vigencia hasta julio 2013.<sup>31</sup>

#### **1.4 El ATPDEA, orígenes y contenido**

En febrero de 1990 se firmó la Declaración de Cartagena, que según declaró el Presidente Bush permitió el fortalecimiento de las democracias, luchando contra las drogas de manera más firme que antes. Esta declaración no fue firmada por el Ecuador debido a que se había mantenido un discurso dentro del país de no intervenir en el problema de las drogas, al no ser un país de cultivo o procesamiento. Aunque el Ecuador presente una posición solidaria ante la política antidroga norteamericana, se aprecia lo variable del discurso ecuatoriano que se transforma

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

de acuerdo al grupo hegemónico dominante que se encuentra en el poder. Como tienen en cuenta las teorías constructivista y crítica el cambio esta presente constantemente en las acciones e ideas, de esta manera se aprecia una transformación en la política norteamericana que al principio intentaba realizar el combate contra las drogas desde la producción pero posteriormente se empezó a entender también el problema desde el consumo en Estados Unidos. Este cambio en el discurso norteamericano llevaba a que en el problema de las drogas se involucre tanto EE.UU. como consumidor como los países andinos como productores, pretendiendo aplicar las “soluciones” a este problema en las dos partes.

Aunque se reconoce una responsabilidad conjunta tanto de los productores como de los consumidores norteamericanos, al ver las estrategias para la lucha contra las drogas parece que fueran destinadas solo hacia los países andinos y no hacia adentro de EE.UU. Lo que nuevamente evidencia el uso del poder hegemónico por parte de Estados Unidos frente a los países de la región andina, así se aprecia que las políticas de los grandes estados como EE.UU. producen un enorme impacto en los estados subalternos como Ecuador. Ecuador había mantenido el discurso de no ser parte del grupo de países que generaban drogas para ser vendidas en Estados Unidos, pronto la situación del Ecuador ante la perspectiva de EE.UU. cambia, ya que era un país situado entre Perú y Colombia que representaban países con vastos cultivos y donde se procesaba la pasta básica, entonces Ecuador



fue colocado en la política antidrogas como un país de tránsito y de lavado de narcodólares.<sup>32</sup>

El discurso ecuatoriano se ve transformado debido a que los actores que toman las decisiones van cambiando, por lo que se aprecia que el gobierno ecuatoriano acepta que el país es parte del problema de las drogas y con ello se incluyó en la estrategia norteamericana más intensivamente, esto se lo puede comprobar en el hecho que Ecuador en 1992 durante el gobierno de Rodrigo Borja participó en la Cumbre Antidrogas en San Antonio Texas, esta declaración incluye todas las acciones que se pretenden en la lucha contra el narcotráfico. Después de la Cumbre de San Antonio el Presidente del Ecuador *Rodrigo Borja* aseguró que era necesario cooperar en la lucha contra el narcotráfico al constituir un crimen internacional aunque el país no fuera parte de ese problema. Borja afirmaba que “las drogas no son parte de nuestras exportaciones tampoco lo son de nuestra economía, pero naturalmente eso no nos excusa de nuestra responsabilidad conjunta contra esta moderna locura del tráfico y consumo de drogas, cerca de la cual existe un enorme poder económico, es una plaga que no bordea ninguna frontera y que por lo tanto debe recibir una concertada respuesta bilateral y multilateral para que esa lucha tenga éxito.”

Resulta interesante que *Borja* asegura en su discurso que Ecuador no es parte del problema, pero aun así debe involucrarse para no llegar a ser productor de drogas, esto coincide con la posición norteamericana de querer involucrar al Ecuador y a los

otros países andinos en la lucha contra las drogas. Así se aprecia como se construyen las acciones estatales determinadas por los grupos de poder hegemónicos dominantes del momento. El 7 de agosto de 1992 el canciller *Diego Cordovez* firmó un acuerdo para combatir el lavado de dinero con el Encargado de Negocios de los Estados Unidos, con ello se muestra que el combate contra el narcotráfico se consideraba en ese momento una política de estado en Ecuador. Con la propuesta del Plan Colombia, Estados Unidos ha concebido un programa de cooperación militar, con el propósito de luchar contra el narcotráfico, por su creencia que el conflicto se extenderá más allá de las fronteras colombianas.<sup>107</sup> Así se puede apreciar como este tipo de políticas individuales de EE.UU. producen un impacto en los países como el Ecuador mostrando la dependencia de los estados subalternos hacia los centros de poder mundial.

Estados Unidos considera a la región andina como inestable y con problemas políticos y económicos siendo la región sensible al problema del narcotráfico y a la competencia comercial mundial, esta inestabilidad de los países andinos se la consideraba como una amenaza a la seguridad norteamericana. Desde el discurso estadounidense se asegura que se ofrece su ayuda por medio del Plan Colombia, con lo cual Estados Unidos logra justificar su intervención en el conflicto colombiano y el porqué de la importancia de la participación de los otros andinos, sin embargo hay que recordar que EE.UU. no se involucra en el tema del narcotráfico por ayudar a la región andina

sino por la importancia que se ha dado al combate contra las drogas en su política de seguridad. De esta manera se aprecia que a pesar de la existencia del Plan Colombia desde la perspectiva norteamericana esto es considerado insuficiente por lo que las preferencias arancelarias andinas constituyen un medio adecuado para lograr estabilizar y promover las economías de la región andina.

Durante la Presidencia de *Jamil Mahuad* en 1999 se dio la concesión de la Base de Manta, después de que EE.UU. tuviera que dejar la estratégica base de Howard en Panamá en noviembre de 1999,<sup>111</sup> debido a que se la incluía en los tratados del Canal de Panamá firmados en 1977 en los que se estableció que el Canal pasaba a ser manejado por el gobierno panameño desde el 31 de diciembre de 1999. De esta manera Estados Unidos buscó establecer otras bases para realizar operaciones contra las drogas, la única que se ubicó en Sudamérica fue la de Manta. Desde una perspectiva constructivista se aprecia como ciertas preferencias estatales pueden llevar a que se den conductas internacionales subóptimas, el Ecuador entrega la Base de Manta para el uso de Estados Unidos, aunque no consiguió ninguna ventaja asociada a esto, lo cual ocurre debido al poder que EE.UU. puede ejercer sobre el Ecuador.

Se puede apreciar un nuevo cambio en el discurso norteamericano, que se establece a raíz del 11 de Septiembre del 2001, la lucha contra el narcotráfico se la relaciona con la lucha contra el terrorismo al considerar a los movimientos armados colombianos como terroristas. Con esto EE.UU. destaca

la importancia de la seguridad en el tema de las drogas y la relevancia de su combate ya que no solo constituye un problema de provisión de drogas para Estados Unidos, sino también una amenaza a la seguridad de su territorio y a la vida de sus ciudadanos, la nueva política norteamericana establece que luchará con todos sus medios contra estos grupos. Nuevamente se aprecia la variabilidad del discurso norteamericano respecto al tema de las drogas que lleva a que las políticas estatales estadounidenses cambian respecto al asunto de la lucha contra las drogas, desde el inicio que representaban un problema de salud interno, se va transformado, incluyendo cada vez más la idea de que la seguridad interna norteamericana es amenazada por los grupos colombianos y aumenta la intensidad de la lucha contra el narcotráfico en los territorios donde se ubican estos grupos.

Ecuador continúa desde la perspectiva norteamericana siendo diferente a Perú, Bolivia y Colombia, al no considerársele como un gran productor, sin embargo si se lo ve como un país potencialmente inestable, como una ruta de tránsito y productor de químicos, que conllevan la existencia de crímenes menores. Se entiende que Ecuador ha interpretado los avances norteamericanos en la región como una situación que lo involucra cada vez más en el problema un ejemplo de esto es el Plan Colombia. Que como se aprecia ha cobrado más importancia para la seguridad norteamericana.<sup>33</sup>

La Ley de Preferencias Arancelarias Andinas, conocida como (ATPA) en sus inicios, cuya finalidad fue

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

promover el desarrollo de los países ofreciéndoles un mayor acceso al mercado estadounidense, y estimular la inversión en sectores no tradicionales con el fin de diversificar la oferta exportable de los productos andinos, es un programa de comercio unilateral, diseñado para promover el desarrollo económico a través de la iniciativa del sector privado en los cuatro países andinos, afectados por la problemática de la droga, ofreciendo alternativas al cultivo y procesamiento de la coca. Mediante esta ley el gobierno de los Estados Unidos libera unilateralmente de impuestos de importación los productos provenientes de los países beneficiarios por un plazo de diez (10) años, desde el 4 de diciembre de 1991 hasta el 4 de diciembre del 2001.

Autores como Duran José, y Shuschny Andrés definen que: *“La primera ley ATPA, aprobada por el congreso norteamericano en diciembre de 1991 contempló el acceso al mercado estadounidense a cuatro países andinos para contribuir al desarrollo y consolidación de instituciones democráticas, este expiró en el 2001, pero los Estados Unidos aprobó otra nueva Ley de Preferencias arancelarias andinas Droga (ATPDEA) que sustituyó al ATPA”*.<sup>34</sup> Estados Unidos con el fin de contribuir al desarrollo de los países Andinos ha ido otorgando beneficios arancelarios; es por eso que después de haber ya vencido el ATPA fue sustituido por él; ATPDEA que no solo cambio de nombre sino que otorga a que más productos se exporten bajo este sistema incrementando así la rentabilidad.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

### **Aspectos positivos y negativos del ATPDEA:**

Para el Ecuador, la importancia del comercio es evidente. Actualmente cerca de un millón trescientas mil personas trabajan en actividades relacionadas al comercio (21% de la población ocupada), lo que la convierte en la segunda actividad generadora de empleos, superada únicamente por la agricultura y la ganadería. Por el lado de la producción, el valor agregado generado por las actividades comerciales tiene un peso relativo al PIB cercano al 15%, lo que es superado únicamente por el sector de servicios y la explotación petrolera. En la contribución de impuestos, el comercio está a la vanguardia; es el sector que más contribuye a las cuentas fiscales y sí se consideran únicamente los impuestos internos (sin aranceles), es la segunda actividad con mayor importancia, superada apenas por la industria manufacturera. Actividad comercial que se inicia en la década de los años 60, en un proceso de reactivación y urbanización como consecuencia de la aplicación de la reforma agraria y con la apertura de la venta de crudo (petróleo) a varios países del mundo.

Hay que resaltar que el ingreso de dinero al país fomentó la industria con capital interno y externo. Posteriormente en la década de los años 80, debido a la política estatal adoptada, se inició un descenso en el valor adquisitivo de la moneda (el Sucre), que alcanzó puntos alarmantes de desvalorización monetaria y determinó la crisis económica de los años 1998 y 1999. Ya en el año 2000 se estableció que el sistema monetario del país se manejase con la moneda del Dólar Estadounidense. La economía de Ecuador es la

octava más grande de América Latina después de las de Brasil, México, Argentina, Colombia, Venezuela, Perú y Chile. Las que han presentado un robusto y continuado crecimiento en los últimos años, cultivando varios logros como no haber entrado en recesión durante la crisis económica global de 2009, a pesar de no tener moneda propia circulando. A partir de 2007 se dio un cambio de timón en la política económica, pagando toda la deuda con el Fondo Monetario Internacional y alejándose de sus imposiciones que limitaban el gasto público en el país. Luego de la renegociación exitosa de la deuda externa, Ecuador ha concentrado sus esfuerzos en diversificar su matriz energética, pagar la enorme deuda social e incrementar la inversión pública en infraestructuras: hidroeléctricas, carreteras, aeropuertos, hospitales, colegios, etc.

El comercio como actividad mercantil le agrega valor a los productos; de este modo, las actividades comerciales implican y soportan la creación de riquezas para un país, así como la generación de importantes cantidades en plazas de empleo. Para Ecuador, la importancia del comercio es evidente, actualmente cerca de un millón trescientas mil personas trabajan en actividades relacionadas al comercio (21% de la población ocupada) lo que la convierte en la segunda actividad generadora de empleos, superada únicamente por la agricultura y la ganadería. Por otro lado la producción, al analizar el valor agregado, comprobamos que ha generado por las actividades comerciales un peso relativo al Producto Interno Bruto (PIB), cercano al 15%, lo que es superado

únicamente por el sector de servicios y la explotación petrolera. En la contribución de impuestos, el comercio también está a la vanguardia; es el sector que más contribuye a las cuentas fiscales y sí se consideran únicamente los impuestos internos (sin aranceles), por tanto el comercio es la segunda actividad con mayor importancia, superada apenas por la industria manufacturera.

La actividad comercial con mayor número de establecimientos es la del comercio con 269 751, le siguen los servicios con 181 426 y la manufacturera con 47 867, según datos que revelados por el Censo Económico realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INEC)<sup>35</sup>. En el sector comercial, el 54% del total de los establecimientos del país corresponde al comercio al por menor de alimentos y prendas de vestir. En los servicios el 36,2% corresponden a alimentos, bebidas y enseñanza, en la manufactura el 9,57% corresponde a las industrias de elaboración de productos de panadería y fabricación de prendas de vestir. El censo también reveló que existen 511 130 establecimientos, que tienen 2' 056 504 personas ocupadas, y que existen 357 establecimientos por cada 10 mil habitantes.

Las cifras fueron presentadas por el director del INEC, y muestran que 250 mil locales sufren de falta de financiamiento económico. El analista económico *Pablo Dávalos* señalaba, en la Sierra entre el 71 y 79 por ciento no tiene financiación para desarrollar sus negocios y en la Costa entre el 77 y 82 por ciento. El estudio arrojó también que el 93 por ciento de los

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.



establecimientos económicos son de personas naturales, empleando aproximadamente a 884 239 personas. Mientras que el 7% restantes están constituidas por personas jurídicas.<sup>36</sup> Por tanto cada vez que se aproxima la fecha de caducidad de las preferencias arancelarias, se siente más la ausencia que la presencia del ATPDEA, estableciéndose un balance general de la incidencia de la ATPA-ATPDEA en la economía nacional en relación con las tendencias negativas y positivas que ha producido desde su implementación en todos estos años. Con cuestionamientos centrados en: *¿cuál es el peso específico de las preferencias arancelarias para la relación comercial entre Estados Unidos y Ecuador? ¿cuántos sectores se benefician, en qué medida, en qué rubros? ¿Cuál ha sido la trayectoria de crecimiento comercial atribuible al ATPA-ATPDEA? ¿cuáles son los efectos que genera la pérdida de las preferencias comerciales en la economía nacional?*

Para dar respuestas a estos cuestionamientos, es importante conocer la participación de las exportaciones beneficiadas en la construcción del Producto Interno Bruto (PIB), el nivel de empleo generado por los sectores exportadores beneficiados y el nivel de aportaciones fiscales y tributarias que dichos sectores han generado en la economía nacional de Ecuador, donde durante el período de la investigación, se ha demostrado que la política económica seguida ha demostrado incrementos positivos; el reto del actual mandatario, *Rafael Correa* es intentar crear una tercera base productiva para continuar el desarrollo del país. Por el momento el petróleo y bananos son el grueso de

las exportaciones en materia comercial, aunque existe una incipiente industria automotriz que no cerró con las reformas realizadas, así como una industria metalmecánica que tampoco quebró con las reformas, que actualmente abastecen tanto al mercado interno como externo, siendo una fuente más de incremento económico.

Otros de los beneficios positivos esta en la importancia de los Estados Unidos para Ecuador como principal socio comercial, la que se ha ido incrementando con el paso de los años. Del total de las exportaciones ecuatorianas hacia el mundo, el 37% representaban al mercado estadounidense en el 2001, mientras que en el 2008 representan casi un 50%. El 99% de las exportaciones ecuatorianas hacia los Estados Unidos entran bajo preferencias ATPDEA, SGP (Sistema Generalizado de Preferencias), o por regulaciones de la Organización Mundial del Comercio, que lo libera del pago de aranceles. El comercio bilateral entre los dos países ha tenido un crecimiento del 44.32% con respecto al año 2007. Ecuador ha mantenido una balanza comercial positiva con Estados Unidos durante los últimos años. La apertura comercial entre los países inició con la creación del programa SGP, el cual estableció la exención de aranceles a 4.200 productos agrícolas, manufacturados y semi - manufacturados. Luego, éste mercado se volvió aun más atractivo con el establecimiento del ATPA (Andean Trade Preference Act) en el año de 1991, en donde se beneficiaron 5.697 productos recibiendo la liberación de aranceles y

mejorando el desarrollo de los cuatro países andinos: Ecuador, Bolivia, Colombia y Perú, los cuales fueron liberados del pago de aranceles.

Hay que destacar que las oportunidades económicas de ambos países se han incrementado en gran medida a causa del ATPDEA ayudando a crear empleos en el Ecuador y en los EE.UU. También se mantiene una estrecha cooperación bilateral para reducir el tráfico de drogas ilícitas. Gracias al ATPDEA y a la fuerte economía ecuatoriana, las empresas de Estados Unidos exportaron \$5,5 mil millones de dólares en productos a Ecuador, un incremento de un 10% a partir del 2010. Las importaciones de bienes ecuatorianos a los EE.UU. También se incrementó en aproximadamente un 30%. Esto ha ayudado a las empresas ecuatorianas a aumentar el salario mínimo de \$170 dólares al mes en el 2007 a \$292 dólares al mes en el 2012. El informe también señala que el Ecuador ha reducido aún más la práctica ilegal del trabajo infantil, el número de niños que trabajan ilegalmente se redujo de 550.000 en el 2001 a 367.000 en el 2006.<sup>37</sup>

Por otra parte, también los resultados del informe de que el Ecuador no es un país productor de drogas, y que sigue trabajando en estrecha colaboración con los EE.UU. y nuestros vecinos para reducir el tráfico de drogas ilícitas. El Presidente *Juan Manuel Santos* de Colombia agradeció públicamente los esfuerzos entre Ecuador y Colombia ante sus esfuerzos para asegurar la frontera norte-sur, un factor clave para reducir el tráfico de drogas en las Américas.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

Por último, el informe afirma que el Ecuador continúa cumpliendo con todos los criterios de elegibilidad del ATPDEA, entre ellos que el Gobierno “sigue participando en los casos pendientes de arbitraje internacional.” Estamos muy contentos de que este hallazgo confirma el compromiso total y completo de honrar nuestras obligaciones internacionales, a pesar de los intentos por grupos de interés independientes que promueven sus propios intereses personales al poner en duda este compromiso y los efectos mutuamente beneficiosos del ATPDEA. A través de esquemas como el ATPDEA y de otro tipo de cooperación bilateral, en conjunto con la cooperación de los ciudadanos de los EE.UU. y Ecuador, esperamos poder continuar con nuestros esfuerzos comunes para lograr nuestra meta de hacer de los Andes un área segura, pujante y de oportunidades para todos.<sup>38</sup>

En el caso de la no renovación del ATPDEA el país sufriría impactos económicos tanto en la producción interna así como en el monto de los flujos de comercio exterior, y también impactos sociales muy altos ya que se calcula que un 32% del empleo se vería afectado, lo que significaría una potencial pérdida de 48.000 empleos directos en los sectores productivos de rosas, atún y brócoli. La posible pérdida del principal mercado obliga a los productores a tomar medidas inmediatas para mantener dichas relaciones con el mercado americano, cabe recalcar que el gobierno deberá tomar cartas en el asunto, fomentando el diálogo con el Congreso de Estados Unidos y así extender las

preferencias a largo plazo, basándose en la buena aceptación que gozan los productos ecuatorianos en dicho mercado, ya que los mismos cumplen con altos estándares de calidad.<sup>39</sup>

## **2. Consecuencias económicas de la ruptura para Ecuador del ATPDEA**

La política comercial de un país se define en el sustento jurídico que el ordenamiento jurídico desde la propia Constitución hasta las normas inferiores configure con respecto a la actividad económica-mercantil. Las relaciones de producción y prestación de servicios adquieren un rol determinante en el funcionamiento del propio sistema económico diseñado. Por ende el comercio, como actividad, bien sea desarrollado por entes estatales, bien por sujetos mercantiles, asegura el desarrollo de tales relaciones económico-mercantiles. Este presupuesto adquiere mayor relevancia en el contexto de las actuales condiciones de la economía mundial, a partir de las prácticas comerciales cada vez con mayores niveles de incidencia extrafonteras, matizados por los propios efectos de la globalización neoliberal y la internacionalización del Comercio.

Por ende se precisa establecer regímenes jurídicos que legitimen las fórmulas comerciales entre los diversos sujetos del Derecho Internacional, y específicamente del Derecho Internacional Comercial. En ese orden de ideas, cada Estado debe potenciar a través

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

de los instrumentos internacionales, el establecimiento de garantías formales para el establecimiento de prácticas comerciales, coherentes con los propios fines y principios del sistema económico interno, y al mismo tiempo, conexos a la realización de la propia soberanía del Estado sobre los sectores aperturados al comercio internacional. Ante esta situación, tal y como comenta un espacio de difusión de un gremio mercantil en Ecuador: *“La realidad de Ecuador, sin acuerdos comerciales, es un mercado reducido que limita el crecimiento y progreso de la industria. El sector industrial debe aprovechar el mercado interno para proyectar su internacionalización, pero es necesario abrirse a mercados más amplios si queremos lograr la expansión a gran escala de nuestra producción”*<sup>40</sup>.

En este sentido, las uniones aduaneras históricamente han constituido bases jurídicas sólidas y suficientemente vinculantes para el desarrollo de relaciones comerciales internacionales, sobre todo entre sujetos mercantiles de los países productores primarios y los países de actividades en los sectores secundario y terciario y viceversa. En la actualidad, iniciado el año 2013, resulta necesario cuestionarse sobre los derroteros de las relaciones comerciales en Ecuador víspera al fin del término de vigencia pactado para el Acuerdo de Promoción Comercial Andino y Erradicación de Drogas (ATPDEA) por parte del gobierno del los Estados Unidos de América con el de Ecuador.

Adentrarse en las posibles consecuencia de tal suceso, convida al estudio reflexivo de sus efectos en la

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

economía nacional tanto de sujetos mercantiles como de los entes públicos que se benefician de los ingresos coactivos que tales prácticas comerciales generan.

## ***2.1 La inserción del Acuerdo de Promoción Comercial Andino y Erradicación de Drogas (ATPDEA) en el desarrollo de las relaciones mercantiles en Ecuador***

En el tema comercial en el Ecuador han existido grupos con gran influencia y poder de decisión dentro del país, estos han estado conformados por productores -exportadores que han constituido élites dentro del país. Así se aprecia que anteriormente los grupos más influyentes fueron los cacaoteros y los bananeros. En Ecuador las clases altas en la sociedad eran estratos heterogéneos de agro-exportadores, financistas, importadores y dueños de haciendas. Los agro-exportadores de la costa y los grupos claves financieros se encontraban en la ciudad de Guayaquil, en la sierra existían sistemas tradicionales de hacienda con su centro en la capital Quito, importadores y comerciantes eran parte de la élite económica de las dos ciudades.

Desde 1880 a 1920 la economía ecuatoriana se basó principalmente en las exportaciones de cacao, gracias a estas exportaciones se dio un boom exportador cuyos efectos económicos no se enfocaron solo en la costa sino que repercutió en toda la sociedad como un todo, afectando las relaciones entre las clases dominantes y subordinadas. En 1948 después de la II

Guerra Mundial, se dio un resurgimiento económico en Ecuador por medio del esfuerzo del estado e intereses de corporaciones multinacionales en la producción de nuevos productos agrícolas, de esta manera las bananas se convirtieron en la base de un nuevo bienestar agro exportador de la costa ecuatoriana con Luis Noboa como figura central. A la vez se aprecia que las exportaciones de cacao cambiaron, de enviarse un producto natural, se comenzó a enviar productos semi procesados como pasta, licor y manteca de cacao, lo que llevo a un dramático crecimiento de las exportaciones.

Al producirse esta expansión en las exportaciones se dio el surgimiento de la burguesía industrial en especial en Guayaquil. Durante la industrialización surgieron los grupos económicos en el Ecuador. Los intereses de estos industriales rápidamente se fusionaron con los de las corporaciones multinacionales. En la actualidad existen otros grupos de poder al interior del Ecuador en el tema comercial, que han conseguido ubicarse en posiciones centrales que antes ocuparon los cacaoteros y bananeros, algunos de estos grupos precisamente concentran gran cantidad de sus exportaciones hacia EE.UU y son beneficiados de las preferencias arancelarias andinas, como es el caso de lo grupos textileros, atuneros, floricultores, algunos exportadores de hortalizas como es el caso del brócoli, estos grupos poseen un gran poder al interior del Ecuador que les permite intervenir en las decisiones comerciales en especialmente en los temas que les son de particular interés.

La actividad comercial de Ecuador se inicia en la



década de los años 60, en un proceso de reactivación y urbanización como consecuencia de la aplicación de la reforma agraria y con la apertura de la venta de crudo (petróleo) a varios países del mundo. El ingreso de dinero al país fomentó la industria con capital interno y externo. Posteriormente en la década de los años 80, debido a la política estatal, se inició un descenso en el valor adquisitivo de la moneda (*el Sucre*), que alcanzó puntos alarmantes de desvalorización monetaria y determinó la crisis económica de los años 98 y 99. Ya en el año 2000 se estableció que el sistema monetario del país se manejase con la moneda del Dólar Estadounidense. El comercio de productos también sufrió una serie de problemas por la liquidación de muchas fábricas.

El mercado internacional tomó un nuevo sentido apoyado en los convenios bilaterales y multilaterales con países de los diferentes continentes del mundo y Ecuador firmó varios convenios para vender productos libres de aranceles. Esta actividad comercial les permitió a los usuarios disponer de los bienes producidos en el país o en el exterior. El comercio interno en Ecuador se realiza entre sus regiones y ciudades, y la actividad del comercio exterior abarca las exportaciones e importaciones.<sup>41</sup>

Para el Ecuador, la importancia del comercio es evidente. Actualmente cerca de un millón trescientas mil personas trabajan en actividades relacionadas al comercio (21% de la población ocupada) lo que la convierte en la segunda actividad generadora de empleo, superada únicamente por la agricultura

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

y ganadería. Por el lado de la producción, el valor agregado generado por las actividades comerciales tiene un peso relativo al Producto Interno Bruto (PIB) cercano al 15%, lo que es superado únicamente por el sector de servicios y la explotación petrolera. En la contribución de impuestos, el comercio también está a la vanguardia; es el sector que más contribuye a las cuentas fiscales y sí se consideran únicamente los impuestos internos (sin aranceles), el comercio es la segunda actividad con mayor importancia, superada apenas por la industria manufacturera.

En la firma del ATPDEA ha existido un grupo de sectores beneficiarios de estas preferencias arancelarias que han participado del proceso por el que se otorgaron y extendieron estas preferencias y de esta manera influyen en la forma en que se toman las decisiones en la agenda comercial ecuatoriana. Algunos de los grupos de exportadores que dirigen sus productos hacia Estados Unidos y que son beneficiarios de las preferencias arancelarias formaron un grupo de intervención el momento en que fueron otorgadas las ATPDEA en el 2001 y lo han hecho en las continuas renovaciones que se han dado, es importante recordar que no todos los beneficiarios de estas preferencias intervienen de este grupo. Estos grupos de poder se reúnen para proponer un frente conjunto, apoyados en el discurso que establecen sobre la relevancia para el Ecuador y para su comercio de las preferencias arancelarias andinas, en general han intentado tener un acercamiento hacia las autoridades gubernamentales de turno y establecer este discurso y así presionar para

lograr su objetivo, que el gobierno tome las decisiones que permitan conservar las preferencias arancelarias de esta manera establecen varias reuniones con las autoridades estatales, incluso si es posible con el Presidente de turno.

El dinamismo que ha mostrado que las exportaciones de flores, frutas y varias hortalizas hacia EEUU a raíz de la implementación de las preferencias ATPDEA, haya traído consigo un efecto multiplicador en la economía. La bonanza exportadora demanda mayores niveles de producción, lo cual implica un mayor uso de los factores de la producción (tierra, trabajo y capital), generando fuentes de empleo directos e indirectos y dinamizando la economía local de los sitios en los cuales se asienta la producción de estos bienes, siendo el caso en la provincia del Cotopaxi. El principal representante del comercio, es la centenaria Cámara de Comercio de Quito, la que ha consolidado su presencia en la sociedad ecuatoriana, posicionándose en la actualidad como el gremio productivo más grande del país con cerca de 17 000 socios entre grandes, medianos y pequeños empresarios, los cuales según información a la Superintendencia de Compañías tienen un peso relativo en las ventas totales del país cercano al 40% (alrededor de \$16 000 millones en 2005), legitimadas sus actividades por el Código de Comercio ecuatoriano y de otras normas adjetivas supletorias a la actividad del comercio.<sup>42</sup>

Hoy día la economía de Ecuador se señala como la octava más grande de América Latina después de las de economías de Brasil, México, Argentina, Colombia,

Venezuela, Perú y Chile. La economía ecuatoriana ha seguido presentado un robusto y continuado crecimiento en los últimos años, cultivando varios logros como no haber entrado en recesión durante la crisis económica global del 2009, a pesar de no tener una moneda propia circulando. A partir de 2007 se dio un cambio de timón en la política económica, pagando toda la deuda con el Fondo Monetario Internacional (FMI), y alejándose de sus imposiciones que limitaban el gasto público en el país. Era tal la obsecuencia a este organismo que tenía un piso entero dentro del Banco Central del Ecuador, desde donde monitoreaba la economía nacional, y ni si quiera pagaba arriendo por el uso de este local. Luego de la renegociación exitosa de la deuda externa, Ecuador ha concentrado sus esfuerzos en diversificar su matriz energética, pagar la enorme deuda social e incrementar la inversión pública en infraestructuras: hidroeléctricas, carreteras, aeropuertos, hospitales, colegios, etc.

Tales logros han estado condicionados por la adopción como parte de un grupo económico del Acuerdo de Promoción Comercial Andino y Erradicación de Drogas (ATPDEA). En consecuencia, sería necesario reflexionar acerca de *¿Cómo se inserta el Acuerdo de Promoción Comercial Andino y Erradicación de Drogas (ATPDEA) en el desarrollo de las relaciones mercantiles en Ecuador a partir del 2002?* El ATPDEA renovó y a la vez amplió las preferencias arancelarias que hasta fines del 2001 gozaban los países de la Comunidad Andina en el marco de la Ley de Preferencias Arancelarias Andinas (ATPA).

Cabe anotar que si bien el ATPDEA fue aprobado en agosto del 2002 y entró en vigencia en noviembre de ese mismo año, éste renovó de forma inmediata y de manera retroactiva los beneficios arancelarios a cerca de 6,000 productos beneficiados por el ATPA que habían vencido en diciembre del 2001. En ese orden, la ampliación de la lista de productos beneficiados<sup>43</sup> ofreció un espectro de apertura a las exportaciones de los sectores productivos nacionales primarios y secundarios.

Sin embargo, resulta valedero señalar para poder beneficiarse con las facilidades arancelarias otorgadas mediante el ATPDEA por EE.UU a Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia, resulta un requisito *sine qua non* el cumplimiento de cláusulas y condiciones de elegibilidad, entre las cuales figuran:

- Preservar el ordenamiento jurídico andino en las relaciones entre los Países Miembros de la Comunidad Andina,
- Tomar en cuenta las sensibilidades comerciales presentadas por los otros socios andinos, en las ofertas de liberación comercial y
- Mantener un apropiado intercambio de información y consultas en el desarrollo de las negociaciones, en un marco de transparencia y solidaridad.
- Realizar esfuerzos por erradicar el trabajo infantil;
- Apoyar la lucha contra el terrorismo y fomentar prácticas transparentes, competitivas y no discriminatorias por parte de los gobiernos de los países.

En igual sentido, toda vez estar disfrutando de las facilidades comerciales concedidas, el país puede perder los beneficios, de incurrir en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Nacionalización, expropiación o imposición de tributos u otras obligaciones, adquisición forzosa de la propiedad o toma del control de una empresa estadounidense.
- Adopción de una forma de gobierno contraria el modelo de economía de mercado que refrenda el propio Acuerdo Comercial.
- No reconocimiento o no procedencia del principio de buena fe frente a cualquier fallo arbitral a favor de uno o varios ciudadanos estadounidenses;
- Reconocimiento de un tratamiento especial de otro país o bloque desarrollado que pueda afectar los intereses estadounidenses.
- Violación de los derechos de propiedad intelectual a partir del actuar de una entidad gubernamental.
- No ser firmante de acuerdos sobre extradición de ciudadanos estadounidenses.
- No adoptar medidas para el reconocimiento de derechos laborales.
- No cumplir con los compromisos ante la Organización Mundial del Comercio, así como excluirse o limitar su participación en las negociaciones del ALCA.

Es importante resaltar que Ecuador en sus inicios no recibió la elegibilidad al ATPDEA debido a que mantenía controversias pendientes con empresas estadounidenses, en el sector de los hidrocarburos fundamentalmente. En la actualidad, a tenor del próximo término del Tratado a mediados en el presente año, sectores del Senado y el Congreso Estadounidense claman por no prorrogarlo por otro período en atención al presunto incumplimiento de las cláusulas relacionadas a la propiedad industrial y las políticas económicas contraproducentes con el propio modelo de desarrollo comercial que propugna el acuerdo de aduanas en cuestión.

Por que decimos esto, si hacemos un análisis de los requisitos para ser elegible para el ATPDEA por los Estados Unidos, han sido: que el país no sea comunista, que no se hubieran nacionalizado o expropiado propiedades de los ciudadanos estadounidenses, que no se hubiera anulado un acuerdo vigente o los derechos de Propiedad Intelectual de ciudadanos estadounidenses, que no hubiera establecido restricciones que limitaran la propiedad o el control de la misma. Que no se hubieran desconocido las decisiones de arbitraje a favor de ciudadanos estadounidenses. Que no hubiera otorgado preferencias a países que afectarán negativamente el comercio de los EE.UU.

Al menos fuera parte de un acuerdo que considerará la extradición de ciudadanos estadounidenses. Estuviese tomando pasos orientados a reconocer internacionalmente los derechos de los trabajadores. La eliminación de las peores formas de

trabajo infantil. La implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción. Apoyo a la lucha contra el terrorismo.

Cumplimiento de los compromisos ante la OMC, la participación activa en las negociaciones del ALCA, el contar con un régimen de compras gubernamentales a un acuerdo plurilateral de la OMC.

El grado de uso de subsidios a las exportaciones u otras medidas que distorsionaran el comercio. El cumplimiento con los criterios para obtener certificaciones en materia de narcóticos.

- *Se beneficiarán todos los productos agrícolas y manufacturados que cumplan con reglas de origen, como:* rosas, cortadas para ramos o adornos, frescas, atún en pouch, Gypsophila (*Gypsophila paniculata* L)(Lluvia, ilusión) cortados para ramos o adornos, frescos. Flores y capullos, excepto claveles, crisantemos, pompones y rosas, cortadas para adornos frescos, madera contrachapada constituida exclusivamente por hojas de madera de espesor unitario inferior o igual a 6 mm, excepto que tenga por lo menos una hoja externa de las maderas tropicales. Fregaderos, lavabos, pedestales de lavabos, bañeras, vides, inodoros, cisternas, urinarios y aparatos fijos similares, de cerámica, excepto de porcelana, para usos sanitarios, excepto de porcelana. Demás perfiles de aleaciones de aluminio, excepto perfiles huecos. Las piñas tropicales (ananás), frescas o secas. Mangos y mangostanes, frescos o secos.

Coliflores y brecoles (brócoli), frescos refrigerados. Artículos de joyería y sus partes, de otros metales preciosos, incluso revestidos o chapados de



metales preciosos, excepto de plata. Jugos de maracayá o parchita (*Pasiflora edulis*), sin fermentar y sin adición de alcohol, incluso con adición de azúcar u otro edulcorante.

Alcachofas (Alcauciles). Purés y Pastas. Calzas (panty medias), de punto, de fibras sintéticas con título de hilado a un cabo inferior a 67 dtex. Frijoles (fréjoles, porotos, alubias, judías) (*Vigna spp.*, *Phaseolus spp.*), desvainados, preparados o conservados (excepto en vinagre o en ácido acético), sin congelar.

Demás frutas y otros frutos (excepto fresas, frambuesas, zarzamoras, moras, moras-frambuesa y grosellas), sin cocer o cocidos en agua o vapor, congelados, sin adición de azúcar u otro edulcorante. Demás frutas u otros frutos y partes comestibles de plantas, preparados o conservados de otro modo, incluso con adición de azúcar u otro edulcorante o alcohol (excepto de frutos de cascar, de piñas, de agrios, de peras, de damasco, de cerezas peras, de damascos, de cerezas. Sardina en salsa de tomate.

A excepción de:

- *Los productos que están excluidos del tratamiento preferencial son:*

Textiles (hilados y tejidos) y confecciones con excepción de las prendas de vestir (las prendas de vestir sí se benefician),

Ron y Tafia (aguardiente de caña),

Azúcar, concentrados líquidos y productos que contengan azúcar (ejemplo: Almíbar, jarabes) excedidos de la cuota fijada.

Atún preparado o preservado por cualquier

medio en empaques al vacío (ejemplo: atún en conservas) con excepción del atún en papel aluminio o materiales flexibles.

Otros productos que no correspondan al sector agropecuario: calzado, guantes, equipaje y otras prendas de cuero, y relojes.<sup>44</sup>

Otro extremo a destacar en su instauración para las relaciones comerciales es el referente a la temporalidad. En el término de una década el tratado ha transitado por varios momentos de aprobación, ratificación o renovación; hecho que habla a las claras de las posturas del gobierno de los Estados Unidos, quien se abroga unilateralmente la facultad de extender su término de vigencia, teniendo en cuenta la propia finalidad del tratado como instrumento de transición hacia un acuerdo de “reciprocidad” comercial y aduanera sobre bases permanentes<sup>45</sup>. Resultará entonces de vital importancia estimar los posibles efectos negativos de una reducción en la actividad exportadora de los bienes en análisis.

Tal estimación la hacemos desde una perspectiva académica, que se documenta de rigurosas herramientas de análisis y, además, deberá ser validada de forma participativa con los actores afectados, quienes estudiarían las cifras obtenidas para luego discutir las; resultados sobre los cuales se aportaría en la construcción de las políticas recomendadas al final de la investigación para enfrentar escenarios adversos en el futuro. Este estudio intenta constituirse en un aporte en la construcción de la política comercial del Ecuador, ante la caducidad del término señalado para el mes de julio 2013.

## **2.2 Balance de las relaciones económico-mercantiles en el Ecuador ante la entrada a ATPDEA**

*¿Qué aportó el ATPDEA con respecto al ATPA para las relaciones económico-mercantiles en el Ecuador?* Partimos de que su principal objetivo de la Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de la Droga ATPDEA es promover un desarrollo económico amplio de los países beneficiados, en nuestra investigación el Ecuador desde una visión macro y la provincia del Cotopaxi en una dimensión micro.

Por lo que precisar el alcance de la preferencia arancelaria del ATPDEA implica la necesidad de partir de los propios elementos esenciales de la La Ley de Preferencias Arancelarias Andinas (ATPA). Su finalidad fue promover el desarrollo de los países ofreciendo un mayor acceso al mercado estadounidense, y estimular la inversión en sectores no tradicionales con el fin de diversificar la oferta exportable de los productos andinos, como mecanismo de combate a la producción, industrialización, comercialización y el embarque de drogas ilegales; partiendo de la compensación de los gastos en que incurrían los gobiernos de los países andinos para frenar el comercio ilícito de estupefacientes; promoviendo una iniciativa de desarrollo y fomento de cultivos alternativos a los ilícitos; imponiendo la égida del principio de responsabilidad compartida a partir del fortalecimiento de la economía legítima sobre

la cual el narcotráfico genera un impacto negativo. Mediante esta ley el Gobierno de los Estados Unidos liberó unilateralmente de impuestos de importación los productos provenientes de los países beneficiarios por un plazo de diez (10) años, del 4 de diciembre de 1991 hasta el 4 de diciembre del 2001. El Programa que entró en vigencia el de julio de 1992 en el Ecuador.

A través de la ATPA el intercambio comercial entre Ecuador y Estados Unidos se amplió debido a la liberalización arancelaria aparejada a las preferencias, diseñadas con el propósito de promover mejores alternativas comerciales al ilegal comercio de droga hacia los Estados Unidos, y contribuir al desarrollo y consolidación de las instituciones democráticas andinas. El ATPA concedía al Ecuador, y a los tres países andinos, la entrada libre de aranceles a las importaciones de alrededor de 5.600 sub partidas arancelarias.<sup>46</sup>

Después de haber ya vencido el ATPA fue sustituido por él; ATPDEA que no solo cambio de nombre sino que otorgó la posibilidad de que más productos se exportaran bajo este sistema, incrementando así la rentabilidad.<sup>47</sup>

El ATPA benefició a los empresarios mercantiles ecuatorianos, permitiéndoles la entrada al mercado americano alrededor de 5 500 productos textiles y confecciones, ciertas prendas y artículos de cuero, relojes y piezas de relojería, productos como el atún enlatado, el petróleo y sus derivados, el calzado, los guantes de piel, de caucho y de plástico, y licores como el ron y la tafia. Adicionalmente, se dispone de

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

la entrada libre de aranceles del azúcar, los almíbares y las melazas, conforme a los contingentes impuestos a estos productos. La renovación implicó la inclusión de criterios adicionales para convertirse en país beneficiario. Entre los nuevos requisitos se encuentran: el compromiso para cumplir con las obligaciones en el marco de la OMC, así como la disposición de participar en la negociación de tratados de libre comercio; garantizar los derechos internacionales de los trabajadores y todas las garantías obreras en el sector del comercio, en relación con las políticas de la OMC.

El ATPDEA incluyó 700 productos adicionales a los ya existentes. Bajo este sistema en total son aproximadamente 6.300 productos que obtienen preferencias arancelarias.

*¿Cuáles son los beneficios aportados por el ATPDEA en el desarrollo de las relaciones mercantiles en Ecuador?* Con el ATPDEA se incluyeron 700 nuevos productos entre los cuales se encuentran:

- Ingreso libre de aranceles a las prendas de vestir elaboradas con insumos regionales, hasta por un monto equivalente al 2%, en metros cuadrados, del total de prendas de vestir importadas por los EE.UU. del mundo, incrementándose cada año hasta llegar al 5% en el 2006 (en el 2001, las exportaciones de prendas de vestir de los cuatro países andinos beneficiarios representaron, en metros cuadrados, menos del 0.88%, lo que da la posibilidad al menos de duplicar las exporta-

ciones de dichos productos en el primer año de vigencia del programa).

- Ingreso libre de aranceles, sin limitación de cuota, a las prendas de vestir elaboradas con insumos de los EE.UU. (maquila).
- Ingreso libre de aranceles, sin limitación de cuota, a las prendas de vestir elaboradas con pelos finos de alpaca, llama y vicuña.
- Ingreso libre de aranceles, sin limitación de cuota, al atún envasado al vacío en empaques flexibles (“tuna pouches”, bolsas de aluminio por ejemplo). No recibe beneficios el atún en conserva.

Por otro lado, faculta al Presidente de los Estados Unidos al determinar el ingreso libre de aranceles a los siguientes productos si determina que ellos no son sensibles para su industria nacional, en el contexto de las importaciones de ese país provenientes de los países beneficiarios. Luego de dicho análisis, los siguientes productos pueden ingresar al mercado estadounidense sin el pago de aranceles.

- Calzado.
- Petróleo o algún producto derivado del petróleo.
- Relojes y partes de relojes y
- Carteras y maletines de mano, guantes de trabajo y confecciones de cuero.

*¿Qué productos no están incluidos dentro de la Ley?* El tratamiento preferencial arancelario NO se extiende a los siguientes productos:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

- Textiles (hilados y tejidos) y confecciones con excepción de las prendas de vestir (las prendas de vestir sí se benefician).
- Ron y Tafia (aguardiente de caña).
- Azúcar, concentrados líquidos y productos que contengan azúcar (ejemplo: almíbar, jarabes) excedidos de la cuota fijada.

El ATPDEA que expiraba el 29 de febrero de 2008 se prorrogó 10 meses y eso servirá como puente mientras entra en vigencia el nuevo Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, el cual ya fue aprobado por el Congreso de Colombia y, continúa su trámite ante el Congreso de los Estados Unidos. De esta manera, el ATPDEA tendrá vigencia hasta julio del año 2013, fecha en que expirará de no ser renovado nuevamente.

*¿Cómo ha sido el comportamiento de la balanza bilateral entre Ecuador y Estados Unidos desde que entró en vigencia el ATPDEA?* Según cifras de Proexport, en los últimos tres años las exportaciones de Ecuador a Estados Unidos han crecido en una tasa promedio anual del 20.25%, al pasar de 6.597 millones de dólares en el 2004, a 9.650 millones de dólares en el último año. Se debe tener en cuenta que dentro de estas cifras las exportaciones bajo ATPA – ATPDEA pasaron de 801 millones de dólares en el 2001 a 8.869,4 millones de dólares, según datos del ministerio de Comercio, Industria y Turismo. El petróleo se mantiene como el producto que más goza del beneficio, con ventas por 3.020,7 millones de dólares, durante noviembre de

2007. También se destacan las exportaciones de bienes como flores, confecciones, textiles, cuero y calzado.

*¿Qué beneficios traerá la prórroga del ATPDEA?* El objetivo de la prórroga es garantizar que los empresarios ecuatorianos puedan seguir exportando un grupo importante de sus productos sin pagar arancel, hasta el momento en que entre en vigencia el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. La extensión tan limitada del ATPDEA, preocupa, sin embargo, a los trabajadores y empresarios en Ecuador que no negociaron tratados de libre comercio (TLC), ya que la renovación y ampliación de las preferencias comerciales andinas del ATPDEA a la vez que enmienda y prorroga la vigencia de los beneficios unilaterales otorgados por los Estados Unidos, se presenta como una gran oportunidad para promulgar un mayor nivel de apertura comercial con Estados Unidos para darles permanencia a esos beneficios.<sup>48</sup>

EL ATPA otorgó un tratamiento libre de impuestos a las importaciones que cumplían con los requisitos establecidos para los países beneficiarios designados. Para algunos productos, el ingreso libre de impuestos se sujeta a ciertas condiciones adicionales a la reglamentación básica. La importación de azúcares y otros productos agrícolas, están sujetos a cuotas tarifarias o requisitos de seguridad alimentaria que son impuestos por los Estados Unidos. Frente a una posible no renovación de ATPDEA una alternativa que se propone es el establecimiento de medidas de compensación entendidas como: Compensaciones tributarias, líneas de crédito, búsqueda de nuevos mercados y otras.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.



**ATPA y el ATPDEA:** El primer acuerdo que se firmó fue el ATPA (Andean Trade Preference Act) Ley de Preferencias Arancelarias Andinas, que buscaba agilizar el comercio intra regional andino, al eliminar o colocar un arancel bajo a las mercancías que entran a los Estados Unidos. El ATPDEA (Andean Trade Promotion Drugs and Erradication Act) Ley de Promoción Comercial Andina y Erradicación de Drogas), es la extensión del antiguo ATPA, se le incluyeron nuevos productos que habían sido excluidos anteriormente y además se le agregó el componente de “erradicación de drogas”, pero, en esencia permite que las exportaciones de los países andinos (Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia) tengan preferencias de entrada en el mercado estadounidense por sus esfuerzos y apoyo en la erradicación de drogas (destrucción de cultivos, interdicción marítima y aérea, control de activos, etc.). De ahí, que los países andinos se esfuercen en tareas de lucha contra las drogas para lograr la famosa “Certificación”, que entre otras se le acaba de negar a Bolivia y a Venezuela.

En cuanto al TLC, son acuerdos mucho más amplios que se suscriben bilateralmente entre dos naciones (ejemplo Estados Unidos y Perú recién aprobado) o entre bloques económicos (Unión Europea- CAN) y permite que los estados que los suscriben tengan libertad en materia comercial, aduanera, flujo de capitales, inversiones, etc. Si bien es cierto que estos tratados son netamente comerciales. y se enmarcan dentro del proceso de globalización que vive el comercio mundial, también tienen otros

componentes como la propiedad intelectual, patentes, educación, que los vuelven muy polémicos en materia política.

### ***2.3 Consecuencias para el Ecuador de la no ratificación de ATPDEA***

¿Cuáles serían las consecuencias de una no ratificación del Acuerdo por parte de los Gobiernos de Estados Unidos y Ecuador?

*Consecuencias de su no ratificación*

- Económicas y sociales.

Del análisis preliminar efectuado se establece que los productos de mayor afectación por la no renovación del ATPDEA serían: Rosas, Brócoli, Atún, entre otros. En el caso de una eventual no renovación del ATPDEA las rosas deberían pagar una tasa arancelaria del 6.80% y a los otros tipos de flores como la gypsophila, los claves, etc, les corresponde una tasa del 6.40%. “El 70 % de nuestros productos no serán afectados” en caso de no renovarse el ATPDEA porque ingresan sin recibir esas preferencias como por ejemplo el banano, cacao, camarón y varios tipos de pescados, entre otros, indicó el ministro de Exteriores. “Lo que tenemos que hacer es definir juntos una estrategia para evitar que una decisión de no extensión del ATPDEA pueda afectar sensiblemente a nuestras exportaciones”, les dijo el canciller a los empresarios y exportadores presentes en el taller.

La idea del taller añadió es delinear una estrategia para solicitar a la oficina del representante

de Estados Unidos para el Comercio (USTR) incluir a la mayor cantidad en productos posibles en el corto plazo. Además, priorizar los productos que podrían estar afectados por una eventual no renovación de las preferencias para trabajar en su promoción, expresó el canciller “Tenemos que estar claros de que algún tipo de afectación vamos a tener, no podemos imaginarnos que todo va a estar perfectamente bien, igual”, comentó el ministro al señalar que tratarán “de que no haya afectación”.

De igual manera, el titular de la diplomacia ecuatoriana dijo que se debe trabajar en mejorar la competitividad de la oferta exportable. La estrategia que prevén también contempla el trabajo en el diseño de un nuevo programa de preferencias, indicó Patiño al anunciar que se reabrirá el mecanismo de consultas diplomáticas con Estados Unidos. Por otro lado Nathaly Cely destacó que aún queda un año para la fecha del vencimiento de las preferencias, pero comentó que hay “que correr” en la elaboración de estrategias para afrontar una eventual no renovación del ATPDEA<sup>49</sup>. Estados Unidos continúa siendo el principal mercado de destino para las exportaciones ecuatorianas.

De acuerdo con los datos del Banco Central del Ecuador, en 2010 las ventas hacia ese Estados Unidos alcanzaron 6.046 millones de dólares equivalentes al 34,57% de las exportaciones totales. De ese total 73% correspondió a exportaciones petroleras (4.403 millones de dólares) mientras que el 27% restante fueron exportaciones no petroleras (1.643 millones de dólares). De estas últimas los principales rubros de

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.

exportación correspondieron a banano (423 millones de dólares), camarones (353 millones de dólares), flores naturales (253 millones de dólares) y pescado (88 millones de dólares). Las exportaciones ecuatorianas hacia Estados Unidos se benefician de un tratamiento preferencial de ingreso otorgado básicamente por el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) y por el Acuerdo de Promoción Comercial Andino y Erradicación de Drogas (ATPA, ATPDEA).

En el marco de la pérdida del ATPDEA se deberá considerar quiénes son nuestros competidores, los separamos en dos grupos: el primero corresponde a los que gozan de una preferencia e ingresan con arancel 0% como es el caso de Colombia que es nuestro principal competidor y que en el último año exportó 189 millones de dólares según datos de los Estados Unidos, otros países que ingresan con arancel 0% son México, Guatemala, Costa Rica y Kenia entre otros. Y el segundo grupo que corresponde a aquellos países que no tienen ninguna preferencia como es el caso de Holanda que exportó 1 millón de dólares pagando el arancel del 6.80%. Hay también que considerar que los países que podrían sustituir nuestras exportaciones son los sudamericanos y centroamericanos que firmarían TLC's con Estados Unidos, como Perú, Colombia, Costa Rica, etc.

Son tres países que concentran el 59% de las exportaciones mundiales de flores frescas y estos son: Colombia es el primer exportador mundial con 191 mil TM, seguida de Ecuador con 95 mil TM y Kenya 81 mil TM. Las compras mundiales se concentran en: Reino

Unido, Alemania, Estados Unidos, Francia y Holanda quienes concentran aproximadamente el 36% total de las importaciones. Hay que invertir en la tecnificación en tecnología de última generación como es el caso de invernaderos inteligentes, riego por computadora y proceso de post cosecha. En la semitecnificada utilizan tecnología manual y electrónica para los métodos de aplicación, tanto para riego, fumigación y procesos de post cosecha. No aportando los dividendos que son necesarios para ser competitivos.

#### ***2.4 Retos del comercio exterior del Ecuador ante la no renovación o ratificación del ATPDEA en julio del 2013***

¿Cuáles serán los nuevos retos en el comercio ecuatoriano? Las flores ecuatorianas tienen hoy como principal mercado a Estados Unidos, de concluir el tratado, deberán incrementar el nivel de las ventas en diferentes países de Europa, principalmente en Holanda y Rusia, mercados ya conocidos y explorados, con mayor número de ventas representativas de ese continente. Y en la zona de Asia explorar este mercado, donde aun la participación es muy marginal, aplicándose los términos FOB y CIF<sup>50</sup>. Se considera que la flor es el principal rubro de exportación no tradicional ecuatoriano que se beneficia del ATPDEA, éste sería el sector más perjudicado con pérdida de éstas preferencias arancelarias. Destacándose la provincia del Cotopaxi. Continuar potenciando el trabajo de marketing y ventas a través de la Corporación para la

Promoción de las Exportaciones (CORPEI), ya que se está implementando un proyecto que permita elevar el nivel de exportaciones hacia los países nórdicos y bálticos; la idea es incrementar, durante el presente y próximos años, un 70% de las exportaciones a esos sitios y que las flores lleguen directamente a Suecia, pues históricamente han ingresado por Holanda y desde ahí se distribuyen a los demás países. Muy codiciadas en el día de la celebración del San Valentín.

Ecuador ha sido considerado como un país tradicionalmente pesquero, gracias a la bondad de las aguas del Océano Pacífico. El Ecuador da el salto de la pesca artesanal a la pesca de altura, razón por la cual se crean los primeros instrumentos legales que norman el sector. Por su sabor, frescura y consistencia, el atún ecuatoriano ha logrado calar en las preferencias del mercado exterior a tal punto que se ha convertido en un producto con marca país, y ha empujado el desarrollo económico de Manta, De hecho, el 90% de la economía mantense se sustenta en la pesca industrial y artesanal. Es así como empieza a consolidarse esta industria en el país, entrando a la competencia por los mercados externos contra países como Tailandia, Filipinas, Indonesia, Costa de Marfil, España, Taiwán y Estados Unidos. En los actuales momentos, la industria procesadora de atún en el Ecuador se ha posicionado como la más importante de la costa del Pacífico Este (junto con México), y una de las más importantes a nivel mundial.

En el sector del brócoli en el Ecuador, cultiva un producto de excelentes características, según

APROFEL, debido a factores tales como: condiciones ambientales, prácticas agrícolas basadas en las exigencias del mercado mundial, y, el corte de tallos a mano. Su alto contenido en vitaminas y minerales, además de ser rico en hidratos de carbono y proteínas, lo han llevado a ser objeto de investigaciones científicas que han demostrado ser muy efectivo en la prevención contra el cáncer. De ahí que es muy requerido en los mercados internacionales, principalmente en países desarrollados. Las provincias más representativas en el cultivo de ésta hortaliza son: Cotopaxi, con una representatividad en el ámbito nacional del 68%, Pichincha con un 16%, y el restante 16% esta repartido entre las provincias que años han crecido en cuanto a su producción así tenemos a: Chimborazo, Imbabura, Carchi, Cañar y Azuay. Dentro del portafolio de países demandantes del brócoli ecuatoriano se destacan Estados Unidos y la Unión Europea, según datos del Ministerio de Agricultura, por lo que este cultivo hay que seguir fomentándolo, buscando nuevos mercados, de los ya explotados como son los Estados Unidos, Alemania, Holanda (Países Bajos), Japón y Suecia como principales destinos actuales de las exportaciones ecuatorianas de brócoli.<sup>51</sup>

Ecuador ante la posible no renovación del ATPDEA, donde se verán afectadas las empresas de rosas, atún y brócoli por el incremento de aranceles en su ingreso a Estados Unidos, las cuales emplean aproximadamente a 150.000 trabajadores; se calcula que un 32% del empleo se vería afectado por la no renovación del tratado comercial, lo que significaría

una potencial pérdida de 48.000 empleos directos en los sectores productivos de rosas, atún y brócoli, lo que generaría impactos sociales muy alto. Por lo que se verá obligado a usar estrategias para revertir la posible situación que se avecina en este año 2013, permitiendo un mayor acceso a financiamiento en materia crediticia por parte del sector bancario, que permitan aplicar las siguiente condicionantes:

- Líneas de créditos especiales para las empresas de los sectores potencialmente afectados que establezcan tasas preferenciales de interés. En relación con una propuesta de medidas para el sector en el ámbito financiero, entre las que podrán destacarse: líneas de crédito de la Corporación Financiera Nacional para el sector a corto plazo y tasas de interés competitivas, ejecutar la política de seguros de exportación. Propugnar las líneas de crédito de las facturas internacionales que tienen los floricultores con sus clientes. Coordinar con el fondo de factoring del Centro de Inteligencia Comercial (CORPEI).<sup>52</sup>
- Acción concertada de los sectores involucrados, las autoridades financieras del Gobierno y las entidades financieras del país para establecer mecanismos que permitan el acceso al crédito mediante desarrollo de alternativas de garantía, en función de los flujos del negocio antes que garantías reales; para tal efecto podrían examinarse mecanismos como factoring, el mismo que comprende servicios como tasas de interés más

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Año XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Efectos de la Ley de preferencias comerciales andinas y erradicación de la droga (ATPDEA)  
para el comercio exterior Ecuatoriano en la primera década del siglo XXI - pp. 127-208  
MOPOSITA N. L. S. / SÁNCHEZ A. F. A. / PARRA E. S. / SÁNCHEZ A. R.



bajas, alrededor del 2% del monto total, no hay requerimientos mínimos de volumen para realizar las transacciones, calificación fácil para el acceso de crédito para la pequeña y mediana industria, fideicomisos, etc. como garantías alternativas y/o suplementarias.

- Gestión concertada a fin de incorporar a los sectores objeto de este trabajo, como sujetos de crédito eliminando los elementos restrictivos existentes en cuanto al análisis de riesgo.
- Trazar estrategias para disminuir el coste del transporte, ya que la tendencia se ha incrementado a lo largo de los años llegando en más del 30% su costo. A modo de ejemplo las tarifas aéreas a Miami en el mismo período son 1.15 dólares el kilo en el 2002, pasa a 1.40 dólares el kilo en los años siguientes. Ecuador se encuentra actualmente servido únicamente por 6 aerolíneas de carga y por 12 aerolíneas de pasajeros según datos de la Dirección de Aviación Civil (DAC).
- El sector florícola necesita incrementar su productividad, y en especial la del trabajador agrícola que es fundamental para la calidad y costo de la flor producida y exportada. Por lo que será necesario invertir en capacitación.
- Identificar nuevos mercados alternativos para productos como rosas, atún y brócoli, también es importante para suplir la pérdida del mercado americano. Como Argentina, Brasil, Uruguay, Cuba, Paraguay.
- Ecuador tiene Acuerdos en el marco de ALADI, se

podría aprovechar la liberación de aranceles que tienen dichos Acuerdos para orientar las exportaciones de dichos productos. Cabe recalcar que para Cuba se exportaría Atún y Brócoli ya que en la moría de casos ellos importan solo alimentos.

- Adoptar medidas de compensación tributaria están orientadas a enfrentar coyunturalmente los impactos directos en el campo financiero de las empresas, que deberán asumir en forma total o parcial la pérdida de las preferencias arancelarias en Estados Unidos.

## Conclusión

Las renovaciones de la ATPA-1992 y ATPDEA-2002, con la entrada libre de 5.600 productos con la primera ley y 700 adicionales con la segunda, está última prorrogada por cinco ocasiones: hasta junio 2007, en febrero y diciembre del 2008, diciembre de 2009, 2010, 2011 y la última hasta julio 2013, evidencian disposición política del Ecuador hacia la prolongación de las preferencias arancelarias, motivada por el grado de interdependencia de mercados creados y la disposición política de Estados Unidos de seguir concediéndolas.

Los tratados ATPA-ATPDEA se han convertido en el eje de crecimiento de la economía ecuatoriana. Desde el año 2000, una vez superado el período de crisis económica más compleja que ha atravesado el Ecuador, el comercio hacia el mercado estadounidense creció como nunca antes.

Los sectores agrícolas beneficiados del acceso preferencial a Estados Unidos representan un peso importante para la economía nacional. No obstante, el ATPDEA no es el único mecanismo de acceso preferencial al mercado estadounidense, paralelamente se encuentran el SGP y las concesiones otorgadas por Estados Unidos, mediante el Acuerdo de Agricultura de la OMC bajo el principio de nación más favorecida.

Para que exista un crecimiento sostenido de los sectores exportadores el Gobierno debe negociar acuerdos comerciales con los países que demandan la producción de los sectores y que a su vez oferten los requerimientos de éstos, como la Unión Europea, Rusia, Japón, etc.; por tanto, el Ecuador debe procurar acuerdos con estos países para garantizar el acceso preferencial de los productos ecuatorianos, particularmente de los sectores florícola, atunero y textil, a largo plazo, enmarcados en una normativa que clara que genera un ambiente de certidumbre y seguridad para los negocios y las inversiones futuras.

## Notas

- <sup>1</sup> Confrontar en el sitio digital <http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/eeuu-renovo-el-atpdea-para-ecuador-hasta-el-2013.html>. Consultado el 7 de enero 2013.
- <sup>2</sup> Confrontar en la página digital [www.google.com.preferenciascomercialimpactoeconomicasaenpaisessandinos](http://www.google.com.preferenciascomercialimpactoeconomicasaenpaisessandinos). Consultado en Fecha 27 de noviembre 2012.
- <sup>3</sup> Confrontar en la página [www.google.com.preferenciascomercialimpactoeconomicasaenpaisessandinos](http://www.google.com.preferenciascomercialimpactoeconomicasaenpaisessandinos). Consultado en Fecha 27 de noviembre 2012.

- 4 Confrontar en la página [www.google.com.preferenciascomercialimpactoeconomicesaenpaisandinos](http://www.google.com.preferenciascomercialimpactoeconomicesaenpaisandinos). Consultado en Fecha 27 de noviembre 2012.
- 5 Confrontar en la página [www.google.com.preferenciascomercialimpactoeconomicesaenpaisandinos](http://www.google.com.preferenciascomercialimpactoeconomicesaenpaisandinos). Consultado en Fecha 27 de noviembre 2012.
- 6 Confrontar en la página [www.google.com.elmercuriolaeleliminacionde-atpdea-5-ventaseeuu.com](http://www.google.com.elmercuriolaeleliminacionde-atpdea-5-ventaseeuu.com). Consultado en fecha 27 de noviembre 2012.
- 7 Confrontar en [www.cotopaxinoticias.com/seccion.aspx?sid=11&nid+2600](http://www.cotopaxinoticias.com/seccion.aspx?sid=11&nid+2600). Consultado en fecha 27 de noviembre del 2012.
- 8 Confrontar la página digital Ecuador una visión para el mundo. <http://www.comercioexterior.ub.es/fpais/ecuador/contenidoactividadesecon.htm>. Consultado en fecha 24 de diciembre de 2012.
- 9 Confrontar en la página digital <http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/eeuu-renovo-el-atpdea-para-ecuador-hasta-el-2013.html> Consultada el 7 de enero 2013.
- 10 Sobre este tema confrontar el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, donde se expone la enumeración de las fuentes que integran al Derecho Internacional Público. Estatuto de la CIJ (consultado el 1.4.2010). Disponible la consulta en el sitio <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>.
- 11 Arrijo Vizcaíno Adolfo. Derecho Fiscal, Décima Octava Edición, Editorial Themis, confrontar la pág. 69.
- 12 Díez de Velasco. Instituciones del Derecho Internacional Público, Tomo I, Novena Edición. Editorial Tecnos, S.A, Madrid, 1991. Confrontar la pág. 124.
- 13 Barberis, Julio, *Formación del Derecho Internacional*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1994
- 14 Benadava, Santiago, *Derecho Internacional Público*, 4ª Ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993
- 15 Artículo 2.1 de la Convención de Viena de 1969: Se entiende por tratado “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.
- 16 Artículo 2.1 de la Convención de Viena de 1986. Para los efectos de la presente Convención se entiende por tratado “un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un ins-

trumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

- 17 González Campos J, Sánchez Rodríguez L, Sáenz de Santa María P. Curso de Derecho Internacional Público, Sexta Edición, Editorial Civitas S.A, España, 1998. Confrontar la pág. 173.
- 18 Puente Egido J. Lecciones de Derecho Internacional Público. Vol. I, editorial Dykinson S.L, Madrid, 1992. Confrontar la Pág. 175.
- 19 D Estéfano Pisani, Miguel A. Derecho de Tratados. Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986. República de Cuba. Confrontar las págs.7 y 8
- 20 González Campos J, Sánchez Rodríguez L, Sáenz de Santa María P, Ob. Cit., confrontar la pág. 173. Puente Egido J. Ob. Cit., confrontar la pág. 175.
- 21 Confrontar artículo sobre los Tratados internacionales y la integración comunitaria. Publicado en monografias.com, en fecha 7 de enero de 2012. Autora: SANTANELLA, Carla. Donde se hacen definiciones sobre la Convención de Viena y su relación con los tratados en materia comercial. “La Geopolítica “<http://es.wikipedia.org/wiki/Geopol%C3%ADtica>.
- 22 En un intento de clasificación encontramos definiciones que consideran a la reserva un acto bilateral o multilateral y las que la consideran un acto unilateral, otro intento distinguiría aquellas que consideran como tales sólo las reservas que se refieran a cláusulas sustantivas del tratado, de las que por el contrario, estiman que sólo pueden ser consideradas como tales las que se formulan a cláusulas no sustantivas. Estas cuestiones serán desarrolladas en próximos epígrafes. Podesta Costa, L. A y Ruda, J.M. Ob. Cit., pág. 45.
- 23 Entre los autores citados se encuentran: Díez de Velasco Manuel, Ob. Cit. p. 143; D Estéfano Pisani, Miguel, Ob. Cit. pág. 32; Podesta Costa y Ruda, Ob. Cit. Pág. 46.
- 24 Convención de Viena de 1969, artículo 2, inciso d.
- 25 Según el artículo 2.1 inciso d), de la Convención de Viena de 1986, la reserva significa: “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estados o a esa organización”
- 26 Carrillo Salcedo, Juan. Curso de Derecho Internacional Público: Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones. Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1994. pág. 109-112.

- <sup>27</sup> Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.
- <sup>28</sup> Confrontar el trabajo de tesis de pregrado Licenciatura en Ciencias Jurídicas. Autora: Velázquez Borges, Sudis María. Carrera Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. 2010. República de Cuba. Disponible el texto en la Biblioteca de la Universidad de Granma. República de Cuba. La cuál aborda en su primer capítulo el Derecho de Tratados, como una sub rama del Derecho Internacional Público.
- <sup>29</sup> Confrontado el artículo sobre los Tratados internacionales y la integración comunitaria. Publicado en monografías.com, en fecha 7 de enero de 2012. Autora: SANTANELLA, Carla. Donde se hacen definiciones sobre la Convención de Viena y su relación con los tratados en materia comercial. “La Geopolítica “<http://es.wikipedia.org/wiki/Geopol%C3%ADtica>. <http://es.wikipedia.org/wiki/Convenio>.
- <sup>30</sup> Confrontar la página El ciudadano. <http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/eeuu-renovo-el-atpdea-para-ecuador-hasta-el-2013.html>. 7 de enero 2013. <http://www.telegrafo.com.ec/actualidad/item/atpdea-sigue-proporcionando-importantes-beneficios-para-ecuador.html> 7/01/2013. Donde se recoge la noticia sobre la renovación o ratificación del ATPDEA por los Estados Unidos hasta el mes de julio del año 2013. Y la comunicación que le fue dada a conocer al gremio de comerciantes y a la nación sobre el tema, por parte de la Ministra Ecuatoriana Nathalie Cely.
- <sup>31</sup> Confrontar la página web, <http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/eeuu-renovo-el-atpdea-para-ecuador-hasta-el-2013.html>. <http://ictsd.org/i/news/puentesquincenal/115949/Consultada> 7 de enero 2013. Donde representantes del sector exportador y la embajadora del Ecuador en Estados Unidos, Nathalie Cely, identificaron como los productos más sensibles, si no se renueva el beneficio, al atún pouch (funda), las rosas, la alcachofa, las medias de nailon y el brócoli. “El reto está en trabajar en varios ámbitos a la misma vez sin descuidar el corto plazo del vencimiento”, dijo Cely. <http://www.misfinanza-senlinea.com/noticias/20120711/ecuador-ultima-plan-b-si-eeuu-no-renueva-el-atpdea>.
- <sup>32</sup> Robayo, Leopoldo (2005) “Relaciones Ecuador – Estados Unidos: Presidencia de Rodrigo Borja” en Las relaciones Ecuador – Estados Unidos (1979 -2004) Quito: FLACSO, CEI, ABYA-YALA, AFESE, pág. 102. Leopoldo Robayo asegura que EEUU no había aceptado su responsabili-

dad en el problema, es decir desde la demanda (consumo) (2005) “Relaciones Ecuador – Estados Unidos: Presidencia de Rodrigo Borja” en Las relaciones Ecuador – Estados Unidos (1979-2004) Quito: FLACSO, CEI, ABYA-YALA, AFESE, pág. 102

- <sup>33</sup> Barreiro, Katalina (2002) “La agenda de política exterior Ecuador – Estados Unidos” en Orfeo en el Infierno. Quito: FLACSO, pág. 255
- <sup>34</sup> Consultar la tesis de maestría en relaciones internacionales. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador. Tema: EL ATPDEA Y SU INCIDENCIA EN LA ECONOMÍA ECUATORIANA, 1992-2008: UN BALANCE. Autora: Gómez Salvador, María Augusta. Donde la autora hace alusión al ATPDEA, sus orígenes, consecuencias negativas y positivas desde su firma para la Comunidad Andina, con referencia especial para Ecuador como país firmante del tratado comercial, con un análisis comercial y económico, visto además desde una dimensión social y política.
- <sup>35</sup> Institución del Ecuador, que se dedica a compilar datos estadísticos que le sirven a la nación para implementar políticas de corte social, en este caso las relacionadas con la actividad del comercio exterior.
- La economía de Ecuador desde 2007 de Center for Economic and Policy Research, 15 octubre 2012 Disponible su confrontación en la página [http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Economía\\_de\\_Ecuador&oldid=61252515](http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Economía_de_Ecuador&oldid=61252515)»
- <sup>36</sup> Confrontar la página web del Instituto Nacional de Estadísticas y Censo. Ecuador. Disponible en [www.inec.ec](http://www.inec.ec). Consultada en fecha 26 de diciembre 2012.
- <sup>37</sup> Umaña Mendoza, Darío Germán y autores. Los regímenes preferenciales con los Estados Unidos. El ATPA y el ATPDEA. Análisis de comportamiento para Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú. Consejo Consultivo Laboral Andino. Comunidad Andina. Programa Laboral de Desarrollo. Lima. Junio 2004. Los autores en su informe hacen un análisis económico laboral sobre el ATPA y el ATPDEA, en relación con las políticas de empleo, su incremento, el modelo de crecimiento económico, desde una arista social. Con análisis estadísticos de la actual situación, en particular para el Ecuador.
- <sup>38</sup> Confrontar en el sitio digital <http://www.telegrafo.com.ec/actualidad/item/atpdea-sigue-proporcionando-importantes-beneficios-para-ecuador.html> Consultado el 7/01/2013
- <sup>39</sup> De no renovarse la ATPDEA no solamente estaremos perdiendo el mercado estadounidense, también provocaría que las empresas norteamericanas instaladas en el Ecuador no podrían emplear materia

prima ecuatoriana para terminar sus productos, y no podrán exportar a los Estados Unidos. Entre los que se pueden destacar la pérdida de plazas de trabajo y cierre de industrias, reducción de las exportaciones a EEUU, · incremento de las migraciones, paralización del sector agrícola; entre otras. Que originaría causalmente Dicha pérdida de las preferencias arancelarias implica mucho más que los 30 millones de dólares que pagarían por concepto aranceles las exportaciones ecuatorianas para llegar al mercado de EEUU, porque habría un impacto socioeconómico difícil de cuantificar, si lo valoráramos en toda su dimensión social. Tesis en ingeniería del comercio exterior e integración. Facultad de Ciencias Económicas y Negocios. Escuela de Comercio exterior e Integración. Universidad Tecnológica Equinocial. Quito. Ecuador. 2008. Autora: Cerón Salgado, María Belén.

<sup>40</sup> ASOCIACIÓN DE INDUSTRIALES TEXTILES DEL ECUADOR, Ecuador y los Acuerdos Comerciales, Boletín Mensual 06, 12 de julio de 2010, disponible en [www.aite.com.ec](http://www.aite.com.ec)

<sup>41</sup> Ídem número 38.

<sup>42</sup> Consultar la Revista del Archivo Histórico del Guayas. Diciembre (1980). No. 18. Ecuador. Estudio sobre el Guayaquil Colonial. Laviana Cuetos, María Luisa. Colección Guayaquil y el Río. Archivo Histórico del Guayas. 1999.

<sup>43</sup> La modificación incluyó prendas de vestir elaboradas con insumos propios de la región, con insumos estadounidenses, prendas elaboradas con pelos finos de alpaca, Llama y Vicuña, y de atún envasado al vacío en empaques flexibles. Cabe anotar que mientras las prendas confeccionadas con insumos de la región están sujetas a una cuota que se incrementa de 2% de las importaciones de EEUU (en metros cuadrados) en el 2002 hasta 5% en el 2006 (0.75 puntos porcentuales de aumento cada año); los otros rubros, anteriormente mencionados, no tienen ninguna restricción cuantitativa. Cfr. DÍAZ, Guillermo y NANO, Pablo, "ATPDEA, Evaluación y Perspectivas", Reporte Especial, Banco Weis Sudamis, 2004, pág. 2.

<sup>44</sup> Confrontado de Fuente: ATPDEA Serie: Documentos Técnico CORPEI, N° 2. Ecuador.

<sup>45</sup> Al expirar la ATPA el 4 de diciembre de 2001, el Gobierno de Estados Unidos modifica dicha Ley y crea la Ley de Preferencias Comerciales Andinas y Erradicación de la Droga, ATPDEA, Andean Trade Promotion and Drug Eradication Act, con una vigencia inicial hasta el 31 de diciembre del 2006. Esta Ley se dictó el 6 de agosto del 2002 y concedió beneficios en forma retroactiva a partir de la expiración



de la antigua ley vigente (De Miguel, Durán, Schuschny: 2001, 15). En la Proclama Presidencial 7616 del 31 de octubre de 2002, el presidente de Estados Unidos, George H. W. Bush, designó a los cuatro países beneficiarios de la ATPA, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, como países beneficiarios de la ATPDEA (Embajada de Estados Unidos en Ecuador, 2005). La renovación de las preferencias arancelarias hasta el 31 de diciembre de 2006 establecidas mediante la ATPA, la efectuó el Congreso de Estados Unidos a través de la promulgación de la ATPDEA considerando que desde la promulgación de la ATPA, en 1991, el comercio bilateral se había duplicado hacia el 2001, desde Estados Unidos como fuente principal de las importaciones y el mercado líder de exportación para los países andinos beneficiarios, situación que implicaría el incremento de puestos de trabajo (Department of Commerce, ATPDEA, 2007: Sección 3102 En el informe se demuestra que la ATPA continúa alcanzando esta meta. Más aún, Estados Unidos es la fuente principal de importaciones y el principal mercado de exportaciones para cada uno de los países beneficiarios de ATPA/ATPDEA. Por lo tanto, se concluye que las preferencias arancelarias han beneficiado al comercio tanto de la región andina como al de Estados Unidos (Embajada de Estados Unidos en Ecuador, 2005). Por estas razones y pese a que la vigencia de esta Ley concluía el 31 de diciembre de 2006, como ya se mencionó, luego de esa fecha la ATPDEA ha sido prorrogada por cinco ocasiones. La primera, por un período de 6 meses, hasta junio de 2007, la segunda, por un período de 8 meses adicionales hasta febrero de 2008, la tercera hasta finales de diciembre de 2008, la cuarta por un año hasta diciembre de 2009 y la última por un año adicional hasta diciembre de 2010. GÓMEZ SALVADOR, María Augusta, ob., cit., págs 7-8

<sup>46</sup> De Miguel, Carlos J., Durán L., José E., Schuschny, Andrés R. Febrero, "Acuerdos de libre comercio entre los países andinos y los Estados Unidos: ¿Cuánto se puede esperar de ellos?". CEPAL. SERIE: Comercio Internacional 77. Santiago de Chile. 2007. Departamento de Estado de Estados Unidos. Programas de Información Internacional. "Política de los Estados Unidos con respecto a la región andina", 17 de mayo de 2001. [www.usinfo.state.gov/espanol/ari/010517.htm](http://www.usinfo.state.gov/espanol/ari/010517.htm) [Consultada el 17 de enero del 2008]

<sup>47</sup> Ídem número 45.

<sup>48</sup> Fuente: Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de la Droga (ATPDEA) Serie: Documentos Técnico CORPEI, N° 2. Ecuador.

<sup>49</sup> Cfr. Ecuador busca estrategias si Estados Unidos no renueva el Atpdea

<http://www.eluniverso.com/2012/07/11/1/1356/ecuador-busca-es-trategias-eeuu-renueva-atpdea.html>, consultado en fecha 10 de enero de 2013.

KING MANTILLA, Katuska, CÁRATE, Édison y PROAÑO, María Belén, “Costo Arancelario de la no renovación del ATPDEA para Ecuador”, Documentos de Trabajo 02, Ministerio de la Coordinación de la Política Económica, junio, 2011, disponible en <http://www.mcpe.gob.ec>, consultado en fecha 17 de diciembre de 2012, 1:00 pm.

- <sup>50</sup> Confrontar los INCOTERMS. (Términos Internacionales del Comercio). 2012. Organización Mundial de Comercio.
- <sup>51</sup> Consultar el documento de Carate, Edison y autores. Costo Arancelario de la no renovación del ATPDEA para Ecuador. Documentos de Trabajo. Ministerio de Coordinación de la política económica. Quito. Ecuador. Número 2 de junio del 2011.
- <sup>52</sup> Gómez Salvador, María Augusta. Tesis de maestría en relaciones internacionales. El ATPDEA y su incidencia en la economía ecuatoriana. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. FLACSO. Quito. Ecuador. Junio. 2010.

## Referencias

- ACCIÓN ECOLÓGICA. **Las Flores del mal: las floricultoras y su crecimiento acelerado**. Alerta No. 88. Ecuador. Marzo. 2010.
- ARIAS, Diana. **Historia del sistema tributario Ecuatoriano**. Departamento de estudios tributarios. Centro de estudios fiscales. Ecuador. 2011. Varios, Historia del sistema tributario (2008), pág.: 85. Disponible por CEF: [http://cef.sri.gov.ec/virtualcef/file.php/1/Publicaciones/F03092011/fiscalidad2/fiscalidadphp/fiscalidad2\\_4.html](http://cef.sri.gov.ec/virtualcef/file.php/1/Publicaciones/F03092011/fiscalidad2/fiscalidadphp/fiscalidad2_4.html)
- AGENCIA DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES MANABÍ. APRIM. **Informe de Pesca proporcionado. Potencialidades, restricciones y estrategias para el desarrollo económico de la provincia de Manabí**. Sector Pesca y Acuicultura. Junio, 2011.
- ASTORGA RODRIGO, Uriel. **La Aprobación de los tratados en el Derecho Internacional Público**, 2006 (consultado el 5 de febrero del 2010). Disponible en Internet: <http://www.wikilearning.com>.
- ANDRADE, Pablo. **La era neoliberal y el proyecto republicano. La creación del Estado en el Ecuador contemporáneo: 1992-2006**. Biblioteca de Ciencias Sociales. Volumen 67. Corporación Editora Nacional. Corporación Editora Nacional. Ecuador. 2011.

- BANCO WIESE SUDAMERIS. Grupo ITESAbci. Reporte especial. ATP-DEA. Sentando las bases para el ALCA. Departamento de estudios económicos. 2002.
- BAQUERO, Marco y Fernández, Gabriela. **Exclusión del Ecuador de las Preferencias Arancelarias Andinas Extendidas (ATPDEA)**. Apuntes de Economía. Dirección General de Estudios. Octubre, 2012.
- BARREIRO, Katalina. **La agenda de Política Exterior Ecuador – Estados Unidos**. En “Orfeo en el infierno. Una Agenda de Política Exterior Ecuatoriana” Adrián Bonilla ed. FLACSO – CAF - Academia Diplomática. Quito. 2012.
- BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. **Filosofía del Derecho Internacional**. Universidad Autónoma de México, 2001.
- BUSTAMANTE, Fernando. **Los países andinos y los Estados Unidos en la primera década del milenio**. En Claudio Fuentes (ediciones). Bajo la Mirada del Halcón: Estados Unidos-América Latina post 1109/2001. Flacso-Chile. Santiago de Chile. Págs. 93-133. 2004.
- BARRERA GRAF, Jorge. **El Derecho Mercantil en la América Latina**. Editora Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.
- BROSETA PONT, Manuel. **Manual de Derecho Mercantil**. Madrid, España: Editorial Tecnos S.A, 1991.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. **Tratado de Derecho Mercantil**. Tomos I y II. Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Ley general de sociedades. Títulos valores. 2004.
- BRAVO Olga, Quintana Cruz Doris, Muñiz Griñán Rubén, De Varona María de Los Ángeles, Pino Bécquer Rafael, Ramírez Iglesias Tamara. **Temas de Derecho Internacional Público**. Editorial Félix Varela, Ciudad de La Habana, 2006.
- COMUNIDAD ANDINA. **EE.UU. abre el camino para la ampliación de la ATPDEA**. Noticias. Integración Andina y Sudamericana. PAG. WWW. <http://www.comunidadandina.org/prensa/noticias/25-9-09.htm>. Consultada el 10 de noviembre de 2009.
- CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN DE EXPORTACIONES E INVERSIONES, CORPEI, Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de la Droga (ATPDEA), Serie: Documentos Técnicos CORPEI, No. 2, 2003.
- CUMBRE DE LAS AMÉRICAS, Mar del Plata, 4 y 5 de noviembre del 2005.
- CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de Derecho Laboral**. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Heliatira S.R.L., tercera edición, 1989.
- COLECTIVO DE AUTORES, Nociones de Derecho Mercantil, Editorial Félix Varela, Ministerio de Educación Superior. La Habana. Cuba. 2004.

- COLECTIVO DE AUTORES. Nociones de Derecho Mercantil (para estudiantes de contabilidad), 1ª ed., Editora Félix Varela, Ministerio de Educación Superior. La Habana, 2004.
- COLECTIVO DE AUTORES. **Derecho de Sociedades Anónimas II** (Capital y Acciones) Volumen I, Editorial Civitas, S.A, Madrid, España, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles**, Tomo IV (Las acciones), Volumen I, Editorial Civitas, S.A, 1era edición, Madrid, España, 1994
- \_\_\_\_\_. **Derecho de Sociedades Anónimas II** (Capital y Acciones) Volumen II, Editorial Civitas, S.A, Madrid, España, 1994
- \_\_\_\_\_. **Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima**, Editorial Civitas S.A., 1era Edición, Madrid, España, 1995.
- COSTO ARANCELARIO de la no renovación por Ecuador del ATPDEA. Ministerio de coordinación de la política económica. 2011. Ecuador.
- COLECTIVO DE AUTORES. **Temas de Derecho Internacional Público**, Félix Varela, La Habana, 2006. Cuba.
- CORRIENTE CORDOVA, José A., **Derecho Internacional Público, Textos Fundamentales**. Madrid: Marcial Pons Libreto-Editor, 1969.
- CHIRIBOGA, Manuel. **Impacto estimado de la suspensión de las negociaciones para el TLC y las preferencias del ATPDEA**. Observatorio de Comercio Exterior, 2006.
- DALLA C., Gabriela. **Homogeneidad, diferencia y exclusión en América. Encuentro-Debate América Latina ayer y hoy**. Universidad de Barcelona. 2006.
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo. **Las Empresas Mixtas. Regulación Jurídica, Ivercan Caribe**. Islas Canarias; , S.L., Tenerife, 1994.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. **Derecho Internacional Público**. Madrid: Editorial Aguilar. 1961.
- DIEGO CAÑIZARES, Dr. Fernando. **Teoría del Estado y el Derecho Tomo I, II**. La Habana: Editora Pueblo y Educación, 1979.
- D'ESTEFANO Y PISSANI Miguel A., **Documentos del Derecho Internacional Público**, Tomo I, Ciudad de La Habana: Edit. Pueblo y Educación, 1980.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos del Derecho Internacional Público Contemporáneo**, MES, La Habana, 1985.
- DIENA Julio. **Derecho Internacional Público**. Barcelona: Editorial Bosch, 1946.
- DECLARACIÓN DE CARTAGENA, suscrita por los presidentes de Bolivia, Colombia, Estados Unidos de América y Perú, reunidos en Cartagena de Indias. Colombia, el día 15 de febrero de 1990.

DECLARACIÓN DE LA PRIMERA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS, suscrita por los presidentes de Antigua and Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Brazil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Suriname, Trinidad and Tobago, United States of America, Uruguay, Venezuela; además estuvieron presentes los representantes de las siguientes instituciones Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), Inter-American Development Bank (IDB), Organization of American States (OAS), Pan American Health Organization (PAHO), World Bank; en Miami, 9 al 11 de Diciembre de 1994.

CERON SALGADO, María Belén. Identificación de medidas compensatorias para rosas, atún y brócoli frente a la posible no renovación de la ley de preferencias arancelarias andinas y erradicación de la droga -ATPDEA- Tesis previa a la obtención del título de ingeniera en comercio exterior e integración. Universidad Tecnológica Equinoccial. Facultad de Ciencias Económicas y Negocios. Escuela de Comercio exterior e integración. Quito. Ecuador. 2008.

DECLARACIÓN DE LA SEGUNDA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS, realizada en Santiago de Chile, el 18 y 19 de Abril de 1998.

DECLARACIÓN DE LA TERCERA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS, realizadas en Québec, el 20 al 22 de Abril de 2001.

DE MIGUEL, Carlos J., Durán L., José E., Schuschny, Andrés R. Febrero, "Acuerdos de libre comercio entre los países andinos y los Estados Unidos: ¿Cuánto se puede esperar de ellos?". CEPAL. SERIE: Comercio Internacional 77. Santiago de Chile. 2007.

DURAN José, Schuschny Andrés, "Comercio Internacional; Acuerdos de Libre Comercio entre los países Andinos y los Estados Unidos: ¿Cuánto se puede esperar de ellos?" editorial Naciones Unidas. Santiago de Chile, (2006).

DURAN José y autores. Acuerdos de libre comercio entre los países andinos y los Estados Unidos. ¿Cuánto se puede esperar de ellos? CEPAL. 2007. Chile.

DEPARTMENT OF COMMERCE. International Trade Administration U.S. Agency for International Development. Agosto, 1992.

EGIDO PUENTE J. Lecciones de Derecho Internacional Público. Editorial Dykinson, S.L, Madrid, 1992. Volumen I.

ELIZALDE, Antonio. Artículo: Modelos de desarrollo e integración eco-

- nómica. Revista Argentina de Economía y Ciencias Sociales. Vol. 2, Invierno 1998 49 59 Ediciones de la Universidad Buenos Aires. Argentina. 2010.
- EVALUACION de los posibles impactos de la no firma de Ecuador del TLC con los Estados Unidos. 2005. Comunidad Andina.
- F. DEL TORO JIMÉNEZ: Manual de Derecho Internacional Público, Editorial Curso de Derecho, F. Del Toro Jimenez: Ob. Cit., p.48.
- FAIRLIE, Alan. La Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y el Proceso ALCA.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Dr.C. Julio: Historia del Estado y el Derecho en Cuba, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004. Cuba.
- GÓMEZ SALVADOR, María A. El ATPDEA y su incidencia en la economía Ecuatoriana. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. FLACSO. Quito. Ecuador. 2010.
- GONZALEZ ULLOA, David Alejandro. Ingeniero Comercial. Tesis de diploma superior en gestión tributaria empresarial. La parafiscalidad y su aplicación en el Ecuador. Universidad Politécnica Salesiana. Cuenca. Ecuador. 2010.
- GONZÁLEZ CAMPOS Julio D., Sánchez Rodríguez Luis I, Sáenz de Santa María Paz Andrés. Curso de Derecho Internacional Público. Editorial Civitas, S.A. España (Madrid), 1998. Sexta Edición.
- GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 8va Edición, Madrid, España, 19 RODRIGO URÍA Y MENÉNDEZ AURELIO (Coordinadores). Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Civitas S.L, Reimpresión, Madrid, España, 2001.
- HALAJCZUK BOHDAN T, R. Moya Domínguez María Teresa. **Derecho Internacional**. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1999.
- HERRERA RUEDA, Dr. Fabián E. Régimen especial liberatorio de Zonas Francas en el Ecuador, y su incidencia tributaria. Universidad Andina "Simón Bolívar". Área de Derecho. Quito. Ecuador. 2007.
- J. SIERRA Manuel. **Tratado de Derecho Internacional Público**. México: Editorial Porrúa S.A, 1955.
- JOAN Chabert , **Manual de Comercio Exterior**, Edición gestión 2000 planeta de Agostine Profesional y Formación S.I Barcelona, Segunda Edición, año 2005.
- JÁCOME, Hugo. **Las implicaciones del TLC para Ecuador. A las puertas del abismo**. En ICONOS No.20, Flacso-Ecuador, Quito, 2004.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (Coordinador). **Derecho Mercantil**, Tomo II, 2da ed., corregida, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1992.

- MONCAYO VINUESA GUTIÉRREZ, Posse. **Derecho Internacional Público**. Editor Víctor P. Zavalía, S.A, 1990. Tomo I.
- MODESTA COSTA L.A y Ruda J.M. **Derecho Internacional Público**. Tipográfica Editora Argentina S.A, Buenos Aires, 1985. Tomo II.
- MINISTERIO DE COORDINACION DE LA POLITICA ECONOMICA. Costo arancelario de la no renovación del ATPDEA para Ecuador. 2011.
- MUSOLIN Y KULAGIN. **El derecho civil y comercial de los países capitalistas**. Editorial Progreso. Moscú. 1988.
- NIEMEYER Theodor. **Derecho Internacional Público**. Editorial Labor, S.A, Barcelona-Buenos Aires, OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. New Andean Trade Benefits. September 25, 2002.
- OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. Third Report to the Congress on the Operation of the Andean Trade Preference Act PDF (181 KiB), January 31, 2001.
- OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. Third Report to the Congress on the Operation of the Andean Trade Preference Act as Amended PDF (310 KiB). April 30, 2007.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. ONU. 1993. Regulaciones sobre el Derecho Mercantil.
- OVIDEO ALBAN, Jorge. **La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías. Antecedentes y desarrollos alternativos**. Instituto Latinoamericano de los negocios. ILADEN. Colombia. 2011.
- PARKIN, Michael, **Economía**. 6. ed. Frank Modell, año 2005.
- PROYECTO DE OPINIÓN PÚBLICA DE AMÉRICA LATINA (OPAL) de Vanderbilt University. Departamento de Ciencia Política. Ediciones CEDATOS y Gallup International. Quito. 2004.
- PLANAS SUÁREZ Simón. **Tratado de Derecho Internacional Público**. Editorial Hijos de Rey, Madrid, 1926.
- PELAYO TORRES, María Candelaria: **Tratados Internacionales** (consultado el 5 de febrero del 2010). Disponible en Internet: <http://www.monografias.com/tratados Internacionales>.
- PASTOR RIDRUEJO José A. **Curso DE Derecho Internacional Público**. Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1987.
- RUIZ DE VELASCO, Adolfo. **Manual de Derecho Mercantil**. Bilbao, España: Editores Deusto S.A., 1992.
- REUTERS. Congress extends Andean trade benefits 10 months. February 28, 2008.
- REUTERS. US Senate OKs 8-month Andean trade pact extension. June 28, 2007.

- REMIRO BROTONS, Antonio. **Derecho Internacional Público. Derecho de los Tratados**. Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1987.
- ROMO RODRIGUEZ, David M. Alacen. Efectos de la introducción del principio de progresividad en el sistema constitucional tributario ecuatoriano, a partir de la Constitución. Quito. 2009. Universidad San Francisco de Quito. Colegio de Jurisprudencia. Tesis en obtención al título de abogado. Ecuador.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. **Instituciones de Derecho Mercantil**, Tomo I, 19na edición, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1996.
- SANTOS ALVITE, Eduardo. Artículo: El siglo XXI y el tercer milenio frente a una nueva América Latina y la integración. Publicado en Boletín no. 48. FLACSO. Ecuador. 2011.
- \_\_\_\_\_. Artículo: Propuesta como Contribución del Colegio de Economistas de Pichincha para construir un Modelo o Agenda de Desarrollo Para el Siglo XXI. Centro de Investigaciones Económicas. FLACSO. Ecuador. 2011.
- SELIGSON, Mitchell y Córdoba, Polibio. **Auditoría de la Democracia**. Ecuador, 2004.
- SZÉKELY Alberto. **Instrumentos Fundamentales del Derecho Internacional Público**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.
- TUNKIN G. **Curso de Derecho Internacional**. Moscú: Editorial Progreso, 1979. Libro I.
- THE WHITE HOUSE. Andean. Trade Promotion and Drug Eradication Act. October 31, 2002.
- VELAZQUES BORGES, Sudys María. Carrera de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. Cuba. 2010.
- VICENT CHULIÁ, Francisco. **Compendio Crítico de Derecho Mercantil**, Tomo II, 3era edición, Parte I, España: Editorial José María Bosch, 1991.
- VIVANTE, César. Derecho Mercantil. **Tribunal Superior de Justicia Federal**. Universidad de Bolonia. Italia. Editora Madrid. España. 2003.
- ZONAS FRANCAS. **La experiencia de América Latina y el Caribe**. La Habana: Editora Publicimex, 2000.
- ZULOAGA BAQUE, Elizabeth del Carmen. Artículo: El ATPDEA y su incidencia en las exportaciones ecuatorianas periodo 2002-2009. Publicado por Eco. Ecuador. 2010.



# **Imposição de Obrigações Positivas a Empresas e Violações de Direitos Humanos: Efeitos Horizontais**

## *Imposition of Positive Obligations for Companies and Human Rights Violations: Horizontal Effects*

Artigo recebido em 03/10/2013.  
Revisado em 11/10/2013.  
Aceito para publicação em 22/10/2013.

## **Renata Alvares Gaspar**

Professora pesquisadora da PUC-Campinas, Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca/Espanha, Líder do Grupo de Pesquisa “Relações jurídicas e desenvolvimento social e econômico, com ênfase em temas regionais, sub-regionais e internacionais (globais)/ Direito” em que esta a pesquisa realizada neste trabalho está inserida.

## **Luísa Nascimento Bustillo**

Discente do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC/SP), Bolsista PIBIC/CNPQ.

## **Resumo**

O presente artigo é produto de pesquisa que se propôs a entender e explorar a situação jurídica atual da relação existente entre direitos humanos e empresas, tanto no âmbito internacional quanto no Brasil. Para alcançar tal objetivo, utilizou-se como base a análise e compreensão de instrumentos diversos, escolhidos de forma qualitativa, totalizando seis documentos de valor jurídico - metade destes de autoria da ONU e outra produzida por atores da sociedade civil-. Procurou-se, também, verificar como esses instrumentos se moldaram e delimitam as relações sociais estabelecidas entre empresas e o papel que joga, na atualidade os direitos humanos no tocante à responsabilizações em casos de violações desses direitos e à possibilidade de imposição de obrigações positivas a empresas. Para tal fim, aplicou-se um método indutivo, realizando-se uma análise no descritiva, com técnicas normativas, sempre

com um enfoque zetético. Ainda, houve a utilização do Direito Comparado.

## **Palavras-chave**

Horizontalidade dos direitos humanos; responsabilização por violações; obrigações positivas.

## **Abstract**

The present article comes from a research with the purpose to understand and explore the actual situation of the existent relation between human rights and business, not only in the international level, but also in Brazil. To achieve this goal, six documents were analyzed, being half of these documents UN documents and the other half, product of civil society actors. The article also aims to understand how these instruments were able to establish boundaries on the relationship between human rights and business, regarding accountability in case of violations of these rights and regarding the possibility of imposition of positive obligations to companies. In order to reach these purposes, an inductive method was used, and, also, a descriptive analysis was made with normative techniques. Yet, there was still the use of comparative law.

## Keywords

Human rights horizontality; accountability for violations; positive obligations.

## Sumário

Introdução. 1. A quebra de paradigma e a emergência dos deveres fundamentais no Brasil. 2. Responsabilidade e imposição de obrigações positivas: em direção ao consenso? 2.1 Declaração do Fórum da Sociedade Civil para UNCTAD XI. 2.2 O Segundo Ciclo de Revisões Periódicas Universais das Nações Unidas: a participação direta e ativa da sociedade civil no processo de construção horizontal da proteção dos direitos humanos. 2.3 Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privado. 2.4 Relatório “marco Ruggie”. 2.5 Princípios Guia das Nações Unidas Acerca de Empresas e Direitos Humanos: Quadro sobre “Proteger, Respeitar e Remediar”. 3. Brasil: um panorama sobre responsabilização de empresas e imposições de obrigações positivas. 3.1 O Brasil e mecanismos de responsabilização de empresas violadores de direitos humanos. 4. O Brasil e a possibilidade de imposição de obrigações positivas. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

Este trabalho tem como finalidade analisar se é possível exigir o cumprimento dos direitos humanos por sua própria principiologia, visto o momento epistemológico atual, e pelo entendimento que estes possuem efeitos irradiantes, no sentido de requerer-se sua aplicação e sua eficácia horizontal, e não mais apenas vertical. É possível entender a horizontalidade dos direitos humanos, expressão para indicar a vinculação de particulares a tais direitos, como aspecto da *constitucionalização do direito*- fenômeno no qual se verifica a irradiação dos efeitos das normas e valores constitucionais aos outros ramos do direito. A imposição, às pessoas de direito privado<sup>1</sup>, das normas de direito internacional protetivas dos direitos humanos é, portanto, deste modo, justificável.

Portanto, procura-se averiguar se há, ou não, esforços por parte da sociedade internacional, do estado brasileiro e das empresas privadas na construção de uma relação de respeito e garantia quanto à promoção e proteção dos direitos humanos. Para isso, serão vistos os esforços, tanto em contexto internacional, quanto nacional, acerca da responsabilização social e jurídica por atos violadores de tais direitos, e da possibilidade de se considerar estas empresas como atores ativos também na construção e promoção desses direitos.

Esta análise será pautada tanto em documentos anteriores ao mandato do Representante Especial John Ruggie -como as *Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados*- quanto provenientes deste, tais como

o relatório conhecido como “marco Ruggie” e os Princípios-Guia dele derivados. Ademais, serão levadas em consideração as demandas da sociedade civil analisadas, também, por meio de documentos, tais como a *Declaração do Fórum da Sociedade Civil para UNCTAD XI*. Objetiva-se, assim, demonstrar tanto a situação atual de responsabilização das empresas privadas com os princípios que regem a promoção e proteção dos direitos humanos, quanto os rumos da construção do consenso, em âmbito internacional, acerca desses temas; e tudo emoldurado, como não poderia deixar de ser, pela atuação da sociedade civil, que indubitavelmente auxilia nesse processo.

De tal sorte que este trabalho tem como expectativa demonstrar o tratamento dado pelo Brasil a estas questões. A responsabilização de empresas por violações de direitos humanos será abordada esclarecendo os mecanismos dispostos para saneamento e sanção. Além disso, o estudo objetiva mostrar as iniciativas do país quanto à imposição de obrigações positivas para empresas.

Para atingir os objetivos deste trabalho, utiliza-se, portanto, um método indutivo, no qual se parte da análise de certos documentos para se entender como se encontra, no momento atual, a discussão e a construção de consenso acerca da relação entre empresas e direitos humanos. É realizada uma análise descritiva, majoritariamente com técnicas normativas<sup>2</sup>, com enfoque zetético dentro das premissas jurídicas. Ainda, houve a utilização do Direito Comparado, que viabilizou o estudo entre sistemas e origens normativas referentes a diferentes âmbitos espaciais.

## 1. A quebra de paradigma e a emergência dos deveres fundamentais no Brasil

A Constituição Federal de 1988 internalizou o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tornando o ordenamento jurídico brasileiro congruente com a comunidade internacional e tomando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como máxima do sistema. Entende-se que tal processo é fruto da ruptura do paradigma positivista, e, portanto, parece ser de extrema importância que se compreenda os movimentos e direções tomados pela ciência do direito a partir do término da Segunda Guerra Mundial. Segundo Richard B. Bilder:

Muitos dos direitos que hoje constam no do Direito Internacional dos Direitos Humanos emergiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidos pelo Nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deveria ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas. (apud PIOVESAN, 2012, p. 62)<sup>3</sup>

Assim, a partir de 1945, começa a se notar uma ruptura do paradigma positivista com o consequente surgimento de uma nova norma fundamental, materializada na proteção da dignidade da pessoa humana. E esta se tornou a nova matriz de preocupação da sociedade internacional.

O hiato entre paradigmas epistemológicos, vivido desde então, dá espaço ao diálogo entre a doutrina juspositivista e a jus naturalista, na emersão do jusfundamentalismo. Os conceitos de moral, ética e justiça, antes delegados ao ramo da sociologia e filosofia, foram novamente reassociados à norma jurídica, permitindo a discussão não apenas da legalidade das mesmas, mas, também, de sua legitimidade. Com isso, nota-se a incorporação de valores ao sistema jurídico e os princípios passam a adquirir força normativa.

Há, portanto, uma nova reestruturação do Direito Constitucional: uma nova topografia (PIOVESAN, 2012, p. 90) se faz necessária às novas constituições, que, no caso da brasileira, além de reafirmar a supremacia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inclui amplos e diversos direitos fundamentais, liberdades e garantias que expressam um sistema de valores<sup>4</sup>, válidos e vinculantes para todo o ordenamento jurídico nacional.

É de extrema importância, também, para a discussão que aqui se propõe, compreender o papel do Estado diante da evolução dos direitos fundamentais<sup>5</sup>, uma vez que a matéria do direito é definitivamente indissociável da política. Para isso, é válido voltar à Revolução Francesa, que, em apertada síntese, perante o Absolutismo, esclareceu ser necessária a imposição de limites à atuação do Estado, muitas vezes abusiva, garantindo, assim, liberdade, e sendo promovidos, portanto, direitos civis e políticos. Ao longo da história, entretanto, nota-se o surgimento do discurso social, além deste discurso liberal, mais especificamente após a Primeira Guerra Mundial. Flávia Piovesan explica que



O Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores, e o direito à abstenção do Estado, nesse sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com emergência dos direitos à prestação social (2012, p.206).

No período posterior à Segunda Guerra, a dicotomização desses discursos enfraquece, reiterando-se, assim, o fato de que os direitos em questão são uma unidade completa, indivisível e interdependente. A partir disso, Louis Henkin, afirma:

Os direitos considerados fundamentais incluem não apenas limitações que inibem a interferência dos governos nos direitos civis e políticos, mas envolvem obrigações governamentais de cunho positivo em prol da promoção do bem-estar econômico e social (...) (apud PIOVESAN, 2012 p.209).

Passam a ser promovidos, também, portanto, os direitos econômicos e sociais. Sobre estes, Aldo Caliarì explicita que, por sua própria essência, demandam um Estado ativo na política econômica e social, com intervenções ou mesmo com uma regulamentação e fiscalização diligente das atividades do setor privado (2009).

Para tanto, parte-se do pressuposto de que do Estado, em quesito de proteção e promoção de direitos fundamentais, não mais seja requerida apenas sua abstenção (a não violação de direitos e permissão da

autonomia, da liberdade), mas também sua intervenção positiva, para que os direitos e garantias se realizem. E, neste caso, uma preocupação passa a ser a atuação de outros atores, como entes privados, e a postura do Estado em respeito a eles e suas novas obrigações.

## **2. Responsabilidade e imposição de obrigações positivas: em direção ao consenso?**

O Estado foi, por muito tempo, considerado o principal violador dos direitos fundamentais, dado ao contexto histórico, devido aos meios e fins do paradigma dos direitos humanos instaurados na comunidade internacional. Entretanto, atualmente, o Estado não mais é visto como a única ameaça, podendo sê-lo, também, os particulares, em especial as empresas privadas, em razão da crescente industrialização, resultante do processo de globalização e internacionalização do comércio.

Juntamente com este processo de expansão do capital por intermédio da proliferação de empresas transnacionais e de movimentação de capital transfronteiriço, surgem novas definições de posicionamentos políticos e econômicos, de cunho mais liberal, que acabam por provocar e/ou promover a redução da atuação estadual, tendência vista na América Latina no fim do século XX. Diego Valadés sintetiza:

O Estado representou uma ameaça real para a liberdade e autonomia das pessoas; mas hoje os

indivíduos se encontram expostos a fogo duplo: o do Estado e de outros particulares. O poder destes se dilatou quase na mesma proporção em que o poder público diminuiu. (2011, p. 440, tradução nossa)

Não por outra razão que Virgílio Afonso da Silva expressou ser o primeiro passo para superar da visão tradicional do Estado como violador unitário dos direitos humanos, o estabelecimento de um paralelo entre este e as grandes corporações (2011, p.53)<sup>6</sup>. A partir disso, e da atual produção científica do ramo, ilustrada neste trabalho pelo autor David Bilchitz, é possível, analogicamente, estabelecer os seguintes pontos: i) se o Estado possui responsabilidade objetiva por tais violações, por certo que também a teriam as empresas e demais entes particulares; e, ii) se àquele são atribuíveis obrigações positivas para a realização de direitos fundamentais, obrigações desse tipo também seriam deveres destas.

Entretanto, traçar este paralelo não é operação fácil; sobretudo neste momento atual e complexo em que estão vivendo todas as sociedades, onde o Estado ainda é o protagonista e, ao mesmo tempo, tem que conviver – e em muitos casos ceder poder – aos atores privados, que ao fim e ao cabo financiam suas atividades. Ou seja, não é fácil traçar este paralelo numa relação complexa como é a que se estabelece entre o Estado e Capital privado. Em muitas ocasiões atuam em irmandade e em outras, medindo forças e lutando por quotas importantes de poder.

Assim que, o que se fará a seguir para alcançar

o objetivo deste trabalho é expor alguns instrumentos internacionais que nesta pesquisa se julgou serem importantes para a construção da proteção dos direitos humanos de forma horizontal, máxime porque deles e em função deles, a sociedade civil internacional atua de forma singular em sua promoção. Ademais, com isso se pretende colocar luzes no assunto objeto deste trabalho e com isso aportar elementos para que este debate se realize a partir de premissas válidas.

Para as finalidades expostas, três dos instrumentos referidos<sup>7</sup> foram escolhidos por serem fruto de processos constituídos pela Organização das Nações Unidas, sendo tentativas sucessivas de obter consenso acerca de empresas e direitos humanos. Importam por representarem consolidações da comunidade internacional, sendo verdadeiros parâmetros para a discussão que envolve os elementos supracitados. Outros três documentos<sup>8</sup> foram considerados igualmente importantes, por serem derivações diretas de pesquisas e reflexões da sociedade civil acerca do assunto, que ilustra a participação ativa e construtora da sociedade no consenso internacional.

Estes seis documentos constituem um conjunto interessante, pois demonstram, assim como diversos atores, diferentes maneiras de participação do processo de construção de consenso internacional.

## ***2.1 Declaração do Fórum da Sociedade Civil para UNCTAD XI<sup>9</sup>***

Em 2004 foi realizada em São Paulo a décima primeira Conferência das Nações Unidas sobre

Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD<sup>10</sup> XI). A conferência é um órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU, que possui como função trabalhar com Estados Nacionais, com a ONU e suas comissões regionais, assim como com instituições governamentais, não governamentais e, ainda, com o setor privado, promovendo integração de países em desenvolvimento no mundo econômico, auxiliando a articulação entre políticas nacionais e internacionais, sempre visando um desenvolvimento sustentável. As conferências, realizadas de quatro em quatro anos, possuem uma função política de suma importância: construir consenso entre governos com relação à economia mundial e às políticas de desenvolvimento, situando assim a atuação da ONU quanto a problemas dessa ordem. Suas decisões são referências internacionais, no entanto não são vinculantes. A UNCTAD tem servido, ultimamente, como um instrumento de pressão em favor dos países em desenvolvimento.

Na conferência em questão, um dos documentos submetidos parece ser de extrema relevância para o tema aqui proposto, denominado *Declaração do Fórum da sociedade Civil para UNCTAD XI*, produzido com representação ativa de movimentos sociais, grupos ambientais, organização de mulheres, sindicatos, dentre outros, para defender princípios, posições e ações para os Estados Membros da UNCTAD.

Primeiramente, é importante ressaltar que este instrumento expressa enorme desgosto com o fato de a resolução da Conferência –que tem como preocupação uma globalização equilibrada e inclusiva– se omitir em relação ao abuso de multinacionais (e políticas falhas

de partilha) quanto ao uso de recursos naturais para o benefício das próprias. Além de outras omissões<sup>11</sup>, o documento aborda a questão da má repartição do lucro: o capital financeiro especulativo de tais companhias se localiza em sua sede, em países desenvolvidos.

Dentre suas recomendações à UNCTAD, a declaração colocou como prioridade que empresas transnacionais sejam cobradas pela parcela de sua responsabilidade sobre a dívida recentemente contraída pelos países subdesenvolvidos; e, ainda, que o comércio internacional -assim como as instituições e instrumentos deste- siga os princípios da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como os instrumentos e convenções que emanam de processos da ONU (2004, p.2). Importante ressaltar, também, que as Nações Unidas ainda não possuem um instrumento formal específico que regule a atuação efetiva das empresas, vez que o projeto das Normas de Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outras Empresas<sup>12</sup> fracassou.

Uma das mais relevantes recomendações constantes do referido instrumento é a proibição imposta às multinacionais, para que se abstenham de adotar medidas legais ou convencionais contra os Estados receptores de investimentos estrangeiros, em função de efetivação de políticas públicas em favor do desenvolvimento social; portanto, políticas públicas efetivas em prol da cidadania. E, se assim atuarem, que estas empresas privadas, multinacionais em sua maioria, respondam juridicamente por suas atividades, viabilizando a defesa da cidadania e das comunidades na proteção de investidores que violem quaisquer dos seus direitos (2004, p.2).

Apesar da aparente radicalização de tal recomendação, esta responde a atuações, no mínimo duvidosas, adotadas por empresas multinacionais, cujo caso mais ilustrativo se vê no processo arbitral ICSID, nº ABR/10/7, que envolve indústrias de tabaco e o estado uruguaio (instaurado após a adoção de uma política contra o fumo no país), em que a controvérsia sobre o tema está evidente: alguns arbitralistas entendem existir um abuso do poder estatal nas atuações contra o tabaco, que frustram, evidentemente, os investimentos feitos pela indústria tabacalera, já os outros acreditam que a atuação do Estado uruguaio é ativa e consciente em favor da cidadania e que sua atuação se traduz na realização de políticas públicas que visam à preservação de direitos da cidadania, em especial à saúde; tudo em respeito aos princípios da Convenção Quadro para o Controle de Tabaco (eficaz no ordenamento paraguaio desde fevereiro de 2005) da OMS.

A declaração aponta, também, que:

A democracia desgasta-se quando os governos renunciam, ou são forçados a renunciar, o direito de regulação em troca de maior acesso ao mercado. Os lucros, então, progressivamente vão para as indústrias e seus donos, ao invés de serem revertidos para países e suas populações (2004, p.4, tradução nossa).

De tal sorte que a declaração indica, igualmente, a necessidade de legislação vinculativa multilateral que responsabilize (ou mesmo penalize) as corporações

transnacionais. O documento demanda, também, o desenvolvimento efetivo de instituições multilaterais e legislação internacional, auspiciada pelas Nações Unidas, que assegurem o bem-estar social, proteção ambiental e subordinação de políticas comerciais a acordos internacionais, tanto sociais quanto ambientais (2004, p.4).

Nota-se, claramente, portanto, que o resultado da conferência, traduzido na referida declaração, expressa a urgência de um documento de caráter vinculante na comunidade internacional que proteja direitos fundamentais frente a empresas, para que tais violações por elas perpetradas sejam passíveis de punição e, ainda, que se preserve o direito do Estado de manter planos econômicos condizente com a sustentabilidade e o desenvolvimento social.

Em realidade, ficou evidente que tal declaração indica a necessidade de que as indústrias não apenas adquiram uma postura de não violação de direitos, mas também de prestações positivas para com o Estado que a acolhe. Ainda que para tanto o Estado tenha que intervir e exercer seu papel regulatório, uma vez que o presente sistema de comércio parece beneficiar as empresas multinacionais, permitindo a manutenção de relações desiguais<sup>13</sup>.

Portanto, fica evidente a preocupação da declaração referida, representativa dos anseios da sociedade civil, com a regulação das atividades privadas em favor da proteção dos direitos fundamentais da cidadania interna, inclusive com auto-imposição de que a própria conferência que auspiciou esta declaração deva pro-



mover pesquisas e políticas internacionais e internas referentes ao tema, incluindo a responsabilização via tributação progressiva<sup>14</sup> (p.08). Por fim, o referido documento concluiu de forma reiterativa que:

UNCTAD deve, portanto, focar em políticas quanto a empresas multinacionais e sua regulação. Estudos analíticos devem ser combinados com a promoção de responsabilidade social corporativa e responsabilização. UNCTAD pode auxiliar em assegurar que a dimensão de desenvolvimento esteja adequadamente visada em todas as iniciativas, voluntárias e regulatórias. Para este fim, a Conferência poderia fomentar discussão entre governos de países em desenvolvimento, agência da ONU, empresas, sindicatos e ONGs. A UNCTAD deve ainda apoiar políticas internacionais como as Normas de Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outras Empresas (...) (tradução nossa, p. 07)

## **2.2 O Segundo Ciclo de Revisões Periódicas Universais das Nações Unidas: a participação direta e ativa da sociedade civil no processo de construção horizontal da proteção dos direitos humanos**

O documento *Brazilian obligations to address human rights violations perpetrated by companies*, datado de 28 de Novembro de 2011, foi submetido pela ONG Conectas Direitos Humanos, em parceria com

mais seis instituições, no Segundo Ciclo de Revisões Universais Periódicas (*Universal Periodic Review*), realizado pela ONU.

A Revisão Periódica Universal é um mecanismo do Conselho de Direitos Humanos que submete todos os Estados-membros (193, atualmente) a uma revisão sobre sua situação com relação aos direitos humanos. Primeiramente, a sociedade civil envia diretamente ao Conselho uma série de documentos, que serão compilados em um relatório a ser produzido pela ONU, servindo de base do processo revisional. Além deste documento, um relatório oficial deve ser entregue pelo governo, sendo adicionado a outros relatórios já produzidos sobre o país por outros órgãos da ONU. A Revisão, portanto, constitui um sistema de monitoramento da sociedade internacional, em sede global, de aferição do respeito aos direitos humanos.

Assim que, a partir da observação da realidade brasileira, relatórios sobre a relação do Brasil e direitos humanos em diversos aspectos foram enviados à ONU para este segundo ciclo de revisões universais. Dentre eles, o relatório supracitado, que relata casos de violação de direitos humanos perpetrados por empresas, expondo também a atuação do estado brasileiro em face de tais violações. Para tanto, o relatório se divide nas seguintes partes: I - Violações de Direitos Humanos por Empresas no Brasil: Barreiras do acesso à justiça; II - Impacto e Violações de direitos humanos causados por Indústrias Extrativistas; III - Violações de Direitos Humanos por Empresas Brasileiras no exterior: falta de controle e duplos *standarts* e por fim, IV- BNDS:

falta de transparência e avaliação de impactos sociais e ambientais (2011, tradução nossa).

A primeira parte se embasa numa pesquisa feita pela Conectas *Access to Justice and Legal Remedies for Human Rights Abuses Involving Corporations*, no qual são trazidos a tona 13 casos paradigmáticos de violações e o respectivo tratamento dado pelo ordenamento brasileiro.

De modo geral a ONG referida ressaltou que, apesar de o Brasil ser signatário de um grande número de tratados internacionais que devem ser invocados em caso de qualquer abuso por parte das empresas (2011), notou que raramente um controle é feito nesse sentido. Ou seja, que o estado não tem por hábito aferir mediante controle se as empresas estão respeitando ou não direitos e garantias fundamentais em suas práticas.

Portanto, em vista de tal constatação, o documento reenfoca que é obrigação estatal garantir, promover e prevenir violações de direitos humanos, assim como investigar e punir tais ocorrências.

Critica, também, o fato de que, no ordenamento, não se prevê a responsabilização criminal de pessoas jurídicas a não ser por crimes ambientais (Lei 9605/98). Indica, também, que existem importantes barreiras institucionais na defesa dos direitos humanos, demonstrando que o judiciário não é de fácil acesso devido aos custos, morosidade, desconhecimento de direitos, falta de precedentes, falta de regulamentação, excesso de poder político e econômico das empresas, dentre outros fatores.

Em sua segunda parte, explicita-se a situação

atual sobre o aumento das indústrias extrativistas num contexto de omissão estatal sobre regulamentação e falta de sanção de abusos. Recomenda-se o fortalecimento da defensoria pública, celeridade nos processos, remédios efetivos, inspeções *in loco*, etc. (2011). Como exemplo, foi citado o caso de Açailândia, comunidade profundamente prejudicada pela indústria mineradora e siderúrgica<sup>15</sup>.

Na parte III, o documento recomenda que seja elevada a supervisão das atividades de companhias brasileiras no exterior, por meio de inspeções e relatórios obrigatórios, reforçando a importância do controle sobre empresas e seus impactos mesmo fora do país-condizendo com o aconselhamento a ser exposto no marco Ruggie e transposto aos *Guiding Principles*.

Em sua última parte, encontra-se a recomendação para que o BNDS, como empresa pública federal ligada diretamente ao Estado, tenha maior diligência com o destino e impacto de seus financiamentos, assim como maior transparência em suas ações e a abertura de um diálogo com ONGs, movimentos sociais, comunidades locais, e sociedade civil em geral (2011).

Apesar de tais críticas, o documento termina por elogiar o Banco no caso *Cosan mill and plants*, no qual foram encontrados 42 trabalhadores em condições análogas à escravidão, fato que levou o BNDS a suspender todo o financiamento para a empresa, não apenas para aquela unidade. O documento expõe que esta deveria ser uma política consolidada e não evento isolado.

Para finalizar, é importante ressaltar que no

referido documento, por fazer parte de um processo de monitoramento no qual o país e sua postura estão sendo analisados, acaba por enfatizar as obrigações do Estado, dando pouca importância às obrigações que as empresas deveriam se ater. Todavia, nem por isso este deixa de ser um documento ilustrativo de participação ativa e benfeitora da sociedade civil.

Iniciativas como a da ONG Conectas e seus parceiros tem sido cada vez mais frequentes e importantíssimas para construção de consenso internacional acerca de empresas e direitos humanos, levando fatos internos para o contexto internacional para que a partir desse retrato, se ilumine o real quadro da relação entre direitos humanos e empresas, não apenas mantendo o debate vivo, como influenciando novas decisões internacionais e internas.

### ***2.3 Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privado***

A responsabilização das empresas transnacionais por violação de direitos humanos está ressonantemente em voga no contexto internacional, com especial atenção, atualmente, para as obrigações legais de atores não estatais, principalmente no que tange às empresas multinacionais. Isso se deve, segundo Bedin, ao fato de que “as empresas transnacionais constituem um fenômeno que adquiriu maior relevância e o verdadeiro *status* de ator internacional nas últimas décadas (...)” (2001, p. 309), por serem “um poderoso agente de

transformação das estruturas econômicas, sócias e políticas, em cujo interior penetram” (2001, p.316), e por possuírem como uma de suas características marcantes a busca de fins lucrativos.

Em 2003, especificamente, a Subcomissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos submeteu à Comissão de Direitos Humanos um documento denominado “Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com Relação aos Direitos Humanos”. O propósito era definir normas imperativas, obrigações que seriam irradiadas do direito internacional, no que tange à relação entre empresas e direitos humanos.

Logo no seu preâmbulo, o documento deixa claro seus objetivos ao expor que, apesar do Estado ser primariamente responsável pela realização dos direitos da cidadania, empresas privadas e transnacionais também o são. Sua motivação também é explícita ao colocar que as transnacionais elevaram-se não apenas quantitativamente, mas também em termos de sua influência no contexto nacional e internacional; entretanto, principalmente os sistemas nacionais ainda não foram capazes de se ajustar a tais fatos (NAÇÕES UNIDAS, 2003).

Ainda no preâmbulo, o documento reconhece que não se pode apenas ver tais empresas como danosas a uma sociedade, uma vez que apresentam:

(...) a capacidade de gerar bem-estar econômico, desenvolvimento, avanços tecnológicos e criar riquezas, assim como possuem a capacidade de

impactar de maneira danosa direitos humanos e vidas de indivíduos, por meio de suas práticas empresariais principais, incluindo políticas empregatícias, ambientais, suas relações com fornecedores e consumidores, e também suas inteirações com Governos. (NAÇÕES UNIDAS, 2003, tradução nossa).

Ressalva semelhante fez José Alvarez, ao explicar que empresas transnacionais trazem enormes benefícios ao local em que se instalam, tais como a geração de empregos e o aumento da competitividade local; sem embargo, o reverso da moeda é que estas empresas com frequência dispõem de uma influência política perigosa, que pode acabar por soffrear direitos da cidadania<sup>16</sup> (2012).

No mesmo sentido, Esther Barbé (1995) *apud* BEDIN, G. (2001, p.319) expressa que alguns dos aspectos negativos de transnacionais são: o aumento “das diferenças entre ricos e pobres”, o incentivo aos “regimes repressivos em nome da estabilidade e da ordem”, além de desafiarem a “soberania nacional e pondo em perigo a autonomia do Estado-nação”.

O documento em questão, também, aponta que os direitos humanos, sendo indivisíveis, interdependentes e interrelacionados, incluem o direito ao desenvolvimento (que pode ser propiciado por empresas, se todos puderem participar, contribuir e gozar de desenvolvimento econômico, social e político).

Portanto, o que se coloca em evidência é que os efeitos das empresas transnacionais são multifacetados.

Ao mesmo tempo em que trazem muitos benefícios ao país em que se instalam, podem causar danos aos direitos fundamentais, e tais fatores não podem ser analisados individualmente. São, por tal razão, apontados no documento.

Há o estabelecimento explícito, ainda no preâmbulo, de que as transnacionais, e todos que nelas envolvidos (incluindo os trabalhadores), têm obrigações e responsabilidades quanto a direitos humanos, tais como “promover, garantir o cumprimento, respeitar, garantir o respeito e proteger os direitos humanos reconhecidos na legislação tanto internacional quanto nacional” (NAÇÕES UNIDAS, 2003, tradução nossa). Em outro trecho do preâmbulo, isto é reafirmado: “as transnacionais ou outras empresas, como órgãos na sociedade, são também responsáveis por promover e assegurar os direitos humanos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos” (NAÇÕES UNIDAS, 2003, tradução nossa) atentando que o dever existe perante a comunidade internacional e o direito internacional, independentemente de tais direitos terem sido, ou não, em todo internalizados pelo sistema nacional.

O documento divide-se nos tópicos: *General obligations; Right to equal opportunity and non-discriminatory treatment; Right to security of persons; Rights of workers; Respect for national sovereignty and human rights; Obligations with regard to consumer protection; Obligations with regard to environmental protection, e; General provisions of implementation.*

Em diversas ocasiões, ao longo do documento, é expressa a menção ao cabimento de obrigações



positivas a empresas, transnacionais ou não, quanto a direitos humanos. Em seu primeiro tópico, além de reafirmar que é obrigação do Estado promover, assegurar, respeitar e assegurar respeito, indica que este deve também garantir que empresas respeitem direitos humanos. Também, afirma, novamente, que transnacionais tem a obrigação de promover, assegurar o respeito, e proteger direitos humanos.

Sob o tópico relativo à igualdade de oportunidades e tratamento não discriminatório, o documento atesta que tratamento igualitário deve ser dado a todos, exceto às crianças, que devem dispor de maior proteção, ou ainda “em conformidade com medidas especiais desenvolvidas para superar passadas discriminações contra certos grupos” (NAÇÕES UNIDAS, 2003). Em outras palavras, as empresas devem adotar ações afirmativas para alcançar um tratamento igualitário, quando houver, na localidade em que se encontram, uma desigualdade entre grupos causada por discriminação inscrita sócia e historicamente. Trata-se de uma iniciativa muito interessante e muito salutar. Todavia, é importante lembrar que certas ações afirmativas, como as cotas raciais (no caso brasileiro), passam por intensa discussão para sua aplicação, mesmo pelo Estado.

As Normas, sob o tópico *Right of workers*, também indicam que corporações transnacionais e outras empresas não devem cometer ou se beneficiar de crimes de guerra, crimes contra a humanidade, trabalhos forçados ou compulsórios, dentre outras violações de direitos humanos, sendo este um bom

exemplo de abstenção de violação de direitos. Sob o mesmotópico, medidas ativas estão previstas. Empresas devem prover um ambiente de trabalho seguro e saudável, com remuneração que permita uma vida digna para o trabalhador e sua família (expressamente ressaltando que esta deve possibilitar melhorias em sua condição geral); devem também assegurar o direito de livre associação e o reconhecimento do direito de fazer acordos coletivos.

Outra preocupação que se tem é de que algumas empresas transnacionais manuseiem valores maiores que o próprio PIB da localidade e, por isso, adquiram poder de influência na política considerável, que, por vezes, pode colocar em cheque a soberania nacional.

Portanto, o quinto tópico das Normas se refere a esta preocupação quanto à soberania nacional e o respeito aos direitos humanos. Encontram-se indicadas várias obrigações, como a de reconhecer e respeitar o direito internacional, tanto quanto as normas nacionais -sejam jurídicas ou administrativas- e o interesse público, com o objetivo de desenvolvimento -seja social ou econômico-, por meio de políticas de transparência, responsabilidade, combate à corrupção, etc.

Ao final do mesmo tópico, o documento estabelece algumas normas que, embora aparentemente estabeleçam uma omissão, pressupõem um posicionamento ativo por parte da empresa, como, por exemplo, a obrigação de respeitar direitos econômicos, sociais e culturais assim como civis e políticos, direito ao desenvolvimento, direito à alimentação e água adequados ao consumo, e adequada condição de vida (incluindo as-

pectos diversos- físicos, psíquicos- direitos fundamentais em geral, como moradia, educação, etc).

Empresas devem também se abster de encorajar, de qualquer maneira, Estados, ou outras entidades, a abusar de direitos humanos. Uma obrigação positiva importante, sob este tópico, é a de assegurar que suas mercadorias ou serviços não serão utilizados para infringir direitos humanos.

No tópico seguinte, estabelece-se proteção ao consumidor, por meio de deveres tais como a manutenção do boas e justas práticas negociais, assim como de marketing e de publicidade. As empresas devem, também, assegurar qualidade e segurança em seus produtos, visando proteger quem os consome.

O documento abrange, também, no tópico que se segue, a proteção ambiental, zelando que empresas devam atuar em concordância com as leis nacionais, regulações, e práticas administrativas, observando também acordos internacionais, princípios e objetivos, a sempre colaborando com um desenvolvimento sustentável.

Em seu ultimo tópico, o documento trata de sua própria implementação. As empresas seriam responsáveis por adotar medidas para o amplo funcionamento das Normas, submetendo relatórios periódicos como maneira de fiscalização. Também seriam passíveis de monitoramento periódico e verificação pela ONU. Tal monitoramento seria realizado também com o auxílio de ONGs, ou como resultado de queixas sobre violações. Posteriormente, as empresas deveriam realizar avaliações periódicas

quanto ao impacto de suas atividades nos direitos humanos, além de reparar (e reabilitar, se necessário), justamente, quaisquer danos causados por falhas em cumprir efetivamente as Normas. E estas poderiam ser aplicadas por tribunais nacionais ou internacionais.

Logo, portanto, vê-se que o documento coloca em questão para as empresas, não apenas o dever de abster-se de violar (respeitar) direitos da cidadania, mas também a obrigação de promovê-los. Ou seja, por meio de ações positivas, construir e manter tais direitos, em sua esfera de influência. É possível notar, ao longo do documento, a presença de ambos os tipos de deveres e obrigações.

Apesar de sua importância para a cidadania ser evidente, estas Normas não foram aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos da ONU. A justificativa foi a de que elas não tinham base legal, e que a Subcomissão mentora do projeto não deveria fazer esforços de regulamentação nesse âmbito (NAÇÕES UNIDAS 2003), subsistindo, portanto, a necessidade ressaltada no preâmbulo do próprio documento: como novas questões de direitos humanos continuam emergindo - nas quais empresas e transnacionais estão frequentemente envolvidas -, a construção de standards e sua implementação são requeridas agora e no futuro. (NAÇÕES UNIDAS, 2003)

O projeto das referidas Normas, aqui detalhadas, então, fracassou. Isso porque, apesar de ter sido aprovado por muitas ONGs, não teve boa recepção por parte de inúmeros Estados, bem como por organizações de peso ligadas ao empresariado, como a

Câmara de Comércio Internacional (BILCHITZ, 2010), sendo objeto de intenso lobby dirigido por grupos empresariais (FEENEY, 2009 p.180). Entende-se que isso ocorreu devido à rigidez das referidas Normas, que impunham obrigações de forma inflexíveis e abrangentes, por vezes de cunho positivo, às empresas transnacionais que, em teoria, injetam dinheiro para o desenvolvimento de Estados, que de outra forma, não teriam como conseguir estes recursos.

Todavia, mesmo não conseguindo aprovação pela Comissão, é importante ressaltar que esse fracasso é relativo: as Normas foram cruciais para colocar estes temas na agenda global, suscitando maiores debates e questionamentos, sendo um passo de extrema importância na construção de consenso internacional acerca do tema.

Alguns anos depois, em 2005, o tema voltou a ser discutido nas Nações Unidas, uma vez nomeado como Representante Especial, para investigar pontos acerca de empresas e direitos humanos, o Prof. John Ruggie.

## **2.4 Relatório “marco Ruggie”**

Segundo David Bilchitz, entre as muitas recomendações que o professor John Ruggie recebera para realização de seu mandato, havia dois eixos principais em torno dos quais sua pesquisa deveria se desenvolver. O primeiro seria a determinação de obrigações (bem como respectivo conteúdo) impostas a empresas para a realização efetiva dos direitos humanos; o segundo seria sobre o controle e mecanismos

de persuasão para que tais responsabilidades fossem assumidas pelas empresas, bem como o papel do Estado nesse processo.

Em 2008, foi apresentado à comissão de direitos Humanos um dos mais importantes dos seus relatórios, conhecido também como o “marco Ruggie”, que pretende, como explicita o próprio documento, construir um *framework* conceitual e político, comum a toda sociedade, um marco a partir do qual pensamento e ação se desenvolvam e evoluam (2008, p.4).

O passo dado pelo relatório de Ruggie se faz essencial, uma vez que os setores dominantes dos países desenvolvidos, formados, dentre outros atores, por empresas-sede, parecem ter o controle das pautas da agenda do comércio mundial, tendo os Estados nacionais reduzida participação. Com a participação de ONGs e instituições, alguma pressão foi adicionada à equação, sendo possível incluir itens como respeito ao meio ambiente e cláusulas sociais no âmbito da OMC, inspirando “medidas globais não inspiradas exclusivamente por interesses comerciais” (PEREIRA, 1999, p. 81).

O relatório expõe que a relação entre as empresas e direitos humanos acontece em *governance gaps*<sup>17</sup>, espaços criados pela globalização, que se apresentam entre o impacto de forças econômicas e a capacidade (por parte das sociedades) de lidar com as consequências destes, expondo, ainda, que esses espaços propiciam um ambiente demasiado permissivo às empresas (NAÇÕES UNIDAS, 2008 p.3). A partir disso, entende-se que um dos principais objetivos do mandato, e do relatório

em questão, é diminuir tais espaços, preenchendo-os com regras normativas e princípios que se consolidem consensualmente na comunidade internacional, para que possam servir de base-padrão para empresas mundialmente, no tocante a direitos individuais. Para isso, o Representante Especial esteve em consultorias com 14 *multi-stakeholders* (líderes setoriais) dos cinco continentes, conduziu vários projetos de pesquisa produzindo inúmeros documentos relevantes para o tema, essências para o panorama traçado no relatório em questão (NAÇÕES UNIDAS 2008, p.3).

O Representante também explicita que não seria solução apta a resolver os problemas da relação de empresas e direitos humanos, a simples produção de uma lista de direitos pelos quais seriam responsáveis, com a extensão de algumas responsabilidades dos Estados para empresas (NAÇÕES UNIDAS 2008, p.4). Tal fato se justifica, não só pela indivisibilidade e unidade dos direitos humanos, mas também pelo fato de que empresas são potencialmente danosas a todo rol de direitos internacionalmente reconhecidos, de modo que uma lista limitadora, portanto, não seria suficientemente abrangente.

O relatório divide-se em três partes principais, a primeira sobre o dever do Estado de proteger direitos humanos contra abusos de terceiros; a segunda, quanto ao dever empresas de respeitar tais direitos; e, por último, o acesso a recursos (*remedies*) quando sobrevierem conflitos ou abusos.

O dever de proteger direitos humanos do Estado possui dimensões legais e políticas, ou seja, prover

recursos legais tanto para prevenir violações, quanto para puni-las. Para isso, ele deve promover políticas públicas condizentes com a proteção dos direitos da cidadania. Portanto, deverá proteger tais direitos não apenas contra abusos de empresas, mas contra violações de quaisquer terceiros. Tal dever deriva diretamente do direito internacional. O documento indica expressamente que regulação e adjudicação das atividades empresariais quanto aos direitos em questão são altamente desejáveis (2008, p.7).

Não há consenso, entretanto, sobre se também emana do direito internacional o dever do Estado sede da transnacional ajudar a prevenir abusos fora de seu território, uma vez que se pode esbarrar na soberania do Estado que a acolher: entende-se apenas que é assim preferível (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 7). Ou seja, os Estados-sede podem, se assim tiverem respaldo legislativo e jurisdicional, interferir e limitar filiais, em prol da proteção de direitos individuais.

O relatório também critica o atual sistema dos BITs (*Bilateral Investment Treaties*), e explica que podem criar um ambiente de desequilíbrio:

Para atrair investimento estrangeiro, os países-hospedeiros oferecem proteção por meio de Tratados Bilaterais de Investimento e acordos governamentais. Prometem tratar os investidores de maneira justa, igualitária, sem discriminação, e não fazer mudanças unilaterais nas condições do investimento. Mas as proteções de investidores se expandiram com pouca preocupação com o



dever do Estado de proteger, desequilibrando a balança entre estes. Conseqüentemente, estados hospedeiros podem encontrar dificuldades em fortalecer *standarts* internos, sociais e ambientais, incluindo *standarts* relacionados a direitos humanos, sem temer que o investidor estrangeiro o questione, o que acontece em arbitragem vinculativa internacional. (...) Durante a vida do investimento, mesmo mudanças regulatórias sociais e ambientais que se aplicam igualmente às companhias domésticas podem ser questionadas pelos investidores internacionais, requerendo exceção ou compensação. (NAÇÕES UNIDAS, 2008 p.11).

O Representante Especial coloca que processos arbitrais são vistos como disputas comerciais, nos quais o interesse público e direitos humanos possuem pouco espaço<sup>18</sup>. Outro ponto negativo é que tal mecanismo não possui a transparência requerida por questões que lidam com esses direitos (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 11). É claro que é preciso pontuar que mecanismos como os BITs e a Arbitragem são enormes atrativos para investidores estrangeiros, uma vez que parecem propiciar neutralidade -já que proporcionam uma menor interferência do Estado, visto como possível figurante do pólo opositor- e confidencialidade, que por vezes se faz essencial, quando se discute, por exemplo, propriedade intelectual. Silva Pinheiro expõe que nos conflitos desse gênero é preciso ser levado em conta (e em procedimentos arbitrais por vezes não se é) que:

A legitimidade dos acordos e contratos de investimento repousa na satisfação dos interesses dos que incorrem nas vantagens e riscos, tanto financeiros ou à saúde, consequência do empreendimento. Esses são os stakeholders acionistas, proprietários, empregados, indivíduos e comunidade impactada (2013, p.39).

Em verdade, o Estado parece fadado a procurar a linha limite entre as oportunidades econômicas a ele apresentadas e as exigências requeridas para preservação dos direitos de seus nacionais, preservando tanto o direito ao desenvolvimento, quanto a todos os outros direitos protegidos internacionalmente, visto sua indivisibilidade.

O segundo princípio do documento versa sobre a responsabilidade empresarial de respeitar. O documento explicita que este é “o comportamento básico que a sociedade espera” (2008, p. 5, tradução nossa), e que “a responsabilidade de respeitar é definida por expectativas sociais- como parte do que às vezes é chamado de licença social de uma companhia para operar” (2008, p. 17). Entende-se que tal responsabilidade de

(...) “não causar danos” não é meramente uma responsabilidade passiva para empresas, mas abrange medidas positivas- por exemplo, uma política anti-discriminatória no ambiente de trabalho pode requerer que uma companhia adote programas específicos de recrutamento e treinamento” (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p.17. Tradução nossa).

Ainda, como o próprio documento explicita, tais medidas devem ser tomadas no escopo da empresa, uma vez que de nada adiantaria infringir direitos em sua localidade e realizar boas ações em outra. É importantíssimo ressaltar que o documento expressamente prevê que empresas possuam também, dentre seus deveres em relação a direitos da cidadania, obrigações positivas, mas sem quebrar definitivamente o mito da suficiência da abstenção. O exemplo dado por Ruggie, deixa certa ambiguidade sobre o caráter dessas obrigações positivas. Bilchitz sustenta que, pelo exemplo acima, as obrigações positivas parecem se reservar “a tarefa em grande medida *negativa* de evitar danos aos direitos fundamentais (...) em vez de exigir que as empresas assumam obrigações positivas para adotar ativamente medidas que visem à realização dos direitos humanos” (2010).

A mesma suspeita também se fortalece ao se constatar que o marco, ao definir obrigações empresariais, limita o vocabulário utilizado nas Normas (“promover, garantir o cumprimento, respeitar, garantir o respeito e proteger direitos humanos” (NAÇÕES UNIDAS, 2003)), ao definir apenas a responsabilidade de respeitar. Portanto, é possível entender uma sugestão, por parte do documento, de que as empresas têm o dever de abster-se, e para isso devem utilizar medidas positivas, mas não necessariamente possuem o dever de empregar medidas ativas fora deste âmbito, para contribuir com a realização da cidadania. É lamentável que um documento de tamanha importância deixe tal margem de interpretação, principalmente quando

seu objetivo é suprir lacunas, estabelecer parâmetros objetivos.

O documento ressalta, a seguir, que a responsabilidade empresarial independe das responsabilidades estatais (ou do cumprimento destas), devendo existir independentemente da situação do ordenamento jurídico interno, uma vez que emana do direito internacional. A responsabilidade em questão se efetiva por meio de atitudes que tomam, segundo o relatório, a *devida diligência*<sup>19</sup>.

O relatório aponta também, expressamente, a necessidade da adoção, por parte de empresas, de uma política de direitos humanos, incluindo também preocupação, antes mesmos de suas atividades começarem, com o impacto potencial, proativamente. A localidade em que está inserida, assim como seu contexto, deve ser levada em consideração, para que os desafios diversos ali presentes -quanto a direitos humanos- possam ser transpostos. Em um relatório anterior (2006), numa compilação dos piores casos de violações, constatou-se que ocorriam em países com baixo PIB, em conflito ou recém concluídos, ou cuja força jurisdicional era pouca (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 6). No mesmo sentido, atesta-se:

Nos Estados em subdesenvolvimento, cuja capacidade de autodefesa ou de meio jurídicos e técnicos precisos para controlar eficazmente as multinacionais é muito escassa, podemos ver algumas características gerais de sua situação em A) A pequena participação do capital local,

B) A carência de trabalhadores especializados,  
C) A necessidade de incentivar a intervenção de multinacionais e por conseguinte a concessão de vantagens econômicas e fiscais, e D) Traço generalizado, a submissão dos conflitos a jurisdição de um tribunal de arbitragem (VOITURIEZ, 1981 *apud* BEDIN, 2001, p. 107, tradução nossa)

Portanto, percebe-se que o contexto e a situação do local de uma empresa (sobretudo se transnacional) devem ser considerados, pois, se o país que a receber não gozar de certa maturidade, poderá dar partida a um processo de dependência internacional, atando economicamente países ao dinamismo transnacional numa relação predatória.

O terceiro princípio do marco Ruggie se dá pela responsabilidade estatal de estabelecer e permitir acesso a mecanismos de sanção em caso de abusos. Vê-se de início que tal premissa se desdobra do primeiro princípio. O relatório admite que “a regulamentação estatal que coíbe certas condutas corporativas terá pouco impacto sem o acompanhamento de mecanismos de investigação, punição e reparação de abusos” (2008, p.22). O documento também possui o entendimento de que alguns países não possuem tais mecanismos justamente para atrair empresas, e assim competir internacionalmente por investimento, mas atesta que nenhum Governo deveria se omitir em questões de direitos humanos, não provendo diretrizes ou regulamentos para indústrias, por tal razão ou por qualquer outra (2008, p.8).

O documento se mostrou muito importante para a construção de consenso internacional. Entretanto, ele parece sujeito a muitas críticas. Uma das principais consolida-se pelo tratamento dado às obrigações positivas - um tratamento ambíguo, que poderia significar que tais seriam necessárias apenas para manter a abstenção. Sobre o assunto, Bilchitz (2010) argumenta que decorre da personalidade jurídica empresarial independente -e seus benefícios- a obrigação de contribuir ativamente para realização de bens sociais, ressaltando ainda que a realização de direitos humanos não é simplesmente um bem social, mas sim, norma fundamental, base fundacional, de todo o ordenamento jurídico, interno e internacional. Ao determinar tais medidas, entretanto, é preciso levar em consideração também os objetivos econômicos das empresas, para que estes não sejam lesados<sup>20</sup>. Bilchitz esclarece:

Os danos que os indivíduos podem sofrer não estão limitados àqueles em que seus direitos são violados ativamente pelas empresas; com efeito, a falta de acesso a alimentos, água, assistência à saúde e representação jurídica pode afetar seriamente a vida dos indivíduos. As empresas podem ter a capacidade de apoiar a realização desses direitos para um grande número de indivíduos (2010).

Outra grande crítica feita ao relatório relaciona-se ao fato de, numa tentativa de obter consenso, Ruggie ter feito concessões demasiadas, sendo seu relatório referido por algumas ONGs e autores como um marco

minimalista, representando um retrocesso em relação às Normas (FEENEY, 2009, p.182).

Ruggie, portanto, fez concessões demasiadas, consideradas inaceitáveis quando se está tratando de direitos humanos. Feeney aponta que o Representante “adotou uma estratégia aparentemente com vistas a agradar grupos empresariais, mas que, por outro lado, fez com que muitas ONGs deixassem de apoiá-lo” (2009, p.181).

O marco Ruggie, então, alcançou maior consenso entre atores internacionais de peso, todavia, pelos motivos expostos, representa, assim, um retrocesso da comunidade internacional. As demandas por parâmetros sobre empresas e direitos humanos ainda estão, pois, intensas como nunca.

Mesmo assim, é notável a importância do referido relatório para a construção de consenso internacional, sendo muito solícito em sua tentativa de alcançar grande aprovação no meio internacional.

## **2.5 Princípios Guia das Nações Unidas Acerca de Empresas e Direitos Humanos: Quadro sobre “Proteger, Respeitar e Remediar”**

Em 2011, o Comitê de Direitos Humanos aprovou os “princípios-guia” pelo qual seria implantado o *framework* apresentado no marco Ruggie em 2008, no qual foram desenvolvidos os princípios de “Proteger, Respeitar e Remediar”.<sup>21</sup>

Este documento detalha os deveres de proteção estatais como sendo “prevenção, investigação e repa-

ração” (ZANITELLI, 2011, p.40), através de “políticas públicas efetivas, legislação, regulações e adjucações” (NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 6). O Estado deve ainda deixar claro que possui expectativas de que empresas em seu território ou sob sua jurisdição respeitem direitos humanos, sugerindo regulação extraterritorial, tal como no marco de 2008. Tais expectativas devem se dar por meio de mensagens coerentes e consistentes, segundo o documento de 2011 (p.7). Como dever do Estado, o documento também elenca uma série de obrigações que consistem em guiar, prover informações e direcionamentos para empresas atuarem sem danificar direitos da cidadania (2001, p.8), seguindo, ainda, outros deveres em relação à condução de transações, acordos, etc.

Como responsabilidade de empresas, resta respeitar direitos humanos, evitando danos (NAÇÕES UNIDAS 2011, p.13). Sobre imposição de obrigações positivas ‘expõe: “Empresas podem empreender em compromissos ou atividades para apoiar e promover direitos humanos, podendo contribuir para o gozo de tais direitos. Todavia isso não compensa qualquer falha em respeitar direitos humanos em suas transações.” (NAÇÕES UNIDAS 2011 p.13). O documento segue reforçando os conceitos alcançados no relatório de 2008 quanto a aspectos sobre responsabilidade empresarial e apresenta novamente o conceito da “devida diligência”. Por fim, explicita o dever dos Estados de prover remédios acessíveis, por meios judiciais, administrativos, ou outros. Os princípios aqui apresentados são uma derivação direta, articulada operacionalmente, do relatório apresentado à Comissão



de Direitos Humanos da ONU em 2008, o referido “marco Ruggie”.

Esses princípios foram testados, antes de sua publicação, por mais de 10 empresas, uma vez que seu objetivo seria semelhante ao de um guia prático, como o próprio documento expõe, já que não possui a força vinculativa que, por exemplo, as Normas possuíam.

Mesmo Ruggie, parece entender as perdas e o minimalismo de sua proposta final, ao expor que:

A aprovação dos Princípios-guia, apenas, não trará um término aos desafios de empresas e direitos humanos. Mas marcará o fim de um começo: estabelece uma plataforma global de ação comum, na qual progresso cumulativo poderá se construir, passo-a-passo (...) (NAÇÕES UNIDAS, 2011 p. 5 tradução nossa).

### **3. Brasil: um panorama sobre responsabilização de empresas e imposições de obrigações positivas**

#### ***3.1 O Brasil e mecanismos de responsabilização de empresas violadores de direitos humanos***

Visto o caminho trilhado na construção de consenso internacional sobre a proteção de direitos humanos, e considerando as demandas da sociedade quanto à responsabilização por violações desses direitos, agora será preciso indicar, caso haja, a postura e posicionamento do Estado brasileiro.

Evidencia-se que no âmbito cível e administrativo é possível aferir a possibilidade de responsabilização das empresas por violações de direitos humanos; isso assumido, nos documentos produzidos pela ONG Conectas (como indicado alhures) e em outro relatório produzido pela Comissão Internacional de Juristas<sup>22</sup> - fica bem delimitada a situação brasileira e servirá de base para o aqui exposto. Já no âmbito penal, esta responsabilização só fica clara na esfera ambiental.

Sem embargo, o documento feito pela CIJ ressalta avanços no Brasil, não apenas legais, mas também referentes à atuação das autoridades, que têm empreendido inspeções regulares (CIJ, 2011, *item d*). É possível, também, que os administradores da empresa violadora sejam responsabilizados por crimes por ela cometidos com penas que incluem prisão, restrições de direitos, e multa - sendo estes dois aplicáveis também à pessoa jurídica (CIJ, 2011, p.2).

Na esfera cível, as sanções às empresas limitam-se a compensar os danos causados a outros; na esfera administrativa, podem-se emitir avisos, revogar licenças, ou ainda excluí-la de licitações, declarando-a imprópria para tais. Além disso, é importante ressaltar que a responsabilização também pode prover de leis especiais do ordenamento brasileiro, tais como leis ambientais, de proteção ao consumidor e trabalhistas. A lei ambiental, por exemplo, prevê, majoritariamente, responsabilização civil objetiva. Prevê, também, sanções criminais e administrativas. Violações de direitos do consumidor, igualmente, podem resultar em responsabilização criminal e administrativa. As leis de

proteção ao consumidor estabelecem que, em casos cíveis, o ônus da prova é invertido. Sob a lei trabalhista, é possível também incorrer em responsabilidade criminal. (CIJ, 2011 p.3).

A responsabilização de empresas violadoras de direitos humanos, portanto, é viabilizada pela legislação nacional nesses âmbitos. Reconhecemos aqui, entretanto, que isto ocorre indiretamente- as sanções são administradas como fruto de transgressões cíveis (por exemplo), não como, de fato, efeito direito de violações de direitos humanos. Isso importa, pois este ramo possui regras processuais próprias, tal como a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, dentre outras.

Nesse sentido, é possível reconhecer que certo controle pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu explicitamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>23</sup> nas ocasiões do Recurso Extraordinário nº 201.819-8<sup>24</sup> e o Recurso Extraordinário nº 407.688-8<sup>25</sup>.

Além dos mecanismos internos a serem acionados quando uma violação de direitos humanos vier a ocorrer, não se pode desconsiderar que o Brasil também está submetido ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ou seja, ao mesmo tempo em que uma empresa violadora está sujeita a responsabilização interna, o país está sujeito à responsabilização em nível internacional, podendo ser responsabilizado por violações de direitos humanos cometidas por empresas.

A corte interamericana, em um caso emblemático, do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku (Equador)<sup>26</sup>, limitou-se a responsabilizar o Estado por

danos causados à população indígena, estabelecendo reparações e recomendações, que incluem até mesmo neutralizar, desativar e retirar a substância explosiva, pentolite, deixada pela empresa privada que ali extraía petróleo (expondo em perigo a aldeia, além de danificar o meio ambiente). Recomendações diretas ou considerações para empresas não são feitas- podendo estas serem realizadas internamente pelo país onde a violação ocorreu.

O supracitado documento produzido pela CIJ se atém à análise dos recursos disponíveis no país, que podem ser utilizadas contra empresas para reguardar direitos humanos, tais como: Habeas Corpus, Habeas Data, mandado de segurança, ações populares, um razoável controle constitucional, ações civis públicas, ações civis e criminais, inquéritos civis e criminais, citando até mesmo as CPIs como possível mecanismo. (2011, p.3-4). Outro mecanismo interessante citado pelo documento é o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que consiste em acordos assinados perante procuradores da República, que objetivam solucionar problemas que estão ocorrendo, ou compensar danos já causados<sup>27</sup>.

Os TACs são mais rápidos que uma ação judiciária e, por isso mesmo, eficazes em proteger direitos coletivos. Os TACs foram utilizados eficazmente em inúmeros casos, tais como: o da empresa BRF, que forneceu leite contaminado com formol; da Companhia de desenvolvimento do Vale do São Francisco (Codevasf), que, por meio da construção de uma barragem, alagou área onde moravam 52 famílias; da Companhia Hidro

Elétrica do São Francisco, a fim de indenizar prejuízos causados pela sua construção a Comunidades indígenas; dentre muitos outros casos (MPF).

Apesar de medidas administrativas estarem sujeitas a serem revertidas em juízo, o documento aponta que estas são realizadas por Ministérios e por Agências Regulatórias (2011, p.4), como o IBAMA, por exemplo, que aplica multas ambientais desse caráter. Expressamente, o documento coloca, ao final da exposição de um caso no qual esse tipo de sanção fora aplicada- em que uma empresa incineradora espalhou gases nocivos à saúde em uma área residencial- que “a falta de complacência com, ou a suspensão pelo judiciário das multas administrativas impostas, mostra as limitações dos recursos administrativos” (2011, p. 5, tradução nossa).

Ainda, mais alguns esforços em âmbito legislativo estão sendo feitos, como pode ser visto por meio da Lei 12.846<sup>28</sup>, aprovada dia 01 de agosto de 2013, que estabelece a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos de corrupção contra a administração pública- seja esta nacional ou estrangeira- e, por conseguinte, protege o patrimônio público. A Lei prevê aplicação de multa para essas empresas de até 60 milhões de reais, conforme o Art. 6º, § 4º - além do ressarcimento- e explicita que tais podem sofrer sanções judiciais, a suspensão de suas atividades, ou mesmo ser dissolvida, tal como versa o Art. 19.

O referido documento, em sua terceira parte, enumera 13 casos emblemáticos sobre violações de direitos humanos por corporações, expondo os recursos brasileiros utilizados para sanar os problemas

e estabelecer ressarcimentos- alguns resolvidos com sucesso, e outros que encontraram obstáculos no acesso à Justiça.

Além das limitações das sanções administrativas, o documento, a partir desses casos, aponta problemas como desconhecimento da lei pela vítima, falta de representação legal (por motivos de hipossuficiência), alto custo e lentidão judiciária, extensa divergência jurisprudencial, falta de parâmetros para estabelecer danos morais, dificuldades em responsabilizar sucessores de companhias liquidadas. Identifica também como obstáculos a *corporate veil doctrine*, ou seja, a separação da personalidade jurídica da personalidade de seus *stakeholders*; hesitação em promover ações por alguns temas serem ainda inexplorados; grande poderio econômico e político de empresas violadoras; ausência de leis mais específicas, falta de precedentes; não cumprimento de TACs; imunidade de empresas sede; falta de regulação em geral, dentre outros (CIJ, 2011, p. 6-8)

Um dos casos trazidos pelo documento aconteceu no Rio de Janeiro, Bahia de Guanabara em 2000. A Petrobrás causou um vazamento de 1,3 milhões de galões de petróleo no local. As ações tomadas contra a empresa – de economia mista, vale lembrar- incluíram medidas de precaução, com multas diárias em caso de não cumprimento. Ações judiciais foram tomadas pelo Ministério Público e por uma organização de pescadores, pedindo compensação dos danos. Uma das dificuldades claras do caso, segundo o documento, teria sido a de quantificação dos danos causados a esses pescadores, a ausência de parâmetros para determinar compensação de natureza coletiva, assim como para avaliar danos ambientais (2011, p.7).

Um caso que parece ter sido bem sucedido, sem maiores obstáculos, citado pelo documento, parece ser o ocorrido em 2000, quando autoridades descobriram um terreno que antes havia sido um aterro de resíduos, que ainda emitia gases tóxicos, no qual um projeto residencial explodira. Como resultado,

A Promotoria e duas organizações da sociedade civil entraram com ações civis contra o Município, a Companhia que antes detinha o terreno, as companhias de água e esgoto, a firma construtora do projeto, e o escritório de advocacia responsável por vender e supervisionar o projeto de construção. Os acusados foram sentenciados a restaurar o ambiente do terreno, a demolir os prédios do projeto, e pagar quantia equivalente ao total pago, adicionada de danos morais. (CIJ 2011, p. 5 tradução nossa).

Por fim, o documento apresenta uma pequena lista de recomendações, estando dentre elas: fortalecer a Defensoria Pública, apoiar ONGs litigantes, medidas que colaborem com a celeridade, criar mecanismos de monitoramento dos TACs, regular responsabilização de empresas-sede por atos de subsidiárias ou subcontratantes, elaboração de leis que expandam responsabilização de companhias em âmbito criminal, assim como apoiar iniciativas que previnam abusos e promovam respeito empresarial aos direitos humanos (2011, p. 8-9). É possível, entretanto, entender, mesmo por esta última recomendação, que o documento ocupa-se dos danos causados ativamente, por não-

abstenção de violar. É preciso, portanto, entender como o Brasil vem tratando a possibilidade de imposição de obrigações positivas no escopo empresarial.

#### **4. O Brasil e a possibilidade de imposição de obrigações positivas**

O país parece estar, assim como a comunidade internacional, preocupado com a relação entre empresas e direitos humanos. Para manter um equilíbrio razoável, o Brasil empreende na implementação de obrigações positivas a serem cumpridas por parte de empresas, por meios diversos, tais como tributação e legislação (que, por vezes, é objeto da pauta do Supremo Tribunal Federal).

Ruggie, em seu marco, não questiona a validade da imposição de obrigações positivas por meio de tributação, e a “maioria das sociedades não parece considerar ilegítimo que os Estados tributem as empresas com base em suas atividades para propósitos sociais mais amplos”, como aponta Bilchitz (2010), questionando, muito pertinentemente, em seguida, se não se pode considerar as

obrigações positivas das empresas para com a realização dos direitos fundamentais como uma forma de imposto sobre suas atividades que exigem certas contribuições ativas para realizar os direitos fundamentais tanto em dinheiro quanto em espécie (BILCHITZ, 2010).



Segundo o mesmo autor, a possibilidade de obrigações positivas decorreria da personalidade jurídica independente, da qual decorrem inúmeros benefícios e vantagens legais (2010). Entretanto, desta podem decorrer danos, e, no caso brasileiro, ela pode ser utilizada para obter vantagens para seus acionistas sem resultar em responsabilidade plena por seus possíveis atos. Bilchitz sugere que ações positivas, para promoção de direitos humanos, por parte de empresas, sejam como uma moeda de troca que compense as vantagens conferidas pelo mecanismo da personalidade jurídica separada, ressaltando, a todo momento, que não há justificações razoáveis para se atestar o oposto (2010). Parece razoável, uma vez que a concessão da personalidade juridicamente independente objetiva criar benefícios para a sociedade, que estes possam ser exigidos, mesmo que, para isso, seja preciso impor certas obrigações a empresas.

É claro, todavia, que estas teriam que respeitar os objetivos econômicos empresariais e, como o próprio autor expõe, “ainda há muito trabalho necessário para complementar o âmbito e o alcance das obrigações positivas que têm as corporações” (2010), sendo preciso um grande equilíbrio entre fatores para determinar o grau de obrigações positivas que se poderia impor a uma empresa.

É possível, também, encontrar possível respaldo para aplicação de tais obrigações na legislação brasileira. O novo Código Civil, em seu Art. 421, consagra a função social dos contratos, estabelecendo que esta limita e justifica a liberdade de contratar. Segundo

Miguel Reale, a razão da inserção desta cláusula está na realização do Art, 5º, incisos XXII e XXIII, que versam sobre a função social da propriedade, entendendo que tal princípio somente se dará se estendido também aos contratos, “cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes, mas a toda coletividade” (2003), garantindo a preponderância dos interesses coletivos frente aos interesses individuais e, assim, sugerindo um caminho oposto ao individualismo predatório.

Apesar de ser possível, também, uma interpretação restritiva desse princípio -de maneira que este opere apenas como inibidor de atividades abusivas ou danosas à outra parte ou a terceiros- não há razão alguma para se sustentar que não se pode exigir que a função social seja ativamente realizada, utilizada para o alcance de bens sociais como o proposto por Bilchitz. Além disso, a interpretação restritiva não leva em consideração as características base e distintivas desse instituto, bem como não explora suas potencialidades, como a consecução de uma finalidade proveitosa ao interesse geral. Apesar de não deixar claríssima sua posição, Reale admite, consoando com tal raciocínio:

Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento. (2003)

Os fins sociais buscados pelo princípio em questão encontram-se expressos, por sua vez, na Constituição Federal, contemplados nos fundamentos e objetivos da República, nos Art. 1º (incisos II, III, e IV) e 3º (inciso I). Ainda é interessante notar que o Art. 421 apresenta-se como cláusula aberta, e propicia ampla compreensão hermenêutica, proporcionando assim maior interferência do juiz na solução dos conflitos, como apontou Reale, na ocasião da sanção do novo código, em consonância com o momento paradigmático atual, que privilegia o direito no caso concreto.

Sob Capítulo I, que enumera os princípios gerais que devem reger a atividade econômica, pertencente ao título VII, *Da Ordem Econômica e Financeira*, da Constituição, é possível destacar o Art. 170 *caput*, que expressa que a finalidade da ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CF, 1988), observando, ainda, princípios como a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, e principalmente “a redução das desigualdades regionais e sociais” (inciso VII). Parece possível, portanto, que a imposição de obrigações positivas a empresas se dê com base nos princípios constitucionais aqui expostos.

A Constituição Federal estabelece um mecanismo interessante, em seu Art. 212, §§5º e 6º, o salário-educação, que consiste em uma contribuição social recolhida pelas empresas para programas, projetos e ações voltados para o financiamento da educação básica pública. O §6º versa que as cotas estaduais e municipais serão distribuídas proporcionalmente ao

número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes. O mecanismo foi dado como válido e eficaz pelo Supremo Tribunal Federal, numa ação declaratória de constitucionalidade (n.º 3-0), o que resultou na súmula n.º 732 do STF, que, ainda, estabelece que seus efeitos retroagem até a carta de 1969.

A contribuição é regulamentada pelas leis n.º 9.424/1996, 9.766/1998, Decreto n.º 6.003/2006 e Lei 11,457/2007 e “calculada com base na alíquota de 2,5% sobre o valor total das remunerações pagas ou creditadas pelas empresas, a qualquer título, aos segurados empregados” sendo contribuintes as “empresas em geral, entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social, entendendo-se como tal, qualquer firma individual, ou sociedade que assuma o risco de atividade econômica”, possuindo fins lucrativos ou não, sendo sujeitas até mesmo empresas públicas e sociedades mistas, segundo o portal do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE (2012). É arrecado, fiscalizado e cobrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Outra medida, que parece querer suprir caráter semelhante ao de uma obrigação positiva realizada por empresas, é a tentativa de conversão dos royalties do pré-sal em recursos para a educação e saúde. O projeto, aprovado pelo Senado, no dia 02/07/2013, que ainda deve ser votado na Câmara dos Deputados e sancionado pela Presidente, dispõe que a distribuição dos recursos dos royalties e a participação especial da produção de petróleo irá garantir para a educação, ao menos, R\$ 2 bilhões por ano a partir de 2014, dos recursos que

cabem à União na arrecadação. Além desse montante diretamente direcionado ao setor, outros R\$2 bilhões serão aplicados no Fundo Social, cujo rendimento seria utilizado nas proporções de 75% para educação e 25% para a saúde.

Apesar de muitos considerarem o projeto de lei aprovado pelo Senado como essencialmente populista e pouco eficiente, uma vez que os parlamentares fizeram grandes cortes (o repasse, com o novo texto, cai 53,43%). O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- Ipea- apresenta outras possibilidades para suprir os recursos cortados, como a ampliação de impostos e criação de contribuições voltadas para o setor da educação, tal como o salário-educação.<sup>29</sup>

Mesmo que por outros meios além da tributação, é possível notar movimentação quanto à imposição de deveres positivos, por parte do particular empresário, por iniciativas do Poder Legislativo. Uma medida positiva interessante é estabelecida pela Lei 8.899 de 1994, que obriga as empresas de transporte coletivo interestadual a conceder passe livre às pessoas portadoras de deficiência. A ABRATI- Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros- ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI<sup>30</sup> n° 2649), mas foi julgada improcedente.

A ABRATI sustentava que a lei não indicava fonte de custeio da despesa, deixando-a a cargo da empresa de transporte, violando assim princípios da ordem econômica, a livre iniciativa e o direito a propriedade. Em contraposição, levou-se em

conta que a ordem econômica tem a finalidade de assegurar a todos existência digna, e que tal lei seria um instrumento de realização de justiça social (citada no texto constitucional). Apesar de, ao longo do julgamento, considerarem o fato de que tais serviços de transporte funcionavam sob concessão pública, acredita-se que esta seja uma importante decisão para a construção de consenso e equilíbrio da relação entre empresas, seus deveres, e direitos humanos, além de zelar sobre os princípios do Art. 1º e 3º da Constituição Federal.

A ADI 3225<sup>31</sup>, julgada improcedente por maioria de votos também se mostra relevante. A requerente-governadora do Estado do Rio de Janeiro- postulava a inconstitucionalidade de norma constitucional estadual (Art.112, que versa que não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestada de forma indireta, sem indicação de fonte de custeio). Alegava para isso que esta feria princípio federativo e autonomia dos poderes, assim como o princípio da dignidade, ao dificultar implantação de políticas públicas. O STF entendeu que, assim, se mantinha o “equilíbrio na equação econômico-financeira informadora dos contratos administrativos (...) a própria viabilidade e continuidade dos serviços públicos e das gratuidades concedidas” (voto do Rel. Min. Cezar Peluso, 2007).

Ainda, outra ADI, nº 1.950<sup>32</sup>, encontra as questões aqui suscitadas. A requerente Confederação Nacional Do Comércio (CNC) questiona a constitucionalidade da meia-entrada do estudante em casas de cultura,

desporto e lazer, de São Paulo. É preciso lembrar, que o Estado nada proporciona, quem o faz é inteiramente o particular, empresário. A ADI foi julgada improcedente, com base nas seguintes premissas:

No caso, se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os designios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades. (ADI 1.950, Sr. Rel. Min. Eros Grau-grifo nosso.)

Ainda, o Ministro Eros Grau ressalta que a Constituição enuncia diretrizes, fins, postulando um “plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170” (ADI1950, 2005). Entende, também, que a livre iniciativa possui papel primordial na Carta de 88, mas que “essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais” (ADI 1.950, 2005). O princípio, segundo o Ministro, não

apenas expressa a liberdade empresarial, como cogita a “iniciativa do Estado” sem a privilegiar como exclusiva à empresa.

São nestas direções que os posicionamentos e medidas vêm sendo tomadas no Brasil, mostrando que as pautas de definições dos deveres inerentes às empresas em voga no contexto internacional também o estão no país, representando importante tema. O Brasil, entretanto, parece avançar cautelosamente, como visto, ora com iniciativas ousadas – entretanto com grande risco de serem barradas no Congresso- ora com tímidas demonstrações de preocupação com regular o equilíbrio entre atividades empresarias e direitos da cidadania, que se expressam, por vezes, em decisões judiciais.

## Conclusão

Como se pode observar por meio dos documentos e argumentos expostos, infelizmente, ainda encontra-se distante a obtenção de um grande consenso que beneficie, de fato, tanto as empresas, quanto a realização dos direitos humanos em sua plenitude.

Como visto por meio dos documentos apresentados, na comunidade internacional, ONGs e instituições da sociedade civil coordenam as demandas pela definição de obrigações mais amplas e até mesmo positivas para empresas, assim como também se mostram de grande importância para fiscalização da atuação destas, atentando para eventuais violações, auxiliando



assim não apenas na construção de consenso internacional acerca do tema, como também na própria responsabilização (ou, ao menos, conscientizam sobre a importância de se implantar mecanismos de sanção e reparação).

Mesmo com voz ativa desses atores, instituições econômicas, empresas e outros órgãos, têm se mostrado de peso na estruturação dos requerimentos de conduta empresarial, resultando que os avanços para preencher o *governance gap* presente no tema foram demasiadamente minimalistas, obtendo grandes críticas de defensores de direitos humanos. Conforme analisado no desenvolvimento desta exposição, o marco Ruggie que resultou nos princípios-guia, fez grandes concessões, além de ser um documento desprovido de normatividade.

Foi verificado que, não obstante a ausência de consensos globais, nota-se a construção deles, ainda que paulatinamente e de modo pouco linear. Mesmo assim, o contexto internacional, portanto, no presente momento, continua com carências que remontam ao início do diálogo. Todavia, foi alcançado consenso acerca da ideia de que, apesar do Estado ser primariamente responsável pela realização dos direitos humanos, empresas privadas e transnacionais também o são, necessitando observar os preceitos já estabelecidos internacionalmente sobre esses direitos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos.

É preciso, também, entender que, ao mesmo tempo em que empresas podem vir a representar uma ameaça aos direitos em questão, elas são um grande

agente transformador, não apenas de estruturas econômica, podendo ser precursores de grandes mudanças sociais e políticas positivas. Garantem, assim, o direito ao desenvolvimento de muitas localidades. O equilíbrio da relação entre empresas e direitos humanos há de ser mediado com muita cautela, de modo a não causar dano a nenhum dos polos figurantes, por uma regulamentação estatal consciente de todas as nuances envolvidas.

Os esforços feitos internacionalmente parecem se refletir no Brasil. As demandas internas parecem seguir diretrizes semelhantes, e o país tem tentado responder a altura por diversos meios, nos quais se incluem decisões do poder judiciário, que reconhecem a horizontalidade dos direitos humanos. Também por novas normas internas, que implicam em mais responsabilidade para empresas e obrigações positivas para promoção desses direitos, dentre outros mecanismos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como os Termos de Ajustamento de Conduta- mecanismo eficaz e especializado em proteção de direitos humanos.

É preciso apontar, entretanto, que, assim como no contexto internacional, o caminho a ser trilhado para uma efetiva proteção e promoção dos direitos humanos pelo Brasil é longo, uma vez que os esforços no âmbito das obrigações positivas são ainda cautelosos. E, no que tange à responsabilização por abusos, geralmente esta recai sobre a legislação interna cível, ou trabalhista, ambiental dentre outras especializadas. Há, lamentavelmente, poucos recursos diretamente sob o manto dos direitos humanos.

Além disso, é preciso ressaltar o fato de que o Brasil é um país em desenvolvimento – e que as empresas possuem um papel significativo para promovê-lo. É necessário atentar para a razoabilidade em relação aos contratos firmados e aos mecanismos a serem utilizados caso haja conflitos. Defende-se aqui, por exemplo, que a arbitragem, como supracitado, preferida pelos investidores, para maior imparcialidade, seja mista, e não puramente privada.

Conclui-se, portanto, que as verdadeiras preocupações dos defensores de direitos humanos ainda permanecem. Tanto no Brasil, quanto internacionalmente, o debate e a construção de consenso, de parâmetros normativos, faz-se imprescindível, não apenas no ramo de responsabilização por violações, mas também no âmbito de imposições de obrigações positivas, uma vez que as empresas tem o poder-dever, considerando a sua função social, de não apenas respeitar, mas promover direitos humanos, visando o equilíbrio da comunidade em que se instala, muito além do lucro puro e simples.

## Notas

- <sup>1</sup> Este artigo fará a franca utilização do termo “empresa” no sentido de “pessoa jurídica do direito privado”, fazendo uso, portanto, da linguagem coloquial.
- <sup>2</sup> No sentido em que expõe Eduardo Bittar (2013, p. 208).
- <sup>3</sup> Piovesan ainda expõe que, apenas sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos, é possível compreender a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, emergente do pós-guerra, no Direitos Constitucional ocidental, que por este foi remodelado frente ao impacto das atrocidades do Nazismo, gerando um novo constitucionalismo,

como vêm afirmando autores como Antônio Augusto Caçado Trinda-  
de (2012, p. 85).

- <sup>4</sup> Tal sistema, segundo Virgílio Afonso da Silva é base para que liberdades públicas sejam vistas como prestações positivas, além de mero direito a abstenção estatal, tema que será estendido ao longo deste artigo.
- <sup>5</sup> Apesar de a doutrina alertar para a heterogeneidade e o dissenso (tanto na esfera conceitual como terminológica) presentes no assunto, e por vezes utilizar-se dos termos indistintamente, é necessário discernir as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Direitos fundamentais são os direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de certo Estado (e, portanto, limitados temporal e espacialmente), são por sua natureza direitos humanos (seu titular será a pessoa humana, mesmo que representada coletivamente). A expressão “direitos humanos”, por sua vez, preserva relação com o direito internacional, sendo supranacionais, independentes da ordem constitucional, derivados da ideia de um direito natural (SARLET, I. 2009 p. 28-31). O critério para distinção, portanto, dá-se levando em consideração a concreção positiva: os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos e positivados pelo ordenamento jurídico de um país.
- <sup>6</sup> O autor defende, ao longo de sua obra, que nesse paralelo pretende incluir não apenas as corporações, mas a absolutamente todos os particulares em todas as relações entre si.
- <sup>7</sup> São os documentos: *Normas de Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outras Empresas, Protect, Respect, and Remedy: A Framework for Business and Human Rights* (relatório este mais conhecido e aqui citado como “marco Ruggie”) e *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*.
- <sup>8</sup> Os documentos referidos são: *Civil Society Forum Declaration to UNCTAD XI, Brazilian obligations to address human rights violations perpetrated by companies, e Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations- Brazil (executive summary)*.
- <sup>9</sup> Denominação original: *Civil Society Forum Declaration to UNCTAD XI*
- <sup>10</sup> Sigla para *United Nations Conference of Trade and Development*.
- <sup>11</sup> Que se encontram explícitas no próprio documento em questão, disponível para consulta em: <[http://unctad.org/en/Docs/td407\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/td407_en.pdf)>
- <sup>12</sup> O documento se encontra disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En)>

- <sup>13</sup> Juan María B. Ubillos, resalta que, em alguns casos “A desigualdade se converte em falta de liberdade. Por trás dessas manifestações concretas de concentração ou monopolização do poder social, econômico ou informativo (...) se esconde a privilegiada posição de certos indivíduos ou organizações cujo predomínio anula ou compromete gravemente esse mínimo de liberdade e igualdade que constitui o pressuposto da autonomia privada.” (In: SARLET, 2010, p.265, tradução nossa).
- <sup>14</sup> O fórum parece sugerir uma divisão de lucros forçada por parte do Estado, para que, por meio de tributação, este adquira recursos para promover os direitos da cidadania, já que dificilmente há ações voluntárias por parte de empresas para tal.
- <sup>15</sup> Mais informações sobre o caso podem ser encontradas no documento produzido pela Federação Internacional dos Direitos Humanos; Justiça Global e Justiça nos Trilhos, denominado: *Brasil - Quanto valem os Direitos Humanos*, disponível em: <<http://global.org.br/wp-content/uploads/2011/05/rapport-bresil-port-LD.pdf>>.
- <sup>16</sup> Em palestra: *Evolving International Investment Regime: an introduction and an overview*. Proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dia 25 de Agosto de 2012. Tradução nossa.
- <sup>17</sup> A expressão deve ser entendida como “espaços vazios” da governança, que propiciam um ambiente permissivo. Os *governance gaps* são espaços carentes de normatividade, consensos em geral. Maiores explicações podem ser encontradas em: <<http://www.unhistory.org/briefing/15GlobalGov.pdf>>
- <sup>18</sup> Nesse sentido, um caso emblemático é o Caso Companhia de Aguas del Aconquija S.A. (CAA)/Vivendi Universal S.A v. República Argentina, decidido pelo Tribunal de Corte ICSID (Caso CIADI No. ARB/97/3)
- <sup>19</sup> A *devida diligência* se dá pela atuação em conformidade com a lei, juntamente com gerenciamento preventivo do risco de causar dano a direitos humanos. As empresas, para alcançar esse conceito, também devem observar a Declaração Universal de Direitos Humanos e convenções internacionais.
- <sup>20</sup> Estabelecer tal ponto, entretanto será sempre um desafio, geralmente, encarado pelo judiciário. Se, no âmbito estatal foram criados mecanismos defensivos, tais como a reserva do possível, possivelmente estes seriam transpostos ao âmbito empresarial. As decisões que possibilitariam a efetivação de tais direitos seriam, portanto, relegadas ao Juiz togado, condizendo com o direito do paradigma jusfundamental, o direito do caso concreto.

- <sup>21</sup> O documento foi aprovado por meio da resolução 17/4, dia 06 de Julho de 2011, pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Tal resolução encontra-se, para maiores informações, disponível em: <<http://www.business-humanrights.org/media/documents/un-human-rights-council-resolution-re-human-rights-transnational-corps-eng-6-jul-2011.pdf>>
- <sup>22</sup> O relatório denomina-se *Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations- Brazil (Summary Executive)*,
- <sup>23</sup> Incluindo-se aqui os direitos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.
- <sup>24</sup> A União Brasileira de Compositores (UBC) punira com a exclusão um associado, sem assegurar-lhe a prévia oportunidade de defesa.
- <sup>25</sup> Relacionado à questão de impenhorabilidade do imóvel de família.
- <sup>26</sup> O caso se refere à outorga por parte do Estado de uma permissão a uma empresa privada para realizar atividades de exploração e extração de petróleo no território do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku, sem consulta prévia destes. Para mais informações acerca, consultar a íntegra do caso em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)
- <sup>27</sup> Os TACs são formas alternativas à responsabilização judicial específica, integrando um esforço global e integral de ensinamento e ajustamento dos direitos humanos. São, também, instrumentos facilitadores da jurisdição interna, uma vez que em caso de descumprimento do termo, o Juiz tem o “poder-dever” de obrigar a parte a cumprir o acordado. (MPF)
- <sup>28</sup> O texto da Lei, em sua íntegra, pode ser consultado em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>
- <sup>29</sup> Notícias recentes sobre o assunto podem ser encontradas em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/07/02/aprovada-destinacao-de-royalties-do-petroleo-para-educacao-e-saude>> e <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,senado-corta-53-dos-royalties-que-iam-para-educacao,1050463,0.htm>>
- <sup>30</sup> A íntegra da ADI 2649 pode ser encontrada no seguinte link: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>
- <sup>31</sup> A ADI 3225 pode ser lida na íntegra em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491808>>
- <sup>32</sup> A ADI 1950 pode ser encontrada na íntegra no link: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/188\\_ADI%201950.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/188_ADI%201950.pdf)>

## Referências

- ALVAREZ, JOSE. **The Evolving International Investment Regime: an introduction and an overview**. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 25 de Agosto de 2012.
- BAHIA. Ministério Público Federal. **Termos de Ajustamento de Conduta**. Disponível em: <<http://www.prba.mpf.mp.br/paraocidadao/pecas-juridicas/termos-de-ajustamento-de-conduta>> Acesso em: 03 jul.2013
- BEDIN, Gilmar Antônio. **A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidaria**. Ijuí: Editora da UNIJUÍ, 2001.
- BILCHITZ, David. **O Marco Ruggie: Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas?** Disponível em: <[http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo12.php?artigo=12,artigo\\_10.htm](http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo12.php?artigo=12,artigo_10.htm)> Acesso em: 12 mar. 2013.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e prática da monografia para os cursos de Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Ministério da Educação, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Entendo o salário-educação. Disponível em:<<http://www.fnde.gov.br/financiamento/salario-educacao/salario-educacao-entendendo-o>> Acesso em 03 jul. 2013.
- CALIARI, Aldo. **Comércio, investimento, financiamento e direitos humanos: avaliação e estratégia**. Disponível em: <[http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo\\_07.htm](http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_07.htm)> Acesso em: 25 fev. 2013
- COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations- Brazil (executive summary)**. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/Brasil%20ExecSumm-ElecDist\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/Brasil%20ExecSumm-ElecDist(1).pdf)> Acesso em 04 jul. 2013.
- CONECTAS DIREITOS HUMANOS; ÁGERE; INSTITUTO MAIS DEMOCRACIA; JUSTIÇA GLOBAL; PLATAFORMA BNDS. **Brazilian obligations to address human rights violations perpetrated by companies**. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/SubmissionUPRBrazil\\_BusinessandHR\\_Conectasanpartners.pdf](http://www.conectas.org/arquivos/SubmissionUPRBrazil_BusinessandHR_Conectasanpartners.pdf)> Acesso em: 25 mai. 2013

- FEENEY, Patricia. **A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy**. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/eng/conteudos/pdf/11/08.pdf>> Acesso em: 12 jun. 2013.
- FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DOD DIREITOS HUMANOS; JUSTIÇA GLOBAL; JUSTIÇA NOS TRILHOS. Brasil Quanto valem os Direitos Humanos. Disponível em: <<http://global.org.br/wp-content/uploads/2011/05/rapport-bresil-port-LD.pdf>> Acesso em: 02 jul.2013.
- FÓRUM DA SOCIEDADE CIVIL. **Civil Society Forum Declaration to UNCTAD XI**. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/td407\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/td407_en.pdf)>. Acesso em 20 abr. 2013.
- NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. **Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework**. Disponível em: <<http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-21-mar-2011.pdf>> Acesso em: 20 mar. 2013
- \_\_\_\_\_. Conselho Econômico e Social, Sub-Comissão para Promoção e Proteção de Direitos Humanos. **Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights**. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En)> Acesso em 15 mar. 2013
- \_\_\_\_\_. Conselho de Direitos Humanos. **Protect, Respect, and Remedy: A Framework for Business and Human Rights**. Disponível em: <<http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>> Acesso em: 10 mai. 2013.
- PEREIRA, Lia Valls. **Desenho de uma nova ordem de comércio global: definido por nações ou empresas**. In: HOFMEISTER, Wilhelm. *Governança Global: Reorganização da política em todos os níveis de ação*. Centro de Estudos Konrad-Adenaur-Stiftung. No. 16, 1999. p. 71-81
- PINHEIRO, Silva. **Investimentos e Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16\\_1\\_pinheiro.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16_1_pinheiro.pdf)> Acesso em: 02 jul. 2013
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>> Acesso em 03 jul. 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos fundamentais: uma teoria**



- Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF.** Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/a-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais-na-jurisprudencia-do-stf-e-no-direito-comparado.pdf>> Acesso em: 28 mai. 2013
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.
- UBILLOS, José María Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, cap.12.
- VALADÉS, Diego. **La protección de los derechos fundamentales frente a particulares.** Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.5209/rev\\_ANDH.2011.v12.38112](http://dx.doi.org/10.5209/rev_ANDH.2011.v12.38112)>. Acesso em 10 mai. 2013.
- ZANITELLI, Leandro Martins. **Corporações e Direitos Humanos: O Debate entre Voluntaristas e Obrigacionistas e o Efeito Solapador das Sanções.** Disponível em: <[http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15.artigo\\_02.htm](http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15.artigo_02.htm)> Acesso em 24 jun.2013.



# **El Derecho Federal como herramienta del Derecho Constitucional Reflexiones sobre Argentina, Colombia y Brasil**

*The Federal law as a tool  
of Constitutional law  
Reflections about Argentina,  
Colombia and Brazil*

Artigo recebido em 10/10/2013.  
Revisado em 11/10/2013.  
Aceito para publicação em 22/10/2013.

## **Damián R. Pizarro**

DRP, Abogado (con especialización en Derecho Público), Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Cursante de Doctorado en Derecho Constitucional (Modalidad Intensiva), Facultad de Derecho (UBA). Docente Invitado de la Escuela de Abogados del Estado, Especialización en Derecho Procesal, Procuración del Tesoro de la Nación. Profesor adjunto (Int.), Facultad de Ciencias Económicas, (UBA). Auxiliar docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, y en la Universidad de Lomas de Zamora. Cursante del Profesorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho (UBA). Coordinador Editorial de obras jurídicas, Redacción, Editorial La Ley. Miembro Asociado de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

## **Resumen**

El presente trabajo intenta abordar la noción del federalismo, y de distintas perspectivas, tiene como meta plantear algunas reflexiones acerca de dicho instituto. Así propuesto el tema, se asevera que es lo federal y de su articulación en el derecho constitucional.

## **Palabras-clave**

Federalismo; Derecho Constitucional; Derecho Comparado; Derecho Federal.

## **Abstract**

This paper intends to address the notion of federalism and of different perspectives, aims to discuss

some thoughts about the institute. Then, proposed the topic, approach what is the federal and its relation in the constitutional law.

## **Keywords**

Federalism; Constitutional Law; Comparative Law; Federal Law.

## **Sumario**

Introducción. 1. El proyecto de Alberdi y el derecho constitucional federal argentino. 2. Las características del Estado Federal, y la distinción entre el federalismo y el unitarismo. 3. Reflexión sobre la organización política de Colombia. 4. Breve mención acerca del Federalismo en Brasil. Conclusión. Notas. Referencias.

## **Introducción**

El derecho, en particular, la rama pública y constitucional, goza de principios e instituciones que no solo denotan lo fundamental de su existencia, sino también su amplio espectro hacia otras ramas del derecho y disciplinas sociales.

Desde los inicios el constitucionalismo tuvo por fin reconocer y garantizar los derechos fundamentales de las personas. De hecho, la misma noción de persona

adoptada por nuestro ordenamiento proviene de aquel derecho constitucional de fuente internacional como fue la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre.

Gracias a esa declaración y a otros instrumentos del derecho comparado que han servido de faro, y acuerdos suscriptos por Argentina, se creó y conformó el orden constitucional como hoy lo conocemos y concebimos, y en su accionar esencial de garante de los derechos fundamentales.

Para poder dar cumplimiento a ello, la Constitución se sirve de caracteres esenciales que la conforman y la resultan aplicable, y efectiva. Por ello entendemos que “[l]a Constitución de un Estado Democrático inviste esa naturaleza: tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos contenidos, también en sus implicitudes”.<sup>1</sup>

Si tomamos a la misma como creación social e histórica, refleja aquello propio de cada Estado, ciudad o cantón, lo que define aún más su existencia como

[...]un reparto de competencias entre las autoridades del gobierno federal y las autoridades de los gobiernos de los estados locales, que se ajusta al artículo 121 constitucional [argentino]: ‘las provincias conservan todo el poder no delegado’ por la Constitución ‘al gobierno federal’ y el que ‘expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación’ [...].<sup>2</sup>

Así, con el fin de aproximarnos a conceptos de gran utilidad, corresponde abordar a “*la idea federal*, es

*decir, la estructura de gobierno que recoge cierto número de territorios contiguos asociados, no divididos, aunque de composición varia [...]”*<sup>3</sup>

Desde ya, correspondería dar un exhaustivo y respetuoso tratamiento al concepto de derecho federal, y denotar el desarrollo del mismo desde el artículo “*Federalism*”, que recogió los precedentes observados en Grecia y aquellos aplicados por los israelitas en el siglo XIII A.C. hasta nuestros tiempos. También, aquellas evoluciones en ciudades de Asia Menor, en la República Romana, en confederaciones de tribus y nativos en el Norte de América, agrupaciones de cantones en Suiza, y otros ejemplos más próximos como Canadá, Alemania, Australia, la Unión Sudafricana, y los casos dados en América Latina en el siglo XIX (México, Argentina y Brasil). Debo así, atenerme a proponer algunos términos definidos, y que colaboran a una rápida lectura y comprensión.<sup>4</sup>

La noción que necesitamos de derecho federal podría obtenerse de conceptos ilustrados de Kelsen,

El orden jurídico de un Estado federal se compone de normas centrales válidas para todo su territorio y de normas locales que valen solamente para partes de este territorio, los territorios de los estados ‘componentes’ (o miembros). Las normas centrales generales o ‘leyes federales’ son creadas por un órgano legislativo central, la legislatura de la ‘federación’, mientras que las normas generales locales son creadas por órganos legislativos locales, o legislaturas de los estados miembros.<sup>5</sup>

Por ello, en el intento de definir al derecho federal nos encontramos con el inconveniente de si ésta es una disciplina independiente del derecho constitucional o si, por el contrario, se trata de un segmento identificable dentro del derecho público constitucional compuesto por aquellas normas incluidas en la ley suprema del Estado o Confederación, que versan sobre la regulación aplicable a las unidades que lo componen.

Si se considera una disciplina autónoma, podríamos describir al derecho federal como el conjunto de normas, sean supremas, ordinarias o de procedimiento, costumbres y criterios interpretativos, de competencia nacional, provincial, municipal, o bien regional, que aportan aquellos lineamientos esenciales a la democracia, el progreso y bienestar de un Estado.

Sobre el orden federal local, Carnota entiende que

El federalismo argentino ha sido estructurado, al igual que el norteamericano, desde una matriz fuertemente dual. Esto quiere decir que los ámbitos de la actuación federal, por un lado, y provincial, por el otro, se encuentran bien delimitados desde la perspectiva del diseño e ingeniería constitucionales.<sup>6</sup>

Desde otro punto de vista, podemos citar que

en la vernácula cosmovisión de los intereses creados se ha supuesto muchas veces desde cierta perspectiva provinciana que el federalismo es



un coto de caza para el 'caudillismo', escuela de 'autonomía de cierta partidocracia', 'botín administrativo' para los detentadores de turno, cuando no 'ámbito de reserva para negocios no santos' que escapan al control de la Nación toda (...) Pero, desde la óptica centralista, esa lectura tiene su correlato. El Federalismo es para otros una 'ilusión normativa', la suma de territorios que reportan 'agobiantes cargas al gobierno central', 'forzado legado institucional' que debe reformularse con su extinción y, apenas 'una silueta electoral' que perfila sus chances cuando es capaz de adicionar el cuántum distrital a la hora del sufragio.<sup>7</sup>

Para concluir esta introducción a la temática federal, me sirvo en citar un comentario de la doctora Silvia Palacio de Caeiro, quien estima que

[...] no es correcto establecer las singularidades del derecho federal aludiendo sólo a cuestiones relacionadas con la jurisdicción, competencia y decisiones de los órganos judiciales federales que entienden en la materia, debido a que consisten aspectos parciales e instrumentales de una disciplina cuyo contenido sustancial los excede [...] El derecho federal infraconstitucional, es comprensivo de leyes destinadas al progreso y bienestar del país, las que abarcan derechos y valores de índole programático-democrático, de carácter jurídico, político, social, económico, ambiental, cultural, ciudadano, vivencial, vital,

destinados al progreso de los habitantes [...] El propósito y finalidad del derecho federal, se dirige a la organización, regulación e instrumentación de toda la actividad impuesta por la Constitución Nacional al gobierno federal, a sus entes centralizados o descentralizados, como asimismo, a los servicios públicos que brinda a través de la administración centralizada, entidades autárquicas, empresas públicas privatizadas, sociedades del Estado y cualesquiera otra forma organizacional que se adopte [...].<sup>8</sup>

## 1. El proyecto de Alberdi y el derecho constitucional federal argentino

En el Proyecto Constitucional de 1852, Juan Bautista Alberdi, enuncia la Constitución de la Confederación Argentina, lo que *“nos permite aseverar que Alberdi confundía la idea de federación pura con la de confederación, lo que ahora no ocurre, pues entre las formas federativas, la confederación se caracteriza especialmente por la posibilidad del ejercicio de los derechos de ‘secesión’ y ‘nulificación’, lo que no está reconocido como facultad de los Estados de una Federación”*.<sup>9</sup>

Se podrá, en artículos siguientes, visualizarse ésta apreciación, donde Alberdi, nombra al Estado Argentino como una Confederación de Estados, y no como un Estado Federal de provincias autónomas o con cierta independencia de la organización central.

*“La República Argentina se constituye en un Estado federativo, dividido en provincias, que conservan*

*la soberanía no delegada expresamente por esta Constitución al Gobierno Central*".<sup>10</sup>

En el texto actual de la Constitución de la Nación Argentina, respecto a lo que se entiende por Estado Federal, se han producido cambios notables y de amplio contenido, ya que se ha propugnado, pero se mantiene la intención, de la descentralización del poder, que no sólo alcanza a la profundización del federalismo, sino también el reconocimiento de la autonomía municipal y la institucionalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con sus respectivas constituciones e instituciones.

*"La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución"*.<sup>11</sup>

En cuanto al Derecho Constitucional de nuestro país, podemos afirmar que tiene tres sentidos atribuibles "[...] como el derecho objetivo que concretiza la organización fundamental de los poderes del Estado y que confiere el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas [...]; como derecho subjetivo: individual, social o grupal, o colectivo o de incidencia colectiva; y [...] como el saber o la ciencia del sistema constitucional del estado democrático[...]" . A partir de ellos cabe delimitar el concepto para evitar confusiones, por lo que establezco que, con ésta expresión, me refiero al derecho constitucional como al Sistema Constitucional de Argentina, a la organización de los poderes del Estado, que confiere paralela y conjuntamente, el reconocimiento de los derechos de las personas o grupos de ellas.<sup>12</sup>

Germán Bidart Campos, al referirse a la estructura constitucional del Estado Federal, enuncia que la Constitución Argentina de 1853-1860 acoge la forma federal de Estado, y que ello “... importa una relación entre el poder y el territorio, en cuanto el poder se descentraliza políticamente con base física, geográfica o territorial. El federalismo es la forma opuesta a la forma unitaria, que centraliza territorialmente al poder del Estado.”<sup>13</sup>

Por lo que, cabe agregar que “[...] el federalismo significa una combinación de dos fuerzas: la centrípeta y la centrífuga, [...] se compone de muchos estados miembros (que en nuestro caso se llaman “provincias”) organizando una dualidad de poderes: el del estado federal, y tantos locales cuantas unidades políticas lo forman.”<sup>14</sup>

Sobre ésta apreciación de Bidart Campos, entiendo se debe incluir a los municipios, por lo que estaríamos en presencia de una *trialidad*, aunque éstos últimos no sean tan autónomos como las Provincias y el Estado Nacional central.

Ferreya, plantea que “desde el punto de vista de las reglas constitucionales, el estado federal argentino consiste en un reparto de competencias entre las autoridades del gobierno federal y las autoridades de los gobiernos de los estados locales”, (afirmando la existente dualidad antes enunciada y especificando aún más sobre ello) y referenciando la trialidad, dice que “El pacto federal argentino se integra por 23 provincias y la Ciudad de Buenos Aires. En todos los casos, todos los poderes constituidos de los entes de la federación, se han integrado, de acuerdo a lo que ordenan las respectivas con-

*stituciones provinciales, sin interferencia ni limitación del poder federal. Los municipios, el tercer estadio de la descentralización del poder federal en la Argentina, se han integrado y desenvuelven sus atribuciones de acuerdo a las reglas previstas por la Constitución federal.”<sup>15</sup>*

Por su parte, Gregorio Badeni, define al Estado federal “[...] como una especie descentralizada de la organización política global, en la cual coexisten varios <centros de poder autónomo – Estado local, provincia, lander, cantón – y un foco aglutinante de poder soberano”.<sup>16</sup>

En lo referente al constitucionalismo adoptado por nuestro ordenamiento, la organización del Estado federal se basa en la estructura local y la distribución en el ejercicio del poder de competencias, entre el mismo Estado federal y los centros *de poder autónomo*. Utilizando éste término en sentido amplio, para que en el mismo se incluyan tanto las provincias como los municipios.

Para Hernández, y en referencia al origen del Federalismo, “... fue la forma de estado elegida para resolver los graves conflictos políticos, económicos y sociales producidos y el resultado de nuestra evolución histórica (...) en 1853 se consagró al federalismo como forma de Estado en la Constitución Nacional, luego de décadas de cruentas luchas civiles.”<sup>17</sup>

El federalismo es en síntesis, una forma de distribuir poder, potestades y atribuciones o más académicamente, soberanía y competencias; descentralizando dicho poder, en sentido amplio, y proveyendo autonomía a los sectores, partes, estados o provincias que

componen el Estado, unidad mayor o gobierno central. De este modo, se ven modificadas las relaciones de subordinación, participación y coordinación, como en la forma tradicional arraigada por las monarquías; si bien continúa existiendo la supremacía del Estado federal respecto de los demás centros de poder en los que se ha descomprimido y descentralizado el mismo.

## **2. Las características del Estado Federal, y la distinción entre el federalismo y el unitarismo**

Es de importancia partir de que, los principios fundamentales de la teoría general del Estado fueron elaborados teniendo en cuenta principalmente los llamados estados simples o unitarios.<sup>18</sup>

A diferencia del federalismo, *“el estado unitario es la especie de la organización política global que presenta mayor grado de centralización, tanto política como administrativa”*.<sup>19</sup>

Badeni, define que las atribuciones gubernamentales (legislativas, ejecutivas o judiciales) en el Estado unitario están concentradas en un gobierno central y único encargado del control, con posibles delegaciones parciales en ciertas autoridades administrativas. Por lo que, todo el poder soberano y la autonomía, que en el Estado federal se encontraba descentralizada, se concentra en el Gobierno central sin subdivisiones en forma originaria. De este modo, las normas jurídicas se encuentran centralizadas y emanan de dicho estado central. Extendiendo lo enunciado anteriormente, puede darse la descentralización administrativa de

ciertas potestades en órganos locales, pero siempre cumpliendo y haciendo cumplir las decisiones del gobierno central. En cambio, dicha atribución no sería originaria como en el caso del estado federal.<sup>20</sup>

Así, es posible decir que los Estados son considerados unitarios cuando tienen un poder central que es la cúpula y el núcleo del poder político. Y son federales cuando conjugan varios centros de poder político autónomo.<sup>21</sup>

La presente distinción es funcional no sólo a los fines explicativos de la temática, sino también para la ejemplificación.

El Estado Federado indica, antes de todo, una forma de Estado, no de gobierno. El federalismo, según Dallari, tiene las siguientes características fundamentales:

- a) La unión hace nacer un nuevo Estado, y, al mismo tiempo, aquellos que se unieron a la federación pierden la condición de Estados;
- b) El fundamento jurídico del Estado Federal es una Constitución, no un Tratado;
- c) En la Federación no existe derecho de secesión;
- d) Sólo el Estado Federal tiene soberanía;
- e) En el Estado Federal las atribuciones de la Unión y de las unidades federadas son fijadas en la Constitución, por medio de una distribución de competencias;
- f) A cada esfera de competencias se atribuye randa propia;
- g) El poder político es compartido por la Unión y por las unidades federadas;

- h) Los ciudadanos del Estado que se adhiere a la federación adquiere la ciudadanía del Estado Federado y pierden la anterior.<sup>22</sup>

Esta forma de Estado, con su gobierno peculiar, ha demostrado ser capaz de impedir la acumulación de poder en un solo cuerpo, lo que dificulta la formación de gobiernos totalitarios.<sup>23</sup>

Por otra parte, aseguró mayores oportunidades de participación en el poder político, ya que mismo los que no reciben o que no quieren la alianza federal pueden tener acceso a las autoridades locales. Además de estos aspectos, la organización federativa favorece la preservación de las características locales, reservando una esfera de acción autónoma en cada estado.<sup>24</sup>

Por todo ello, el Estado Federal es visto como más favorable para la defensa de las libertades que el Estado centralizado.

### **3. Reflexión sobre la organización política de Colombia**

Para poder entender aún más las implicancias y características de un sistema federal y las variantes que se dan al momento de organizar políticamente y distribuir el poder, me sirvo en resaltar algunas cuestiones que hacen a la organización política constitucional del Estado colombiano.

En Colombia existe una gran diversidad étnica y cultural y sobresalen las comunidades mestizas, indígenas y raizales.



Por ello, requiere una Constitución inclusiva y plural, que represente los intereses de un pueblo, de un Estado de Derecho. En consecuencia, la Asamblea Nacional Constitucional dictó en 1991 una nueva Constitución. En ésta, propiamente se reconoce como Estado social de derecho.

La nueva Constitución es la más extensa y desarrollada de América; ello se denota en su preámbulo, sus trece títulos y sus trescientos ochenta artículos. Cabe hacer la mención que la Carta Magna anteriormente vigente, se dictó en 1886 por iniciativa del Movimiento de Regeneración Conservadora a cargo y presidido por el Presidente de ese momento Rafael Núñez. Ésta última no sólo cambió el nombre del Estado (pasó de llamarse Estados Unidos de Colombia a República de Colombia) sino también estableció el principio de Estado unitario.<sup>25</sup>

A diferencia de esto, los constituyentes de dicho país, intentaron favorecer y propugnar que la (nueva) Constitución Política de Colombia tenga por fin la función de garantizar y promover la protección de los derechos de todos los colombianos, sean económicos, sociales, culturales, civiles o políticos; y también sin limitarse a un texto estático y meramente formal, suministrando las condiciones para que el mandato de la misma sea cumplido. El mismo versa sobre la vida digna, la justicia social, la educación, el trabajo, el ambiente sano, y demás derechos humanos reconocidos por las normas internas y por aquellas internacionales suscriptas y reconocidas por el Estado de Colombia.

Por ello, en el camino de limitar los inconve-

nientes entre las unidades políticas existentes, se intentó (aunque tenuemente) retornar al modelo federal, planteando cierta mixtura. Podemos así entender que la República de Colombia, representa no sólo una República unitaria también descentralizada.

#### **4. Breve mención acerca del Federalismo en Brasil**

Está consagrado en el artículo primero de la Constitución Brasileña, la principal característica del federalismo en el país, a saber:

*“La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y el Distrito Federal, en un estado democrático y se basa en:*

*I - la soberanía;*

*II - la ciudadanía;*

*III - la dignidad de la persona humana;*

*IV - los valores sociales del trabajo y la libre empresa;*

*V - el pluralismo político*

*Parágrafo Único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, en los términos de esta Constitución.”<sup>26</sup>*

Por otra parte, en Brasil, son los poderes del Estado, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Poder Judicial.

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1988, algunos autores señalaron que también se había iniciado un fortalecimiento de la institución federal en sí, donde los estados se denotan fuertes y sus

gobiernos sumamente potentes. Por ello, se habla de *federalismo robusto y ultrapresidencialismo estadual*, por el nivel máximo de fortaleza de los mismos, proveniente de la existencia de autonomía estatal en diversas, importantes y sumamente relevantes materias.<sup>27</sup>

Dalmo de Abreu Dallari enfatiza que, la supremacía del poder federal se establece indirectamente, debido a que la Constitución de Brasil, mientras mantenga la equivalencia formal entre la Unión y los Estados miembros, la distribución de competencias demuestra inequívocamente la supremacía del poder federal.<sup>28</sup>

Según el autor, esta supremacía se debe a dos causas. La primera es que la enumeración de los poderes federales es amplia y cubre casi todo lo que es esencial en términos de derechos y deberes fundamentales, la economía y las finanzas, así como la organización y la acción política. La segunda causa es que la Unión tiene competencia para establecer normas generales en materia de poderes del Estado.<sup>29</sup>

Quizás es necesario mencionar que en el art. 22 de la norma suprema brasileña, se enuncian más de cincuenta materias que son de propia y exclusiva competencia del poder central, en cambio en el art. 25, inc. 2, establece la explotación del gas canalizado como una prerrogativa propia de los Estados, y algunas competencias comunes que pueden obtenerse del art. 24. Aún así, el poder central se atribuye la competencia de dictar reglas generales<sup>30</sup>.

Sumado al centralismo formal y constitucional, podemos notar a través de los fallos, la interpretación que hubiere efectuado el Supremo Tribunal Federal de

tales artículos, se conoce como el principio de simetría. Se entiende así, al grado de cumplimiento y a lo que tienen en común cada unidad política separada del sistema, con el sistema en su conjunto, y para con las otras unidades.<sup>31</sup>

Por lo tanto, la noción de federalismo simétrico ideal sería que cada Estado-miembro mantenga la misma relación con la autoridad central, que la división de poderes entre el gobierno central y el estadual o provincial sea el mismo, que la representación en el gobierno central esté en la misma base para cada entidad federal y, por último, que el apoyo a las actividades de la entidad federativa sea uniformemente distribuido.<sup>32</sup>

En Brasil, como consecuencia del principio federativo y de la igualdad constitucional de las entidades, se concibe el principio de la simetría constitucional, de modo que, resueltas las excepciones constitucionales, las mismas reglas y principios, tanto aplicables a la Unión como a una entidad federal, serán necesariamente vistas por las otras entidades (estaduales, distritales y municipales), siempre que no haya razones jurídicas, legales o de política para discriminar.<sup>33</sup>

Así, este principio permitió que el Supremo Tribunal Federal ejerciere un papel centralizador constantemente, y en sus declaraciones de inconstitucionalidad sobre los textos constitucionales estaduales, alegando las exigencias del art. 25 de la Constitución Federal que reza “... *los Estados se organizan y se rigen por la Constitución y leyes que adopten, **observados los principios de esta Constitución***”.

Por fin, aunque la distribución de competencias

en la Constitución resulta en una supremacía del poder federal, cabe destacar que la Corte Suprema, como árbitro del federalismo en Brasil, al juzgar un conflicto de competencias entre la Unión y del Estado miembro, puede crear un equilibrio entre los gobiernos federal y estatal, rompiendo la tradición del federalismo centrípeto que prevalece en Brasil.

## Conclusión

Puede verse, a través de esta breve comparación, que sendos ordenes políticos de distribución del poder son resultados de los cambios y avatares constitucionales de modelos distintos, que la “idea” de la descentralización no sólo parte de un desarrollo histórico o un cambio generacional o regional (Estados federales como Brasil, Argentina, México y Venezuela; Estados centralistas con cierta mixtura de descentralización como Uruguay y Chile) sino también por algunos motivos que cabe mencionar.

En primer lugar, puede atribuirse el deseo del federalismo al aumento considerable del ejercicio de los derechos civiles y el reclamo consecuente de una mayor transparencia democrática. En particular, puedo indicar que en países como Argentina o Brasil, el Estado federal surgió principalmente para fortalecer las instituciones democráticas y propender a prevenir el abuso del poder presidencial, cual estigma causado por aquellos largos períodos de regímenes militares o de facto.

En segundo término, puede decirse que la

descentralización plantea claras mejoras en el acceso a bienes y servicios públicos, como son la salud y la educación, pilares para promover el desarrollo del hombre en todas sus formas y aspectos. La cercanía entre las instituciones y los ciudadanos favorece a un mejor conocimiento de las preferencias y necesidades locales, lo que en un sentido ideal permitiría una mayor eficiencia y eficacia en la prestación de aquellos bienes públicos. Si bien, puede plantearse lo mismo en los Estados organizados más verticalmente, lo que finalmente se requiere es una estructura (federal) donde los actores (sub-nacionales) apoyen y actúen con una mayor flexibilidad administrativa y fiscal que reporte a una función gubernamental más eficiente.

Ya en tercer término, podemos mencionar que si bien el unitarismo trae consigo un superpoder para su detentador, el federalismo puede conllevar a una mayor fragmentación política que podría dificultar y demorar aquellas reformas normativas o económicas de orden nacional, y al mismo tiempo generar ciertas condiciones que pudieren devenir (en nuestro país hemos tenido durante nuestra historia) en el peligroso caudillismo, y la reconocida (también actualmente) polarización política y representativa.

En cuarto y último término, podemos denotar la relación que existe entre el desarrollo económico y la estructura federal, que la experiencia nos ha mostrado ambigua. Por momentos, un alto crecimiento de aquellas instituciones autónomas y emancipadas, o al contrario, unidades que han menguado y hasta han re-

querido tanta colaboración del Estado nacional que se han reconvertido en unidades autárquicas y deficitarias en cuanto a responsabilidades de infraestructura, institucionales y fiscales.

Puede notarse que los comentarios realizados gozan de cierta mixtura y así favorecen a una mejor percepción de los efectos de una estructura federal (en cuanto a lo descentralizado) tanto en la República Argentina como en la de Colombia. En cambio, en Brasil, puede visualizarse otra situación de notable distingo. El centralismo formalizado y normativo, que es acompañado por las instituciones y poderes del Estado desde el punto de vista jurídico y constitucional mencionado, y desde el ámbito político que desprende de ello.

Decimos entonces que una república federal facilitaría el diseño e implementación de políticas públicas a las necesidades y características particulares de cada una de las regiones. De esta forma, estaríamos ante una mayor eficiencia en la prestación de bienes y servicios públicos, al tiempo que se generaría un mayor desarrollo humano.

Por otro lado, se ha comprobado no sólo en la cultura de nuestro país con el pasar del tiempo<sup>34</sup>, sino también en Colombia a partir de su nueva Constitución y las leyes dictadas en consecuencia<sup>35</sup>, que la federalización refleja un aumento en la participación ciudadana tanto en la toma de decisiones, como un fortalecimiento de la institucionalidad, la transparencia democrática y del Estado Social de Derecho, como objeto de tutela del Derecho Constitucional.

## Notas

- <sup>1</sup> BIDART Campos, Germán J. **El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa**. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 20.
- <sup>2</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo. **Estudios Constitucionales**, Año 7, N°2, 2009, p. 262, Centro de estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, “Rasgos de la democracia argentina. Eficacia de las garantías constitucionales 1983-2008: ¿División de poderes y democracia delegativa versus protección de la libertad?”
- <sup>3</sup> FINER, Herman. **Teoría y práctica del gobierno moderno**. Madrid: Tecnos S.A., 1984, p. 210.
- <sup>4</sup> ATCHABHIAN, Adolfo. **Tributación y Desarrollo Económico en el Federalismo**. Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 13-21.
- <sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado**. México: Imprenta Universitaria, 1949, p. 333-4.
- <sup>6</sup> CARNOTA, Walter F. **La racionalidad del acto administrativo**. LA LEY 09/09/2011, 1.
- <sup>7</sup> MIDÓN, Mario A. R. **La visión federal de los fundadores a través de la influencia alberdiana**. En Constitución de la Nación Argentina con motivo del sesquicentenario de su sanción, t. II, obra colectiva de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2003, p. 149.
- <sup>8</sup> PALACIO de Caero, Silvia B. (Dir.) **Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales.**, La Ley, Tomo I Constitución Nacional y Derecho Federal, 2013, pp. XII-XIV.
- <sup>9</sup> HERNÁNDEZ, Antonio María. **El Federalismo en Aberdi y la Constitución Nacional de 1853 y 1860**, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- <sup>10</sup> Alberdi, Juan Bautista, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Constitución de la Confederación Argentina, XXXVII, Primera parte, Principios, derechos y garantías fundamentales, Capítulo I, Disposiciones generales, Artículo 1°.
- <sup>11</sup> Constitución de la Nación Argentina, Artículo 1°, 1853.
- <sup>12</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo. “Revista de Derecho Político”, Rasgos básicos del Derecho Constitucional: sistema; libertad, igualdad, solidaridad; teoría; ISSN 0211-979X, N° 75-76, 2009, pág. 216, Madrid, 2009.
- <sup>13</sup> BIDART Campos, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Ediar, Tomo I, Tercera reimpresión, capítulo VIII, p. 437-438.



- <sup>14</sup> Ibid.
- <sup>15</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo, Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, p. 262, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, “Rasgos de la democracia argentina. Eficacia de las garantías constitucionales 1983-2008: ¿División de poderes y democracia delegativa versus protección de la libertad?”.
- <sup>16</sup> BADENI, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, La Ley, Tomo I, 2ª Edición actualizada y ampliada, Capítulo IV, p. 331-2.
- <sup>17</sup> HERNÁNDEZ, Antonio María, El Federalismo en Aberdi y la Constitución Nacional de 1853 y 1860, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- <sup>18</sup> AZAMBUJ, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4. ed. ver. ampl. e atual, São Paulo: Globo, 2008. p. 392.
- <sup>19</sup> BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**, La Ley, Tomo I, 2ª Edición actualizada y ampliada, Capítulo IV, p. 334.
- <sup>20</sup> Ibid.
- <sup>21</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- <sup>22</sup> Ibid.
- <sup>23</sup> Ibid.
- <sup>24</sup> Ibid., p. 256.
- <sup>25</sup> Cabe mencionar con una breve síntesis histórica que da inicio en 1830, ya que lo que hoy conocemos como Colombia se erigió como república con el nombre de República de la Nueva Granada. Poco después se llamó, ya siendo un estado federal constitucional, Confederación Granadina, al aprobarse y con la entrada en vigencia del texto constitucional de 1858. A través de ésta, se adoptó el nombre de Estados Unidos de Colombia (1863), y ya por el año 1886, se constituyó como lo conocemos en nuestros días como la República de Colombia.
- <sup>26</sup> Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, art. 1º.
- <sup>27</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. **Presidencialismo y Federalismo en Brasil: los desencuentros entre política y derecho**, Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2748/19.pdf>, Acceso: 20 de agosto de 2013.
- <sup>28</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- <sup>29</sup> Ibid.
- <sup>30</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso, **Presidencialismo y Federalismo en Brasil: los desencuentros entre política y derecho**, Disponible en: <http://>

biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2748/19.pdf, Acceso: 20 de agosto de 2013.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> DA SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, 18ª ed., rev. e atual, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Puede mencionarse el art. 5 de la Constitución de la Nación Argentina, que consagra: “*Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.*”

<sup>35</sup> Con las leyes 358 del año 1997 y 617 del año 2000, se profundiza la descentralización y la intención de establecer reglas fiscales locales.

## Referencias

ALBERDI, Juan Bautista. **Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Constitución de la Confederación Argentina, XXXVII**, Primera parte, Principios, derechos y garantías fundamentales, Capítulo I, Disposiciones generales, Artículo 1°.

ATCHABAHIAN, Adolfo. **Tributación y Desarrollo Económico en el Federalismo**. Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 13-21.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4. ed. ver., ampl. e atual, São Paulo: Globo, 2008.

BIDART Campos, Germán J. **El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa**. Buenos Aires: Ediar, 1995.

\_\_\_\_\_. **Manual de la Constitución Reformada**. Buenos Aires: Ediar, 1995.

BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. Buenos Aires: La Ley, 2011.

CARNOTA, Walter F. **La racionalidad del acto administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed., rev. e atual, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. **Presidencialismo y Federalismo en Brasil: los desencuentros entre política y derecho**, Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2748/19.pdf>, Acceso: 20 de agosto de 2013.
- FERREYRA, Raúl Gustavo. Rasgos de la democracia argentina. Eficacia de las garantías constitucionales 1983-2008: ¿División de poderes y democracia delegativa versus protección de la libertad?, Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2009.
- \_\_\_\_\_. Revista de Derecho Político, Rasgos básicos del Derecho Constitucional: sistema; libertad, igualdad, solidaridad; teoría; ISSN 0211-979X, N° 75-76, 2009, pág. 216, Madrid, 2009.
- FINER, Herman. **Teoría y práctica del gobierno moderno**. Madrid: Tecnos S.A., 1984.
- HERNÁNDEZ, Antonio María. El Federalismo en Aberdi y la Constitución Nacional de 1853 y 1860, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado**. México: Imprenta Universitaria, 1949.
- MIDÓN, Mario A. R. La visión federal de los fundadores a través de la influencia alberdiana, en la Constitución de la Nación Argentina con motivo del sesquicentenario de su sanción, t. II, obra colectiva de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2003.
- PALACIO de Caeiro, Silvia B. (Dir.). **Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales**. Buenos Aires: La Ley, Tomo I Constitución Nacional y Derecho Federal, 2013.



# O Tribunal Penal Internacional: A Concretização de um Sonho

## *The International Criminal Court: the Realization of a Dream*

Artigo recebido em 10/09/2013.  
Revisado em 15/10/2013.  
Aceito para publicação em 20/10/2013.

### **David Augusto Fernandes**

Doutor e Mestre em Direito. Professor de Direito Internacional, Direito Processual Penal e Direito Penal. Professor de Direito Penal do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM) e do Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos, na graduação e na pós-graduação, sendo que nesta última instituição leciona Direito Processual Penal e Direito Penal.

## Resumo

O presente artigo apresenta o caminho desenvolvido, na área do Direito Internacional, em seu anseio pela criação um tribunal isento, que pudesse julgar os casos mais grave na área internacional, sendo que é apresentada está trajetória, onde, preliminarmente, são expostos os tribunais *ad-hoc*, para posteriormente assinalar o esforço de Gustave Moyner, que há mais de cem anos idealizou este Tribunal. Em um segundo momento é apresentado o esforço para a criação do Estatuto regente deste Tribunal, assim como suas atribuições, os procedimentos existentes para o desenvolvimento do processo perante o Tribunal Penal Internacional, os crimes de sua competência e o posicionamento da Constituição Federal em relação do Tribunal Penal Internacional.

## Palavras-chave

Direito Internacional; Tribunal Penal Internacional; Constituição Federal.

## Abstract

This paper presents the path developed in the area of international law, in its desire to create a free Court, which could prosecute the most serious cases in the international area, what is being presented is a trajectory, where the courts are exposed preliminarily *ad hoc*, and then, later to sign for the effort of Moyner

Gustave, who envisioned this Court more than a hundred years ago. In a second phase the presentation of an effort to the create the Statute of this Court ruling, as well as their duties, the existing procedures for the development of the proceedings before the International Criminal Court, crimes within its jurisdiction and the positioning of the Federal Constitution in respect of the ICC.

## Keywords

International Law; International Criminal Court; The Federal Constitution.

## Sumário

Introdução. 1. Os Tribunais *ad hoc*. 1.1 Tribunal de Nuremberg; 1.1.1 Comentários gerais sobre o Tribunal de Nuremberg. 1.2 Tribunal de Tóquio. 1.3 Tribunal Internacional para a Ex-Iugoslávia. 1.4 Tribunal Internacional para Ruanda. 2. Tribunal Penal Internacional. 2.1 Gustave Moyner: um sonho alicerçado pela busca da realidade. 2.2 A realidade. 2.3 Organização do Tribunal Penal Internacional. 2.4 Admissibilidade da causa perante a Corte. 2.5 Os crimes cujo julgamento é atribuição do Tribunal Penal Internacional. 2.5.1 Considerações gerais. 2.6 O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. 2.6.1 Ausência da coisa julgada. 2.6.2 Pena de prisão perpétua. 2.6.3 A extradição de Pessoas. 2.6.4 Imprescritibilidade dos crimes. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

Os direitos humanos caminharam, caminham e caminharão sempre em companhia do ser humano, acompanhando seu desenvolvimento, em função de sua qualidade ímpar de sobreviver em ante as dificuldades, porque seu mentor é o homem, que se caracteriza por sobreviver também às maiores dificuldades. Esses direitos são a sombra que se mostra durante o dia e que, à noite, se oculta para revigorar suas forças para a jornada seguinte.

No século XIX, um homem idealizou um organismo internacional que pudesse transpor as barreiras das nações, mas contando com a concordância destas, para julgar crimes que, por sua projeção internacional, afetassem a harmonia internacional e a consciência comum em toda parte.

O processo de globalização, cada vez mais impactante neste milênio, flexibilizou soberania dos Estados. Muitas vezes, esses Estados, com suas dificuldades políticas e econômicas, ficam reféns das hordas criminosas e incapazes de manter a paz social ante as atrocidades de repercussão local e internacional, afetando a serenidade mundial.

Todos os dias, verificam-se nos jornais as atrocidades praticadas sob o manto da preservação da paz. Na realidade, essa situação leva o homem a sua condição mais vil, de um caçador que inibe, pressiona sua vítima, conduzindo-a a uma condição subumana, sob o pretexto de livrar o planeta de pessoas e grupos que poderiam desestabilizar a paz mundial. São



constatadas várias e várias experiências, no decorrer dos séculos e em passado recente, de pessoas que, sob esse pano de fundo, praticaram crueldades contra homens, mulheres e crianças - crimes que macularam a comunidade internacional. Tais atos não são mais concebíveis em um mundo que procura manter-se livre de tais perversidades.

Com a aprovação, em 17 de julho de 1998, do Estatuto de Roma, na Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas, assim como com o início das atividades do Tribunal Penal Internacional, em 2003, materializou-se um sonho idealizado há mais de cem anos pela humanidade: contar, enfim, com um tribunal isento e justo diante das atrocidades como essas cometidas durante os séculos. O estudo do Tribunal Penal Internacional é primordial para clarificar o entendimento sobre esse novo órgão, de amplitude internacional, mas que afetará o Brasil, quando houver o envolvimento de um brasileiro em crimes de competência desse Tribunal.

## 1. Os Tribunais *ad hoc*

### 1.1 *Tribunal de Nuremberg (TMIN)*

Após a Segunda Guerra Mundial, os países aliados resolveram formar um tribunal internacional, na cidade de Nuremberg<sup>1</sup>, na Alemanha, com a finalidade de julgar os crimes cometidos pelos inimigos de guerra, ficando conhecido como Tribunal

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013

O Tribunal Penal Internacional: A Concretização de um Sonho - pp. 301-334

FERNANDES D. A.

Militar Internacional de Nuremberg e tendo realizado uma série de treze julgamentos, de 1945 a 1949. Nesses julgamentos, os chefes da Alemanha nazista foram acusados de provocarem deliberadamente a Segunda Guerra Mundial e empreender em guerras agressivas de conquista. Quase todos foram acusados de assassinato, escravização, pilhagem e outras atrocidades cometidas contra soldados e civis de países ocupados. Alguns foram também acusados de serem responsáveis pela perseguição judeus e outros grupos raciais e nacionais.

O desejo de constituir um tribunal desse porte já estava amadurecido, em função das primeiras declarações de princípios contra a conduta do Eixo, proferidas em conjunto por Franklin Delano Roosevelt e Winston Churchill, em 27 de outubro de 1941. Salienta J. Brito Gonçalves que, na ocasião, o presidente Roosevelt restringiu-se a uma condenação moral:

A execução de quantidades de inocentes, em represália a ataques isolados contra os alemães, constitui-se prática nos países temporariamente ocupados pelos nazistas. Isto revolta um mundo já endurecido pelo sofrimento e pela brutalidade. Os povos civilizados têm, desde há muito tempo, adotado o princípio basilar de que ninguém será punido por fatos cometidos por outrem. Na impossibilidade de deter os responsáveis por tais ataques, os nazistas massacraram cinquenta ou cem inocentes. Aqueles que optarem por colaborar com Hitler [...] não podem esquecer esta ferrenha advertência. Os nazistas deveriam ter aprendido

com a última guerra que é impossível suprimir o espírito humano pelo terror. Mas, ao contrário, instituíram seu espaço vital e sua nova ordem por meio do pavor, um terror súbito que ultrapassa tudo que eles mesmos haviam feito anteriormente. Estes são gestos de homens desesperados, que sabem intimamente que não podem vencer. O terror não poderá jamais trazer a paz à Europa. Não obstante, este pavor semeia os grãos de um ódio que um dia conduzirá a um castigo terrível<sup>2</sup>.

Nessa mesma vertente, a declaração de Churchill foi mais precisa, no que tange às suas conclusões:

O governo de Sua Majestade associa-se plenamente aos sentimentos de horror e reprovação expressos pelo Presidente dos Estados Unidos concernentes aos massacres nazistas na França. Estas execuções de inocentes, feitas a sangue-frio, recairão sobre os selvagens que lhas ordenaram e seus executores. Os massacres na França são um exemplo do que os nazistas fazem em muitos outros países sob seu jugo. [...] A punição para esses crimes deve estar permanentemente entre os objetivos maiores da guerra<sup>3</sup>.

A U.R.S.S. associou-se às declarações anglo-americanas e, em 6 de janeiro de 1942, o Ministro das Relações Exteriores, Molotov<sup>4</sup>, divulgou a seguinte nota:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013

O Tribunal Penal Internacional: A Concretização de um Sonho - pp. 301-334

FERNANDES D. A.

Fatos irrefutáveis provam que o regime de pilhagem e de terror sanguinário contra a população não combatente das cidades e vilas ocupadas tem sua origem não somente nos excessos dos oficiais e soldados tomados individualmente, mas em um sistema bem definido, elaborado com antecedência e aplicado pelo governo alemão e pelo Alto Comando alemão, os quais encorajam entre os soldados e oficiais de seu Exército os instintos mais brutais.

Conforme afiança J. Brito Gonçalves, foi por meio de declarações como essas que se estruturaram as bases do que se tornaria o primeiro encargo de acusação em Nuremberg: o plano elaborado de agressão, o complô. Em outra nota, em 27 de abril de 1942, Molotov exige formalmente “a punição merecida por todos os crimes sem precedentes perpetrados contra os povos da U.R.S.S. e contra todos os povos amantes da liberdade”<sup>5</sup>.

Com o final da guerra, a escolha das pessoas que comporiam o banco dos réus recaiu sobre os principais dirigentes do III Reich, sobreviventes do conflito. A lista era composta por 22 acusados, sendo mencionados seus postos no governo alemão, atuação criminosa no período da guerra e a pena pedida. É interessante observar que também foram acusadas de atividades criminosas sete organizações, ou seja, pessoas jurídicas, sendo elas: o Gabinete do Reich, o Corpo de Dirigentes do Partido Nazista, a SS (*Schutzstaffel* ou unidade especial de proteção dos líderes do partido), a SA (*Sturmabteilung* ou força de assalto do partido),

SD (*Sicherheitsdienst* ou serviço de segurança da *Reichführer*), Gestapo (*geheimes Staatzpolizeiamt* ou a polícia secreta do Estado) e o Alto Comando da Wehrmacht (OKW). Somente foram absolvidos o Gabinete do Reich, o OKW e a SA, tendo sido as demais banidas. O objetivo de lançarem-se pessoas jurídicas<sup>6</sup> na condição de criminosas foi o de colocar na berlinda, junto à opinião pública, suas participações na teia nazista e demonstrar, com isso, a condenação do Estado alemão.

Aos acusados foram imputadas as seguintes práticas de ilícitos penais: plano comum ou conspiração, crimes contra a paz, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

### **1.1.2 Comentários gerais sobre o Tribunal de Nuremberg**

Na visão de J. Brito Gonçalves, o Tribunal de Nuremberg foi essencialmente político, por ter o vitorioso demonstrado sua força e por haver dado satisfação ao sentimento de indignação da humanidade, ao desbaratar as atrocidades cometidas pelos vencidos. Por outro lado, vale registrar que os vencedores também praticaram várias atrocidades, haja vista o caso dos oficiais poloneses mortos pelos soviéticos, durante a guerra, além da existência de campos de concentração nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha<sup>7</sup>.

Outro aspecto a merecer uma abordagem crítica é a denominação de tribunal militar, pois somente existia um juiz nessa condição, o soviético, sendo os

demais civis e juristas de renome. Tal denominação teve o objetivo de tangenciar o obstáculo do princípio da anterioridade da lei, previsto no Direito Penal comum interno e não cogitado no Direito Penal militar.

No que se refere à irretroatividade da lei penal, esta não foi observada em Nuremberg. Mesmo com o argumento de que o Direito Penal Internacional é constituído como disciplina autônoma, não se pode arrancar do conceito legal as garantias fundamentais, arduamente ansiadas e alcançadas por toda a humanidade, sob o pretexto de punir quem quer que seja.

A definição de crimes contra a humanidade, de acordo com o Estatuto de Nuremberg, pode ser considerada o embrião da moderna definição de genocídio, tendo em vista as condutas descritas se assemelharem ao que viria a ser assim definido, conforme a Convenção de Londres de 1948 e a Lei 2889/56. A diferença é que os crimes contra humanidade são aplicados em época de guerra e não há o fim especial de agir, o que caracterizaria o genocídio.

O Tribunal foi criticado em diversos aspectos, apesar de ter sido considerado a maior conquista contra a repressão aos crimes internacionais. A primeira razão da crítica foi o fato de não ter havido respeito aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal. (Não havia tratado ou lei interna prevendo tais crimes). A segunda, o de ser um tribunal de exceção, constituído pelos vencedores, sem legitimidade, pois, nem pelo direito interno, nem pelo internacional, para julgar esses crimes. A terceira, onde que a responsabilidade internacional é do Estado, e não do indivíduo. E,

por fim, o fato de os aliados terem cometido práticas semelhantes, como no caso do Almirante Nimitz<sup>8</sup>.

O Tribunal de Nuremberg foi o alicerce dos tribunais *ad hoc* e do atual Tribunal Penal Internacional (TPI), nos servindo as falhas, faltas e gravames daquele de experiência para evitar repetição.

## **1.2 Tribunal de Tóquio (TMIEO)**

O arcabouço da criação do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente foi sedimentado em 1º de dezembro de 1943, na Conferência do Cairo, quando os representantes chineses, britânicos e americanos firmaram uma declaração, manifestando que seus objetivos eram finalizar a agressão japonesa e levar a julgamento os criminosos de guerra japoneses. Na Conferência de Potsdam, de 1º de agosto de 1945, tais objetivos foram ratificados.

Assevera Bazelaire que, no ato da rendição japonesa, em 2 de setembro de 1945, foi definido como se dariam as prisões e o tratamento imposto aos criminosos de guerra. Concomitantemente, a Comissão de Crimes das Nações Unidas recomendou o estabelecimento de um tribunal militar internacional para julgar os crimes praticados pelos japoneses. Com base nesse fato, o Departamento de Estado norte-americano notificou o Comandante Supremo das Forças Aliadas, General Douglas MacArthur, e oito nações (Austrália, Canadá, China, França, Reino Unido, Nova Zelândia, Países Baixos e União Soviética) à organização do tribunal militar<sup>9</sup>.

De acordo com Edoardo Greppi, o Regulamento do Tribunal de Tóquio é de 25 de abril de 1946, tendo esse tribunal iniciado suas atividades em 29 de abril do mesmo ano e as encerrado em 12 de novembro de 1948. O Estatuto do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente tinha 17 artigos, contra 30 do Estatuto de Nuremberg, apesar de bastante similares, porque estavam baseados nos mesmos princípios celebrados no Acordo de Londres, que havia instituído o Tribunal de Nuremberg. Tinha o tribunal de Tóquio competência para julgar os crimes contra paz, os crimes contra as convenções da guerra e os crimes contra humanidade<sup>10</sup>.

Interessante observar que, diversamente do Tribunal de Nuremberg, no de Tóquio não ocorreu absolvição de nenhum dos acusados, apesar de as decisões não terem sido unânimes. Na visão de Bazelaire, no que se refere ao juiz indiano, acolheu-se a tese de incompetência do Tribunal, à luz dos termos da capitulação e da inexistência de relação jurídica entre juízes estrangeiros e os acusados japoneses, estes sujeitos à competência nacional. Entendendo, também, que a acusação dava azo à violação do princípio da legalidade, resolveu-se, por isso, absolver todos os acusados<sup>11</sup>.

De idêntica forma ao ocorrido no Tribunal de Nuremberg, o enfoque político prevaleceu, pois, dos 80 prisioneiros de guerra, somente os mais importantes foram levados a julgamento; os demais foram descartados e retornaram rapidamente à vida rotineira. Essa mesma linha de raciocínio prevaleceu no caso do



Imperador Hirohito, que não foi levado a julgamento, apesar do sólido suporte probatório existente contra ele.

As penas capitais foram executadas na prisão de Sugamo, em Tóquio, em 23 de dezembro de 1946. Por outro lado, observou-se no Tribunal de Tóquio, que a liberalidade dos vencedores prevaleceu, pois o Comandante Supremo das Forças Armadas, o Imperador, ficou isento de julgamento.

De toda forma, esse Tribunal, como o de Nuremberg, tratou de julgamentos promovidos pelos vencedores, além do que houve o financiamento norte-americano dos dois tribunais, implicando ingerência nos julgados.

### ***1.3 Tribunal para a Ex-Iugoslávia (TPIY)***

O conflito bélico da Ex-Iugoslávia, iniciado em 1991, com a declaração de independência da Eslovênia e da Croácia, trouxe consigo uma das maiores tragédias da última década do século findo, cujas conseqüências são sentidas até hoje, em Kosovo. Esse conflito, começado pela ação de uma das etnias - os sérvios, tendo como personagem principal Slobodan Milosevic, a fim de tomar o controle do governo da Ex-Iugoslávia, logo se converteu, visando à cisão do território, em um dos mais sangrentos das últimas décadas. Os sérvios, com o propósito de formar a Grã-Sérvia, foram contra as demais etnias<sup>12</sup>, seguindo uma política conhecida como limpeza étnica<sup>13</sup>. Militares e paramilitares sérvios transgrediram normas do Direito Internacional

Humanitário (DIH) e cometeram atos qualificados pela comunidade internacional como “genocidas”. A guerra se espalhou pela Croácia e civis foram expulsos de suas casas pelos sérvios, que tentam controlar Vukovar e Dubrovnik.

Assevera Marrielle Maia que, no início da guerra, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) caracterizou o conflito como doméstico. Assim, em sua Resolução 713, de setembro de 1991, determinou, de acordo com o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que era objetivo da ONU a preservação da integridade da Iugoslávia e que o conflito caracterizava uma ameaça para a paz e a segurança mundial, impondo um embargo à venda de armamentos :

Mais tarde, o Conselho condenou as violações cometidas nesse território, exigindo seu término e solicitando que as organizações internacionais e os próprios Estados reunissem informações sobre esses fatos e as fizessem chegar ao Secretário-Geral, para a elaboração de uma resolução. Em outubro de 1992, o Conselho expediu a Resolução 780 para estabelecer uma Comissão de Especialistas e Imparciais, encarregada de examinar e analisar a informação apresentada, conforme a Resolução 771, com qualquer outra informação que se pudesse obter, e de apresentar suas conclusões ao Secretário-Geral. Finalmente, ante o recrudescimento das ações de violações do DIH e havendo recebido a informação provisional da Comissão de Especialistas, o Conselho de Segurança criou o Tribunal Penal Internacional

para a Ex-Iugoslávia, mediante a Resolução 808, de 22 de fevereiro de 1993.

No ano de 1999, o conflito ressurgiu, desta feita na província de Kosovo, onde rebeldes de origem albanesa tentaram a independência da região, desencadeando a imediata reação dos sérvios. Como resposta, Milosevic enviou suas tropas para Kosovo e a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) fez um ataque aéreo à Sérvia durante 78 dias. Seguiu-se um acordo, mediante o qual a província separatista passou para a administração da ONU.

A região dos Bálcãs, que durante vários séculos viveu conturbadas rebeliões e conflitos étnicos, encontra-se em processo de acomodação, mas não haverá surpresa se os conflitos étnicos e religiosos retornarem à efervescência no futuro, como um vulcão

OTPIY ainda hoje está em atividade, processando os criminosos dessa guerra étnica.

#### ***1.4 Tribunal Penal Internacional para Ruanda***

Em junho de 1993, foi eleito presidente do Burundi o hutu Nmelchior Ndadaye. Entretanto, na noite de 21 de outubro de 1993, o presidente e vários líderes do governo foram assassinados. As represálias não tardaram a chegar e duraram mais de uma semana. Ocorreu a convocação dos hutus a matarem os tutsis, através da Rádio Libre des Mille Collines (RTMLC),

pertencente a uma facção racista do partido em Ruanda. A limpeza étnica atingiu todas as províncias do país, morrendo mais de 100.000 vítimas nesse massacre.

O genocídio ruandense, anunciado pelas mídias extremistas, foi claramente orquestrado contra os tutsis, com um planejamento que não deixou aos hutus senão a alternativa de matar ou serem mortos. A partir da guerra de 1990, a ideologia da exclusão, que já vinha durando 30 anos, foi incentivada e precipitada pelos acordos de Arusha, inaugurando, em outubro de 1993, uma lógica de paz, com a qual os tutsis não concordavam, o que resultou num movimento de genocídio preventivo, praticado pelo *Hutu Power*. O movimento foi inaugurado pelo jornal *Kangura*, de Hassan Ngeze, ao publicar, em dezembro de 1990, um breviário do ódio étnico, *Os dez mandamentos do hutu*, um texto que denunciava os tutsis como sedentos de sangue e de poder e chamava os hutus a combatê-los.

Conforme Frederik Harhoff, o início dessa racionalização do genocídio dos hutus consistiu em inocular-lhes um complexo de inferioridade, opondo os pacíficos composeses bantos, redutíveis hamites, à vocação guerreira e preparando-os para as rebeliões do povo majoritário contra o invasor tutsi. A etapa seguinte visava a apresentar os tutsis como uma ameaça vital. Transformar os hutus em vítimas foi a chave da propaganda, revelando o projeto dos tutsis de exterminar os hutus através de um plano iniciado pela etnia tutsi e seus aparentados, como o extermínio dos bantos, a fim de que a extensão do império nilotique (hamite, tutsi) cobrisse toda a África Central

e Oriental. Tal plano revelou um genocídio sábio e minuciosamente orquestrado pelos *chamitiques*, ávidos de sangue e de conquistas<sup>14</sup>.

Para inibir essa ameaça de extermínio, os hutus deveriam atacar os inimigos. Os estrangeiros, primeiramente os belgas, amigos dos tutsis, e depois os soldados da Missão das Nações Unidas para ajuda a Ruanda (UNAMIR)<sup>15</sup>, são presos em armadilhas das mulheres tutsis. Os tutsis manipularam a opinião pública internacional, exceção feita à França de François Mitterrand, única amiga da república ruandense. A tese de perigo infundida pelos tutsis deu legitimidade à violência e à morte que se seguiram, e à filosofia de que eles estavam certos e inspirados por Deus, por estarem combatendo o mal.

Juvenal Habyarimana, em Ruanda, um hutu no poder desde 1974, através de um golpe militar, alicerçou seu governo em uma ideologia racista hutu. O crescimento da Frente Patriótica Ruandesa (FPR), baseada em Uganda, e a ameaça da França em suspender a ajuda econômica ao governo levaram a que as negociações da Frente com o Governo de Ruanda resultassem no Acordo de Arusha, celebrado em 4 de agosto de 1993. Foi formado um governo provisório de base ampla, em 8 de abril de 1994, que levaria às eleições no ano seguinte. Mas, esse governo não conseguiu sustentar sua autoridade, tendo abandonado a capital em 12 de abril de 1994.

Através da Resolução n.º 955, de 8 de novembro de 1994, o Conselho de Segurança da ONU reafirmou as resoluções anteriores e demonstrou a profunda

preocupação com as informações que indicavam terem sido cometidos, em Ruanda, genocídio e outras violações sistemáticas, generalizadas e flagrantes do Direito Internacional Humanitário, constituindo, assim, uma ameaça à paz e à segurança internacional. Diante disso, o Conselho manifestou sua decisão de pôr fim a esses crimes e de tomar medidas eficazes para fazer comparecer perante a justiça os responsáveis por aquelas graves violações.

Buscando alcançar o objetivo de reconciliação nacional e a contribuir para o restabelecimento e a manutenção da paz, decidiu o Conselho criar o Tribunal Internacional, sediado em Arusha, na Tanzânia, encarregado unicamente de julgar as pessoas responsáveis pelas graves violações de Direito Internacional Humanitário cometidas no território de Ruanda, bem como os cidadãos ruandeses responsáveis pelas violações, cometidas em territórios dos Estados vizinhos, entre 1.º de janeiro e 31 de dezembro de 1994.

## **2. Tribunal Penal Internacional (TPI)**

### ***2.1 Gustave Moynier: um sonho alicerçado na busca da realidade***

A primeira proposta no sentido de criação de um tribunal penal permanente foi elaborada há mais de um século por Gustave Moynier, um dos fundadores do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, cuja presidência exerceu durante muitos anos. Moynier deparou-se com muitos dos problemas vivenciados

pelos redatores do estatuto que criou o Tribunal Internacional Penal, durante a conferência diplomática de 1998. Por ser um trabalho pioneiro, com acertos e carências, sua proposta continua sendo válida até hoje.

Gustave Moynier propôs a instituição de um tribunal permanente, numa época em que quase todos os processos por infrações contra o direito humanitário estavam a cargo, não de tribunais ordinários ou de um tribunal penal internacional, mas sim de tribunais *ad hoc*, constituídos por um dos beligerantes, geralmente o vencedor. Ao que parece, o primeiro tribunal penal internacional *ad hoc* foi o de juízes da cidade de Alsácia, da Áustria, da Alemanha e da Suíça, que se constituiu, em 1474, para julgar Peter de Hagenbach por homicídio, violação, perjúrio e outros delitos contrários às leis de Deus e dos homens, durante a ocupação da cidade de Breisach<sup>16</sup>.

No pensamento de Christopher Keith Hall, o efeito direto da proposta de Moynier sobre a história posterior era difícil de rastrear. Vinte e cinco anos após, em uma reunião do Instituto de Direito Internacional, em Cambridge, no ano de 1895, foi abordada a criação de um tribunal que se ocuparia com as infrações contra as leis de guerra, mas tal proposta não prosperou. À parte dessa segunda iniciativa, a proposta parece ter caído no esquecimento. Alguns dos que seguiram inconscientemente, os passos de Moynier e as principais histórias do desenvolvimento das propostas de criação de um tribunal penal internacional permanente não mencionam sequer a sua proposta. Com efeito, nem o Comitê Internacional da Cruz Vermelha fez-lhe referência em suas declarações ante Comitê

preparatório das Nações Unidas para a instituição de um Tribunal Penal Internacional<sup>17</sup>.

Não é fácil entender, hoje em dia, até que ponto era uma novidade radical essa proposta de criação de uma jurisdição penal internacional. Apenas uma dúzia de políticos, juristas ou outros autores, como Rousseau, mencionaram, antes de 1872, a idéia de um tribunal internacional permanente para resolver os litígios entre os Estados, geralmente de passagem e a miúdo, logo depois rechaçada, por parecer inviável. A proposta de Gustave Moynier foi a primeira manifestação séria de redação de estatuto de um tribunal penal internacional permanente e competente em matéria de infrações contra o direito humanitário, Contendo muitas idéias progressistas, algumas das quais à frente das de muitos governos atuais, tais como a de jurisdição exclusiva sobre determinados assuntos e a de indenização das vítimas.

## **2.2 A realidade**

Com o fim da guerra fria, em 1989, houve um incremento sensível, nas Nações Unidas, do ideal de manutenção da paz num mundo onde a idéia de criar uma corte penal internacional estava mais próxima de se tornar realidade. Motivada, em parte, pela necessidade de combater o tráfico de drogas, em Trinidad e Tobago, em junho de 1989, ressuscitou-se a proposta de uma Corte Penal Internacional (CPI). A Assembléia Geral das Nações Unidas, em resposta ao pedido, solicitou à Comissão de Direito Internacional (CDI), em 1992, que elaborasse, com prioridade, um



projeto de estatuto para uma corte penal internacional.

Em 15 de junho de 1998, iniciou-se, em Roma, a conferência diplomática de cinco semanas de duração, com a finalidade de aprovação de um tratado para a constituição de um Tribunal Penal Internacional permanente<sup>18</sup> cuja ausência era uma deficiência do sistema de aplicação do direito internacional humanitário.

Foi celebrada, entre os dias 3 e 7 de fevereiro de 2003, a primeira seção resumida da Assembléia de Estados-Partes (AEP), na sede das Nações Unidas, em Nova Iorque, para eleger 18 magistrados da Corte. O Presidente da Assembléia dos Estados-Partes e embaixador da Jordânia, o príncipe Zeid Ra`ad Zeid Al-Hussein, anunciava que o período de nomeação para o cargo de procurador seria reaberto do dia 24 de março ao dia 4 de abril de 2003. Em Haia, na Holanda, na data de 11 de março de 2003, os dezoito primeiros magistrados prestaram juramento à CPI, em uma cerimônia de alto nível. Seguiu-se a eleição do presidente do TPI, sendo investido no cargo o juiz Philippe Kirsch, do Canadá. Para a Vice-Presidência, os juízes elegeram duas mulheres: Akua Kuenyehia, de Gana (primeira vice-presidente) e Elizabeth Odio Benito, da Costa Rica (segunda vice-presidente).

A propriedade e a necessidade da criação de um órgão penal internacional permanente estão latentes na própria retrospectiva histórica, que leva em consideração os principais fatos ocorridos durante a existência da civilização. Para a tranqüilidade da demanda pública, sempre existirá a necessidade do atendimento aos anseios por respostas juridicamente

adequadas aos terríveis eventos e às atitudes grotescas praticadas durante os conflitos bélicos.

A ideologia do Tribunal Penal Internacional tem a ver com a idéia de evitar a mais grosseira e chocante de todas as possíveis injustiças: a impunidade de crimes que se cometem contra direitos humanos elementares, contra a paz dos povos, contra nações e contra comunidades raciais (ou de algum outro modo reunidas). Essa ideologia leva em consideração a circunstância particular de que esses crimes, em larga medida, são cometidos à sombra da autoridade do Estado, em benefício temporário da função pública, às vezes, de mais alto nível<sup>19</sup>.

### ***2.3 Organização do Tribunal Penal Internacional***

O Tribunal Penal Internacional tem como órgão reitor e soberano a Assembléia de Estados-Partes<sup>20</sup>. Nesse órgão democrático, tomam-se as decisões fundamentais concernentes ao funcionamento do TPI, como é a aprovação das regras de procedimento e provas, dos elementos do crime, das reformas e emendas do Estatuto da Corte etc. Assim mesmo, é a Assembléia que seleciona as pessoas para assumir os cargos mais importantes da Corte, como os magistrados, os procuradores e procuradores adjuntos, e secretário e secretários adjuntos, entre outros.

A Corte tem uma estrutura administrativa composta pela Secretaria da Corte e a Unidade de atenção às vítimas; e uma estrutura judicial composta pela Presidência da Corte e as Câmaras de Julgamentos Preliminares, de Primeira Instância e de Apelações.

O Tribunal também conta com uma Promotoria independente. Além disso, de acordo com o artigo 1.º do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma instituição de caráter permanente e, devido a isso, seus funcionários têm de desempenhar suas funções de maneira contínua e exclusiva na sede da Corte, em Haia, Holanda.

## ***2.4 Admissibilidade da causa perante a Corte***

O Tribunal Penal Internacional exercerá sua competência de forma complementar às jurisdições penais nacionais dos Estados-Partes. Isso é decisivo, pois a Corte não foi criada para substituir os tribunais internos, sendo certo que sua competência existirá somente quando os Estados-Partes interessados não puderem e não quiserem levar adiante um inquérito e um procedimento penal, em relação a um crime, por delegação de competência da Corte. O artigo 17 do Estatuto determina os casos em que a competência deste Tribunal Internacional será inadmissível, atendendo à complementaridade dele mesmo.

## ***2.5 Os crimes cujo julgamento é atribuição do Tribunal Penal Internacional***

### ***2.5.1 Considerações gerais***

Existe uma variedade de crimes que poderiam ser objeto da tutela internacional. Bassiouni<sup>21</sup> discrimina vinte e cinco desses crimes, quais sejam, agressão; genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013

O Tribunal Penal Internacional: A Concretização de um Sonho - pp. 301-334

FERNANDES D. A.

guerra; crimes contra o pessoal das Nações Unidas e associados; posse, uso e colocação ilícita de armas; furto de materiais nucleares; mercenarismo; *apartheid*; escravidão e tipos penais conexos; tortura e outras formas de tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes; experimentação humana ilícita; pirataria; pirataria aérea e crimes contra segurança aérea internacional; crimes contra a segurança da navegação marítima e de alto mar; ameaça e uso da força contra pessoas protegidas internacionalmente; captura de reféns civis; uso ilícito do serviço postal; tráfico ilícito de entorpecentes e crimes conexos; destruição e/ou furto de tesouros nacionais; crimes contra certos elementos do meio ambiente protegidos internacionalmente; tráfico ilícito de material obsceno; falsificação e contrafação; interferência ilícita nos cabos submarinos internacionais; e corrupção de funcionários públicos estrangeiros.

## **2.6 O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira**

Com a ratificação<sup>22</sup> pelo governo brasileiro do Estatuto de Roma e a sua materialização em nosso ordenamento jurídico, através do Decreto Legislativo n.º 112, de 6 de junho de 2002, promulgado por meio do Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002, constata-se a necessidade de saber o quanto aquele interfere na Constituição. O TPI adotou a tese da compatibilidade, através da qual são colocadas em primeiro lugar a legislação e as práticas legislativas dos Estados, que

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013

O Tribunal Penal Internacional: A Concretização de um Sonho - pp. 301-334

FERNANDES D. A.

serão complementadas por uma série de instituições internacionais. Tal tese figura no primeiro artigo, assim como no preâmbulo, tendo importância crucial em matéria de Direito Internacional.

Antes de abordar a essência das questões constitucionais relacionadas com o TPI, deve-se debruçar sobre o procedimento que leva à ratificação de um tratado internacional, no Brasil, observando-se que não há no caso, diminuição de soberania. Pelo contrário, o país, ao ratificar uma convenção, pratica justamente um ato de soberania.

Observa Saulo José Casali Bahia que a ratificação é forma de expressão do consentimento sucessiva à assinatura do tratado pelos plenipotenciários encarregados de negociá-lo, redigi-lo ou autenticá-lo, ou seja, a manifestação de consentimento da autoridade competente de um Estado ao texto de um tratado, revelando externamente a vontade de obrigar-se pelo mesmo texto<sup>23</sup>.

Vários são os problemas constitucionais atribuídos ao Tratado de Roma, sendo os mais significativos a ausência de coisa julgada, a prisão perpétua, a extradição de nacionais e de estrangeiros e a imprescritibilidade de crimes. Mas com a Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 5º, da CF/88, determinando a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, todos os argumentos anteriores ficam relegados a um segundo plano, ficando o Brasil compromissado a cumprir o Estatuto de Roma.

## 2.6.1 A ausência da coisa julgada

A Constituição da República prevê, no inciso XXXVI do artigo 5.º, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A coisa julgada ocorre mediante decisão ou sentença da qual não cabe mais recurso, podendo essa formar-se nos mais variados graus de jurisdição. E, caso a admissibilidade recursal não tenha qualquer empecilho ou limitação, é o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, assim como a instância terminal de revisão de julgados, além da qual nenhuma norma pode estar.

Observa-se que a complementaridade prevista no TPI fere, sem dúvida, o preceito da coisa julgada, no âmbito interno, promovido, em sua última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, já que, conforme o Estatuto de Roma, existe previsão para o reexame de questões já decididas nesse último grau.

O artigo 7.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias afirma que “o Brasil propugnará pela criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos”. Tal assertiva é a solução, na medida em que leva a analisar que, se o texto constitucional manifesta o desejo de participar de um tribunal dessa natureza, caso as decisões desse tribunal não puderem merecer reconhecimento pátrio, ou as decisões nacionais não puderem ser revistas pelo órgão internacional, nenhum sentido haveria em o Brasil participar de um órgão de tal espécie.

## 2.6.2 Pena de prisão perpétua

A celeuma em torno das penas aplicáveis pelo Estatuto não estava restrita à de prisão perpétua. Haja vista o caso dos Estados Unidos, em consonância com outros Estados que desejavam a previsão da pena de morte.

Os Estados que adotam o sistema jurídico de *common law* tendem a enfatizar o caráter retributivo da pena, enquanto que os Estados de *civil law* dão maior relevância ao seu cunho utilitário. Via de regra, aqueles são favoráveis à pena de morte, enquanto que estes são contrários. O impasse, para viabilizar a aprovação do Estatuto, foi utilizada a pena de prisão perpétua como forma de negociação.

O Estatuto de Roma estipula, em seu art. 77(1) (b), “a pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem”. Esse artigo confere poderes ao TPI para impor uma sentença de prisão perpétua, porém somente quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias individuais da pessoa condenada. Do contrário, a penalidade máxima pelos crimes previstos no Estatuto de Roma é de 30 anos de reclusão.

É possível que algumas constituições proíbam a prisão perpétua, ou sentenças de prisão de 30 anos, com base no entendimento de que tais penas não proporcionam uma oportunidade de reabilitação, ou que são desproporcionais à natureza do crime. Seria difícil argumentar que longos períodos de encarceramento sejam

desproporcionais à maioria dos crimes da jurisdição do TPI, sobretudo quando uma sentença de prisão perpétua precisa ser justificada pela extrema gravidade do crime. Tal sentença somente será imposta àqueles que detiverem o mais alto grau de responsabilidade na comissão dos mais graves crimes, tais como genocídio. Todas as Constituições brasileiras, como as da América Latina e as européias, não permitem a pena de prisão perpétua.

### **2.6.3 A extradição de pessoas**

Todos os Estados têm um interesse intrínseco na eliminação dos crimes da jurisdição do TPI, pois trata-se dos mais graves e que constituem fonte de preocupação para a comunidade internacional como um todo. O Estatuto foi redigido especificamente para tratar desses crimes, independentemente de quaisquer considerações políticas ou diplomáticas entre os Estados. O Estatuto estabelece muitas garantias de que esses crimes serão julgados segundo os mais elevados padrões do direito internacional e com salvaguardas processuais que garantem a máxima proteção, dentro de um regime de elegibilidade extremamente rigoroso, que atribui aos Estados a responsabilidade inicial de processar e punir esses crimes.

O Estatuto, portanto, não estabelece razões para a recusa de entrega de uma pessoa ao TPI e exige que os Estados-Partes cumpram todas os pedidos de prisão e entrega. Uma vez que o Estado tenha ordenado a entrega da pessoa, em conformidade com os procedimentos



estabelecidos no regime do TPI, a pessoa deve ser levada ao Tribunal tão logo possível. Dessa forma, os Estados assistirão a Corte, na administração da justiça, de modo tempestivo.

#### **2.6.4 Imprescritibilidade dos crimes**

O TPI não poderá investigar e julgar crimes cometidos antes de o Estatuto entrar em vigor. Entretanto, no que se refere a condutas ocorridas após a entrada em vigor do Estatuto, os perpetradores dos crimes nele incluídos ainda poderão ser processados e punidos pelo Tribunal, independentemente do número de anos decorridos entre a perpetração do crime e a acusação judicial (art. 29), ou seja, não há prescrição para os crimes sob a jurisdição do TPI.

A inaplicabilidade da prescrição aos crimes julgáveis pelo TPI, normalmente, não deverá representar problemas constitucionais, uma vez que as constituições geralmente não contêm tais dispositivos. Contudo, mesmo na ausência de tal disposição, existe a possibilidade de surgirem questões constitucionais. O Conselho Constitucional da França, por exemplo, constatou que o Estatuto de Roma entrava em conflito com a Constituição Francesa, ao invadir o exercício da soberania nacional, privando a França de seu poder de decidir sobre a instauração de ação judicial contra o indivíduo, sob sua autoridade, que houvesse cometido um crime internacional trinta anos antes. Assim, a França emendou sua Constituição, de modo a garantir que o Estado francês pudesse cumprir suas obrigações de entrega, em todos os casos.

## Conclusão

Com a aprovação, em 17 de julho de 1998, do Estatuto de Roma, na Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas, e o início das atividades do Tribunal Penal Internacional em 2003, materializou-se um sonho idealizado há mais de cem anos pela humanidade, com esperanças de, enfim, ter um tribunal isento e justo diante das atrocidades cometidas durante os séculos.

O estudo do Tribunal Penal Internacional é primordial para clarificar o entendimento sobre esse novo órgão de amplitude internacional, mas que afetará o Brasil, quando houver o envolvimento de um brasileiro na prática dos crimes de competência desse Tribunal.

O século passado testemunhou uma sucessão de fatos de desumanidade e ilegalidade, que, em grande medida, expôs ao vexame a noção de ordem global. No início do século XXI, as principais medidas para a aplicação da lei e a proteção dos direitos humanos, em todo mundo, estão ao alcance de todas as pessoas. O que se faz necessário, agora, é a vontade política de ir adiante: ratificar e implementar as disposições do Estatuto de Roma para um Tribunal Penal Internacional, um divisor de águas histórico na luta pelo fim da impunidade há muito desfrutada pelos autores de crimes hediondos.

De toda sorte, o TPI é um início para que todos, desconsiderando interesses individuais, possam pensar no interesse coletivo e punir aqueles que não têm nenhum apreço pela humanidade.

## Notas

- <sup>1</sup> Nuremberg foi escolhida como cidade-sede do tribunal, dando-lhe o nome, porque se tornou símbolo da violência nazista, devido ao fato ocorrido, ali, em 1935, quando, após uma grande jornada do Partido Nazista, são proclamadas as leis raciais. Em 1938, ocorre a *Kristallnacht* ou Noite dos Cristais, em que 7500 vitrinas de lojas judaicas foram quebradas, todas as sinagogas foram incendiadas e 20 mil judeus foram levados para campos de concentração. Conforme ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 51, e BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **La justice pénale internationale, son évolution, son avenir: de Nuremberg à La Haye**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000, p. 19.
- <sup>2</sup> GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: A gênese de uma nova ordem no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 62 - 63, citando a declaração de Roosevelt e Churchill.
- <sup>3</sup> *Idem*, p. 63.
- <sup>4</sup> Molotov foi o mesmo que assinara o Tratado Ribbentrop-Molotov de não-agressão e assistência com os nazistas, em 23 de agosto de 1939, e que tinha sido, portanto, um dos principais responsáveis pela deflagração do conflito.
- <sup>5</sup> GONÇALVES, Joanisval Brito, *op. cit.*, p. 65.
- <sup>6</sup> A responsabilidade penal da pessoa jurídica está vinculada a sua relevância social e econômica no processo decisório do delito, o que determina sua proposição de autoria necessária, e não um papel subalterno de co-autoria ou participação. Ela o faz através de alguém, objetivamente, uma pessoa natural. Se se considerar que só haverá persecução penal contra a pessoa jurídica se o ato for praticado em benefício desta por pessoa natural estreitamente ligada à pessoa jurídica, e com a ajuda do poderio desta última, não se deixará de verificar a existência de um concurso de pessoas. Os países de *Common Law* adotam a responsabilidade penal da empresa. Outros países, em suas legislações extravagantes, incorporaram tal responsabilidade, destacando-se, dentre outros, Inglaterra, Dinamarca, Holanda, Portugal (com certa parcimônia), França, China. Não adotam: Alemanha, Suécia, Bélgica, Espanha e Itália. Conforme descrito por SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsa-**

**bilidade penal da pessoa jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 130 - 131.

- <sup>7</sup> GONÇALVES, Joannisval Brito, *op. cit.*, p. 86.
- <sup>8</sup> O Almirante Chester Nimitz (EUA) deu uma declaração, no julgamento de Nuremberg, em favor de Doenitz e Raeder, afirmando que a Marinha dos EUA, na Guerra do Pacífico, seguiu os mesmos procedimentos adotados pela Alemanha na guerra submarina, quando eram realizados ataques a navios de superfície. Conforme descrito por MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 938.
- <sup>9</sup> BAZELAIRE, Jean-Paul; Cretin, Thierry. **La justice pénale internationale, son évolution, son avenir: Nuremberg à La Haye.** Paris: Presses Universitaires de France, 2000, p. 27 - 28.
- <sup>10</sup> GREPPI, Edoardo. La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional. **Revista Internacional de la Cruz Roja.** Genebra, n. 835, 30 sept. 1999, p. 533.
- <sup>11</sup> BAZELAIRE; Jean-Paul; Cretin, Thierry, *op. cit.*, p. 32.
- <sup>12</sup> Composição étnica: sérvios, croatas, eslovenos, macedônios, albaneses e muçulmanos da Bósnia (inclui sérvios e croatas). Existem ainda montenegrinos, húngaros, turcos, entre outros. As principais religiões são ortodoxa, muçulmana e católica.
- <sup>13</sup> A limpeza étnica foi sistematicamente colocada em prática pelos sérvios, durante três anos e meio na Bósnia, primeiro na região de Prijedor (noroeste) e de Backo (norte), em todo território da Bósnia, até o ataque aos enclaves muçulmanos da Bósnia oriental e a queda de Srebrenica, em julho de 1995. Conforme relatado por HERNÁNDEZ, Augusto Campos. La solución negociada de conflictos: el caso de la guerra de la antigua Yugoslavia. **Agenda Internacional.** San Jose, ano IV, n. 9, ago. 96, p. 45.
- <sup>14</sup> HARHOFF, Frederik. Tribunal de Ruanda: alguns aspectos jurídicos. **Revista Internacional de la Cruz Roja,** Genebra, n.º 144, 30 noviembre 1997, p.711.
- <sup>15</sup> O clima existente em Ruanda, desde 1993, levou o Conselho de Segurança da ONU a estabelecer, mediante a Resolução 827, de 5 de outubro de 1993, a Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda (UNAMIR), durante um período de seis meses. A Resolução 912, de 21 de abril de 1994, do Conselho de Segurança, condenou a violência desencadeada em Ruanda e os ataques contra a UNAMIR, exortando as partes a pôr um fim na violência e a respeitar plenamente o Direito

Humanitário Internacional, especialmente, com relação a mulheres e crianças.

- <sup>16</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.934.
- <sup>17</sup> HALL, Christopher Keith. La primeir propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente. **Revista Internacional de la Cruz Roja. Ginebra**, n. 145, p. 63-88, mar. 1988.
- <sup>18</sup> Conforme Resolução 52/160, de 15 de dezembro de 1977, da Assembléia Geral das Nações Unidas.
- <sup>19</sup> REZEK, Francisco. Princípio da complementaridade e soberania. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, ano IV, ago. 2000, p. 74 - 75.
- <sup>20</sup> A primeira Assembléia Geral realizou-se em setembro de 2002, na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque.
- <sup>21</sup> BASSIOUNI, M.Cherrif. Le fonti e il contenuyto del diritto penale internazionale, p. 104 - 105. *Apud* JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: A internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 217.
- <sup>22</sup> A ratificação é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a esse projeto e que o faz, doravante, um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais. Conforme descrito por MELLO, Celso D. de Albuquerque, *op. cit.*, p. 220, citando Sette Câmara.
- <sup>23</sup> BAHIA, Saulo José Casali. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. Salvador: **Revista dos mestrandos em direito econômico da Universidade Federal da Bahia**, n. 9, jan.-dez., 2001, p. 65.

## Referências

- BAHIA, Saulo José Casali. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. Salvador: **Revista dos mestrandos em direito econômico da Universidade Federal da Bahia**, n. 9, p. 65, jan.-dez., 2001.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. **O Tribunal de Nuremberg**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

- GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: A gênese de uma nova ordem no direito internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GREPPI, Edoardo. La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional. **Revista Internacional de la Cruz Roja**, Genebra, n. 835, p. 533, 30 sept. 1999.
- HALL, Christopher Keith. La primeir propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente. **Revista Internacional de la Cruz Roja**, Genebra, n. 145, p. 63-88, mar. 1988.
- HARHOFF, Frederik. Tribunal de Ruanda: alguns aspectos jurídicos. **Revista Internacional de la Cruz Roja**, Genebra, n.144, p.711, 30 nov. 1997.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: A internacionalização do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REZEK, Francisco. Princípio da complementaridade e soberania. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, ano IV, p. 74 - 75, ago. 2000.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

# Direito, Justiça e Ética: qual a moralidade melhor sustenta o direito à vida?

*Right, Laws and Ethics:  
Which morality better  
sustain the right to life?*

Artigo recebido em 02/10/2013.

Revisado em 10/10/2013.

Aceito para publicação em 19/10/2013.

## **Oswaldo Pereira de Lima Junior**

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena. Professor Assistente II de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

## Resumo

Deve a Justiça orientar o Direito? Com base nesta premissa este artigo busca expor as vinculações entre norma e justiça, direito e ética, tudo em conexão ao direito à vida. Três diferentes correntes de pensamento ético (o Utilitarismo e as teorias éticas deontológica e teleológica) são estudadas com a finalidade de saber qual delas melhor atende à proteção do direito à vida. O grave ataque sofrido pela iraniana Ameneh Bahrami serve de pretexto para a construção de reflexão crítica sobre Direito e Ética, Justiça e Moralidade. A norma poderá dizer o que é vida? Existe vida mais importante? Tais questões são analisadas tendo em vista o tema do direito à vida e a necessidade de desenvolvimento de pensamento ético que possa dar sustentabilidade filosófica à vida humana.

## Palavras-chave

Direito à Vida; ética; virtude social; Aristóteles.

## Abstract

Should Justice guide Law? According to this idea this paper intends to expose the links between legal rule and justice, Law and Ethics, all in connection with the right to life. Three different streams of ethical thought (Utilitarianism, Deontological and Teleological Ethics)



are studied in order to know which one best suits the protection of the right to life. The serious attack suffered by the Iranian Ameneh Bahrami attends as pretext for the construction of critical reflection on Law and Ethics, Justice and Morality. Should the legal rule say what life is? Is there more important life? These issues are analyzed in view of the aim of the right to life and the need for development of ethical thinking that may give us philosophical support to the human life.

## Keywords

Right to Life; ethics; social virtue; Aristotle.

## Sumário

Introdução. 1. O problema da justiça. 1.1 A justiça deve orientar o direito? 2. A vida e suas implicações morais. 2.1 Há vida mais valiosa? 2.2 Vida como representação da autonomia do ser. 2.3 O direito à vida como virtude social. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

As interações entre a ética, o direito e a justiça sob o foco do direito à vida são as preocupações básicas do presente artigo. Num mundo cada vez mais conectado, onde a técnica diminui drasticamente as distâncias,

novas e diferentes questões culturais e éticas se nos apresentam e nos forçam a refletir sobre vários temas, tais como a dignificação da vida, o valor ético das normas, a justiça e as concepções éticas que buscam explicar as escolhas políticas que defendemos e nas quais vivemos como comunidade.

Na primeira seção tratamos o problema da justiça e sua interação com o direito, travando conhecimento das relações entre norma e justiça em busca de uma resposta à pergunta: deve a justiça orientar o direito?

A segunda seção objetiva discorrer a respeito da ética, fundamentadora da justiça, em face ao direito à vida. Nesse campo, faz-se necessário o estudo das principais teorias éticas a fim de acolher aquela que mais se coaduna à proteção ao direito à vida, bem como que se apresenta melhor na qualidade de tese de fundamento da moral. Três aportes morais são, então, examinados: a teoria utilitária, a teoria deontológica e a teoria teleológica.

Dentro desses parâmetros, intende-se conseguir apurar o pensamento ético a fim de melhor situar a questão e compor nossa crítica acerca da relevância da ética junto à existência humana, sobretudo, como forma de modelagem do caráter e dos valores que devem circundar a vida em sociedade.

## 1. O problema da justiça

Recentemente, o jornal Folha de São Paulo<sup>1</sup> divulgou notícia bastante estranha aos parâmetros

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Direito, Justiça e Ética: Qual a Moralidade Melhor Sustenta o Direito à Vida? - pp. 335-368  
JUNIOR O. P. de L.

ocidentais de justiça e de direito. O caso envolve a iraniana Ameneh Bahrami que, depois de várias e infrutíferas investidas amorosas de um pretendente, foi vítima de covarde ataque com ácido sulfúrico. A ofensiva desfigurou seu rosto e a fez perder a visão.

O direito dos povos orientais, aparentados e normalmente designados como direitos cuneiformes, possui alto grau de intromissão de significados religiosos em seu conteúdo e, embora seja, no caso babilônico (Código de Hamurabi), relativamente avançado e desenvolvido no campo do direito privado, apresenta um rigor excessivo quando a matéria é direito penal<sup>2</sup>.

De fato, a prescrição de número 196 do referido *códex* nos aponta a famosa Lei de Talião: “Se alguém vazou um olho de um homem livre, ser-lhe-á vazado o olho”<sup>3</sup>. Mesmo sendo, em tese, uma disposição em desuso prático no próprio Irã, o fato é que Bahrami conseguiu na Justiça iraniana a aplicação da famosa disposição taliônica e se viu na possibilidade e eminência de cegar seu agressor, mediante procedimento similar, franqueado e autorizado pelo Direito, a ser realizado em hospital judiciário. Pois bem, depois de toda a sua luta, ao ver-se diante do infame agressor, Bahrami surpreendeu a todos ao afirmar que o perdoava e que não mais desejava a aplicação da pena.

Qual foi o motivo de sua retração diante do veredicto? Na verdade, a real intenção de Bahrami não era reviver o princípio da vingança subsidiada pelo Estado, mas mostrar ao seu povo – e a todos nós que vivemos na sociedade da informação – a atroz injustiça

a que fora submetida apenas em razão de ser mulher em uma cultura atavicamente patriarcal. Recolhendo do texto suas próprias palavras, Bahrami se justificara asseverando que “No fundo eu nunca quis aplicar a Lei de Talião. Jamais poderia fazer isso, não sou selvagem. Eu queria mesmo chamar a atenção para o caso e evitar que outras pessoas passem pelo que sofri”<sup>4</sup>.

O sofrimento relatado por Bahrami não se consubstancializou apenas na inflição da injúria física, mas, principalmente, no sentimento de repulsa diante do gesto marcadamente injusto de seu agressor que, imbuído de sentimentos machistas, pouco ou nenhum valor revelou possuir por seus sentimentos e por sua vida. Ao conseguir a reparação via Justiça Pública e, poeticamente, ao perdoar seu agressor, demonstrou que o Direito de seu país não se encontra sintonizado com uma concepção de mínima de Justiça. E também, mesmo que indiretamente, endossou a opinião comum de que direito e justiça são inseparáveis!

### ***1.1 A justiça deve orientar o direito?***

Para descortinarmos as bases de nosso direito e de nossa tradição política é preciso que voltemos nosso olhar para a história greco-romana, fundadora da Ciência Política e Jurídica dos países de tradição romanística da Europa e, igualmente, do Brasil. É acertado assentir que “(...) não há instituições políticas que correspondam aos anseios dos povos que vivem sob sua tutela senão as consagradas pela história”<sup>5</sup>, sendo, ainda, identicamente correto afirmar o inverso, isto é, as

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Direito, Justiça e Ética: Qual a Moralidade Melhor Sustenta o Direito à Vida? - pp. 335-368  
JUNIOR O. P. de L.

instituições contrárias ao sentimento histórico do povo que a elas se submetem tendem a não se estabilizar e, em algum momento, acabam sendo substituídas.

Para aprofundarmos a questão sobre as ligações entre a justiça e o direito havemos, portanto, de pesquisar as bases mais remotas do sistema jurídico *Civil Law*. Conquanto resplandeça ainda na nossa cultura jurídica, e no direito legislado de hoje, muito do Direito Romano Justiniano, fundador do Direito Português no reinado de Afonso III e direto interventor do Brasil-colônia, nosso foco deve ser ainda mais distante<sup>6</sup>. Havemos de rememorar os embates socráticos narrados por Platão, donde apreendemos a importância da Justiça para a constituição da *polis* grega, fonte direta de inspiração do direito romano.

E é na República de Platão que Sócrates, em embate verbal com o sofista Trasímaco, esclarece importante noção do que vem a ser justiça, captando a sua essência como algo vital à constituição equilibrada da *polis* grega. Cujo espírito deve orientar a ciência política e as leis que governam o povo. Opondo-se ao argumento de que justiça é a conveniência do mais forte, Sócrates delinea-a como uma virtude da alma que busca para si a perfeição de seu próprio imo, o *telos* último da própria existência. A justiça reflète a virtude e a sabedoria e, seu contrário, a maldade e a ignorância<sup>7</sup>.

Assim como uma fábula deve preencher-se de bons conteúdos, a fim de bem educar o tenro espírito infantil conforme os costumes e sabedorias tidos como ideais para a vida em comum<sup>8</sup>, o direito, na qualidade de instrumento delineador de condutas e de solução

de conflitos, também deve focar seu objeto na virtude e na sabedoria ou, em outras palavras, na justiça, sob pena tornar-se inverídico, injusto e mero instrumento de apoio à tirania.

E o direito se expressa através da norma escrita. E a Lei converte-se em instrumento singular da *polis* para a salvaguarda comunitária: torna-se ferramenta política que desonera os cidadãos de servirem ao Estado por interesse ou medo, inspirando-os à virtude cívica e permitindo que sejam comandados apenas por si mesmos, através das leis que eles próprios estatuíram e se dispuseram a obedecer. Esse é o grande legado da civilização grega,

*A Lei como princípio de organização política e social concebida como texto elaborado por um ou mais homens guiados pela reflexão, aceita pelos que serão objeto de sua aplicação, alvo de um respeito que não exclui modificações minuciosamente controladas(...)*<sup>9</sup>.

Conclui-se que o direito deve aspirar à justiça e não o contrário. É correto predizer, ainda, que, se a espécie humana possui capacidade inata ao *logos* e, desta monta, à expressão da razão reflexiva, somente em contato com seu semelhante tal virtude pode ser satisfatoriamente desenvolvida. É dizer, em comunidade e no seio da organização político-social o Homem se forma e se desenvolve rumo à perfeição de seu *telos*. Aristóteles assim o considera, dado que a *polis* é a mais altaneira das associações promovidas pelo

espírito humano e vela, além das naturais necessidades de sobrevivência de seus tutelados, pela finalidade maior que é a busca do bem viver<sup>10</sup>.

Segue-se correta, portanto, a ilação de que a justiça pode e deve imiscuir-se ao direito, não havendo como prosperar um direito fora – ou puro como o quis Kelsen<sup>11</sup> – da argumentação ética que está por detrás do projeto de justiça de cada Estado. A finalidade última do ordenamento jurídico é aproximar, corrigir e delimitar os padrões de conduta otimizados pela excelência do conceito de bem viver. E, por isso, contém inegável carga moral em seu bojo. Como é correto afirmar que o direito interfere na vida privada e pública do ser humano, dado que o Homem é um animal político que somente se livra da vilania no seio da sociedade organizada através da justiça “pois a administração da justiça, a qual é a determinação do que é justo, é o princípio de ordem na sociedade política”<sup>12</sup>, é incorreto supor que o direito prescinde da justiça, ou da moral, para a formatação de sua organização interna apenas sob a premissa de que assim teríamos uma ordem moral e não uma ordem jurídica, e que a ordem moral é, como erroneamente se supõe que também o seja a moral, sempre variável e relativa<sup>13</sup>.

O que é bom não é o que “deve ser” conforme prescreve a norma, mas a norma deve prescrever o que é bom, conforme a natureza das coisas, ou sentido nenhum teria esse corpo normativo. De fato, como poderíamos prescrever, por meio de norma, que os médicos devem ocupar-se do conserto dos encanamentos residenciais e os encanadores de prescrever os tratamentos aos

enfermos? Mesmo que isso fosse possível, por meio de lei, agasalhado pelo direito, a realidade ainda seria outra e não poderia ser corrompida por esse direito alheio aos fatos. As finalidades ocupacionais estariam concretamente invertidas e não poderiam, apenas por gesto abstrato da lei, ser trocadas. O critério finalístico não se mostra abstrato ou relativo, mas concreto e de acordo com as virtudes que se espera das coisas e dos seres viventes: “A causa final e o fim de cada coisa é o seu mais perfeito estado, e bastar-se a si mesma é o fim de cada ser e a sua excelência”<sup>14</sup>.

Daí a importância do Estudo dos princípios de justiça no direito, como se pretende melhor deslindar adiante.

## 2. A vida e suas implicações morais

Certos conceitos são frequentemente aceites e visitados pelas pessoas em prosaicas altercações sem que se tenha, no entanto, a real dimensão filosófica, ética e jurídica que paira sobre eles. O direito à vida é certamente um desses temas, materializando, sem dúvida alguma, o maior e mais dificultoso deles, pois trata de nosso bem mais precioso e do modo que podemos dele dispor (se é que o podemos).

O direito à vida aparece primeiramente, de modo explícito, no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, desvelando ao nosso entendimento a seguinte redação: “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”.

O que isso concretamente significa? Qual é o âmbito de delineamento do direito à vida exposto na Constituição? Por que devemos ter tanto respeito pela vida? O direito à vida é uma conquista e um valor apenas da espécie humana? Qualquer vida deve ser valorada da mesma forma? O que é uma vida digna? É possível atribuir dignidade à vida sem cairmos em alguma espécie de eugenia?

Atribuir respostas a essas perguntas é mais valorar os aspectos morais que se encontram sublimados na lei do que interpretar objetivamente o que o legislador constitucional quis dizer no plano jurídico do “dever ser”. A norma não pode impor padrões de conduta moral alheios à consciência coletiva porque o comportamento social é que legitima a capacidade coercitiva de uma norma. Que a faz aceite e concorde às aspirações das pessoas naquilo que diz respeito aos seus valores, seu futuro e seus bens. Isso não endossa a posição de que a norma deve refletir apenas a crença popular sobre o que é certo e o que é errado. Estaríamos caminhando para trás ao assim procedermos. Ao contrário, a norma deve estar em compasso ao conhecimento ético da civilização humana. Misturando-se à ética poderá dela extrair seus preceitos reguladores através da avocação do sentido de justiça às considerações normativas, que passarão a fundamentar e a regular o Estado Democrático onde o *logus* individual e coletivo conseguirão se desenvolver.

Ao simplificarmos a questão, de modo a crer que Vida é o que a norma disser que *deve ser* Vida e tão somente isso, estamos, na verdade, regredindo nosso conhecimento e velando as possibilidades que o comprometimento moral pode trazer no bojo da norma jurídica. Tal norma, vazia de coloração ética, é maleável à interpretação dúbia. Pode legitimar padrões de condutas inaceitáveis simplesmente porque inadmite processo de conjugação em uníssono à moral determinante à espécie humana.

Deste modo, quando uma norma jurídica afirma ser punível o homicídio, não está apenas evidenciando um padrão comportamental de utilidade ao Estado – que não quer ver-se perante um levante anárquico de seus cidadãos uns contra os outros e, em algum momento, também contra o próprio Estado –, mas, sobretudo, está dizendo que a morte é um comportamento errado, impróprio ao ser humano e que, por isso, não deve ser tolerada no meio social. Essa forma de desvelar o que é vida e o que é morte, seu valor social e jurídico, alça questões morais e de justiça que estão subliminarmente ancoradas na norma jurídica. Daí a dificuldade, e mesmo a impossibilidade, de se discutir um tema como esse sem que se invoquem, também, as concepções de moralidade e justiça estabelecidas por detrás do conceito jurídico de direito à vida.

## ***2.1 Há vida mais valiosa?***

Sempre que passamos a discutir a importância da vida haveremos, invariavelmente, de perquirir se é

possível mensurar o valor que uma vida possui. Dito em outras palavras, uma única vida é, em si, tão valiosa quanto, por exemplo, a vida de toda uma comunidade, de uma cidade ou de uma nação?

Eis caminho tentador e perigoso. É realmente tentador porque nos parece correto, do ponto de vista da inevitabilidade da escolha, que optemos pela quantidade, carregando nossa resposta de sentido utilitário: se podemos perder apenas uma vida e salvar a de muitos, o sacrifício individual parece-nos menos oneroso e mais lógico. Não é bem assim, e veremos logo mais o porquê.

A doutrina utilitária clássica, também denominada “utilitarismo dos atos”, escora-se nas doutrinas de Jeremy Bentham e John Stuart Mill e leva em consideração dois elementos básicos: o estudo da moralidade fixada em uma consequência certa e determinada: a maximização da felicidade através do aumento do prazer e da diminuição da dor; e a aplicabilidade individual desse princípio moral único a cada situação singular enfrentada pelo indivíduo<sup>15</sup>.

Pela perspectiva utilitária, verdadeira revolução social se daria através da mensuração quantitativa inserta no bojo de seu princípio regulador. Para os utilitaristas, sua doutrina criaria condição que permitiria o ser humano desviar-se da obscuridade de conceitos como Justiça, Bem e outros tantos, para adentrar no império da razão, ditada por atos certos voltados à majoração da felicidade. Assim Bentham<sup>16</sup> se expressara:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013  
Direito, Justiça e Ética: Qual a Moralidade Melhor Sustenta o Direito à Vida? - pp. 335-368  
JUNIOR O. P. de L.

Por princípio da utilidade compreende-se o princípio que aprova ou desaprova qualquer ação que seja de acordo com a tendência que ela parece ter de aumentar ou de diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão: ou, o que é a mesma coisa em outras palavras, para promover ou opor-se à felicidade. Eu digo de cada ação que seja e, portanto, não apenas de cada ação de um indivíduo, mas de todas as medidas do governo.

Mas a questão do direito à vida e, sequencialmente, do valor da vida, é mais intrincada do que parece e pode mostrar-se incongruente com o princípio da utilidade. Vejamos um exemplo bastante interessante. Na Odisseia de Homero<sup>17</sup>, o Canto XII trata do retorno do herói grego Odisseu (Ulisses, para os romanos) do Hades para a ilha da feiticeira Circe, momento em que se encontra com diversos perigos, dentre eles, uma passagem forçosa entre os monstros Cila e Caribde. Nesse percurso, Odisseu tem de escolher aproximar-se de Caribde e, diante de sua força e de seu incomensurável poder, ser aspirado às suas entranhas junto de toda a sua tripulação, perecendo todos, ou optar por aproximar-se mais de Cila, onde haveria de perder seis de seus homens para aplacar a sua fúria. Pois bem, nosso herói se vê diante de duas possibilidades semelhantemente perversas e precisa tomar uma decisão que é, em qualquer aspecto, difícil e muito desfavorável. Opta pela perda menor e entrega à Cila, ao preferir aproximar-se dela, seis de seus homens.

No caso descrito é possível dizer que o ato trágico

de Odisseu é balizado por uma norma moral? Pela perspectiva utilitarista somos levados a crer que sim, pois, diante da felicidade de muitos, o que pode valer a felicidade (ou a vida) de apenas alguns homens? Entretanto, ao assim comportarmo-nos, estaríamos contrariando conceitos de justiça e direito que estão engravados em nossa existência cultural e familiar. Sentimentos que, de alguma forma, estão arraigados no pensamento coletivo e que nos dizem ser errado desvalorizar qualquer vida que seja mesmo em função de maior felicidade de todos.

E essa é uma importante crítica ao utilitarismo (embora não represente todas), mas lembra-nos que existem outros conceitos relevantes para determinar o que é certo e o que é errado além da utilidade, tais como a justiça, os direitos, e as chamadas razões passadas (compromissos assumidos no passado com uma pessoa que o princípio utilitarista parece desconsiderar)<sup>18</sup>. Isso sem contar que a concepção utilitarista requer muito do agente, ou seja, se for seguida à risca, demanda esforço muito grande do indivíduo para maximizar a felicidade geral, o que, embora seja louvável, não pode ser considerado uma obrigação de cada pessoa, seria a destruição da individualidade privada<sup>19</sup>.

Existe ainda a impossibilidade de se incluir numa escala de valores, quantificáveis normalmente em pecúnia, coisas abstratas e de valor incomensurável como a justiça, a honestidade, o amor, a honra etc., fatos que corroborarão para o afastamento da teoria utilitária para lançar um modelo moral que mais bem proteja e ampare o direito à vida.

Não é que os utilitaristas não deem importância a esses valores; nem tampouco que eles estejam limitados a só dar valor àquilo que pode ser medido por uma análise custo-benefício: eles poderiam sempre alegar que a medida comum de felicidade proposta por eles não é o dinheiro, Mas, na prática, os seus métodos terão essas implicações – pois eles estão comprometidos com a ideia de que, em última análise, não existem valores incomensuráveis. E o fato de a balança pender sempre para as quantificações monetárias, e de outros valores estarem fadados ao dilema que acabamos de descrever, também não são apenas aspectos acidentais da perspectiva utilitarista. Não são acidentais porque, (para começo de conversa) o utilitarismo é o sistema de valor – o que não surpreende – adotado nas sociedades em que os critérios econômicos são preponderantes; e, além disso, no nível teórico, porque a quantificação do dinheiro é a única tradução óbvia do critério utilitarista, que é a comensurabilidade do valor.<sup>20</sup>

## ***2.2 A vida como representação da autonomia do ser***

Outra forma distinta de discutirmos o valor moral da vida é sob a perspectiva kantiana, abordando a moral cognominada deontológica. Kant fundamenta seu conceito de moral em três elementos básicos: a razão, a vontade e a liberdade. Situada no campo da razão prática, a moral se desdobra no reconhecimento

da dualidade intrínseca do ser humano como animal sensível e racional e na conseqüente “(...)passagem do ser humano biológico e sensível para o ser humano racional(...)”<sup>21</sup>.

Para Kant o Homem possui posição de proeminência na natureza em função de sua capacidade de autodeterminar-se segundo a sua própria razão e, por isso, dentre todas as criaturas, é aquela que de fato expressa a verdadeira liberdade. Enquanto os demais seres não racionalizam suas escolhas e, por isso, são escravos de seus apetites sensíveis, o ser humano, embora vivendo entremeado ao mundo sensível e racional, pode experimentar a verdadeira liberdade ao deslindar a lei moral através de sua racionalidade<sup>22</sup>.

Rejeitando qualquer inclinação empirista, Kant alerta-nos que os exemplos são incertos e nem sempre nos conduzem ao princípio moral adequado. Por isso, havemos de construir nosso edifício moral em uma ideia estruturante de leis – ou, em outras palavras, em princípios – que valem por si mesmas, porquanto somente o animal dotado de vontade pode livrar-se das amarras sensitivas externas à razão e guiar-se segundo uma lei que ele mesmo cria e se impõe: a razão prática<sup>23</sup>. A moral deontológica se estrutura na ideia de uma ação que seja necessária por ela mesma e não em virtude de uma inclinação externa, seja ela boa ou má. A vontade humana deve converter-se em princípio objetivo, bom independente da subjetividade do agente, que se representa através de um mandamento da razão cuja imperatividade se expressa por intermédio do verbo *dever (sollen)*<sup>24</sup>. Essa ação se demuda em verdadeiro

imperativo, pois condiciona a intenção do agente a sua substância, reportando-se como necessária para o cumprimento das máximas propositivas que encerra.

As posições imperativas são de duas ordens, o imperativo hipotético, condicionado por intenção externa, de viés heterônomo à vontade do agente, e que, para ser concretizado, indica um caminho tal a ser seguido caso se queira colimar determinado fim. Por exemplo, se quisermos advogar precisamos necessariamente ser formados em direito e passar no exame de ordem. Não há outro meio, pois o fim condiciona a ação do agente que, se o deseja, é aprisionada e gerida por ele, daí se afirmar a sua heteronomia. Há, ainda, o imperativo categórico, representativo de “(...)uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim”<sup>25</sup>. Eis a ação moralmente válida: aquela que é boa em si mesma, independentemente dos fins almejados.

No campo do direito à vida, Kant é, sem dúvida nenhuma, de singular relevância em virtude do delineamento da *dignidade* do ser humano, único por sua capacidade de pensar e, por isso, impossível de ser mensurado por valores.

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade<sup>26</sup>.



A importância do conceito de dignidade da pessoa humana exposto na ética dos deveres de Kant inspirou a constituição dos direitos humanos, como ainda hoje os conhecemos<sup>27</sup>, e repeliu de maneira veemente a ética utilitarista em virtude do princípio segundo o qual não devemos usar outras pessoas como meios para o alcance de nossos objetivos<sup>28</sup>, por mais benéficos ou altruísticos que sejam. A dignidade do ser humano nos leva a preservar a vida de uma pessoa em virtude de sua dignidade ínsita, independentemente de quem ela seja, dos interesses que estejam em jogo, ou das necessidades de quem faz a escolha: a vida deve sempre prevalecer em razão do respeito ao dever de dignificar o semelhante enquanto ser racional e livre que é.

A liberdade apascenta, ainda, o repúdio kantiano à ideia de ética das virtudes, haja vista que, fundamentada na autonomia do ser, é incompatível com a perseguição de valores externos, incertos e escravizadores da vontade humana, tais como a felicidade:

Mas infelizmente o conceito de felicidade é tão indeterminado que, ainda que todo homem a queira alcançar, jamais ele pode dizer ao certo, e de acordo consigo mesmo o que propriamente deseja e quer. A causa disso é que todos os elementos que pertencem ao conceito de felicidade são integralmente empíricos, isto é, têm de ser extraídos na experiência, mesmo que para a ideia de felicidade se exija um todo absoluto, um máximo de bem-estar em meu estado presente e em todo estado futuro<sup>29</sup>.

Entretanto, embora toda essa valorização humanidade seja digna de louvor, a verdade é que a concepção de Kant não se centra especificamente no direito à vida, mas no princípio da liberdade. De fato, para Kant, a única vida que possui dignidade é a humana, pois apenas o Homem possui vontade racional e, assim, é livre para condicionar seus atos além da simples resposta sensitiva. O valor intrínseco da vida é, então, para Kant, uma representação da autonomia do ser humano, ou seja, uma decorrência racional da liberdade que apenas pode se manifestar na espécie que pensa e que pode vislumbrar a lei moral.

Que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão a autonomia, isto é, a propriedade da vontade de ser lei para si mesma? Mas a proposição: 'a vontade é, em todas as ações, uma lei de si mesma' caracteriza tão-somente o princípio de agir segundo nenhuma outra máxima que não aquela que possa ser objeto de si mesma como lei universal. Essa fórmula é precisamente a do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma só e a mesma coisa<sup>30</sup>.

Ao agir dessa maneira, Kant desloca qualquer relevância à vida dos animais irracionais, por exemplo, tendo em conta que são meros objetos a serem manipulados segundo os interesses e necessidades da espécie livre<sup>31</sup>. Não é o objeto deste texto discutir a possível dignidade da vida dos demais seres vivos,

mas é de se destacar que o núcleo da moral kantiana se reflete mais no princípio da liberdade do que no da vida, pois, de uma maneira ou de outra, a vida que mais lhe importa é a livre e racional. A mera proteção absoluta do princípio da liberdade cuja expressão se dê através da racionalidade é fator capaz de fundamentar valor ontológico à vida? Não nos parece provável.

Por demais, Kant considera seu princípio moral absoluto, não comportando exceção. Essa concepção se mostra insuficiente a solver conflitos nos quais duas circunstâncias absolutamente erradas são apresentadas ao agente sem que haja uma terceira opção moralmente aceite<sup>32</sup>. Esse dilema se mostra nítido no exemplo kantiano a respeito da mentira, questionado alhures por Benjamin Constant<sup>33</sup>:

O princípio moral que prescreve ser um dever dizer a verdade, se alguém o tomasse incondicional e isoladamente, tornaria impossível qualquer sociedade. A prova disso, temo-la nas consequências muito imediatas que certo filósofo alemão inferiu desse princípio, chegando a ponto de afirmar que a mentira dita a um assassino que nos indagasse se um amigo nosso por ele perseguido não se teria refugiado em nossa casa será um crime. (...) É um dever dizer a verdade. O conceito de dever é inseparável do conceito de direito. Um dever é aquilo que corresponde em um ser aos direitos dos outros. Por conseguinte, dizer a verdade é um dever, mas somente com relação àqueles que possuem um direito à veracidade. Contudo, nenhum homem tem direito à verdade que prejudica os demais.

A resposta de Kant segundo o qual “A veracidade nas declarações que não se pode evitar é um dever do homem relativamente a qualquer outro, por maior que seja o prejuízo daí decorrente para ele ou para outra pessoa”<sup>34</sup> não se mostra convincente nas duas instâncias incondicionais de seu imperativo categórico: a uma, porque não pode ser universalizada sem que implicasse um desconcertante desprezo pela vítima: a duas, decerto que “mentir para impedir um assassino de matar implicaria tratar a vítima como um fim, ajudando-a, enquanto que informá-lo do paradeiro dela implicaria a indiferença, que não trata as pessoas como fins”<sup>35</sup>.

O direito à vida supõe questões conflitantes, tal como o exemplo acima da mentira e, destarte, não pode ser completa e corretamente desvelado apenas com o conceito moral kantiano. A indagação acerca do acerto e da justiça em optar ou não pela vida do feto portador de anencefalia, *v.g.*, é um caso no qual a moral deontológica pode levar-nos a soluções estranhas àquilo que reconhecemos como moralidade, chocando-se com princípios universais que deveria proteger. Para não nos estendermos tanto nessa questão, basta que pensemos que, destituído da capacidade de raciocínio, não há como reconhecer a lei moral e, portanto, não há liberdade e condição humana, então, e somente por isso, a resposta é bastante fácil...

Mas, sem adentrarmos na discussão se é ou não o caso de aborto, será essa a concepção que melhor explica o valor intrínseco da vida humana? A dignidade da vida está apenas na sua liberdade? A resposta não

parece ser tão singela, embora a dignidade da pessoa em Kant tenha cumprido seu papel e ainda exerça grande influência nos debates éticos devemos ir além, pois seus pressupostos não são capazes de sustentar todo o valor concreto da vida.

### **2.3 O direito à vida como virtude social**

O direito à vida como virtude social explora o arquétipo grego de ética como uma construção do caráter do ser humano essencial ao convívio em comunidade. A ética grega se assenta no primado da virtude como caminho efetivo para atingir a verdadeira finalidade da espécie humana: a felicidade.

Consideremos primeiro que, embora Sócrates e Platão tenham trabalhado preceitos morais em seus discursos, é em Aristóteles que concebemos uma teoria ética essencialmente fundamentada e sistematizada, capaz de plantar suas ideias com maior profundidade e adequação quando o assunto é a verificação de uma hipótese.

Segundo Aristóteles, vivemos em um mundo de fins, onde cada passo, cada investigação e cada ação tende a certa finalidade<sup>36</sup>. Assim também ocorre com a matéria, que tem seu fim específico, e com os seres vivos, que se desenvolvem em razão de suas próprias particularidades, mas naturalmente em busca da perfeição inerente à sua espécie. Na espécie humana, essa perfeição atravessa os estados comuns da atividade biológica, os quais compartilhamos com outros seres vivos, e se fundamenta na razão, característica própria da espécie dominante na Terra<sup>37</sup>.

A ética aristotélica se desenvolve a partir de um *telos* (finalidade), que se consubstanciaria no maior e melhor bem possível a ser seguido pelo Homem: a *eudaimonia* ou felicidade. Essa noção de felicidade se reflete, entretanto, na vida e nas ações praticadas ao longo da vida de um indivíduo e não apenas no estado de espírito ou no contentamento interno que se costuma caracterizar como felicidade<sup>38</sup>. Desta maneira, a virtude não se define apenas na sensação, antes se manifesta na composição do caráter e na habitual condução do agir humano segundo seus preceitos, o que leva a pessoa a compor sua maneira de ser segundo características que são consideradas boas e evitar aquelas que se lhe apresentem negativas.

A estrutura ética teleológica se coloca em quatro eixos<sup>39</sup>: a) imanência: o homem é animal político, social e sociável. A ética emerge, então, de sua própria natureza, ou seja, está biologicamente ligada à espécie humana; b) finalismo: a ética é teleológica, busca a finalidade mais adequada ao desenvolvimento da espécie humana como tal; c) racionalismo: o pensamento e a ação éticos são decorrências únicas da capacidade de raciocínio da espécie humana; d) heteronomia: “A ética vem de fora, vem da natureza; o homem não escolhe nem decide ser ético; ele nasce ético porque, sendo animal inteligente, todos os seus atos são, de algum modo, deliberados, escolhidos e decididos racionalmente”<sup>40</sup>.

A discussão se faz, em suma, a respeito do que é bom e qual seria o caminho e as características dessa benemerência, contrariando, por exemplo, a precedência valorativa das intenções – ou dos motivos

- da ação que ampara a ética deontológica. Com essa tomada de posição, a ética teleológica consegue trazer concretude maior às ações humanas, que não ficam apenas condicionadas pela razão pura do que é o certo.

No pendente à vida, podemos contrastá-la de duas maneiras diferentes, a fim de aferir o valor que lhe é dado conforme uma ou outra das teorias citadas no parágrafo anterior. Isso é possível a partir de uma indagação muito simples: por que devemos preservar a vida de nosso semelhante?

Pelo rompante deontológico, basta que usemos uma das duas proposições kantianas que instrumentalizam o imperativo categórico para considerarmos que essa atitude é racional e criticamente esperada de um ser humano autônomo, isto é, que é livre e respeita a liberdade de seu semelhante. Não podemos universalizar o desprestígio à vida, isso importaria em colocar a nossa própria vida em risco, e nem podemos usar outras pessoas como meio a nossas finalidades, pois, nesse caso, estaríamos colocando preço nas pessoas e, indiretamente, excluindo a nossa dignidade. Bons argumentos! Mas a motivação que se esconde por detrás dessas ações não faz da pessoa um ser humano melhor, não desvenda o intrínseco significado de viver e não considera a importância dos demais seres vivos: não matamos porque isso não é certo, embora queiramos muito matar... Essa máxima é vazia de significado pois nada ensina e, em razão disso, gera um descontentamento na pessoa que nada aprende com o puro formalismo com o qual se depara.

Viver em sociedade é interagir com outros

seres humanos, é compor parcerias, é constituir amizades. Nossa vida social é complexa demais para que deixemos de lado questões importantes como o valor da amizade e o sentimento de amor que nos une às pessoas que amamos, por exemplo. Em casos assim, a imparcialidade pode restar prejudicada, mas a lealdade, outra virtude relevante à ética teleológica, vai emergir com grande força. Ser virtuoso, ou ser ético, é agir por dever, sem emoção, ou é compor o quadro de virtudes de maneira a sopesar o tratamento dado ao nosso semelhante? Ajudar um amigo por dever, e não pelo sentimento que nos une, ao invés de ser uma ação compreendida na sociedade como bela e honrosa é, antes, uma conduta execrada, demonstra a frieza de caráter e o pequeno desenvolvimento da pessoa como ser humano<sup>41</sup>.

Teorias calcadas apenas no dever, destituídas da preocupação de tratar a relação entre as motivações da conduta moral e mesmo a satisfação pessoal do agente, padecem de dois males<sup>42</sup>:

O primeiro é que mesmo aqui ainda há um problema de harmonia. Que tipo de vida teria as pessoas que cumprem seus deveres, mas nunca ou raramente gostariam de cumpri-los? Segundo, dever, obrigação, retidão são apenas uma parte – na verdade, apenas uma pequena parte, uma árida e pequeníssima parte – da Ética.

O direito a vida pode ser objeto de preservação e respeito apenas pelo dever que devemos ter de



respeitá-lo? Embora esse dever surja como necessário à convivência harmônica entre pessoas diferentes, a realidade é que ele é incapaz de apascentar os ânimos ou, em outras palavras, de corrigir, ensinando às pessoas a virtude que está por trás de seus atos; omite o valor que se agrega ao desenvolvimento e engrandecimento pessoal quando a proteção à vida se dá em conformidade a nossa razão, e não apenas como obrigação que deve ser cegamente cumprida.

Finalmente, um aspecto relevante da teoria ética grega está na consonância entre os diversos elementos que compõem o caráter bom de uma pessoa. Isso equivale a dizer que um homem justo não se prende apenas à honestidade ou à justiça, por exemplo, mas deve, igualmente, saber combinar essas e outras características de bom caráter a fim de obter um equilíbrio dosimétrico entre elas. Além disso, o caminho da virtude esquadrinha o meio termo, isto é, o ponto de equilíbrio entre as ações passíveis de ser objeto de escolha pelo agente e o necessário controle de suas paixões e ações espúrias, impossíveis de serem tomadas pelo meio-termo<sup>43</sup>.

A virtude é, então, uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática.

## Conclusão

A análise das diversas teorias morais, somada aos medos e percalços que a humanidade enfrentou desde a antiguidade até os dias atuais, nos faz realmente balançar diante da tentativa de composição de uma ordem social com base no primado da justiça e da ética teleológica. Atribuir finalidades importa em acreditar que cada coisa e cada pessoa possui um fim preestabelecido na comunidade política e isso sugere, invariavelmente, a perda da autonomia individual de escolha – da liberdade individual – em prol da realocação de valores que podem não ser queridos ou admitidos por todos<sup>44</sup>. A liberdade é, sem dúvida nenhuma, uma conquista de grande valor à humanidade. Torna-se, portanto, muito difícil dispor de nossa autonomia de escolha, da liberdade de escolher o caminho que mais nos apetece, em benefício da distribuição da justiça e da promoção de um modo de vida mais engajado com o ponto de vista cívico. Essas considerações sempre difundem o temor de vermo-nos apanhados por idealismos totalitários, perda de liberdade e imposição de condutas.

Contudo, tomando por base o fato de que vivemos em sociedade e dependemos da colaboração mútua para vencer os obstáculos do dia-a-dia, de que tendemos mais à coletividade do que à solidão, dentre outros tantos motivos, havemos de considerar a liberdade uma virtude e um valor que deve ser contrabalanceado com outros axiomas para que a constituição final de nosso caráter reste escorregia e completa, e não insidiosa e parcial.

O tema é bastante delicado, mas, para o assombro dos liberais, é possível asseverar que a liberdade em demasia pode ser prejudicial, pois avança contra o respeito, contra a disciplina, contra o aprendizado, contra a paciência, enfim, igualmente é uma característica que, como todas as outras, pode ser dosada na medida certa para que não seja prejudicial à pessoa. Isso não determina a perda das garantias de liberdade que o indivíduo conquistou ao longo dos anos e das revoluções. Entretanto, autoriza a discussão de questões morais pela ciência política e a legítima introdução de matérias de cunho ético nas normas jurídicas.

Essa consciência ética somente pode ser dada e desenvolvida no seio da comunidade, uma vez que é na vida social que podemos aprender e desenvolver a totalidade das virtudes que são necessárias para a integral composição do caráter humano. A política tem, assim, para Aristóteles, singular importância por permitir a criação de sistemas jurídicos voltados para essa justiça teleológica que permitam aos cidadãos participar de suas instituições de acordo com suas intenções e capacidades e que, acima de tudo, se preocupe em “(...) formar bons cidadãos e cultivar o bom caráter”<sup>45</sup>. Segundo esse primado, as outras duas teorias reportadas falham. Uma por importar na desconsideração de uma minoria dos benefícios da justiça e do direito; a outra, por importar-se apenas com a forma, ou a fórmula, sem preocupar-se com o conteúdo que sua argumentação deve conter para bem desenvolver o espírito individual e coletivo das pessoas.

A tentativa de dissociar os argumentos de justiça e direitos dos argumentos da vida boa é equivocada por duas razões: primeiro porque nem sempre é possível decidir questões sobre justiça e direitos sem resolver importantes questões morais; segundo porque, mesmo quando isso é possível, pode não ser desejável<sup>46</sup>.

Em conclusão, podemos dizer que o percurso ético ora trilhado nos fornece os caminhos e as discussões que devem ser enfrentados para a construção de uma teoria moral adequada ao desenvolvimento pleno do ser. A ética aristotélica provém-nos interessante ponto de partida, já que engaja as pessoas na preocupação cívica e no desenvolvimento de suas virtudes pessoais e coletivas, mas ainda precisa ser moldada e devidamente colmatada às nossas necessidades, e às dificuldades e temores de nosso tempo. O direito à vida, portanto, é mais bem relatado, compreendido e protegido dentro de um contexto moral preocupado com a formação de pessoas boas, integradas à comunidade, que veem no direito um instrumento importante de promoção da Justiça.

## Notas

- <sup>1</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1188545-iraniana-deformada-ganha-na-justica-direito-de-cegar-agressor.shtml>>. Acesso em: 27 nov.2012.
- <sup>2</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, pp. 63-64.
- <sup>3</sup> *Ibid.*, p. 66.

- <sup>4</sup> Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1188545-irania-deformada-ganha-na-justica-direito-de-cegar-agressor.shtml>>. Acesso em: 27 nov.2012.
- <sup>5</sup> CICCIO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.
- <sup>6</sup> FERNANDES, Fátima Regina. A recepção do direito romano no ocidente europeu medieval: Portugal, um caso de afirmação régia. **História: questões e debates**, n. 41, p. 73-83, Curitiba: UFPR, 2004, pp. 73-74.
- <sup>7</sup> PLATÃO. **A república**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 38.
- <sup>8</sup> Ibid., pp. 65-67.
- <sup>9</sup> CHÂTELET, Francois; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro: Jorhe Zahar, 2000, p. 14.
- <sup>10</sup> ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007a, pp. 53 e 56.
- <sup>11</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 47-48.
- <sup>12</sup> ARISTÓTELES, 2007a, p. 57.
- <sup>13</sup> KELSEN, 1999, p. 47.
- <sup>14</sup> ARISTÓTELES, 2007a, p. 56.
- <sup>15</sup> Cfr. WILLIAMS, Bernard. **Moral: uma introdução à ética**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 137-138.
- <sup>16</sup> **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: 2000, p. 14.
- <sup>17</sup> **Odisseia: texto integral**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 190.
- <sup>18</sup> Cfr. RACHELS, James. **Os elementos da filosofia da moral**. 4. ed. Barueri: Manole, 2006, pp. 107-110.
- <sup>19</sup> Ibid., p. 111.
- <sup>20</sup> WILLIAMS, 2005, pp. 149-150.
- <sup>21</sup> PEGORARO, Olinto. **Ética dos maiores mestres através da história**. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 104.
- <sup>22</sup> Cfr. SMITH, Paul. **Filosofia moral e política: principais questões, conceitos e teorias**. São Paulo: Madras, 2009, p.194.
- <sup>23</sup> Cfr. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 43.
- <sup>24</sup> Ibid., p. 44.
- <sup>25</sup> Ibid., p. 45.
- <sup>26</sup> Ibid. p. 65.
- <sup>27</sup> Cfr. SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 137.

- <sup>28</sup> KANT, 2005, p. 59. Note que Kant formula uma segunda manifestação do imperativo categórico, assim exposto: “*age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*” (grifos do autor).
- <sup>29</sup> Ibid., p. 48.
- <sup>30</sup> KANT, 2005, pp. 79-80.
- <sup>31</sup> Cfr. RACHELS, 2006, p. 131.
- <sup>32</sup> Ibid., p. 128.
- <sup>33</sup> *Apud* Kant, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade. In: **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 123.
- <sup>34</sup> Ibid., p. 124.
- <sup>35</sup> Cfr. SMITH, 2009, pp. 198-199.
- <sup>36</sup> Cfr. ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007b, p. 17.
- <sup>37</sup> Ibid., p. 27.
- <sup>38</sup> MARQUES, Ramiro. **Ética da virtude e o desenvolvimento moral do aluno**. Disponível em: <[http://www.eses.pt/usr/ramiro/docs/etica\\_pratica/e\\_book\\_nov\\_ed\\_car/CAP%2022%20Teoria%20%C3%A9tica%20da%20virtude.pdf](http://www.eses.pt/usr/ramiro/docs/etica_pratica/e_book_nov_ed_car/CAP%2022%20Teoria%20%C3%A9tica%20da%20virtude.pdf)>. Acesso em: 08 dez. 2012, p. 5.
- <sup>39</sup> Cfr. PEGORARO, 2006, pp. 36-37.
- <sup>40</sup> Ibid., p. 37.
- <sup>41</sup> Cfr. STOCKER, Michael The schizophrenia of modern ethical theories. **The Journal of Philosophy**, v. 73, n. 14, **On Motives and Morals**, ago. 1976), pp. 453-466. Disponível em: <<http://www.tc.umn.edu/~ston0235/3311/stocker.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012, p. 462.
- <sup>42</sup> Ibid., p. 455. Tradução livre do autor de: “*The first is that even here there is still a question of harmony. What sort of life would people have who did their duties but never or rarely wanted to? Second, duty, obligation, and rightness are only one part-indeed, only a small part, a dry and minimal part-of ethics*”.
- <sup>43</sup> ARISTÓTELES, 2007, p. 49.
- <sup>44</sup> SANDEL, 2011, p. 239.
- <sup>45</sup> Ibid., p. 240.
- <sup>46</sup> Ibid. p. 312.

## Referências

- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007a.
- \_\_\_\_\_. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007b.
- BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: 2000.
- CHÂTELET, Francois; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro: Jorhe Zahar, 2000.
- CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CONSTANT, Benjamin. A França no ano de 1797: das reações políticas, *apud* Kant, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade. In: **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- FERNANDES, Fátima Regina. A recepção do direito romano no ocidente europeu medieval: Portugal, um caso de afirmação régia. **História: questões e debates**, n. 41, p. 73-83, Curitiba: UFPR, 2004.
- FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1188545-iraniana-deformada-ganha-na-justica-direito-de-cegar-agressor.shtm> >. Acesso em: 27 nov. 2012.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- HOMERO. **Odisseia**: texto integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MARQUES, Ramiro. **Ética da virtude e o desenvolvimento moral do aluno**. Disponível em: <[http://www.eses.pt/usr/ramiro/docs/etica\\_pratica/e\\_book\\_nov\\_ed\\_car/CAP%2022%20Teoria%20%C3%A9tica%20da%20virtude.pdf](http://www.eses.pt/usr/ramiro/docs/etica_pratica/e_book_nov_ed_car/CAP%2022%20Teoria%20%C3%A9tica%20da%20virtude.pdf)>. Acesso em: 08 dez. 2012.
- PEGORARO, Olinto. **Ética dos maiores mestres através da história**. Petrópolis: Vozes, 2006.
- PLATÃO. **A república**. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- RACHELS, James. **Os elementos da filosofia da moral**. 4. ed. Barueri: Manole, 2006.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

- SMITH, Paul. **Filosofia moral e política**: principais questões, conceitos e teorias. São Paulo: Madras, 2009.
- STOCKER, Michael The schizophrenia of modern ethical theories. **The Journal of Philosophy**, v. 73, n. 14, **On Motives and Morals**, ago. 1976), pp. 453-466. Disponível em: <<http://www.tc.umn.edu/~s-ton0235/3311/stocker.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- WILLIAMS, Bernard. **Moral**: uma introdução à ética. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



# A Valorização do Trabalho Humano por meio da Negociação Coletiva

## *The Appreciation of the Human Work through Collective Negotiation*

Artigo recebido em 10/09/2013.

Revisado em 17/10/2013.

Aceito para publicação em 12/10/2013.

### **José Antonio Miguel**

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Arthur Thomas de Londrina. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: jantoniomiguel@uol.com.br

## Resumo

Considerando o sistema capitalista adotado pelo Estado Brasileiro, a própria Constituição Federal, em todo o seu conteúdo, cuida de limitar a atuação da livre iniciativa, estabelecendo regras para o seu desenvolvimento. Ao tratar da ordem econômica, a Constituição estabelece princípios a serem seguidos, e estabelece desde o início que ela é fundada na valorização do trabalho humano. Ao estabelecer normas mínimas nas relações de trabalho, e ao garantir, como direito fundamental coletivo, a existência da negociação coletiva, o Estado possibilita a melhora da condição de vida e de trabalho através desse mecanismo de solução de conflitos. Assim, analisar-se-á a negociação coletiva como instrumento de valorização do trabalho humano, dentro do nosso sistema jurídico, bem como analisará se a negociação coletiva cumpre a sua função social, na perspectiva do princípio da valorização do trabalho humano.

## Palavras-chave

Valorização do Trabalho Humano; negociação Coletiva.

## Abstract

Considering the capitalist system adopted by the Brazilian Government, the Federal Constitution itself, in

its entirety, it concerns to limit the role of free enterprise, establishing rules for its development. Discussing its economic side, the Constitution establishes principles to be followed, and since the beginning establishes that it is founded on the appreciation of human labor. Upon establishing minimum standards in labor relations, and ensuring, as a fundamental collective right, the existence of collective negotiation, the State enables the improvement of living and working conditions through such mechanism of conflict resolution. Thus, it will analyze the collective negotiation as means of valuing human labor within our legal system as well as analyzing whether collective negotiation accomplishes its social function, under the perspective of the principle of human labor valorization.

## **Keywords**

Appreciation of the Human Work; through Collective Negotiation.

## **Sumário**

Introdução. 1. O Trabalho Humano e sua Regulamentação. 2. A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988 e a Valorização do Trabalho Humano. 3. A Negociação Coletiva como meio de Valorização do Trabalho Humano. Conclusão. Nota. Referências.

## Introdução

O Estado brasileiro adotou o sistema capitalista, todavia com limitações. As limitações impostas estão na Constituição Federal, que, embora se preocupe com os direitos individuais, tais como a liberdade, igualdade, propriedade, também se preocupou com os direitos sociais.

A opção pelo sistema capitalista é externada, entre outros dispositivos, quando a Constituição Federal trata, em seu Título VII, da Ordem Econômica e Financeira. As limitações trazidas ao sistema adotado estão nos princípios positivados no caput e nos incisos do art. 170 da Carta Magna.

Como se verifica, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, que tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. A própria Constituição trata de outros mecanismos que visem à valorização do trabalho, inclusive quando garante direitos a todos os trabalhadores.

A previsão constitucional, todavia, não se limita a valorizar o trabalho humano com os direitos positivados no seu corpo ou em legislação infraconstitucional. O ordenamento jurídico traz também a previsão de que os direitos dos trabalhadores podem ser objeto de negociação coletiva, que gera instrumentos coletivos, que são verdadeiras normas jurídicas, provenientes da autonomia privada coletiva, que regem o contrato individual de trabalho.

A negociação coletiva, verdadeiro direito funda-

mental do trabalho, é mecanismo no qual as partes envolvidas em um conflito coletivo de trabalho chegam a um consenso sobre as condições de trabalho a serem observadas por determinada categoria econômica e profissional.

Todavia, nossa constituição já garante direitos mínimos aos trabalhadores que devem ser respeitados.

A negociação coletiva, assim, deve ser instrumento de fortalecimento desses direitos, posto que, quando simplesmente reproduz os direitos já positivados no ordenamento jurídico, deixa de cumprir sua função social.

Portanto, o presente trabalho analisará o instituto da negociação coletiva, sob o enfoque de ser ela um dos mecanismos, previstos na própria ordem constitucional, que possibilitem a efetividade da valorização do trabalho humano. Não reprodutora ou supressora de direitos já garantidos, mas sim meio efetivo de melhora nas condições de trabalho e salário, e por consequência, o que gera a respectiva valorização.

## **1. O Trabalho Humano e sua Regulamentação**

O ser humano se diferencia das demais espécies pela sua capacidade de se autocompreender enquanto indivíduo e também pela sua capacidade de modificar o ambiente em que vive para melhor se adaptar e assim se perpetuar enquanto espécie. Dessa forma, no decorrer da história, o ser humano sempre necessitou trabalhar, todavia, essa necessidade, foi compreendida de maneiras diferentes na história.

Até a Revolução Industrial, no século XVIII, o trabalho humano foi encarado de diversas formas, e até então não se pode falar em Direito do Trabalho. O ato de trabalhar, de maneiras distintas, era destinado aos escravos, considerados objetos de seus senhores.

A ideia da dominação humana, como direito divino ou legitimado pela força, sofreu forte abalo com a Independência dos Estados Unidos da América e, logo a seguir, com a Revolução Francesa. As duas influenciaram decisivamente o pensamento daquela geração, fazendo com que se guilhotinassem a afirmação de que determinadas pessoas, aquinhoadas com títulos de nobreza e privilegiadas pelo atributo genético do sangue azul, tinham o legítimo direito de se apropriar dos sonhos e dos destinos das pessoas nascidas sob os seus respectivos domínios patrimoniais. Os dogmas excludentes, absolutistas e hierarquizados passavam a ser contestados por expressões como liberdade, igualdade e fraternidade. Nos EUA se estabeleceu o conceito de democracia representativa, não mais se falando em hereditariedade no comando do poder político. Na França, o poder popular, mostrando-se vanguardista e revolucionário, ousou condenar à morte a nobreza e o clero que justificavam a dominação (BRITTO, 2012).

Como dito, foi após a Revolução Industrial, que se cria a ideia de normas com conteúdo de proteção aos trabalhadores, como consequência das mudanças

sociais, econômicas, e também nas relações de trabalho.

O conceito de trabalhador enquanto sujeito de direito se torna mais consensual a partir de outra movimentação social, mais notadamente com o advento da Revolução Industrial. Tornou-se hegemônica a afirmação de que o Direito do Trabalho nasceu com o surgimento das máquinas, das suas indústrias e a da massificação da mão de obra que se aglutinava em torno do novo método de produção de riquezas. O século XIX é marcado, pela primeira vez, pela necessidade de se criar uma efetiva legislação que regulamentasse esse novo fenômeno que surgia como moderna forma de exercício de poder político e econômico. Neste clima de efervescência social e consolidação de riquezas, um novo Direito do Trabalho começou a ser teorizado, fazendo com que a luta pelo Direito ao Trabalho com princípio fundamental também provocasse o surgimento do Direito Coletivo do Trabalho. Em 1824 surgiu na Inglaterra uma lei reconhecendo a existência dos sindicatos. Na França, em 1864, editou-se diploma referente ao direito de greve. Na Itália, em 1883, aprovou-se norma legal concernente aos acidentes do trabalho, enquanto que, na Alemanha, em 1884, também foi aprovada lei referente aos acidentes de trabalho (BRITTO, 2012).

Era no cenário de liberalismo econômico e social, fundado no Estado liberal, que se verifica a diferença discrepante entre o trabalhador e o

empregador. Quer seja, a diferença econômica entre as partes, faz com que o Estado regulamente a relação de trabalho, fixando normas mínimas de proteção, que deviam ser respeitadas pelos que empregavam. Essa regulamentação por parte do Estado foi fundamentada pelos estudos de Marx, surgido nesse embate ideológico surgido nesse contexto.

Não é apenas a atribuição de um valor econômico pelo trabalho prestado (isto o direito civil pode fazer e faz). O direito do trabalho procura impor ao sistema capitalista um retorno de cunho social, transformando a solidariedade em um valor jurídico. Ao mesmo tempo em que organiza o sistema de produção capitalista, viabilizando-o, o direito do trabalho busca humanizar o sistema, estabelecendo as bases de uma almejada justiça social. O direito do trabalho, também, em certa medida, limita a própria vontade do trabalhador, coibindo-lhe a venda da força de trabalho em quaisquer padrões socioeconômicos. Por isto, o direito do trabalho é um direito social e sua inserção na realidade é uma questão de ordem pública (MAIOR, 2007, p. 56).

Assim, delimitados os parâmetros sobre a necessidade de regulamentação pelo Estado da relação de trabalho, considerando a hipossuficiência do trabalhador nessa relação, é necessário que se estabeleça qual o valor que o Estado dá ao trabalho humano.



## 2. A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988 e a Valorização do Trabalho Humano

Já no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 se verifica que o Estado brasileiro fez a clara opção pelo sistema econômico capitalista, onde um dos fundamentos é o valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), tendo como um dos objetivos garantir o desenvolvimento nacional.

Uma observação genérica sobre a disciplina jurídica da ordem econômica no Texto Constitucional aponta para os seguintes fatos. Em primeiro lugar, há uma definição muito clara dos princípios fundamentais que a regem, quais sejam liberdade de iniciativa, propriedade privada, regime de mercado etc. Existe, portanto, uma intenção bastante nítida, de limitar a presença econômica do Estado (BASTOS, 2004, p. 112).

Embora o haja nítida opção pelo sistema capitalista, a Constituição Federal, ao regulamentar a atuação da ordem econômica, impõe limites à sua atuação. Dispõe o art. 170 da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função

social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; X - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Nesse sentido, a Constituição brasileira, no art. 170, estabeleceu os fundamentos da ordem econômica, assim como os princípios gerais da atividade econômica, princípios estes que servem de limites à livre iniciativa e, portanto, ao próprio mercado, possibilitando, todavia, que ele se desenvolva, levando em conta os ditames estabelecidos pela própria Constituição, observados, em especial, os princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social (OLIVEIRA, 2007, p. 145).

Além daqueles princípios fundamentais - livre iniciativa e valor social da iniciativa humana - enumerados em seu caput, o art. 170 das Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar

a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios (TAVARES, 2003, p. 134).

Assim, a Constituição Federal, embora tenha clara opção pelo sistema capitalista, tomou nítida opção pelos direitos sociais, intervindo na ordem econômica, em detrimento do Estado liberal, primando pelos princípios elencados nos incisos do art. 170 da Constituição Federal.

A valorização do trabalho foi amparada pela Constituição no seu preâmbulo, na demarcação dos princípios fundamentais da República Federativa do

Brasil da própria Constituição (Título I), aos Direitos Sociais elencados nos artigos 6º e 7º, concretizando-se, por fim, e Ordem Econômica e Financeira (Título VII), com seus “Princípios Gerais da Atividade Econômica” (art. 170), ao lado da “Ordem Social” (Título VIII) e sua “Disposição Geral” (DELGADO, 2006).

O valor social do trabalho é uma exigência nas relações sociais, devendo servir para humanizar a relação entre as pessoas na sociedade, e também serve para ofuscar o fato de que o trabalho dificilmente proporcionará a verdadeira realização do homem inserido na sociedade capitalista (MORAES, 2008, p. 14).

O trabalho humano não deve ser visto apenas como um fator de produção, um mecanismo que serve apenas para produzir riqueza, que dificilmente ele terá acesso, diga-se de passagem. Ele está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, por isso não deve ser analisado somente sob a ótica material, mas, sobretudo, deve estar em pauta o seu caráter humanitário. Não é o homem que deve servir à Economia, e sim a Economia que deve servir ao bem estar do homem em sociedade (*Idem*).

Delgado (2006) explica ainda que o emprego, regulado e protegido por normas jurídicas é o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, e lhe propicia consistente afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética. Não é único veículo de afirmação econômico-social da pessoa física prestadora de

serviço, uma vez que o trabalho autônomo também tem esse caráter. Mas, sem dúvida, trata-se do principal e mais abrangente veículo de afirmação socioeconômica da ampla maioria das pessoas humanas na desigual sociedade capitalista.

Essa proteção é dada pelo Estado através de normas jurídicas.

Necessário, todavia, que se destaque que o Estado cria norma jurídicas trabalhistas, havendo, entretanto, o direito trabalhista não estatal, sendo, pois, a negociação coletiva a principal fonte de normas jurídicas não estatais (NASCIMENTO, 2007, p. 479).

### **3. A Negociação Coletiva como meio de Valorização do Trabalho Humano**

Historicamente, segundo Cruz (2009, p. 7), o século XIX testemunhou um período sem igual na exploração do homem pelo homem, apesar do notável progresso tecnológico experimentado pela segunda Revolução Industrial, pois nunca se viu tamanha concentração de capital na mão de tão poucos.

Não é segredo que o Direito do Trabalho surge com lutas sociais, mormente no que diz respeito à busca de melhores condições de trabalho e conseqüentemente como meio de inclusão social da parte mais fraca nessa relação.

As condições de trabalho sempre foram ditadas imperiosamente pelos detentores da riqueza social. O regime inaugurado pelo liberalismo assentava

teoricamente no princípio da liberdade de contratar. Incumbiram-se os fatos de demonstrar que, no contrato de trabalho, um dos contratantes – o trabalhador – vivendo, por força da entrosagem econômica, em um verdadeiro estado de menoridade social, não tinha liberdade de discutir as condições de trabalho, submetendo-se, sempre, às imposições patronais. (GOMES *apud* SANTOS, p. 101/102).

Inicialmente, a negociação coletiva era proibida pelo Estado, de maneira geral, em decorrência do pensamento liberal vigente no século XIX, donde as normas deveriam vir somente do ente estatal. Posteriormente, a negociação coletiva passou a ser tolerada, contudo não poderia ser a ela atribuída qualquer valor jurídico. E, por fim, a negociação coletiva passou a ser reconhecida (BATALHA, 2010, p. 48 e 49).

O Estado, desejando estruturar melhor essa nova nação, e já antecipando formas de solução para os conflitos que necessariamente surgiriam, bem como visando acabar com a viciada ordem liberal oligárquica hegemônica até então existente, instituiu-se um modelo que, em substituição ao de representação de interesses de apenas pequena parcela da população, seria técnico, em que empregados e empregadores, organizados em suas respectivas categorias e atendendo ao bem do Estado nacional, defenderiam seus interesses com vistas na harmonia (HINIZ, 2005, p. 4).

Essas normas, produzidas de forma autônoma, cujo instrumento característico é o convênio ou con-

venção coletiva de trabalho, inserem-se no domínio do regime das relações individuais de trabalho passando aí a ombrear-se com aquelas de origem heterônoma que o Estado emite, especialmente sob a forma de lei (LIMA FILHO, 2005).

Na atualidade, a greve e a negociação coletiva são as duas faces do conflito social democrático (SANTOS, 2006, p. 286).

A relevância social do conflito coletivo é bastante significativa, na medida em que ele é da essência das relações laborais, pois a negociação coletiva que tem no conflito latente ou ostensivo a sua causa é não apenas uma técnica de produção de normas, mas ao mesmo tempo, um método de superação de conflitos atuais ou potenciais envolvendo, assim, um processo jurídico e uma dinâmica social. Por isso, pode-se afirmar que a realidade dos conflitos impele o convênio coletivo ou a convenção coletiva para o elenco das fontes de Direito (LIMA FILHO, 2005).

Hiniz (2005, p.86) conceitua a negociação coletiva como sendo um processo cuja finalidade é, por meio de concessões recíprocas entre os representantes do capital e do trabalho, a celebração de acordos ou convenções coletivos de trabalho. E continua:

O Direito Estatal embobia-se do Direito de Grupos Sociais, levando ao conjunto societário o padrão mais avançado e moderno de gestão trabalhista.

(...)

Nesse quadro, a legislação heterônoma surge como um produto social que se adiciona à atuação coletiva obreira, afirmadora do padrão democrático de gestão trabalhista alcançando nos setores mais avançados da economia (*Ibid.*).

As normas produzidas de forma autônoma, cujo instrumento característico é o acordo ou convenção coletiva de trabalho, inserem-se e interferem nas relações individuais de trabalho, passando aí a ser modelo daquelas de origem heterônoma que o Estado emite, especialmente sob a forma de lei (LIMA FILHO, 2005).

É, pois, a negociação coletiva, um dos mais importantes métodos de solução de conflitos existentes na sociedade contemporânea, e sua importância transcende o Direito do Trabalho (DELGADO, p. 1275 e 1277), posto que é meio estratégico capaz de realizar ações afirmativas em favor dos mais fracos. É um importante instrumento para a promoção da igualdade de oportunidades no trabalho (ABRAMO, 2005, p. 50).

A maior relevância do processo de negociação coletiva é que, uma vez levado a bom termo, permite sejam levadas em consideração as peculiaridades das relações havidas entre o capital e o trabalho, entre os empregadores e seus empregados. Diferentemente do processo legislativo, em que terceiros, estranhos à relação laboral, elaboram normas, no processo negocial



cada parte tem a oportunidade de expor suas necessidades e possibilidades para, nos limites que esses próprios atores julgarem plausíveis, chegarem a um consenso que a ambos agrade. (HINIZ, 2005, p.86).

Nascimento (2009, p.438) diz que a Organização Internacional do Trabalho, através das Convenções 98 e 154, estabelece que a negociação coletiva é geradora de instrumentos coletivos de trabalho (acordos e convenções), que cumprem efetivamente uma função econômica e social, como meio de distribuição de riquezas numa economia crescente ou um meio de concessões sindicais, numa época de crise. Quanto à sua função social, dá garantia de participação dos trabalhadores no processo de decisão empresarial sobre o interesse que dizem respeito aos assalariados.

La protección de los actores estructuralmente más débiles del mercado de trabajo tiene muchos componentes. Bajo el concepto diferente, pero similar, de la seguridad económica, la OIT (2004) ha identificado siete componentes de relevancia:

- la seguridad de los ingresos, que se refiere al nivel y los mecanismos de pago de los ingresos laborales y los apoyos financieros que se perciben al perder un empleo;
- la seguridad del mercado de trabajo, que se refiere a los niveles de ocupación que deberían aspirar a alcanzar el pleno empleo;
- la seguridad del empleo, que consiste en empleos permanentes, protegidos y de tiempo completo;
- la

seguridad del trabajo, que se refiere a los estándares de salud y protección en el puesto de trabajo, necesarios para evitar enfermedades y accidentes laborales; · la seguridad de las capacidades, que se refiere a la posibilidad de adquirir conocimientos y habilidades y poder aplicarlos en el trabajo; · la seguridad del puesto de trabajo, que se refiere a la opción de desarrollar trayectorias laborales ascendentes, y · la seguridad de la representación, que se refiere a los niveles de organización y negociación colectiva (BÁRCENA e PRADO, 2010, p. 175).

A nova ordem econômica mundial, no que concerne à globalização, cada vez mais impõe a possibilidade de flexibilização das normas trabalhistas, sendo, pois, a negociação coletiva meio pelo qual se verificaria, na legislação atual, a possibilidade de negociação dos direitos já garantidos na ordem jurídica proveniente do Estado.

Se antigamente a vida de trabalho das pessoas era dominada pelo emprego garantido por apenas um empregador ao longo de muitas décadas - o conhecido modelo do “emprego para a vida inteira” -, hoje, um número maior de indivíduos traça sua própria carreira, perseguindo metas individuais e exercendo a escolha para sua realização. Muitas vezes, isso envolve trocar de emprego várias vezes durante a carreira, constituindo novas capacidades e habilidades e transferindo-as aos diversos contextos de trabalho. Os modelos

tradicionais de trabalho em tempo integral estão se transformando em formas mais flexíveis: trabalho em casa auxiliado por tecnologia de informação, trabalho em equipe, projetos de consultoria de curta duração, horário flexível de trabalho e assim por diante (BORBA *apud* GIDDENS, 2005, p.70).

A Constituição Federal tratou a negociação coletiva no art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI; art. 8º, inciso VI; e art. 114, §§ 1º e 2º.

A elocução constitucional transcende, em muito, à forma de exteriorização do pactuado. Contém, na verdade, o reconhecimento estatal do poder inerente às pessoas e, pois, aos grupos por elas organizados de autoconduzirem-se, -decidirem sobre o ordenamento de condições de trabalho, de protagonizarem a autocomposição de seus interesses coletivos, solverem suas desinteligências fora do Estado, pela via do entendimento direto, valendo, o que restar pactuado, como lei entre as partes e cada um dos membros representados, se inexistir malferimento a norma de ordem pública estatal (TEIXEIRA FILHO, 2005, p. 1190/1191).

Todavia, além da função normativa das Convenções e Acordos Coletivos de trabalho, obtidas através da negociação coletiva, é preciso que se destaque a necessidade de se buscar a função social desse instrumento de grande importância dentro do estudo do Direito Laboral.

Nascimento (2010, p. 585) destaca que a

Constituição assegura a plena vigência da negociação coletiva, que representa um direito dos envolvidos no conflito, onde as partes negociam as reivindicações, para se chegar numa solução que atenda os envolvidos, mas também assegurando e criando mecanismos de inclusão social dos trabalhadores, pois é nela onde os empregados poderão pleitear os benefícios almejados.

Esses instrumentos coletivos negociais, conforme Delgado (2010, p.1288), contêm, basicamente, regras jurídicas e cláusulas contratuais, englobando, ao mesmo tempo, dispositivos normativos e dispositivos obrigacionais. Sua importância está na experiência histórica, desde o século XIX, que uma diversificada e atuante dinâmica de negociação coletiva no cenário das relações laborativas sempre influenciou a estruturação democrática do conjunto social (*Ibid.* p. 1277).

Estabelecer uma determinada concepção sobre negociação coletiva em nosso ordenamento jurídico, levando em consideração, para esse fim, diversos aspectos meta jurídicos, de natureza econômica e social, acreditando ser essa a forma possível, no momento, para a preservação ou a criação de empregos, aspecto, da questão, que ultrapassa a análise normativa e por envolver o pleno conhecimento do mercado de trabalho, das suas variações e da melhor forma de incrementar a formação de empregos, pontos que não podem ser enfrentados a não ser a ajuda de outras Ciências, como a Economia, a Administração de Pessoal, as Políticas Estatais de Emprego e outras (NASCIMENTO, 2006)

A importância na efetividade da negociação coletiva como meio de inclusão social pode ser verificada através da nova redação dada à súmula 277 do TST, que estabeleceu que as cláusulas normativas dos acordos e convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho, e somente através delas é que poderão ser modificadas ou suprimidas.

Sum. 277 TST: ONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificados ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Importante frisar que o Direito do Trabalho tem por finalidade precípua a proteção do trabalhador como ser humano e é constituído de preceitos de ordem pública, o que acarreta a limitação da autonomia da vontade das partes pela intervenção estatal, assim, os direitos mínimos não poderão ser afastados por força do contrato de trabalho, principalmente se forem pactuados individualmente. Aos sindicatos, todavia, foi deferida a autonomia privada coletiva, que é a manifestação de vontade de toda uma categoria profissional, cabendo a eles a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria profissional tanto administrativa como judicialmente. (MORAES, 2008, p.61/62).

A negociação coletiva deverá servir para fortalecer os direitos dos trabalhadores junto aos empregadores, e demais Instituições, inclusive contra as investidas do Governo em alterar ou mesmo suprimir direitos laborais. Deve servir para melhorar as condições de trabalho, deixando-as mais humanas, o que pode ser obtido por meio do contato e do debate entre as partes representadas coletivamente (*Ibid.* p 65).

A negociação coletiva é, pois, um direito fundamental do trabalhador, na medida em que deve assegurar a possibilidade de melhoria nas condições de trabalho, e conseqüentemente, melhores condições de vida, e, cumprindo sua função social, possibilita a melhoria da condição social do trabalhador, pois auxilia na melhor distribuição de riquezas, geradas pelo sistema capitalista, que foi adotado pelo Estado.

Todavia, a norma jurídica brasileira impõe limites à negociação coletiva, através dos seus mecanismos de intervenção na ordem econômica, em contraposição aos princípios negociais, como o da autonomia privada coletiva, que é garantida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) na Convenção 154, ratificada pelo Brasil no Decreto 1.256/94. Esses limites estão expressos na própria Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. A própria ordem jurídica se torna um limite negocial, na medida em que não se pode negociar aquilo que já está minimamente garantido, exceto quando a própria Constituição ou a lei autoriza<sup>1</sup>.

O abismo social existente entre empregados e empregadores fez com que a OIT, na respectiva convenção, determinasse que a liberdade sindical e a negociação coletiva são direitos fundamentais do trabalho e essenciais para o exercício da democracia e do diálogo social.

Estabelecer uma determinada concepção sobre negociação coletiva em nosso ordenamento jurídico, levando em consideração, para esse fim, diversos aspectos meta jurídicos, de natureza econômica e social, acreditando ser essa a forma possível, no momento, para a preservação ou a criação de empregos, aspecto, da questão, que ultrapassa a análise normativa e por envolve o pleno conhecimento do mercado de trabalho, das suas variações e da melhor forma de incrementar a formação de empregos, pontos que podem ser enfrentados a não ser a ajuda de outras Ciências, como a Economia, a Administração de Pessoal, as Políticas Estatais de Emprego e outras (NASCIMENTO, 2006).

O principal objetivo da negociação coletiva é buscar melhores condições de trabalho e garantir a manutenção dos empregos. Constitui o melhor instrumento para alcançar um resultado satisfatório frente aos conflitos característicos do sistema adotado pelo Estado, quais sejam, os oriundos das relações entre o capital e o trabalho (GODOY e BARBOSA, 2010).

As soluções obtidas pela negociação coletiva, que

necessariamente gerará instrumentos coletivos, cujas condições serão aplicadas nas relações individuais de trabalho, devem ser em consonância com os princípios informativos trazidos pela própria Constituição Federal. Saliente-se que o viés capitalista não suprime os princípios elencados no art. 170 da Constituição Federal, posto que são norteadores da atividade econômica.

Não se pode negociar o que já está garantido, bem como só é justificável e permitida a supressão de direitos estritamente nas hipóteses previstas no ordenamento jurídico, garantindo-se, assim, que a negociação coletiva efetivamente cumpra o seu papel, e consequentemente resultando na valorização do trabalho humano.

## Conclusão

Uma das limitações impostas ao sistema capitalista de livre iniciativa, que foi adotado pelo Estado Brasileiro na Constituição Federal de 1988 é a adoção, dentre outros, do princípio da valorização do trabalho humano. Ou seja, não se olvida que o referido sistema adotado não pode ser exercido com plena liberdade. O próprio Estado decidiu por restringi-lo, quando da positivação dos princípios a serem observados na condução da ordem econômica.

A valorização do trabalho humano é, pois, além de princípio, fundamento da ordem econômica, e, é valor social, na medida em que o Estado, que busca efetividade dos direitos sociais, deve pacificar eventuais



conflitos sociais, bem como, garantir que o trabalhador tenha a possibilidade de melhoria tanto nas condições de trabalho e de vida.

Dentro do sistema capitalista, é por meio do trabalho, e é preciso que se entenda o trabalho como o trabalho regulado pelo Estado, ou seja, a relação empregatícia, que é onde se consegue inserir o trabalhador na ordem cultural, social, econômica, entre outras, possibilitando-lhe melhoria na sua condição de vida.

Embora o Estado se preocupe em regular os direitos mínimos a serem garantidos aos trabalhadores, a dinâmica social, atualmente influenciada pela globalização, mostram que as referidas normas já não são suficientes a garantir essa efetiva valorização do trabalho, e as partes envolvidas nessa relação são as mais capazes de entender quais as suas necessidades.

A negociação coletiva, que é um direito fundamental, possibilita o exercício da autonomia privada coletiva, sendo, pois, mecanismo previsto no ordenamento jurídico capaz de solucionar eventuais conflitos existentes, bem como deve ser vista como meio de efetivação do princípio da valorização do trabalho.

Não se pode cogitar a possibilidade que a negociação coletiva resulte em instrumentos reprodutores somente das normas já garantidas pelo Estado, e pior, que suprimam direitos. A supressão de direito é exceção, e a garantia de melhoria, a cada negociação, é regra. O resultado da negociação coletiva deve sempre ser a valorização do trabalho humano. Ao contrário, se não se cumpre esse papel, a negociação coletiva se esvazia e não tem fundamento de existência. O referido preceito

deve ser cumprido por ambas as partes envolvidas na relação de emprego.

Assim, a negociação coletiva é meio eficaz para se buscar a valorização do trabalho humano, e com esse princípio está estritamente ligada. A busca pela valorização do trabalho e sua realização deve ser exercida de forma contínua pelas partes negociantes, pois é princípio e fundamento da ordem econômica. Uma negociação que não garanta a melhoria de condições não cumpre o determinado pela Constituição.

## Nota

- <sup>1</sup> Exemplo está no art. 7º, VI da CF que autoriza a redução salarial mediante acordo ou convenção coletiva.

## Referências

- ABRAMO, Laís. **Negociação Coletiva e igualdade de gênero na América Latina**. Brasília: OIT, 2005.
- BÁRCENA, Alícia. PRADO, Antonio (coordenadores). **La hora de la igualdad: brechas por cerrar, caminos por abrir**. Brasília: Naciones Unidas, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004.
- BATALHA, Elton Duarte. **Transformações do Sistema Jurídico Trabalhista: Do Poder Normativa à Negociação Coletiva**. 2010. 174 p. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- BORBA, Julian. **Ciência Política**. Florianópolis: SEaD/UFSC, 2006.
- BRITTO, César. **Aspectos Históricos e Ideológicos na Construção do Direito ao Trabalho**. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/do->

- cuments/1295387/95952ded-9887-453e-a90d-8b1149324146>. Acesso em 22 julho 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na relação de trabalho**. 2007. Disponível em: <[www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/download/40/38](http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/download/40/38)>. Acesso em 22 julho 2013.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- GODOY, Luana Michelle da Silva. BARBOSA, Renato Lima. **Negociação Coletiva: um direito fundamental desvirtuado pelo argumento da globalização econômica**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI: Fortaleza, 2010.
- HINIZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LIMA FILHO, Francisco das C. **Negociação e Conflito: a conformação da autonomia coletiva e a concertação social no modelo espanhol**. Rev. TST, Brasília, vol. 71, nº 3, set/dez 2005.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de Emprego e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- MORAES, Débora Brito. **A Valorização do Trabalho como Condição para a Efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: o papel do Estado na Valorização do Trabalho**. 2008. 119 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília, Marília.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Limites da Negociação Coletiva na Perspectiva do Projeto de Flexibilização da CLT**. 2006. Disponível em <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22970-22972-1-PB.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22970-22972-1-PB.pdf)> . Acesso em 4 mar 2012.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTr, 2004.
- OLIVEIRA, Dinara de Arruda. **Da Ordem Econômica Constitucional à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: um enfoque ao art. 170 da Constituição Federal**. 2007. 223 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília, Marília.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.
- TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho - v. II**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.



**A antropologia na teoria  
do agir comunicativo  
de Jürgen Habermas:  
a pessoa como capaz  
de aprender-agir-e-falar  
no mundo da vida**

*The Anthropology  
in the Theory of Communicative  
Acting by Jürgen Habermas:  
the individual capable  
of learning-acting-speaking  
in the world of life*

Artigo recebido em 11/10/2013.

Revisado em 18/10/2013.

Aceito para publicação em 29/10/2013.

## **José Marcos Miné Vanzella**

Doutor em Filosofia pela Universidade Gama Filho (RJ),  
Professor do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unidade  
Lorena e da Faculdade Dehoniana-SP.  
e-mail: [enimine@gmail.com](mailto:enimine@gmail.com)

## **Lino Rampazzo**

Pós-doutorando em Democracia e Direitos Humanos pela  
Universidade de Coimbra/IUS Gentium Coninbrigae  
Doutor em Teologia pela Pontifícia Università Lateranense  
(Roma)  
Professor e Pesquisador no Programa de Mestrado em Direito do  
Centro Unisal - U.E. de Lorena (SP).

## **Resumo**

O presente ensaio procura abordar a antropologia da “Teoria do agir comunicativo” de Jürgen Habermas e pensar a pessoa como ser capaz de aprender, agir e falar no mundo. Com metodologia reconstrutiva e hermenêutica, retoma seu ponto de partida, na tradição aristotélica e a verifica no pensamento de Habermas a partir da retomada do sentido do “logos” como exteriorização-teórica-prática-estética-terapêutica-explicativa de pessoas capazes de falar, agir e aprender. Mostra que a ampliação da razão implica tanto a descentração de imagens de mundo tradicionais, como a descentração das imagens modernas de mundo, com a ajuda da reflexão das outras culturas. Aborda a dimensão transcendental do “mundo da vida” e a reconstrução do saber pré-teórico de um falante e da identidade pessoal. Apresenta sua constituição formal a partir do saber

cultural, coordenação da ação e socialização, mostrando a interação dialética entre as lógicas: da reprodução tradicional, patológica e comunicativa. Indica a colonização do “mundo da vida” pelos sistemas, a possibilidade de reação das pessoas via opinião pública e direito orientados pelo “logos” comunicativo compreendendo o contexto como constituinte não separável, da pessoa como ser capaz-de-aprender-agir-e-falar-no-mundo.

## **Palavras-chave**

Pessoa; Agir comunicativo; Mundo da vida; Aprender; Hermenêutica.

## **Abstract**

The present study boards the anthropology of the “Theory of Communicative Acting” by Jürgen Habermas seeing a person as capable of learning, acting and speaking in the world. With a hermeneutics and reconstructive methodology, took from the beginning, the Aristotle’s tradition and verifies in the thought of Habermas from the moment of retaking senses in the “logos” as externalization-theoretical-practical-esthetic-therapeutic-explanatory of people capable of speaking, acting and learning. It shows that the amplifying of reason results to a decentralization of a traditional world images and modern images, with reflections on other cultures. It addresses to a

transcendental dimension of the “world of life” and the reconstruction of the pre-theory knowledge of a speaker and his personal identity. It presents its formal constitution from a cultural knowledge, coordination of acting and socialization, showing the dialectical interaction among logics: traditional, pathological and communicative reproduction. Indicates the colonization of the “world of life” by systems, the possibility of people’s reaction through public opinion and rights oriented by a communicative “logos”, comprehending the context as a non-separable constituent, as an individual capable of learning-acting-speaking in the world

## Keywords

Individual; communicative acting; world of life; learn; hermeneutic.

## Sumário

Introdução. 1. Da tradição metafísica ao pensamento pós-metafísico de Habermas. 2. A ampliação da racionalidade a partir do logos de pessoas capazes de falar e agir. 3. Uma visão descentrada das imagens de mundo a partir da razão de pessoas capazes de agir e falar. 4. A pessoa como ser capaz de agir, falar e aprender no mundo da vida. Conclusão. Referências.



## Introdução

Perguntar pela concepção antropológica de Jürgen Habermas na “Teoria do agir comunicativo” remete a uma tarefa que não é das mais fáceis, em função de sua extensão, profundidade e complexidade. Isso acontece porque seu pensamento recebeu influências muito diversas, que vão de Aristóteles aos contemporâneos. Embora o homem possa também ser pensado como espécie, sua compreensão se amplia quando refletimos sobre sua condição de ser-no-mundo-capaz-de-aprender-falar-e-agir. O acesso a esse complexo dinâmico que é o homem implica três grandes movimentos. O primeiro é o de acesso ao ponto de partida da reflexão, o qual exige a compreensão do vínculo com a tradição e a ampliação da razão no sentido da razão comunicativa e da descentração das imagens de mundo, incluindo a descentração das ilusões da imagem moderna de mundo. Só com base nessa compreensão é que se pode abordar de forma adequada o ser-no-mundo, do homem moderno, que se desenvolve a partir do complexo conceito de Mundo da Vida. Por fim a etapa sistêmica do agir e falar, seria uma terceira etapa desta empreitada, necessária à compreensão da pessoa a partir da teoria do agir comunicativo. Como neste artigo nos atemos ao esclarecimento do primeiro e do segundo pontos, tentaremos responder a seguinte pergunta: Como Habermas pretende conquistar a descentração da imagem de mundo moderna, mediante uma ampliação da razão que retoma um antigo sentido do logos, para pensar a pessoa como ser capaz de agir e falar no mundo?

Para ensaiar uma resposta a essa questão faremos uma abordagem que remete no seu primeiro momento à questão de como o pensamento de Habermas vincula-se à tradição metafísica e como pretende pensar seus elementos num contexto de pensamento pós-metafísico. No segundo momento trataremos da questão de como Habermas pensa a ampliação da racionalidade a partir do logos de pessoas capazes de falar e agir. No terceiro momento tentaremos abordar como na razão comunicativa possibilita uma visão descentrada das imagens de mundo. No quarto momento trataremos da pessoa como capaz de agir falar e aprender no mundo da vida.

## **I. Da tradição metafísica ao pensamento pós-metafísico de Habermas**

Neste sentido a reflexão de nosso filósofo alemão pode inserir-se na longa tradição ocidental, tendo sua raiz profunda no pensamento de Aristóteles. É, pois, do estagirita que ecoam as afirmações que distinguem o homem dos outros animais por sua natureza social, razão e capacidade de fala. Em sua metafísica desde o início já ecoa a expressão “Todos os homens, por natureza, tendem ao saber” (2002, p.4). Mas é na política que encontramos os elementos que completam e dão significado ao ser humano. Assim afirmava o grego: “[...] a primeira união a qual dá origem à necessidade é a que se dá entre aqueles seres que são incapazes de viver um sem o outro, é a união do varão e da mulher

para a continuidade da espécie.” (ARISTÓTELES, 1977, p. 1252b). Desse modo o autor inicia a confirmação do aspecto natural da necessidade do homem viver em sociedade. Mais adiante o estagirita afirma: “[...] e um homem que por natureza e não meramente por azar é apolítico ou insociável, ou é inferior à escala da humanidade ou está acima dela”. (1977, p. 1253a). Essa expressão indica que a natureza humana é social. Em outros comentários ele ressalta o aspecto de degradação, que se liga à condição de antissocial. Por fim podemos recordar a passagem que indica a afirmação antropológica da linguagem e da racionalidade.

[...]o homem é o único entre os animais que possui o dom da linguagem [...] porém a linguagem tem o fim de indicar o proveitoso e o nocivo e, por conseguinte também o justo e o injusto, já que é uma propriedade particular do homem que o distingue dos outros animais, ser o único que tem a percepção do bem e do mal, do justo e do injusto e das demais qualidades morais, e é a comunidade e a participação nestas coisas que faz uma família e uma cidade-estado. (ARISTÓTELES, 1977, p. 1253a).

Como podemos observar, já no pensamento de Aristóteles encontram-se os elementos fundamentais que caracterizam a “natureza” humana, pensados a partir de sua metafísica. São, pois, a sociabilidade, a linguagem e a razão que possibilitam distinguir o certo do errado. Poderemos a partir de agora acompanhar

como Habermas, em seu contexto pós-metafísico, “salva” certos conteúdos oriundos da tradição metafísica ao repensar cada um destes elementos e desenvolver sua compreensão específica da pessoa capaz de agir e falar no mundo. Tal empreendimento é necessário para renovar a tradição que pensa o princípio da dignidade humana como fundamento do direito legítimo, o que remete ao princípio universal do direito enunciado por Kant (2007) e que também repercute até hoje no pensamento de Habermas que declara “O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado de dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas.” (2012c, p. 9). O entendimento da dignidade humana em toda sua profundidade e extensão exige a compreensão do ser humano e sua capacidade de agir e falar no mundo, em toda a sua complexidade e profundidade.

Uma breve aproximação da autobiografia do autor, já permite identificar os mesmos elementos originais de Aristóteles em seu pensamento. Vamos agora desenvolver essa exposição que mostra o vínculo com a tradição, para depois fazer as distinções que diferenciam o que é próprio do pensamento do autor alemão.

Por ocasião da recepção do prêmio Kyoto, por contribuições para o desenvolvimento da humanidade, em junho de 2004, Habermas fez um discurso no qual faz uma espécie de memorial. Esse texto foi incorporado ao seu livro “Entre naturalismo e religião” (2007). Faremos uma breve exposição de alguns pontos

relevantes para traçar seu perfil em consonância com os elementos clássicos do pensamento que observamos acima.

Após os agradecimentos de praxe, Habermas afirma: “a esfera pública, entendida como espaço do trato comunicativo e racional entre as pessoas, é o tema que me persegue a vida toda.” (2007, p. 19). Sabemos que “Mudança estrutural da esfera pública” (1984) é um de seus primeiros trabalhos com grande impacto, o qual há pouco fez cinquenta anos. É bem evidente que, se Habermas depara-se com a questão social, o faz a partir de uma situação muito mais complexa do que a de Aristóteles. Seu objeto social é a complexa sociedade moderna, na qual a esfera pública tem um papel fundamental no enfrentamento dos problemas oriundos dos sistemas funcionais da economia e da política. Ele afirma: “[...], a natureza social do homem tornou-se um dos pontos de partida de minhas reflexões filosóficas.” (2007, p. 19). A filiação à tradição que remonta a Aristóteles é aqui explícita. Mais ainda o uso do termo natureza, indica que sua leitura pós-metafísica não é de forma alguma anti-metafísica, mas apresenta uma deflação da metafísica, que corresponde a uma leitura não absolutista da metafísica.

Habermas conserva não só o termo natureza, como se pode verificar, também em seu escrito “*Ofuturo da natureza humana*” (2004), mas o entendimento da necessidade da compreensão sempre atualizada da sua diferença específica e da própria dignidade que funda uma ética da espécie, situada acima das éticas ligadas a culturas e costumes particulares. A passagem que segue é bem ilustrativa disso:

Em contrapartida, a forma de lidar com a vida humana pré-pessoal suscita questões de um calibre totalmente diferente. Elas aludem não a esta ou àquela diferença na variedade das formas de vida cultural, mas a autodescrições intuitivas, a partir das quais nos identificamos como *pessoas* e nos distinguimos dos outros seres vivos – portanto nossa autocompreensão enquanto seres de espécie. Não se trata da cultura, que é diferente de um lugar para outro, mas da imagem que as diversas culturas fazem “do” homem, que, na sua universalidade antropológica, é o mesmo em toda parte. (2004, p. 55).

Verificamos nesta passagem que as ideias de espécie, natureza humana e universalidade são heranças da metafísica, como veremos mais adiante: são pensadas, por Habermas, com os instrumentos da filosofia da linguagem e pensamento pós-metafísico. Comentando Aristóteles ele afirma:

[...] o homem um *zoon politikón*: o homem é um animal político, isto é, um animal que vive num *espaço público*. Em uma formulação mais precisa teríamos de afirmar: o homem é um animal que, graças à sua inserção originária numa rede pública de relações sociais, consegue desenvolver as competências que o transformam em uma pessoa. Quando comparamos entre si os equipamentos biológicos dos mamíferos recém-nascidos descobrimos que nenhuma outra espécie vem ao mundo

tão carente de cuidados como o homem e que nenhuma espécie necessita de um período tão longo de educação no seio de uma família e de uma cultura pública compartilhada intersubjetivamente pelos semelhantes. (HABERMAS, 2007, p. 19-20).

Nesta passagem fica claro a presença dos três elementos antes indicados em Aristóteles, que são ao mesmo tempo retomados e repensados, por isso a busca de uma formulação mais precisa que expressa a pertença à sociedade com a inserção numa rede pública de relações sociais, mediante as quais ele adquire as competências que o transformam em pessoa. Entram nessas competências a linguagem, o senso de justiça, etc. Foi a consciência desta dependência que o levou à investigação dos princípios filosóficos que em suas palavras:

[...] destacam a constituição intersubjetiva do espírito humano, ou seja: à tradição hermenêutica que remonta a Wilhelm Von Humboldt, ao pragmatismo americano de Charles Sanders Pierce e de George Herbert Mead, à teoria das formas simbólicas, de Ernst Cassirer e à filosofia da linguagem, de Ludwig Wittgenstein. (HABERMAS, 2007, p. 20).

O aprendizado que faz a pertença à sociedade é interpretado, entretanto, como mediado pelas tradições hermenêutica, pragmática, simbólica e da linguagem, as quais situam as relações intersubjetivas

constitutivas da pessoa. Pois no seu entender tais paradigmas determinam nossa autocompreensão cotidiana. “Porquanto o espírito subjetivo obtém sua estrutura e seu conteúdo a partir de um engate no espírito objetivo das relações intersubjetivas entre sujeitos que *por natureza* são socializados.” (2007, p.19). O que indica ser insuficiente uma interpretação abstrata e monadológica da subjetividade humana. Nosso autor desenvolve sua acepção de pessoa intimamente ligada às interações sociais como podemos verificar na passagem que segue:

[...] A oposição abstrata entre sujeito e objeto, entre um “dentro” e um “fora”, engana, porquanto o organismo do recém nascido só consegue formar-se como homem mediante a assunção de interações sociais. Ele só se torna uma pessoa quando entra no espaço público de um mundo social que o espera de braços abertos. E tal elemento público de um interior, habitado em comum, isto é, do mundo da vida, é simultaneamente interior e exterior. (2007, p. 20).

Observa-se que Habermas retoma a constituição social do homem, rejeitando a oposição abstrata entre um dentro e um fora, pois a pertença a um espaço público é constitutivo do tornar-se pessoa, sendo o mundo da vida o elemento público de um interior, que é simultaneamente interior e exterior. É de certa forma esclarecedora a passagem seguinte:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013

A antropologia na teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas:

a pessoa como capaz de aprender-agir-e-falar no mundo da vida - pp. 397-448

VANZELLA J. M. M. / RAMPAZZO L.



A consciência, que apenas na aparência é *privada*, continua a alimentar-se, mesmo nas exteriorizações de suas sensações pessoais e movimentos íntimos, dos fluxos da rede cultural de pensamentos *públicos*, expressos de modo simbólico e compartilhados intersubjetivamente. A atual retomada da imagem cartesiana das mônadas da consciência, [...], gera confusões, já que estas ciências as interpretam como mônadas fechadas recursivamente em si mesmas, [...]. (2007, p. 20).

Novamente, a acepção “monadológica” da teoria dos sistemas é colocada em questão e a “natureza” social do homem é reafirmada. Porém a diferença com relação ao homem político de Aristóteles está em que sendo Habermas um autor moderno, ele demonstra que a constituição da subjetividade, também é marcada pela dimensão social. O estagirita não poderia fazê-lo com a mesma significação, simplesmente porque em seu tempo a subjetividade não tinha sido tematizada com a acuidade do pensamento moderno, menos ainda elevada à condição de fundamento. É, pois, no sentido de superar, pela intersubjetividade o paradigma moderno da subjetividade que nosso autor alemão afirma:

Jamais consegui aceitar a idéia de que a autoconsciência constitui, por si mesma, um fenômeno originário. [...] Nos olhares de um “tu”, [...], eu me torno consciente de mim mesmo, não somente como um sujeito capaz de vivenciar coisas em

geral, mas também, e ao mesmo tempo, como um “eu” individual. Os olhares subjetivadores do outro possuem uma força individuadora. (2007, p. 21).

Evidencia-se nesta passagem sua filiação a uma tradição personalista que se desenvolve a partir do reconhecimento da dimensão relacional, como constituinte da pessoa e da sua singularidade, frente ao outro. Essa passagem, porém manifesta-se apenas numa perspectiva fenomenológica e “mentalista”, sem, contudo, expressar o papel da linguagem nesta mediação e constituição.

O próprio Habermas situa-se dentro do paradigma da filosofia da linguagem segundo ele: “Nós nos encontramos preliminarmente no elemento da linguagem. [...] Nós podemos nos isolar porque somos ligados, naturalmente, com outros.” (2007, p. 22). Esta importante colocação o situa novamente no movimento de aprofundamento de algo vislumbrado por Aristóteles. Porém a passagem seguinte permite uma clara distinção que passa ao plano do pensamento contemporâneo.

A linguagem não é o espelho do mundo, uma vez que ela apenas nos franqueia um determinado acesso a ele. [...] Felizmente, tal saber preliminar que adquirimos junto com o aprendizado de uma determinada linguagem não está definido de uma vez por todas. Caso contrário, não poderíamos aprender nada de novo em nosso trato com o mundo e no diálogo sobre ele. (2007, p. 22).

A retirada da concepção da linguagem como espelhomundo, implica uma superação da concepção designativa da linguagem e abre caminho para o exercício da crítica ao saber transmitido pela cultura. Neste sentido Habermas destaca a superioridade da palavra escrita, a qual permite análises e críticas mais precisas, destaca também a superioridade do discurso, onde nós trocamos razões e argumentos. (2007, p. 23).

Essa crítica é exercida nos contextos dos mundos da vida, o que foi aguçado em Habermas por conta de sua experiência com o nazismo. “A sociedade e o regime de um dia-a-dia vivenciado mais ou menos como normal foram da noite para o dia, desmascarados como patológicos e criminosos.” (2007, p. 23). Essa experiência ímpar de ter passado pelo nazismo e a transição para a democracia desperta para uma série de questões filosóficas que deflacionam uma metafísica. Habermas relata: “[...] tive idade suficiente para acompanhar a virada histórica numa idade sensível à moral; era, porém, jovem demais para carregar o pesado fardo das circunstâncias políticas.” (2007, p. 24). Recordando sua juventude militante pró-democracia lembra que fora alvo dos ataques da “autocompreensão elitista e, ao mesmo tempo, anti-política da universidade alemã, [...]. Até esse momento, Heidegger tinha sido, mesmo que à distância, o mentor principal. Eu tinha lido *Ser e tempo* com os olhos de Kierkegaard”. (2007, p. 26). Porém Habermas deixa claro o motivo de seu afastamento dos antigos mentores nas seguintes palavras:

Todos eles alimentavam um desprezo pela massa [...] e rejeitavam o palavreado, a esfera pública e o que não é verdadeiro em sentido próprio

(*Uneigentlich*). O silenciar é contraposto ao diálogo, a ordem entre mando e obediência é contraposta à igualdade e à autodeterminação. (2007, p. 27).

A mudança da sociedade e da cultura mostra-se muito esclarecedora ao entrelaçar-se com a história de vida do autor. Novamente, desde Heidegger, não se pode abstrair o homem de seu ser no mundo, ou anular sua singularidade desenvolvida no cuidado do ser-com. É de fato o que se manifesta nesta autobiografia exposta por Habermas. Sua experiência de ser humano é experiência de ser no mundo, com os outros e no tempo. Porém, em contraste com o autor de *Ser e Tempo*, ele vive a experiência e o tempo da construção da democracia alemã posterior ao nazismo. Neste sentido ele afirma: “Por quanto as sociedades complexas só podem ser mantidas coesas normativamente por meio de uma solidariedade entre cidadãos, extremamente abstrata e mediada pelo direito.” (2007, p. 28). Essa nova consciência expressa a entrada em cena de novo projeto social e ampla teoria da sociedade e da filosofia na qual o próprio Habermas se engaja. Nesta perspectiva a explicação lingüístico-pragmática lhe permite “situar a razão” contra *objeções* desconstrutivistas.

## **2. A ampliação da racionalidade a partir do logos de pessoas capazes de falar e agir**

Vamos desenvolver esse itinerário a partir da Teoria do agir comunicativo. Começaremos com a

compreensão da ampliação da racionalidade das imagens de mundo. Nesta obra Habermas afirma: “O tema fundamental da filosofia é a razão.” (2012a, p.19) Porém mostra sua deflação metafísica: “Hoje a filosofia já não pode remeter-se ao mundo, à natureza, à história ou à sociedade como um todo, no sentido de um saber totalizante.” (2012a, p. 20). Neste sentido explicita seu recurso à filosofia da linguagem: “Com isso, a teoria da argumentação ganha significado especial, porque é dela a tarefa de reconstruir os pressupostos e condições formal-pragmáticos de um comportamento explicitamente racional.” (2012a, p. 21). São explícitos o reconhecimento do limite da tradição metafísica e o esforço de reconstrução, o que o situa numa tradição que não é só continuidade, mas ruptura e continuidade. Filiando-se também à tradição piagetiana, Habermas entende o desenvolvimento cognitivo “como uma sequência de estágios de competência passível de reconstrução interna em um momento posterior.” (2012a, p. 23). É neste sentido distante da simples reprodução que se encontra sua filiação às tradições.

Segundo Habermas a racionalidade tem a ver com “a maneira pela qual os sujeitos capazes de falar e agir *adquirem e empregam saber*.” (2012a, p. 31). Neste sentido asserções verdadeiras e ações exitosas são consideradas racionais. Nas palavras do autor:

Assim, sobre asserções e sobre ações orientadas para um fim, vale dizer o seguinte: quanto melhor se puder fundamentar a pretensão de eficiência ou de verdade proposicional associada a elas, tanto mais racionais elas serão. De acordo com isso é que

se aplica a expressão ‘racional’, enquanto predicado dispositivo, a pessoas das quais se podem esperar exteriorizações desse tipo, sobretudo em situações difíceis. (2012a, p. 34).

Esta colocação situa a racionalidade nas duas capacidades fundamentais do ser humano, sua capacidade de agir e de falar. Tem-se também nesta colocação a bifurcação do agir em estratégico, com respeito a fins e autoafirmação exitosa por um lado e por outro lado o agir comunicativo orientado para o entendimento. (HABERMAS, 1990, p. 65 et seq.). Entretanto, segundo o próprio autor, possui dois pontos frágeis, é muito abstrata e também muito estrita.

Habermas procura explicitar e aprofundar primeiro o sentido cognitivo do conceito de racionalidade que se identifica com o agir comunicativo, o qual se liga inicialmente às asserções verdadeiras em contraste com as ações eficazes e sua racionalidade, também chamada de *racionalidade cognitivo instrumental*. No primeiro sentido de racionalidade cognitiva ele procura expressar diferenciações importantes, que ampliam o sentido de razão, rompendo as fronteiras da razão moderna estrita. Em suas próprias palavras ele afirma:

[...]tomamos uma decisão prévia em favor de outro conceito de racionalidade, filiada a noções mais antigas do *logos*. Esse conceito de *racionalidade comunicativa* traz consigo conotações que, no fundo, retrocedem à experiência central da força espontaneamente unitiva e geradora de

consenso própria à fala argumentativa, em que diversos participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas para então, graças à concordância de convicções racionalmente motivadas, assegurar-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade de seu contexto vital. (2012a, p. 35-36).

Esta passagem deixa claro que a razão comunicativa, em contraste com a razão moderna, filia-se a uma concepção mais abrangente de razão que remete ao antigo logos e sua espontaneidade unitiva e geradora de consenso. Embora seja comum nos textos de Habermas o emprego de descrições pragmáticas da linguagem, que poderiam vincular-se a um realismo empirista, ele também deixa claro que assume uma posição fenomenológica em sua descrição e neste sentido afirma:

O fenomenólogo [...] não parte simplesmente do pressuposto ontológico de um mundo objetivo, mas faz deste último um problema ao se perguntar pelas condições sob as quais se constitui a unidade de um mundo objetivo para os integrantes de uma comunidade de comunicação. O mundo só conquista objetividade ao tornar-se *válido* enquanto mundo único *para uma comunidade de sujeitos capazes de agir e utilizar a linguagem*. [...] Com essa *prática comunicativa*, eles ao mesmo tempo se asseguram do contexto vital que têm em comum, isto é, de seu *mundo da vida* intersubjetivamente partilhado. Esse mundo

se vê limitado pelo conjunto das interpretações pressupostas pelos integrantes, que constituem em um saber fundamental. (HABERMAS, 2012a, p. 39-40).

A validade das exteriorizações simbólicas remetem a um saber fundamental compartilhado. Porém Habermas não pode ser identificado plenamente com a posição fenomenológica, mas como “Piaget opta pelo modelo combinado de cooperação social, segundo o qual, diversos sujeitos coordenam suas intervenções no mundo objetivo por meio da ação comunicativa.” (2012a, p. 42). Aqui as leituras identificadoras do pensamento de Habermas levam facilmente a equívocos. Novamente para explicitar a ação comunicativa, ele remete ao conceito de imputabilidade, porém fazendo significativas distinções. “Aos diferentes conceitos de imputabilidade pode ser associados diferentes conceitos de autonomia.” (2012a, p. 42-43). Além da já mencionada capacidade racional de sujeitos que não se enganam quanto a fatos e relações entre meio e fim, pode-se verificar as seguintes imputabilidades:

Assim como as ações comprovativas de fala, também as *ações reguladas por normas e as auto representações expressivas* têm o caráter de exteriorizações sensatas e compreensivas em seu contexto, vinculadas a uma pretensão de validade passível de crítica. Em vez de referência fática, elas fazem referência a normas e vivências. (2012a, p. 44).



Ampliando ainda mais o sentido de razão, Habermas escreve um pouco adiante:

Isso vale até mesmo para exteriorizações que não dispõem de uma pretensão de validade muito bem delineada, a saber: as *exteriorizações avaliativas*. [...] Padrões de valor não têm universalidade de normas reconhecidas intersubjetivamente e tampouco são pura e simplesmente particulares. (2012a, p. 45-46).

Essa descrição pragmática-formal e fenomenológica da racionalidade inerente à prática comunicativa cotidiana amplia o sentido da razão, na direção do antigo logos mencionado anteriormente por Habermas, mas ainda não está completa. Pois o agir comunicativo também pode prosseguir por outros meios.

Quando não se supera imediatamente o dissenso pelo agir comunicativo e não se opta imediatamente pelo agir estratégico e a violência, pode-se prosseguir com o agir comunicativo, através da argumentação, que nosso autor define nos seguintes termos:

Denominamos *argumentação* o tipo de discurso em que os participantes tematizam pretensões de validade controversas e procuram resolvê-las ou criticá-las com argumentos. Um argumento contém razões que se ligam sistematicamente à *pretensão de validade* de exteriorização problemática. [...] Em face disso também podemos julgar

a racionalidade de um sujeito capaz de falar e agir segundo sua maneira de se comportar em cada caso enquanto participante da argumentação. (2012a, p. 48).

Com a abordagem da argumentação, Habermas amplia ainda mais o sentido da razão associado aos *médiuns* da linguagem empregada. As pessoas que fundamentam racionalmente suas exteriorizações são capazes de se expor à crítica e participar de argumentações. Por conseguinte são passíveis de correção. Como afirma Habermas: “O conceito de *fundamentação* está intimamente ligado ao de *aprendizado*.” (2012a, p. 49). Neste sentido a racionalidade também se liga “à capacidade de aprender a partir de fracassos, a partir da refutação de hipóteses e do insucesso de algumas intervenções.” (2012a, p. 49). Neste sentido Habermas pode expressar os vários *médiuns* discursivos que expressam e ampliam a racionalidade mediante o novo aprendizado no quadro que segue (2012a, p. 57):

Formas de argumentação	Grandezas referenciais	Exteriorizações problemáticas	Pretensões de validade controversas
Discurso teórico		Cognitivo-instrumentais	Verdade de proposições eficiência de ações teleológicas
Discurso prático		Moral-práticas	Correção das normas de ação
Crítica estética		avaliativas	Adequação de padrões valorativos
Crítica terapêutica		Expressivas	Veracidade de expressões
Discurso explicativo			Compreensibilidade ou boa formulação de construtos simbólicos

Chama a atenção que um *médium* reflexivo subsiste não apenas para o campo cognitivo-instrumental e para o campo moral-prático, mas também para a crítica estética, a crítica terapêutica e para o discurso explicativo. Segundo Habermas uma pessoa é muito mais racional “quando ela é capaz de assumir uma postura reflexiva diante dos próprios padrões valorativos que interpretam as carências elementares.” (2012a, p. 52). A autenticidade torna plausível a razão pela qual os argumentos estéticos são menos coercitivos do que os teóricos. O exemplo da terapia também é bastante significativo, pois denominamos racional, o comportamento de uma pessoa que esteja disposta a se libertar das ilusões de seu autoengano. “Quem está em condições de aceitar esclarecimentos sobre sua irracionalidade dispõe da racionalidade de um sujeito capaz de emitir juízos e agir de modo que se oriente racionalmente a um fim.” (2012a, p. 54). Desse modo, o objetivo da psicanálise é remover as amnésias, dissolvendo-as. Quando as lacunas da memória são preenchidas e elucidadas, os produtos enigmáticos da vida psíquica, a continuidade do estado mórbido é eliminada (1982, p. 247). Fica evidente que quem alcança a própria cura atinge um maior grau de racionalidade no seu agir e falar. Ao passo que quem usa dogmaticamente seus próprios meios simbólicos de expressão comporta-se de modo irracional. “O discurso *explicativo*, ao contrário, é a forma de argumentação em que a compreensibilidade ou a regularidade de expressões simbólicas deixa de ser suposta ou resguardada de maneira ingênua.” (2012a, p. 56). A partir desse conjunto Habermas afirma: “entendemos

racionalidade como uma disposição de sujeitos capazes de falar e agir. Ela se exterioriza nos modos de comportamento para os quais, a cada caso, subsistem boas razões.” (2012a, p. 56). Com a forma dos enunciados modifica-se também o *sentido da fundamentação*.

Ao final desta abordagem, fica claro o sentido da ampliação da razão proposto por Habermas, ele vincula-se ao antigo logos e afirma a descentralização das imagens de mundo, tanto tradicionais como modernas, chega-se por fim a um conceito ampliado de razão comunicativa, entendida como exteriorização-teórica-prática-estética-terapêutica-explicativa de pessoas capazes de falar, agir e aprender. Porém, este conceito ainda é abstrato. Pois seu exercício precisa ser contextualizado em seu pano de fundo o *mundo da vida*.

### **3. Uma visão descentrada das imagens de mundo a partir da razão de pessoas capazes de agir e falar**

As imagens de mundo seriam ‘ontologias’, segundo Habermas: Não houve na filosofia a formação de outro conceito equivalente que incluísse a referência ao mundo objetivo tanto quanto ao mundo social e ao mundo subjetivo (2012a, p. 96). Dessa forma:

Segundo a perspectiva do pensamento ilustrado, o pensamento selvagem gera uma dupla ilusão: ‘...uma ilusão sobre si mesmo e uma ilusão sobre o mundo: sobre si, porque confere a identidades

que ele próprio gera espontaneamente uma existência exterior ao ser humano e independente dele, alienando-se assim (de si mesmo) em suas próprias imagens de mundo; e uma ilusão sobre o mundo, que o próprio pensamento adorna com seres imaginários análogos ao ser humano e que estão em envolver com as súplicas dele, seja para acolhê-las, seja para refutá-las'. (2012a, p. 101).

Mesmo sendo uma dupla ilusão, o pensamento selvagem: 'possibilita não apenas uma teoria que explique o mundo por via narrativa e o torne plausível, mas também uma práxis com a qual se possa controlar o mundo por via imaginária.' (2012a, p. 101). Trata-se do conceito mítico de "poderes", com seus rituais mágicos de "evocação", que impedem uma atitude objetivadora. Declara Habermas que as imagens do mundo: "fornecem aos indivíduos um suprimento fundamental de conceitos básicos e assunções básicas, que não se podem submeter à revisão sem afetar a identidade dos indivíduos e dos grupos sociais." (2012a, p. 129). Entretanto imagens de mundo podem desabar como mostra a passagem:

Não é esta ou aquela razão que deixa de convencer, mas o *tipo* de razão apresentada é que já não convence. O que ocorre nas culturas desenvolvidas, quando da dissolução das figuras de pensamento mítico-narrativas, e na Era moderna, com a dissolução das figuras de pensamento religiosas, cosmológicas ou metafísicas, foi a desvalorização do potencial de esclarecimento ou justificação de

tradições inteiras. Esses surtos de desvalorização parecem estar relacionados a novos níveis de aprendizado; com eles alteram-se as condições do aprendizado tanto na dimensão do pensamento objetivador quanto na do discernimento moral-prático e na capacidade de expressão estético-prática. (2012a, p. 135).

É importante notar que a desvalorização das figuras de pensamento não foi produzida arbitrariamente, mas é fruto de aprendizado. Por isso, como afirma Habermas: “É próprio ao esclarecimento a irreversibilidade de processos de aprendizado, pois discernimentos não podem ser esquecidos a bel-prazer, mas só reprimidos ou corrigidos por discernimentos melhores.” (2002, p. 122). Por outro lado, isso não isenta o iluminismo de seus próprios preconceitos, especialmente quanto ao potencial de esclarecimento e justificação das religiões. Para Piaget e Habermas resulta desse processo um desenvolvimento cognitivo amplo entendido como:

a construção de um sistema de referências para a delimitação *simultânea* entre os mundos social e objetivo e o mundo subjetivo. Desenvolvimento cognitivo significa em geral a *tomada de uma posição descentralizada* por parte de uma *compreensão de mundo egocentricamente marcada*. (2012a, p. 137).

Esse posicionamento deixará Habermas livre para posicionar-se ao mesmo tempo como herdeiro e crítico da tradição iluminista. Contudo ele entende

que “Sujeitos que agem comunicativamente buscam sempre o entendimento no horizonte de um mundo da vida.” (2012a, p. 138). Mas não podem questionar o mundo da vida como tal:

*A relação entre esses pesos altera-se com a descentração das imagens de mundo. Quanto mais descentrada estiver a imagem de mundo que proporciona a reserva cultural de saber, tanto menos a carência de entendimento estará velada de antemão por um mundo da vida que se interpreta de uma maneira avessa à crítica. (2012a, p.139).*

Habermas apresenta as seguintes qualidades formais que as tradições culturais devem apresentar para possibilitar a descentração das imagens de mundo, e manutenção de orientações racionais para a ação: a) admitir pretensões de validade diferenciadas e estimular o alcance de uma diferenciação de posicionamentos; b) precisa permitir uma relação reflexiva consigo mesma, a ponto de se poder submeter à crítica as interpretações herdadas da tradição. c) tem de se deixar realimentar com argumentações especializadas, para que seus processos de aprendizagem possam ser socialmente institucionalizados (2012a, p. 141).

Tais princípios também se aplicam às imagens de mundo modernas. É importante notar que a ampliação do conceito de racionalidade recebe contribuições da antropologia cultural: isso implica o aumento de sua complexidade deixando claro suas posições de crítica à parcialidade cognitiva instrumental da racional-

lidade moderna e a disponibilidade para aprender com outras culturas (2012a, p. 143). Apresenta-se assim de forma descentrada e não se deixa levar pela “[...] noção fantasiosa de *que a diferenciação e autonomização de um mundo objetivo signifique, de maneira geral, a desvinculação do mundo social e do mundo subjetivo em relação ao campo do entendimento racionalmente motivado.*” (2012a, p. 143-144). Também não se deixa levar pelo *utopismo*, que crê ser possível, a partir do conceito da compreensão de mundo descentrada e da racionalidade procedimental, alcançarmos “ao mesmo tempo o ideal de uma forma de vida que se torne perfeitamente racional”. (2012a, p. 144). O julgamento de formas de vida é feito apenas segundo padrões de normalidade, não permitindo aproximações ideais. Ao concluir seu comentário sobre Welmer, Habermas faz a seguinte colocação:

Welmer naturalmente não pretende sugerir um retrocesso à conceituação das imagens de mundo substancialmente racionais. Mas, se é preciso renunciar a isso, só resta a crítica aos desvirtuamentos que se acrescem duplamente às formas de vida das sociedades que se modernizaram em moldes capitalistas: por um lado através da desvalorização de sua substância tradicional e, por outro, através de sua submissão a imperativos de uma racionalidade parcializada e limitada ao eu é cognitivo-instrumental. (2012a, p. 145-146).

Não se trata de retorno conservador às imagens de mundo substancialmente racionais, pois elas não



admitem validade diferenciada, diferenciação de posicionamentos, relação reflexiva e autocrítica ou argumentações especializadas. O que se pretende é a crítica aos desvirtuamentos da sociedade moderna apontados como desvalorização de sua substância tradicional e submissão aos imperativos de uma racionalidade parcializada. Deste modo Habermas entende que “[...] a descentração da compreensão do mundo e a racionalização do mundo da vida são condições para uma sociedade emancipada.” (2012a, p. 146). A emancipação das pessoas capazes de falar e agir no mundo é o grande mote de seu pensamento. O conjunto das relações de emancipação, são descritos no segundo volume de sua “Teoria do agir comunicativo” (2012b, p. 205 et seq.). Elas envolvem as relações complexas entre cultura, pessoas e sociedade, as quais são tecidas em conjunto. Abordaremos este conceito numa próxima oportunidade.

#### **4. A pessoa como ser capaz de agir, falar e aprender no mundo da vida**

Neste item tratamos da questão das condições de possibilidade da emancipação da pessoa de posse de uma compreensão da pertença descentrada às tradições que implicam no ocidente o repensar da razão comunicativa, entendida como exteriorização-teórica-prática-estética-terapêutica-explicativa de pessoas capazes de falar, agir e aprender. A questão deste item está enraizada explicitamente no conceito de Mundo da vida de Edmund Husserl, mas também na compreensão

do “ser-no-mundo” de Heidegger em “Ser e tempo” (2005). Rompe, porém, com ambos, pois apresenta-se como um itinerário hermenêutico muito longo, que junta as ciências: humanas, sociais e hermenêuticas, numa reconstrução pragmático-formal-hermenêutica da filosofia. É com esse itinerário complexo que Habermas enfrenta a questão de saber quem é a pessoa. Algo que já não pode mais ser tematizado sem levar em conta a constituição transcendental do mundo da vida.

Habermas lembra que o conceito de “mundo da vida” nasceu da fenomenologia, com sua perspectiva transcendental. No interesse de preservar a primazia da filosofia, “[...] Husserl executava, naquele tempo, uma jogada bastante original. Ele declarava o ‘mundo da vida’ como sendo aquele fundamento esquecido do sentido das ciências” (2001, p. 34). Desde então e inclusive para o próprio Habermas: “Ele é obtido graças à reconstrução do saber pré-teórico de um falante. Isso significa que, na perspectiva de participantes, o mundo da vida aparece como horizonte formador de contextos para processos de entendimento, [...]” (2012b, p. 248). Os membros de uma coletividade se atribuem o mundo da vida, na condição de participantes, portanto na primeira pessoa do plural. Ele entende, porém, que “o perspectivismo que adere aos papéis comunicativos da primeira, segunda e da terceira pessoa é decisivo para a estrutura da situação da ação.” (2012b, p. 241). As pessoas, na prática cotidiana, encontram-se com outras e assumem os vários enfoques pronominais. Constitui-se assim a prática da narrativa, a qual desempenha função de entendimento entre os membros e autoentendimento das pessoas. Em suas palavras:

Para formar uma identidade pessoal, elas têm de reconhecer que a sequência de suas ações constitui uma história de vida representável mediante narrativas; a formação de sua identidade social só é possível mediante o reconhecimento de que a manutenção de sua pertença a grupos sociais depende da participação em interações, pois elas estão envolvidas em histórias de coletividades representáveis de modo narrativo. As coletividades configuram sua identidade à proporção que as representações do mundo da vida elaboradas por seus membros atingem um certo nível de propagação e de sobreposição, condensando-se num pano de fundo não problemático. (2012b, p. 249).

Quando escolhemos uma forma de narrativa adotamos um sistema transcendental de referências que está na base da descrição. Segundo Habermas, as pessoas “não conseguem tematizar as estruturas de um mundo da vida do mesmo modo que tematizam o que acontece no interior das próprias estruturas.” (2012b, p. 251). Neste sentido o mundo da vida é o contexto formador do horizonte de determinada situação da ação. Ele se manifesta a partir do agir comunicativo nos seguintes termos:

Sob o *aspecto funcional do entendimento*, o agir comunicativo se presta à transmissão e à renovação de um saber cultural; sob o aspecto da *coordenação da ação*, ele possibilita a integração

social e a geração de solidariedade: e, sob o *aspecto da socialização*, o agir comunicativo serve à formação de identidades pessoais. As estruturas simbólicas do mundo da vida se reproduzem pelos caminhos que dão continuidade a um saber válido e que estabilizam a solidariedade grupal, formando atores imputáveis. (2012b, p. 252).

Jovino Pizzi lembra que para Habermas a intuição de Husserl traz à tona o esquecido fundo de sentido que é o mundo da vida. O campo da percepção do corpo, as experiências cotidianas e a própria experiência particular a qual faz parte de um mundo compartilhado intersubjetivamente, no qual cada sujeito vive, fala e age (2010, p. 131-132). Cada sujeito parte de um mundo compartilhado intersubjetivamente: a esses processos de comunicação correspondem os componentes estruturais do mundo da vida, a cultura, a sociedade e a pessoa interpretada a partir de sua capacidade de fala e ação. Habermas define provisoriamente cada um desses conceitos nos seguintes termos:

*A cultura* constitui o estoque ou reserva de saber, do qual os participantes da comunicação extraem interpretações no momento em que tentam se entender sobre algo no mundo. Defino *sociedade* por meio das ordens legítimas pelas quais os participantes da comunicação regulam sua pertença a grupos sociais, assegurando a solidariedade. Interpreto a *personalidade* como o conjunto de competências que tornam um

sujeito capaz de fala e de ação – portanto, que o colocam em condições de participar de processos de entendimento, permitindo-lhe afirmar sua identidade. (2012b, p. 253).

Porém nenhum destes termos pode ser adequadamente compreendido em separado, sem sua interação como os outros dois, aqui tanto pela via da hermenêutica, quanto pela via da pragmática, são o contexto e o todo, que dão sentido às partes. Portanto é a rede da prática comunicativa cotidiana que configura cada estrutura a partir das formas simbólicas do mundo da vida. Por isso não se pode compreender a pessoa abstraíndo-a de suas interações com a cultura e a sociedade no mundo da vida. Nem é adequado focar as interações somente do ponto de vista da pessoa. Não são atitudes metodológicas adequadas à compreensão do próprio homem “isolar” totalmente uma antropologia ou sequer pretender descrever o mundo da vida a partir de um enfoque meramente antropológico.

Em situação análoga Habermas critica Alfred Schütz, ligado à tradição da fenomenologia, por expor uma teoria da sociedade construída sobre um conceito de mundo da vida culturalista. Neste conceito, declara, nosso filósofo: “cultura abastece a sociedade com valores institucionalizáveis; e os indivíduos socializados contribuem com motivações adequadas às expectativas de comportamento.” (2012b, p. 256). Valores e motivações, não dão conta dos condicionamentos e processos institucionais presentes na sociedade. A simplificação da exposição prejudica o conhecimento e a

efetividade da ação. Neste sentido, temos que expor o conceito de mundo da vida em seus três elementos e nele apenas situar a pessoa.

Habermas toma o conceito de ‘interação simbólica’ e o aplica às interações mediadas pela linguagem e regidas por normas, para acessar às análises fenomenológicas do mundo da vida e à complexidade dos três processos de reprodução. (2012b, p. 256). O saber aceito como válido, ligado às imagens de mundo têm que cobrir a necessidade de entendimento exigidas numa situação, assim se mede a continuidade e a coerência pela racionalidade do saber aceito como válido. A integração social do mundo da vida conecta as novas situações à coordenação das ações e identidades grupais e são medidas pela solidariedade dos membros e oposição à anomia. (2012b, p. 257). A socialização dos membros do mundo da vida garante que as novas situações possam ser conectadas aos estados existentes. As capacidades interativas e estilos de conduta são medidos pela imputabilidade das pessoas, que estão sujeitas a psicopatologias e perda da identidade (2012b, p. 257-258). Habermas procura mostrar a transição para a sociedade moderna, a qual passa pelo momento crítico, no qual as tradições não dão conta da reprodução do sentido, a sociedade não dá conta da legitimação, e as personalidades têm crise de orientação e educação. A partir deste contexto de crise da ordem tradicional ele procura especificar as funções que o agir orientado pelo entendimento assume para a reprodução do mundo da vida, mostrando que cada um dos processos de

reprodução fornece contribuições para a manutenção de todos os outros. Em três quadros apresenta o complexo das relações na perspectiva da reprodução “tradicional” (fig. 21, p. 259); das patologias (fig.22, p. 260) e por fim as funções reprodutoras do agir orientado pelo entendimento (fig. 23, p. 261). Mesclamos as três tabelas na tabela que segue, a qual expõe toda a complexidade das estruturas do mundo da vida e permite situar a pessoa no conjunto de suas relações. A primeira coluna da esquerda para a direita indica os processos; a segunda coluna a partir da segunda célula indica a perspectiva dos processos; os componentes estruturais do mundo da vida ocupam a parte central superior da tabela, indicando os componentes das colunas centrais e por fim a sexta coluna indica as dimensões de avaliação para cada processo.

Entendemos que a perspectiva da primeira tabela de Habermas, que aqui corresponde à manutenção dos componentes do mundo da vida aplica-se à compreensão de imagens de mundo de sociedades tradicionais. Porém a compreensão do mundo da vida nas sociedades modernas exige, toda a complexidade que envolve a compreensão das sociedades tradicionais, as patologias e o empenho comunicativo. Neste conjunto complexo de relações é que situamos, por fim, a personalidade. Portanto ela se desenvolve nas dimensões dos processos da manutenção, crise (patologias) e reprodução orientada pelo entendimento, por um lado, com tudo o que recebe da cultura e da sociedade, por outro lado com tudo o que oferece às mesmas.

Processos	Componentes estruturais	Cultura	Sociedade	Personalidade	Dimensões de avaliação
Reprodução cultural	Manutenção dos componentes Estruturais Do Mundo da vida	Esquemas de interpretação passíveis de consenso ("saber válido")	Legitimações	Padrões de comportamento eficazes na formação, metas da educação.	Racionalidade do saber
	Patologias	Perda de sentido	Privação da legitimação	Crise de orientação e crise na educação	
	Agir orientado pelo entendimento	Tradição, crítica, aquisição de saber cultural	Renovação do saber eficaz em termos de legitimação	Reprodução do saber de formação	
Integração social	Manutenção dos componentes estruturais do Mundo da vida	Obrigações	Relações interpessoais reguladas legitimamente	Pertenças sociais	Solidariedade dos membros
	Patologias	Infirmiação da identidade coletiva	Anomia	Alienação	
	Agir orientado pelo entendimento	Imunização de um núcleo de orientações valorativas	Coordenação de ações por meio de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente	Reprodução de padrões de pertença social	
Socialização	Manutenção dos componentes Estruturais do Mundo da vida	Interpretações	Motivações para ações conformes a normas	Capacidade de interação ("identidade pessoal")	Imputabilidade da pessoa
	Patologias	Quebra de tradições	Privação da motivação	Psicopatologias	
	Agir orientado pelo entendimento	Aculturação	Internalização de valores	Formação da identidade	

Do exposto no quadro compreendemos que a reconstrução do agir comunicativo adquire relevância do ponto de vista antropológico, pois as estruturas de interação mediadas linguisticamente e regidas por normas constituem o ponto de partida para os desenvolvimentos sócio-culturais e das personalidades



em geral, superando uma visão estática e anômica. Nas palavras de Habermas: “Com isso, determina-se o espaço no interior do qual os mundos da vida podem variar.” (2012b, p. 262). Se as estruturas do mundo da vida histórico variam de modo dirigido, podemos falar em lógica do desenvolvimento, apenas se “tal diferenciação estrutural do mundo da vida apresenta comprovadamente um aumento de racionalidade, ela constitui certamente um processo de aprendizagem.” (2012b, p. 263). Com o desenvolvimento das sociedades modernas diferenciam-se cada vez mais os componentes estruturais do mundo da vida. As sociedades tornam-se mais complexas e seus processos de manutenção ficam cada vez mais dependentes de entendimentos motivados racionalmente. Porém, Habermas entende que um mundo da vida totalmente despido do sagrado não conseguiria se reproduzir mediante formas isentas de conflito. (2012b, p. 264). Ele descreve os processos de diferenciação nos seguintes termos:

Na relação entre cultura e sociedade, a diferenciação estrutural transparece quando o sistema de instituições se separa progressivamente do conjunto das cosmovisões; na relação entre sociedade e personalidade, ela se mostra na ampliação do espaço de contingência, necessário para a produção de relações interpessoais; finalmente, na relação entre cultura e personalidade ela se revela no fato de que as renovações das tradições dependem cada vez mais da crítica e da capacidade inovadora dos indivíduos. (2012b, p. 265).

Se por um lado, temos o desenvolvimento de sistemas de instituições, como a economia e a política que seguem sua própria lógica funcional, pela qual “pagamos um preço” em termos de concentração de poder e renda, miséria, poluição, etc., por outro lado, as relações interpessoais ganham muito mais espaço e liberdade na sociedade, bem como maior capacidade de inovação e crítica no plano da cultura. O que sem dúvida também aumenta a esfera de realização das pessoas, que podem desenvolver suas próprias concepções de bem e projetos de vida. Essa colocação vai ao encontro da seguinte passagem do texto de Habermas:

Como resultado de tudo isso, a cultura se encontra num estado de permanente revisão de tradições, que se diluem paulatinamente, tornando-se reflexivas; a sociedade entra num estado de dependência de ordens legítimas, de processos formais de criação e de fundamentação de normas; e a personalidade passa para um estado de estabilização permanente de uma ‘identidade-eu’ autodirigida e abstrata. Ora, para que essas tendências se imponham, é necessário que as decisões mediante sim/não, portadoras da prática comunicativa cotidiana, não se alimentem de um acordo normativo *já concretizado* no passado, mas *surjam* dos próprios processos de interpretação cooperativa dos participantes. (2012b, p. 265).

A maior afirmação da liberdade das pessoas, não está vinculada à supressão do sagrado, mas à

capacidade de revisão das tradições, as quais se renovam à medida que se tornam reflexivas. Um movimento similar acontece com as normas da sociedade, que passam a depender de processos formais de criação e fundamentação. A personalidade passa a ter uma identidade autogerida, a partir da possibilidade de dizer sim ou não em processos de interpretação e cooperação. Na sequência Habermas afirma:

No *plano cultural*, os núcleos da tradição, garantidores da identidade, separam-se dos conteúdos concretos com que se entrelaçam nas cosmovisões míticas. [...] Nas sociedades modernas se impõem princípios de ordem jurídica e moral que se distanciam cada vez mais das formas de vida concretas. Finalmente, no *nível do sistema da personalidade*, as estruturas cognitivas, adquiridas durante os processos de socialização desligam-se cada vez mais dos conteúdos do saber cultural com que estavam integradas inicialmente no 'pensamento concreto'. (2012b, 265-66).

Essa passagem mostra que há de fato um desenvolvimento cognitivo na passagem para a sociedade moderna, a qual se torna mais complexa e mais abstrata. Ora, processos de aprendizado não podem ser cancelados. A leitura que Habermas faz do desenvolvimento da modernidade é ao mesmo tempo crítica e positiva. Por isso se distancia da tese weberiana da perda do sentido e da liberdade e diferencia-se das

teses de Durkheim e Marx que colocam na divisão do trabalho a patogênese das sociedades contemporâneas. Pois afirma: “Portanto, a perspectiva da teoria de sistemas é relativizada pela ideia de que a racionalização do mundo da vida provoca uma variação dos padrões estruturais que definem a manutenção do sistema.” (2012b, p. 269). Portanto as pessoas, mediante suas reservas culturais, críticas atuais e capacidade de aprender, podem se organizar em sociedade e controlar os sistemas.

Habermas entende que, na perspectiva do mundo da vida, adotamos três ficções: a primeira delas é a autonomia do agente ou imputabilidade segundo ele afirma: “tal ficção não permite evidentemente concluir que a rede de interações que abrange espaços sociais e épocas históricas possa ser explicada apenas pelas intenções e decisões dos participantes.” (2012b, p. 270). De fato os agentes não dominam completamente “seus conflitos e possibilidades de entendimento, nem as consequências e efeitos colaterais dos seus atos; porque estão *enredados* em situações históricas.” (2012b, p. 270-271). A segunda ficção sugere que a cultura “[...] repousa nas convicções dos atores que utilizam, experimentam e dão continuidade aos esquemas de valores transmitidos, aos padrões de interpretação e de expressão.” (2012b, p. 271). Como se não houvesse nenhuma autoridade estranha ao simbolismo cultural. A terceira ficção indica que “os participantes da comunicação se encontram num horizonte de possibilidades ilimitadas de entendimento.” (2012b,

p. 271). O que de fato não acontece e é demonstrado pelas ciências sociais. Segundo nosso autor, essas três ficções “são obrigatórias apenas enquanto pensamos que a integração da sociedade só é possível à luz das premissas do agir orientado pelo entendimento.” (2012b, p. 272). Podemos verificar que isso não corresponde ao seu pensamento, pois ele mesmo faz a distinção entre integração social e integração sistêmica “Num caso, o sistema de ações é integrado por um consenso, assegurado normativamente ou obtido pelas vias da comunicação; noutro caso, pelo controle não normativo de decisões individuais subjetivas e não coordenadas.” (2012b, p. 272-273). O segundo caso é o que predomina na lógica do poder de sistemas democráticos e na lógica do lucro, no sistema das economias de mercado. Neste ponto da abordagem o autor inicia um novo movimento dialético. Que pode ser descrito nos seguintes termos: abordagem comunicativa, abordagem sistêmica, abordagem comunicativa e sistêmica. Apresenta e critica a abordagem comunicativa, expõe e critica a abordagem sistêmica, para finalizar sua teoria do agir comunicativo com a questão da colonização do mundo da vida. Dada a complexidade do movimento não temos condições neste artigo de acompanhá-lo, vamos portanto apenas indicá-lo. Habermas descreve a reprodução comunicativa nos seguintes termos:

Neste caso, a reprodução da sociedade aparece como manutenção das estruturas simbólicas de um mundo da vida. Além disso, os problemas

da reprodução material não saem totalmente de foco, pois a manutenção do substrato material é condição necessária para a manutenção das estruturas simbólicas do próprio mundo da vida. [...] todos os demais aspectos contra-intuitivos do contexto de reprodução social permanecem fora de foco. Tal limite provoca uma crítica ao idealismo hermenêutico da sociologia compreensiva. (2012b, p. 273).

Fica claro que, para Habermas, uma abordagem meramente comunicativa da reprodução da sociedade, que não leve em conta os condicionamentos sistêmicos, nos prende a ficções e ao idealismo hermenêutico. Por outro lado se compreendemos a integração da sociedade exclusivamente pelo viés sistêmico, nas palavras do autor “[...] estaremos optando por uma estratégia conceitual em que a sociedade é representada de acordo com o modelo de um sistema autorregulado. Tal estratégia liga a análise das ciências sociais à perspectiva externa de um observador.” (2012b, p. 273). Ele critica veementemente essa perspectiva lembrando que a conceituação da sociedade não pode ser atrelada sem mais nem menos aos sistemas orgânicos, [...] “pois os padrões estruturais dos sistemas de ação, diferentemente dos padrões biológicos, não são plenamente acessíveis a uma observação.” (2012b, p. 274). E não o são porque envolvem as estruturas do mundo da vida, que implica uma vida estruturada simbolicamente.

Segundo Flávio Beno Siebenaichler a teoria do agir comunicativo tem a tarefa de “analisar o mundo social sem perder de vista as patologias e ambivalências profundas a ele inerentes.” (2010, p. 237). Tal projeto não pode ser desenvolvido sem uma “via longa da hermenêutica” pois tal como afirma na sequência, ele:

depende de buscas reiteradas de possibilidades de acoplagem, mediações e traduções que, através da crítica racional de pretensões de validade, possibilitam entendimento intersubjetivo e interdisciplinar sobre o homem, sua filosofia, suas ciências e sua sociedade. (2010, p. 237-238).

Trata-se de um conceito falibilista da razão comunicativa, entendida como meio frágil e repleto de riscos, que se opõe às ameaças dos sistemas e das fragilidades humanas.

Numa breve indicação do terceiro momento deste último movimento dialético vamos finalizar nosso ensaio com a sugestão do sistema da constituição fundamental do homem que Habermas desenvolve a partir de sua leitura crítica de Parson. Segundo nosso autor: “Parsons toma o sistema geral da ação [...] como *ponto de partida* para uma abordagem *reflexiva* do sistema da constituição humana fundamental.” (2012b, p. 459). Habermas entende que por detrás dos subsistemas de Parsons ocultam-se as estruturas do mundo da vida. Acompanhando sua leitura elaboramos o seguinte quadro.

Estruturas gerais da cooperação do mundo	Sociedade	Mundo social das relações possíveis
	Cultura	Personalidade
Mundo objetivo (que abarca, a natureza físico-química em sua conexão funcional)	Mundo subjetivo (o qual implica o organismo humano em sua conexão funcional)	

Habermas desenvolve a seguinte explicação quanto a sua proposta de reformulação do quadro de Parson:

Neste *segundo modo de ver as coisas*, os dois campos inferiores representam regiões das quais o agir comunicativo depende ‘indiretamente’ mediante o substrato material do mundo da vida. A natureza orgânica e anorgânica aparecem aqui em sua conexão funcional com a reprodução funcional do mundo da vida, e não como campos de objetos, passíveis de conhecimento, nem como campos de referência do agir comunicativo. (2012b, p. 465).

Nosso autor conclui sua exposição desta parte retomando a insuficiência do modelo de conhecimento adotado na teoria dos sistemas que se apoia no sujeito e objeto, o qual substitui pelo entendimento intersubjetivo entre sujeitos capazes de linguagem e de ação. Pois para ele apenas este modelo: “- permite atribuir às estruturas finais e às suas ordenações um sentido sustentável teoricamente e resgatável empiricamente.” (2012b, p. 466).

Luis Sergio Repa lembra que não é possível que se estabilizem sistemas que contam exclusivamente



com atores que agem exclusivamente para seu próprio êxito. Por outro lado afirma que:

[...] é possível pensar a estabilização de contextos de ação estratégica que se tecem através de meios de comunicação especiais, de linguagens especiais que passam a assumir formas de coordenação de ação para além da consciência e do cálculo dos atores. O exemplo clássico deste meio (ou *médium*) é o dinheiro, considerado como um código especial talhado funcionalmente para relações de troca e que condiciona as decisões dos atores de maneira eficaz. (2008, p. 66).

Repa explica que o processo de formação dos subsistemas controlados pelo dinheiro e pelo poder significou para Habermas o desacoplamento do mundo da vida, o qual eles encaram apenas como um mundo circundante, enquanto seguem sua lógica própria. Porém, não chegam a prescindir totalmente do mundo da vida. O próprio Habermas afirma:

De acordo com nossa hipótese, entre as condições iniciais fundamentais dos processos de modernização se encontra um mundo da vida amplamente racionalizado. E o dinheiro e o poder, enquanto meios, têm de estar ancorados nele, isto é, têm de ser institucionalizáveis através dos meios do direito positivo. Quando tais condições iniciais são preenchidas, é possível a diferenciação dos sistemas econômico e administrativo, que

se relacionam entre si e mantêm intercâmbio com seu respectivo entorno através de meios de controle. (2012b, p. 691).

Na sequência Habermas comenta os dois grandes caminhos da modernização que se desenvolveram pela via capitalista e pela via do poder administrativo. As deformações do mundo da vida assumem a forma de reificação das relações comunicativas nas sociedades capitalistas enquanto que nas sociedades burocrático-socialistas, a reificação das relações comunicativas é substituída por simulação de relações comunicativas nas esferas de um intercâmbio pseudopolítico (HABERMAS, p. 694). Não obstante isso, Reppas não tem dúvida em afirmar: “Dessa maneira, é estruturalmente possível modificar politicamente, por meio da esfera pública e do direito, ou seja, no contexto de um Estado de direito democrático, as relações entre mundo da vida e sistema.” (2008, p. 68). O que se pode confirmar na extensa obra “Direito e Democracia” de Habermas (1997). Para talhar essa mudança a teoria do agir comunicativo não toma como ponto de partida os ideais concretos inseridos nas formas de vida tradicionais, mas assume a ideia orientadora da possibilidade de processos de aprendizagem (HABERMAS 2012b, p. 689.). Por fim, cumpre apontar com Habermas que:

[...] a teoria do agir comunicativo pode se assegurar do conteúdo racional de estruturas antropológicas profundas colocando-as *inicialmente* num plano de análise reconstrutivo, a-histórico. Ela descreve

estruturas da atividade e do entendimento que podem ser inferidas do saber intuitivo dos membros competentes das sociedades modernas. (2012b, 688).

Habermas, recoloca essas estruturas num plano a-histórico, porém falível, ele também entende que a família não foi levada a sério em sua estrutura comunicativa interior, no lugar de uma teoria das pulsões ele recorre a uma relação entre Freud e Mead, que valoriza as estruturas intersubjetivas e as conecta à tradição piagetiana do desenvolvimento cognitivo e sóciomoral (2012b, p. 699). As estruturas de comunicação liberadas pela família configuram condições de socialização pretenciosas e ao mesmo tempo frágeis, que se relacionam com a formação de uma identidade própria dos jovens e respondem aos imperativos dos sistemas.

A mesma ambivalência apresenta-se com os meios de comunicação de massa e sua relação com a esfera pública. Embora eles estejam comprometidos com o capital e o poder, seu compromisso não é total. Não podem deixar de informar ou de concorrer entre si, tornando-se meios importantes para a ação de pessoas conscientes. Dessa maneira se aclara a questão da pessoa como ser capaz de agir e falar no mundo. Sua ação pode ligar-se à reprodução tradicional, às patologias ou à reprodução crítica orientada para o entendimento. A questão quem é o ser humano, ou a pessoa liga-se de modo inextrincável às possibilidades de desenvolvimento da dialética: Mundo da vida e

sistemas, onde as forças reificantes ou patológicas disputam com as capacidades de entendimento e aprendizagem do ser humano.

## Conclusão

Procuramos desenvolver neste artigo um itinerário capaz de dar acesso ao ponto de partida para a abordagem da questão da antropologia na “Teoria do agir” comunicativo de Habermas e pensar a pessoa como ser capaz de aprender, agir e falar no mundo.

Dando andamento ao acesso ao ponto de partida da reflexão de Habermas, verificamos no primeiro momento que o mesmo retoma os elementos fundamentais da tradição aristotélica, a qual pensa o homem como animal racional e social provido de linguagem, capaz de sentido e justiça. Esses elementos estão presentes na autobiografia escrita pelo autor.

Desdobrou-se, então, a investigação no sentido de compreender como nosso autor, vinculado ao pensamento pós-metafísico repensa e amplia a razão, na perspectiva comunicativa. Primeiro retomando um antigo sentido do “logos” pela análise pragmática e fenomenológica dos sentidos da atribuição do predicado racional chegou-se com Habermas a um conceito ampliado de razão comunicativa, entendida como exteriorização-teórica-prática-estética-terapêutica-explicativa de pessoas capazes de falar, agir e aprender.

No terceiro momento, foi possível esboçar uma

reflexão sobre as imagens de mundo, as quais podem ser medidas por critérios de racionalidades, ligados à capacidade de aprendizado das pessoas e culturas que pela reflexão superam sua visão substancial. A ampliação da razão implica tanto a descentração de imagens de mundo tradicionais, como a descentração das imagens modernas de mundo, com a ajuda da reflexão das outras culturas, possibilitando assim a visualização e superação de preconceitos modernos, como a desvalorização de suas culturas tradicionais e submissão a sua racionalidade parcializada. Condições fundamentais para uma sociedade de pessoas livres emancipadas, capazes de falar agir e aprender.

No quarto momento deste ensaio abordamos a questão transcendental do ser pessoa no mundo, capaz de falar, agir e aprender. Desde o início marcou-se a dimensão transcendental do mundo da vida que é a reconstrução do saber pré-teórico de um falante, o qual se compreende na situação de fala estruturada através da narrativa que reflete sobre as três pessoas pronominais, para constituir a identidade pessoal. O mundo da vida estrutura-se a partir: do entendimento que transmite o saber cultural; da coordenação da ação, que produz a integração social; e da socialização, a qual viabiliza o desenvolvimento das identidades pessoais. Os desenvolvimentos da cultura, sociedade e personalidade, tecidos em conjunto, fornecem as competências que tornam a pessoa humana capaz de aprender, agir e falar no mundo.

Essa interação complexa segue três lógicas simultâneas que interagem entre si. Trata-se da lógica

da reprodução tradicional, da reprodução patológica e da reprodução orientada para o entendimento e a aprendizagem. Nas sociedades modernas a reprodução cultural, a integração social e a socialização, não podem mais basear-se na reprodução tradicional, pois esta foi demonstrada insuficiente pelo desenvolvimento do saber, diferenciações e práticas modernas, que como saberes não podem mais ser simplesmente cancelados. Isso explica certa crise e risco de patologias que resultam em crise de identidade, educação, alienação e psicopatologias para as pessoas. Por outro lado há também a possibilidade do desenvolvimento do agir orientado para o entendimento, que pode desenvolver a reprodução do saber de formação, dos padrões de pertença social e da formação crítica da identidade. No mundo da vida mais complexo com as novas diferenciações abre-se mais espaços para a liberdade e esferas de realização pessoal.

Porém, os desenvolvimentos da autonomia do agente, da cultura, e das possibilidades de entendimento, em seu conjunto, entram em confronto com as lógicas sistêmicas do poder e do dinheiro por um processo que Habermas identifica como sendo o descoplamento do Mundo da Vida, ocorrido no desenvolvimento desses sistemas modernos. Entretanto, ele entende que é possível modificar politicamente, por meio da esfera pública e do direito, as relações entre mundo da vida e sistema. Não se trata de identificar ideais, mas possibilidades de aprendizagem que reconhecem estruturas antropológicas profundas de atividade e de entendimento. Esse reconhecimento exige seu itinerário da

descentração da imagem de mundo moderna, mediante uma ampliação da razão comunicativa, entendida como exteriorização-teórica-prática-estética-terapêutica-explicativa de pessoas capazes de aprender, agir e falar. Por sua via formal e hermenêutica, compreende-se que o contexto complexo é constituinte não separável, do que Habermas entende por pessoa como ser capaz-de-aprender-agir-e-falar-no-mundo.

## Referências

- ARISTOTELES. **Metafísica: Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário de Giovanni Reale**. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: 2002. v. II.
- \_\_\_\_\_. *Política*. In: \_\_\_\_\_. **Obras**. Trad. Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, 1977.
- BACON, F. *Essays* (1597). In: \_\_\_\_\_. **Works of Francis Bacon**. New York: Garrett Press, 1968.
- HABERMAS, J. **Teoria do agir comunicativo**. Racionalidade da ação e racionalidade social. Trad. Paulo Astor Soethe; Rev. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012a. v. I.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do agir comunicativo**. Sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012b. v. II.
- \_\_\_\_\_. **Sobre a constituição da Europa**. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012c.
- \_\_\_\_\_. **Entre naturalismo e Religião**. Estudos Filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O futuro da natureza humana**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Textos e contextos**. Trad. Sandra Lippert Vieira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro, 1997.

- \_\_\_\_\_. **Pensamento pós-metafísico**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Mudança Estrutural da esfera Pública**. Trad. Flávio Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- \_\_\_\_\_. **Conhecimento e interesse**. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- HEIDEGGER, M. **Ser e Tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. 2 v.
- KANT, Immanuel. **Introdução ao estudo do Direito: Doutrina do Direito**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.
- PIZZI, Jovino. **Mundo da vida e agir comunicativo: o lugar da ética nas tomadas de decisão**. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 181-182, p. 223-240, abr./set. 2010. Número especial “Jürgen Habermas – 80 anos”.
- REPA, L. S. **Direito e teoria da ação comunicativa**. In: NOBRE, Marcos; TERRA Ricardo (Orgs.) *Direito e democracia: Um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55-71.
- SIEBENEICHLER, F. B. **Teoria do agir comunicativo: uma quase-promessa de cooperação entre a filosofia e as ciências**. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 181-182, p. 223-240, abr./set. 2010. Número especial “Jürgen Habermas – 80 anos”.



# **Educação e cidadania inclusiva: dilemas da democracia substancial na era da globalização**

*Education and inclusive  
citizenship: dilemmas of  
substancial democracy in the  
globalization era*

Artigo recebido em 10/10/2013.

Revisado em 11/10/2013.

Aceito para publicação em 22/10/2013.

## **Marcius Tadeu Maciel Nahur**

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unidade de Ensino de Lorena(2007). Atualmente é delegado de polícia - Secretaria da Segurança Pública - Polícia Civil do Estado de São Paulo e professor titular do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unidade de Ensino de Lorena. Tem experiência na área de Direito e Filosofia, com ênfase em Direito.

## **Fernanda de Carvalho Lage**

Advogada. Mestranda em Direitos Sociais, econômicos e culturais pelo Centro UNISAL - U.E. Lorena (2013-2014). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL)- U.E. Lorena.

## **Resumo**

O presente trabalho tem por fim discutir o tema da educação emancipatória, direcionado para o desenvolvimento de uma cidadania inclusiva, como desafio real da democracia material (ou substancial), na era da globalização.

## **Palavras-chave**

Educação; cidadania inclusiva; globalização.

## **Abstract**

This paper intends to discuss the theme of emancipatory education, directed to the development of an inclusive citizenship, as a real challenge for material democracy (or substantial) in the globalization era.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013

Educação e cidadania inclusiva: dilemas da democracia substancial na era da globalização - pp. 449-486

NAHUR M. T. M. / LAGE F. de C.

## Keywords

Education; inclusive citizenship; globalization.

## Sumário

Introdução. 1. Era da globalização: aspectos e reflexos múltiplos. 2. Democracia substancial (ou material): a emancipação social. 3. Direito à educação. 4. A cidadania e os Direitos humanos de natureza política. 5. A cidadania e a questão a educação crítica na visão de Boaventura de Sousa Santos. 6. Cidadania inclusiva: acesso a bens e serviços na sociedade pluralista. 7. Educação qualificada: enfrentamento do mundo desencantado. Conclusão. Referências.

## Introdução

As sociedades contemporâneas enfrentam inúmeros dilemas complexos. Entre eles, pode-se apontar o educacional, na teoria e na prática, como um dos mais alarmantes e emergentes.

Uma visão educacional humanizante, aberta, personalista, pluralista, conscientizadora, renovadora, crítica, dialogal, enfim, emancipatória é um grande projeto ainda a ser desenvolvido nos tempos hodiernos. Trata-se de um contraponto decisivo e decidido ao discurso do desespero e da desesperança. Aquele que diz que a educação, nos dias atuais, não passa de uma ficção idealista e de um fracasso realista.

Assim, pretende-se discutir o tema da educação emancipatória, direcionado para o desenvolvimento de uma cidadania inclusiva, como desafio real da democracia material (ou substancial), na era da globalização.

De início, será abordada a globalização como característica da atual economia mundial e seus múltiplos reflexos na vida cotidiana contemporânea.

Em seguida, discutir-se-á o processo de avanço para a chamada democracia substancial (ou material), como superação gradativa da democracia formal, tendo-se o referencial da justiça social como noção fundamental para a emancipação dos cidadãos.

Após isso, será analisada a questão da cidadania inclusiva em um tempo-espço de busca de maior afirmação da igualdade de oportunidades, para uma convivência humana mais paritária em relação ao acesso a bens e serviços, em uma sociedade pluralista.

Por último, então, discorrer-se-á sobre a educação e o desenvolvimento humanos na contemporaneidade, como um projeto de enfrentamento de um mundo desencantado.

## **1. Era da globalização: aspectos e reflexos múltiplos**

Fala-se da globalização em três grandes eras. A primeira inaugurou-se com as navegações transoceânicas, entre 1492 e 1800, com a expansão comercial entre os chamados “Velho e Novo Mundo”. O principal agente de mudança, a força dinâmica por trás do pro-

cesso da integração global era movido pela quantidade de vento e, mais tarde, de vapor. Nesse período, muralhas foram derrubadas e o mundo interligado, promovendo a integração global.

A segunda grande era durou, mais ou menos, de 1800 a 2000, com algumas interrupções promovidas por crises econômicas e guerras mundiais. Ela diminuiu o mundo de tamanho. O principal agente de mudança e a força dinâmica que moveu a integração global foram as empresas multinacionais, expandidas e agigantadas, em busca de mercados alargados. Foi nesse período que se assistiu ao surgimento e à maturação de uma economia global propriamente dita, no sentido de que havia uma movimentação de bens e informações entre os continentes em volume suficiente para a formação de um mercado de fato global.

Por volta do ano 2000, entrou-se em uma nova era, a da terceira globalização, caracterizada por um mundo encolhido no tamanho e, ao mesmo tempo, aplainando o seu terreno. Trata-se de um fenômeno interessante, na medida em que está capacitando, dando poder e impelindo indivíduos e pequenos grupos a se tornarem globais tão facilmente, que se pode até chamá-lo de “plataforma do mundo plano”. (FRIEDMAN, 2009, p. 21). Pessoas de todo mundo começaram a perceber que tinham mais poder do que nunca para se tornarem globais como indivíduos. Pessoas de todos os lugares do mundo estão adquirindo poder. Essa globalização difere das anteriores, na medida em que possibilita, em um piscar de olhos, todas as facetas da diversidade humana entrando na aldeia global. (FRIEDMAN, 2009, p. 22).

Quando se pensa nessa globalização, não há como deixar de imaginar um fenômeno marcado pelo expansionismo de algo, sem barreiras e sem fronteiras. Em termos gerais, pode-se dizer que a globalização constitui uma nova fase do desenvolvimento capitalista, cujos traços básicos são a desregulação dos mercados, dos vínculos laborais, as privatizações dos bens e serviços públicos, além das inúmeras e inovadoras tecnologias da informação e da comunicação.

Qualquer abordagem sobre a globalização, contudo, não deixa também de falar dos muitos e múltiplos aspectos transformadores das realidades angulares diversas da vida humana. A globalização capitalista é o resultado de uma reestruturação econômica mundial que envolve a globalização da economia, da ciência, da tecnologia e da cultura, bem como uma profunda modificação na divisão internacional do trabalho. (HARVEY, 1989, p. 21-23).

Opera-se uma intensa e acelerada revolução. Há uma interdependência das economias em escala mundial, introduzindo novas formas de relação entre Estado, sociedade civil e cidadania. Notam-se individualizações e diversificações crescentes nas relações de trabalho. Ocorrem intervenções governamentais para maior desregulação dos mercados e orientações diferentes segundo as características das forças políticas e das movimentações sociais. Incrementa-se uma concorrência econômico-financeira em um contexto de crescente diferenciação cultural dos cenários para a expansão de mercados e gestão do capital transnacional.

Diz-se que a globalização alcançou o nível da onipresença, acarretando uma espécie de universalização do capitalismo ocidental com todas as suas penetrações nas esferas políticas, sociais e culturais. Com a globalização, revigora-se a metáfora da “fábrica global”, na medida em que ela

[...] instala-se além de toda e qualquer fronteira, articulando capital, tecnologia, força de trabalho e outras forças produtivas. Acompanhada pela publicidade, a mídia impressa e eletrônica, a indústria cultural, misturada em jornais, revistas, livros, programas de rádio, televisão, videoclipes, redes de computadores e outros meios de comunicação, informação e fabulação, dissolve fronteiras, agiliza os mercados, generaliza o consumismo.[...] Promove o redimensionamento de espaços e tempos. (IANNI, 2001, p. 19).

O cenário é de um mundo multidimensional e interdependente, compreensível apenas a partir de uma perspectiva plural que articule identidade cultural, interconexão global e política multirreferencial.

## **2. Democracia substancial (ou material): a emancipação social**

As mudanças nas condições de produção dos fluxos de capital na economia global, da tecnologia da informação e dos intercâmbios culturais trouxeram

desafios teóricos e práticos à democracia e à emancipação dos cidadãos.

As transformações da democracia operam-se no sentido de se admitir número cada vez maior de indivíduos. Desse modo, diz-se que é inviável pensar o desenvolvimento social das gerações sem certa porção de liberdade e igualdade na democracia. (MIRANDA, 2002, p. 527).

A liberdade reconhecida a todos os indivíduos iguala-se na condição de ser livre. Contudo, a igualdade é mais do que a liberdade. Dessa premissa decorre que a tendência à igualdade se desenvolve mais devagar que a tendência à liberdade na democracia. Não se pode esquecer, porém, que democracia e liberdade são bases para a promoção da igualdade. (MIRANDA, 2002, p. 529). As gerações cada vez mais esclarecidas estão convencidas de que a democracia, com liberdade e igualdade, é um projeto civilizacional possível e realizável. É bem verdade que, há mais de um século, já se dizia que o apreço pela igualdade, no regime democrático, tornar-se-ia muito forte no ser humano. Não foi outro o destaque dado à igualdade nas seguintes palavras:

Acho que os povos democráticos têm um gosto natural pela liberdade; entregues a si mesmos, eles a buscam, a amam e sempre julgam doloroso serem dela privados. Mas eles têm uma paixão ardente, insaciável, eterna e invencível pela igualdade; desejam a igualdade na liberdade e, se não podem obtê-la, desejam-na ainda na escravidão. (TOCQUEVILLE, 1848, p. 175).



De outro lado, não chega a ser surpreendente que as desigualdades sempre marcaram a história dos povos. Nos tempos atuais, fica nítido que essas desigualdades baseiam-se mais no aspecto socioeconômico do que em quaisquer outros fatores.

É certo que enunciados e esforços pela igualdade vêm, aos poucos, desbastando desigualdades artificiais. As desigualdades humanas, geradas por artifícios, verdadeiras usurpações, conseguiram inserir nas sociedades contemporâneas injustas profundas, promovendo apartamentos abissais, entre eles, os de alfabetizados e analfabetos, instruídos e não instruídos, cultos e incultos, enfim, educados e não educados. Já não se acredita tanto que essas desigualdades artificiais possam ser eliminadas por editos. Prefere-se pensar que a igualdade tem de ser (re)criada a todo tempo. (MIRANDA, 2002, p. 626).

Uma sociedade justa tem de planejar essa (re) criação, até porque a “igualdade não é um dado, mas um construído”. (ARENDDT, 2000, p. 123). As sociedades democráticas têm o dever ético-jurídico de implementá-la e incrementá-la, porque é uma questão de justiça social e, além disso, de efetividade e proteção mesmo de direitos humanos e fundamentais. (BOBBIO, 1992, p. 23-24).

Essas exigências remetem a um debate específico sobre a concretização dos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, às vezes denominados de bem-estar. Esses direitos, também conhecidos como de segunda geração ou, de acordo com teoria melhor elaborada, de segunda dimensão, foram acrescentados, em

período relativamente recente, às listas anteriores de direitos humanos e fundamentais, ampliando bastante o espectro desses direitos. (BARRY, 2005, p. 28).

De algum modo, o referencial dos direitos humanos e fundamentais tornou-se uma espécie de bandeira hasteada no cume dos valores sociais, convertendo-se naquela que é tida como a mais importante estrutura de direitos para as sociedades democráticas como um todo, até mesmo um “porto seguro para as ambições sociopolíticas e o termômetro dos regimes democráticos e antidemocráticos”. (BITTAR, 2012, p. 95).

Um grande marco nessa área foi a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, tanto assim que já se escreveu sobre ela o seguinte:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, [...], levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição [...]. (COMPARATO, 1999, p. 211).

O aviltamento contra a dignidade humana, justamente, consiste em tratar o outro como um ser inferior, sob qualquer pretexto das diferenças humanas. Elas não são deficiências e não podem servir de base para desigualdades socioeconômicas.

Entretanto, o princípio da igualdade não des-

ponta solitário nesse processo civilizatório de consolidação de sociedades democráticas, ao contrário, ele apresenta-se acompanhado do princípio da solidariedade ou fraternidade, que está na “base dos direitos econômicos e sociais, que a Declaração afirma nos artigos XXII a XXVI.” (COMPARATO, 1999, p. 212).

Tais direitos configuram exigências elementares de proteção às classes ou aos grupos sociais mais fracos ou necessitados, assegurando-lhes uma série de direitos indeclináveis, entre eles, o direito à educação. Não é de surpreender que os direitos econômicos, sociais ou culturais são preconizados pelo movimento da social-democracia, que elevou sobremaneira o valor de igualdade das classes ou dos grupos sociais na busca de acesso às condições dignas de vida em coletividade. Essa inclinação supõe e propõe o constante e decidido esforço rumo à progressiva mitigação das desigualdades sociais. Não é por outra razão que se afirma que os direitos sociais, econômicos e culturais obedecem, especialmente, ao princípio da solidariedade ou fraternidade, promovido pelo regime social-democrático, segundo as diretivas da justiça distributiva, com repartição dos benefícios ou encargos sociais em função das carências de grupos ou estratos da coletividade. (COMPARATO, 1999, p. 306-307).

A questão crucial, sempre retomada, é aquela que remete ao núcleo essencial de universalidade e singularidade de direitos subjetivos, com observância da já conhecida máxima da devida atribuição a cada um dos bens da vida que lhe pertencem. Trata-se da velha, mas não ultrapassada, forma de revigorar, nos dias atu-

ais, o milenar princípio “suum cuique tribuere” - dar a cada um o que é seu -, na medida em que aumenta a consciência de que “a todos os seres humanos sem exceção, independente de quaisquer diferenças de natureza biológica, étnica ou cultural, devem ser atribuídas as condições sociais de uma vida digna.” (COMPARATO, 1999, p. 307).

Essa consciência reforça não só a obrigação ético-moral, mas também político-jurídica, no contexto de uma social-democracia, de se buscar a máxima efetividade da justiça social, como fonte primordial para a emancipação dos cidadãos.

As instituições básicas de uma sociedade não devem se distinguir apenas por serem organizadas e eficientes: sobretudo, elas têm a obrigação de serem justas. (RAWLS, 1971, p. 13-15).

Na esteira do pensamento de John Rawls, os princípios de justiça seriam os seguintes: cada pessoa deve ter um direito igual ao esquema mais abrangente de liberdades básicas iguais compatível com um esquema semelhante de liberdades para as demais; e, as desigualdades sociais e econômicas deverão ser constituídas de tal modo que, ao mesmo tempo, espera-se que sejam razoavelmente vantajosas para todos e vinculem-se a bens acessíveis a todos. (RAWLS, 1971, p. 25-29).

O primeiro dos princípios enunciados é um derivado natural do pressuposto segundo o qual os agentes desconhecem os dados atrelados à sua própria concepção de bem. Esse “véu de ignorância” leva-os a se preocuparem com o direito à liberdade em sentido amplo.

Tais agentes estarão interessados em que as instituições básicas da sociedade não os prejudiquem, independente da concepção de bem que adotarem.

O segundo princípio é o que governa a distribuição dos recursos da sociedade e revela-se associado a noção básica de igualdade. Esse princípio deriva da posição de ignorar a condição socioeconômica e até mesmo os talentos de cada um, e tem como propósito afirmar que “as maiores vantagens dos mais beneficiados pela loteria natural só são justificáveis se elas fazem parte de um esquema que melhora as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade.” (GARGANELLA, 2008, p. 25).

Um princípio desse tipo tem levado a se falar, nos dias atuais, de uma “visão de prioridade”, assim entendida: é mais importante beneficiar as pessoas quanto pior for a situação social delas. (SCANLON, 1998, p. 223-229).

Não resta dúvida de que as possibilidades de agitação pública sobre questões de desigualdade social e privações começam a ser mais recorrentes do que antes, tanto assim que não faltam observações como estas:

Recentemente, houve muito mais ação dos movimentos organizados baseados de modo amplo em direitos humanos, como o direito à educação básica, o direito à alimentação [...], o direito aos cuidados básicos de saúde [...]. Esses movimentos servem para focalizar a atenção em falhas específicas da sociedade, em parte complementando o amplo debate público

na mídia, mas também proporcionando uma maior conotação política às demandas sociais importantes. (SEN, 2011, p. 385-386).

Fundada na ideia indeclinável de justiça social como seu valor fundamental, a democracia material (ou substancial), deve ser capaz de assegurar, como máxima efetividade, os direitos indispensáveis à emancipação das pessoas, entre os quais merece destaque especial uma educação qualificada, de modo a ampliar a possibilidade de formação de bons e honestos cidadãos.

### 3. Direito à educação

É certo, conforme a Constituição brasileira, que o direito à educação é um direito classificado como social (art. 6º) e, nesse sentido, é direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205).

A educação gratuita, contudo, só é considerada dever do Estado em relação ao ensino fundamental e obrigatório, inclusive para aqueles que não tiveram acesso a ela na época própria (art. 208, I). O direito à educação visa ao “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho” (art. 205 da CF). Assim, a análise do direito à educação, assim como ocorre com os direitos da seguridade social, depende do correlato estudo acerca de sua estruturação concreta (TAVARES, 2006).

#### 4. A cidadania e os Direitos humanos de natureza política

Os agrupamentos humanos caracterizam-se como sociedades quando têm um fim próprio e, para sua realização, promovem manifestações de conjunto ordenadas e se submetem a um poder, e, no que concerne à sociedade humana globalmente considerada, verifica-se que o fim é atingir o bem comum (DALLARI, 2012).

As sociedades políticas são sociedades de fins gerais, que não se prendem a um objetivo determinado e não se restringem a setores limitados da atividade humana, buscando, em lugar disso, integrar todas as atividades sociais que ocorrem no seu âmbito. Diz Heller que “o político é influenciado e condicionado pela totalidade do ser humano e, por sua vez, influencia e condiciona essa totalidade, acrescentando que o objeto específico da política consiste sempre na organização de oposições de vontade, sobre a base de uma comunidade de vontade” (apud DALLARI, 2012, p. 56-57).

São sociedades políticas todas aquelas que, visando a criar condições para a consecução dos fins particulares de seus membros, ocupam-se da totalidade das ações humanas, coordenando-as em função de um fim comum (DALLARI, 2012). Então, tem-se que a sociedade política de maior importância é o Estado.

Os direitos humanos de natureza política não são necessariamente conferidos a todos desde logo, porque implicam opções conscientes e complexas que não podem ser, por exemplo, deferidas a uma criança,

como é o caso da cidadania. Mas não é por essa restrição de idade que o direito deixa de ser uma das espécies de direitos fundamentais do Homem. Utiliza-se da expressão “direitos fundamentais do Homem” como designativa dessa realidade, abarcando não somente os direitos individuais, mas também os direitos sociais e os de solidariedade, expressão que tanto pode ser utilizada em nível interno como internacional (TAVARES, 2006).

Têm-se que os direitos individuais e políticos são direitos de primeira dimensão, surgidos com o Estado liberal do século XVIII, e foi a primeira categoria de direitos humanos surgida.

## **5. A cidadania e a questão a educação crítica na visão de Boaventura de Sousa Santos**

Boaventura de Sousa Santos, explica no capítulo denominado ‘a ação local dos cidadãos como forma de resistência à nova onda de colonização global’, sobre a cidadania e a educação crítica, afirmando que ele não estava entre aqueles que queriam tomar o poder, mas sim, que sua maior preocupação era a de constantemente “quebrar e dividir o poder existente” de forma a diluí-lo em milhões de “partículas”, que seriam assumidas e administradas crescentemente por todos os cidadãos. Afirma ainda que, caso mantivesse interesse em um envolvimento político ativo, teria que encontrar um significado para uma política muito mais abrangente que a convencional “política do poder” (SANTOS, 2012, p. 438).



Desse modo, ele conclui que, posto isto, o tipo de trabalho político que encoraja de forma contínua os cidadãos a se tornarem mais autônomos, mais informados, mais poderosos em todos os setores da vida pessoal e social deve denominar-se Educação (crítica) (SANTOS, 2012).

Boaventura, analisando a questão da educação sob uma visão política, afirma:

Ao analisar a educação de um ponto de vista político, percebi a urgência que havia em descobrir – ao aprender fazendo e ao fazer aprendendo – uma nova metodologia de educação que não fosse apenas uma forma de doutrinar a hegemonia de alguns sobre a maioria, nem um novo pilar de apoio do poder convencional e da sua cultura e ideologia dominantes. Uma educação assim crítica, construtiva e transformadora implicaria tirar o controle absoluto dos professores e das salas de aula e construir fortes elos com os movimentos sociais. Um novo processo em que “professores” e “alunos” estariam envolvidos de uma forma igualmente ativa em uma busca comum de soluções para os problemas locais que afetam quotidianamente os socialmente desfavorecidos (SANTOS, 2012, p. 438-439) (grifo nosso).

Verifica-se que o autor traz uma nova concepção para a educação, fazendo uma análise política, que para ele, consiste em desenvolver uma educação crítica, e que por meio desta, transforme as pessoas, criando um elo com os movimentos sociais, e, como consequên-

cia disso, gerando soluções para os problemas daqueles socialmente desfavorecidos.

Nesse sentido, complementa:

Aqui, a educação já não pretende fornecer respostas predefinidas (para questões que geralmente sequer foram colocadas), mas antes o oposto: significa estar atento aos problemas que as pessoas enfrentam e depois procurar e produzir os necessários conhecimentos, comportamentos e capacidades que poderão contribuir para a elaboração e implementação das respostas mais apropriadas e eficientes (SANTOS, 2012, p. 439) (grifo nosso).

É importante ressaltar que, para que isso se concretize, é preciso que as políticas atuais sejam modificadas e comecem a redesenhar e a reorganizar a vida econômica e social de “baixo para cima”, trata-se de um passo crucial no avanço da democracia (SANTOS, 2012).

## **6. Cidadania inclusiva: acesso a bens e serviços na sociedade pluralista**

O projeto sócio-cultural da modernidade é um plano ambicioso, que se propõe a infinitas possibilidades e, como tal, bastante complexo e suscetível a desenvolvimentos contraditórios. Trata-se de um projeto assentado em dois pilares fundamentais: o pilar da regulação e o pilar da emancipação.

O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, do mercado e da sociedade civil. O pilar da emancipação, por sua vez, é constituído por três lógicas de racionalidade: a estético-expressiva, a moral-prática e a cognitivo-instrumental. (SANTOS, 2001, p. 77).

O projeto de emancipação social da cidadania inclusiva não escapa a essa complexa articulação entre esses dois pilares.

A conquista de significativos direitos sociais, entre eles, o direito à educação qualificada, afere-se pelos direitos e deveres que constituem o conteúdo da pertença igualitária a uma dada coletividade e pelas instituições que os tornam efetivos e eficazes. (MARSHALL, 1950, p. 17-19).

Um dos principais aspectos dessa análise consiste na articulação que se opera entre cidadania e classe social e nas consequências que delas se extrai para caracterização das relações tensas entre cidadania e capitalismo.

A cada tempo assiste-se a uma cíclica crise do capitalismo. Sob outro ângulo que não o econômico-financeiro, pretende-se analisar a sua dimensão cultural, espantosamente avaliada como de crucial importância para se definir alternativas emancipatórias da modernidade. (SANTOS, 2001, p. 248). Não deixa de ser interessante observar esse aspecto pouco salientado da crise, que assim é retratado:

A crise é, em parte, a revolta da subjetividade contra a cidadania [...]. O compromisso social-democrático amarrou de tal modo os trabalhadores

e a população em geral à obsessão e às rotinas da produção e consumo que não deixou nenhum espaço para o exercício da autonomia e da criatividade [...]. Por outro lado, a cidadania social e o seu Estado-Providência transformaram a solidariedade social numa prestação abstrata de serviços burocráticos benevolentemente repressivos, concebidos para dar resposta à crescente atomização da vida social mas, de fato, alimentando-se dela e reproduzindo-a de modo alargado. Por último, o compromisso social-democrático, já de si assente numa concepção restrita (liberal) do político, acabou, apesar das aparências em sentido contrário, por reduzir ainda mais o campo político. (SANTOS, 2001, p. 249).

As consequências desse processo são notáveis. As diferenças qualitativas entre as distintas opções foi reduzida até quase a irrelevância. A representação democrática perdeu o contato com os anseios e as necessidades da população representada e tornou-se refém dos interesses corporativos poderosos.

O triunfo ideológico da subjetividade sobre a cidadania teria, obviamente, os seus inevitáveis impactos na emancipação social almejada. A tarefa de desvelamento das opressões e da luta contra elas é uma faina sem fim, sem um sujeito social especificamente titular dela e sem lógica de cumulatividade que permita distinguir entre tática e estratégia.

No entanto, é um inegável equívoco imaginar que, em uma sociedade pluralista, alguns movimentos

discernem um interesse específico de um grupo social e esforçam-se para garantir-lhe amplo acesso a bens e serviços. Não se pode perder de vista, porém, que certos valores, a cultura e a qualidade de vida, em nome dos quais se luta são, por si mesmos, maximalistas e globalizantes, insuscetíveis de uma finalização pontual e pouco inclinados para uma mera negociação pragmática, baseada em táticas ou estratégias de mercado.

A educação qualificada não se enquadra nesse modelo, mesmo que queiram disfarçar, com os mais hábeis arranjos linguísticos, que ela não está por ele absorvida e dominada. Educar de modo qualificado é pensar e agir para a construção, consciente, criteriosa e crítica da noção de que o sujeito pessoal, social e cultural contém, potencialmente, a humanidade no seu todo.

A empreitada emancipatória, de caráter maximalista, dispõe de uma inevitável temporalidade absorvente que, em casa espacialidade, compromete em todos os momentos todos os fins e todos os meios. A razão estruturante desse processo integrado de totalidades não é outro senão a percepção de que os momentos envolvem a relação tempo-espaço, de modo tal que:

a fixação momentânea da globalidade da luta é também uma fixação localizada e é por isso que o cotidiano deixa de ser uma fase menor ou um hábito descartável para passar a ser o campo privilegiado de luta por um mundo e vida melhores. (SANTOS, 2001, p. 261).

Um dos mais acesos debates, nos últimos tempos, incide no impacto educacional qualificado na relação entre subjetividade e cidadania, permeada pela visão emancipatória. A emancipação não é política apenas, mas antes pessoal, social e cultural. Os novos protagonistas das lutas emancipatórias não são somente as classes sociais, maiores ou menores que as classes, com contornos mais ou menos definidos, em vista de interesses coletivos, por vezes localizados, mas potencialmente universalizáveis.

Contudo, há nesse contexto uma questão crucial. As formas de opressão e exclusão, contra as quais se luta, não podem ser abolidas, em geral, pela via fácil da mera declaração-concessão de direitos educacionais. É bem mais do que isso. Exige-se uma ampla e profunda (re)conversão do próprio processo educacional, capaz de enfrentar o que se poderia chamar de 'patologias da modernidade'. (SANTOS, 2001, p. 269).

O que se deve entender, então, por essas patologias da modernidade? Qualquer alternativa de resposta não pode desconsiderar que elas envolvem problemas entre subjetividade, cidadania e emancipação. Essa tríade tem experimentado desarticulações e distorções com consequências bastante nefastas para o avanço no processo de uma convivência humana mais harmônica e paritária em relação ao acesso a bens e serviços em uma sociedade pluralista.

Os desarranjos e desacertos nessa tríade - subjetividade sem cidadania e sem emancipação; cidadania sem subjetividade e sem emancipação; e, emancipação sem subjetividade e sem cidadania - têm exigido um

esforço teórico e prático de uma renovada democracia que viabilize a reconstrução de três novas concepções. Uma sobre a subjetividade. Outra sobre a cidadania. E ainda outra sobre a emancipação. Agora, todas devem passar por uma matriz bem definida: a educacional. Educar o indivíduo envolve a educação da subjetividade, da cidadania e da emancipação de forma articulada e orientada para o convívio com o outro, com a relação de alteridade. É claro que isso implica desvelar e desobstruir formas latentes e resistentes de opressão e de dominação, bem como a (re)criação de novas oportunidades de interação e participação, com reflexos a serem sentidos em uma nova formulação triádica entre subjetividade-cidadania-emancipação. Na subjetividade, é preciso que a educação seja capaz de (re) construir o conceito de um sujeito ativo e transformador social da realidade. Na cidadania, é indispensável que a educação seja apta a promover novos meios de mitigação e, se possível, eliminação da exclusão social, combinando e reequilibrando o universo das individualidades com o multiverso do coletivo. E, na emancipação, é fundamental que a educação não se circunscreva apenas a exigência das obrigações verticais entre Estado-cidadãos, mas que também insista nas obrigações horizontais entre os próprios cidadãos, revalorizando o princípio das autonomias dos múltiplos grupos sociais e das muitas oportunidades por eles geradas e oferecidas para melhoria das condições de vida dos inúmeros marginalizados.

Talvez, a tarefa mais urgente de uma teoria-prática pós-moderna seja apontar caminhos para uma

nova síntese da tríade subjetividade-cidadania-eman-  
cipação, realizando uma interação mais harmoniosa  
nessa relação. Não é uma tarefa fácil e, por isso, ela de-  
pende, e muito, da força mobilizadora e modificadora  
da educação, capaz de captar os aspectos positivos e ne-  
gativos do até agora já experimentado, por um lado, e,  
por outro, de identificar e idealizar o que de novo desa-  
fia o presente-futuro. Claro que se trata de um processo  
a médio e longo prazos, mas que não pode mais adiar  
seu começo. Procrastinar o que já devia ter começado  
traz a angústia incômoda e, gradualmente, a asfixia  
impiedosa da espera esperançosa. De novo, esse cená-  
rio recoloca o desafio das ideias e dos ideais. Um tor-  
mento para o intelectual, entendido como todo aque-  
le aberto e disponível para o desconforto das ideias e  
dos ideais, para o desassombro de encontrar o poder  
positivo do pensamento negativo. Significa dizer que  
(re)encontrar caminhos para uma educação mobiliza-  
dora e modificadora é uma árdua tarefa intelectual e  
só por isso deve passar pela crítica de todo e qualquer  
pensamento confortável, porque uma verdadeira inte-  
lectualidade deve estar “menos interessada no gracejo  
entre iguais do que em se assegurar de que o alvo tenha  
sido atingido e mudado a cabeça, do ponto de vista das  
ideias.” (FULLER, 2006, p. 127).

Não se imagine que essa empreitada intelectu-  
al-educacional possa ser realizada sem esforço e des-  
conforto constantes, na medida em que ela envolve um  
projeto audacioso capaz de

[...] incluir uma nova teoria da democracia que  
permita reconstruir o conceito de cidadania,



uma nova teoria de subjetividade que permita reconstruir o conceito de sujeito e uma nova teoria da emancipação que não seja mais que o efeito teórico das duas primeiras teorias na transformação da prática social levada a cabo pelo campo social da emancipação. (SANTOS, 2001, p. 270).

Esse novo modelo teórico-prático depende, por certo, de um passo primordial: o compromisso decidido, decisivo e declarado com uma educação qualificada no tempo-espaço presente com perspectiva de futuro.

## **7. Educação qualificada: enfrentamento do mundo desencantado**

A modernidade já foi intitulada de mundo desencantado. Não é preciso recorrer a mais nada a não ser à racionalização formal-instrumental de tudo para se dar respostas a todos os segmentos da vida, até mesmo como se deve viver. (WEBER, 1993, p. 51-53).

Essa tese gerou celeumas diversas em muitas áreas, entre elas, no campo teórico-prático da própria educação.

Há um esforço hercúleo para se sair das décadas de rendição ao já não há mais nada a fazer. O destino individual e coletivo é gerido por leis ocultas e poderosas de mercado e só resta submeter-se a elas. A desfragmentação entre o individual e o coletivo é de tamanha envergadura que se propõe apenas o seguinte:

A vida devia ser vivida como nos era dado vivê-la pelos que desde seus escondidos centros de poder conduziam os destinos da humanidade. O futuro, porque de todo imprevisível, havia se tornado externo às preocupações das pessoas; estas tinham apenas que se preocupar em estar preparadas para competir e vencer num mundo regido pela lei do mais forte. (GOERGEN, 2001, p. 5-6).

Desconforto, desamparo e desorientação seriam sentimentos manifestados por todos aqueles que não ficaram completamente anestesiados por esse modelo selvagem. Uma lúcida consciência crítica, ainda não totalmente seduzida e inebriada pelo “deus-mercado”, embalada agora pela era da globalização econômico-financeira, tem levantado sua voz contra os abismos assustadores que essa “lógica divinizada” tem gerado no mundo contemporâneo, vale dizer, “conhecimento e ignorância, riqueza e pobreza, [...], opulência e miséria, vida e morte coabitam lado a lado.” (GOERGEN, 2001, p. 6).

Contudo, um projeto educacional qualificado, capaz de lançar ideias e ideais, para o enfrentamento de um mundo desencantado, envolve dilemas e desafios.

Com relação aos dilemas, ainda de tudo, é preciso não perder de vista trechos do célebre poema “The Rock”, de inegável pertinência para a realidade vivida nos dias atuais: “[...] Where is the wisdom we have lost in knowledge? Where is the knowledge we have lost in information? [...]” (ELIOT, 1934, p. 13).

De fato, não há como não perguntar mesmo onde está o conhecimento perdido em tanta informação e onde está a sabedoria perdida em tanto conhecimento. Não deixa de ser bastante ponderada a seguinte reflexão sobre essa preocupação:

Parece razoável afirmar, como ponto de partida, de uma reflexão sobre educação em nossos dias, que reconheço a escala gigantesca da tarefa que se impõe, de transformar informação em conhecimento, para não falar do segundo passo, talvez o fundamental, de reencontrar no conhecimento algum acesso à sabedoria. (BARCELLOS, 2009, p. 7).

O conhecimento só se define como tal enquanto organização, relacionado com as informações e inserido no contexto de circulação delas. As informações em si mesmas não passam de parcelas dispersas para o conhecimento. E não é demais a observação pertinente de que, em toda parte, cada vez mais, todos estão “afogados em informações”. (MORIN, 2002, p. 16). Não é só. Além disso, os conhecimentos fragmentados só servem para usos técnicos. Há uma outra advertência bastante insinuante sobre esses conhecimentos, qual seja: “não conseguem conjugar-se para alimentar um pensamento capaz de considerar a situação humana no âmbito da vida, na terra, no mundo, e de enfrentar os grandes desafios de nossa época.” (MORIN, 2002, p. 17)

E ainda não é só isso. Parece se tornar algo cada vez mais distante da realidade integrar conhecimentos

para condução melhor da vida, em busca de um possível mundo melhor, ainda que se saiba que não seja, definitivamente, o melhor dos mundos. É a sabedoria perdida.

Esses três dilemas do mundo contemporâneo, com enormes dificuldades de agregar e filtrar informação, conhecimento e sabedoria, conduzem a três desafios a serem enfrentados pela educação qualificada, no tempo-espaço presente, com perspectiva de futuro.

O primeiro é o desafio cultural. A separação entre a cultura das humanidades e a cultura tecnocientífica, agravada no século XX, desencadeia sérias consequências para ambas. Essa disjunção traz um reflexo negativo, assim traduzido:

A cultura das humanidades tende a se tornar um moinho despossuído do grão das conquistas científicas sobre o mundo e sobre a vida, que deveria alimentar, mas grandes interrogações; a segunda, privada da reflexão sobre os problemas gerais e globais, torna-se incapaz de pensar sobre si mesma e de pensar os problemas sociais e humanos que coloca. (MORIN, 2002, p. 17-18).

O segundo é o desafio social. É preciso lembrar que o verdadeiro estudo é o da condição humana (ROUSSEAU, 1762, p. 35-37). Essa condição humana que coloca em cena a alteridade indivíduo-sociedade. A contribuição da cultura das humanidades para o estudo da condição humana segue sendo fundamental. E nessa alteridade que os seres humanos são confronta-

dos com os mesmos problemas vitais e mortais. Recuperar a vocação reflexiva sobre os múltiplos aspectos do saber, notadamente, os antropológicos, éticos e estéticos, para mover e comover a pluralidade de pontos de vista sobre essa matriz comum da condição humana é uma emergência na cultura das humanidades. Entretanto, também é preciso assinalar que a cultura tecnocientífica não está isenta de contribuir para a inteligência dessa mesma condição humano. Ela deve ser entendida em sua capacidade de conceber a humanidade em sua unidade antropológica e em suas diversidades individuais e sociais religadas. Essa almejada religação deveria mostrar que:

[...] ‘homo sapiens’ também é, indissolavelmente, ‘homo demens’, que ‘homo faber’ é, ao mesmo tempo, ‘homo ludens’, que ‘homo economicus’ é, ao mesmo tempo, ‘homo mythologicus’, que ‘homo prosaicus’ é, ao mesmo tempo, ‘homo poeticus’. (MORIN, 2002, p. 42).

E o terceiro desafio é cívico. É urgente retomar a noção de que o enfraquecimento do senso de responsabilidade coletiva conduz ao enfraquecimento da própria solidariedade. A consequência desse processo é que cada fica apenas preocupado com seu nicho de interesses individuais, acarretando o inevitável resultado: “ninguém mais preserva seu elo orgânico com a cidade e seus concidadãos.” (MORIN, 2002, p.18).

Não se trata de uma séria questão apenas creditada na atitude de cada um. Essa é uma análise mais

superficial. A questão é mais profunda e está relacionada às distorções do processo de formação e desenvolvimento do próprio saber nos tempos atuais, vale dizer, “o saber tornou-se cada vez mais esotérico (acessível somente aos especialistas) e anônimo (quantitativo e formalizado).”(MORIN, 2002, p. 19). Além disso, o conhecer está cada vez reservado aos expertos, cujas competências e habilidades tornaram-se o ápice almejado, sem se perceber que é impossível fomentar e ampliar a democracia e a cidadania, quando se perde a noção fundamental de todo-partes, limitando-se ao saber-conhecer restrito, reduzido, fragmentado e fechado.

Todo esse complexo de dilemas e desafios compõe o cenário real de se projetar uma educação qualificada, capaz de preparar para o enfrentamento crítico, coerente e criterioso da multifacetária realidade contemporânea.

Não se pode fugir a uma questão crucial. Educação não se realiza sem educador, expressão que traz uma enorme carga de significado. Se não é tão fácil se definir quem é mesmo educador, então, pelo menos, deve-se tentar delinear o que ele é capaz. Nesse sentido, ainda que outras possam ser formuladas, talvez seja essa proposição também muito pertinente:

Um educador capaz de se comprometer com a liberdade é um ‘intelectual’, no sentido de alguém que se apropria criativamente das competências do pensamento e, referindo-se às tradições de seu campo, atua conscientemente na formulação e reformulação de um diálogo

educativo. Este se estrutura em torno da verdade e da unidade, das diferenças e semelhanças, que no dinamismo da realidade levam todo pensador a interrogar seu tempo a partir das indagações universais que remetem a civilização ao seu desenvolvimento histórico dentro de horizontes filosóficos. (BARCELLOS, 2009, p. 17-18).

Dessa proposição instigadora, três questões podem ser suscitadas e são fundamentais para a própria educação qualificada, enquanto essencial para a formação de todo ser humano. A primeira refere-se à intelectualidade. A segunda, ao pensamento. E a terceira, à complexidade.

Alguns intelectuais defendem ideias e ideais ausentes, enquanto outros apenas se filiam ao “status quo” (“estado das coisas”). Não há dúvida de que a primeira posição é bem mais desconfortável do que a segunda. Entretanto, esta segunda posição, de forma ainda mais confortável, pode garantir porto seguro para um conservador entusiasmado, que torce para que o “status quo” (“estado das coisas”) se mantenha sem precisar despender esforços transformadores e este certamente não é um intelectual. (FULLER, 2006, p. 122).

De todas as reformas que se pretende realizar na vida, talvez a mais difícil delas é a do pensamento. Não é mesmo nada cômodo repensar o já pensado e (re) pensar o não pensado, porque ainda não se pensou que mais vale uma cabeça bem-feita que bem cheia. (MONTAIGNE, 1588, p. 21-23).

A reforma do pensamento possibilitaria o em-

prego calibrado da inteligência para se responder aos dilemas e desafios da vida contemporânea. Contudo, não se pode deixar de perceber que essa reforma não é apenas programática, e muito menos pragmática; ela é e precisa ser paradigmática.

Além disso, a realidade requer um olhar atento para a complexidade, entendida como aquilo que é tecido junto. Uma questão complexa resulta pelo menos da interseção de três grandes áreas temáticas: a antropológica, que indaga sobre o ser humano; a ética, que propõe a reflexão sobre o saber agir; e, a gnosiológica, que ajuda a discutir o que é a verdade e por que meios é possível assimilá-la e transmiti-la, cada qual com suas peculiaridades, o que a torna digna de cuidadosa reflexão. (BARCELLOS, 2009, p. 19).

Educar é um processo de aperfeiçoar, um tornar melhor do que era, acreditando que sempre será ainda melhor. No entanto, não deve haver ilusão: nunca foi, não é não será fácil educar, porque não há receita pronta para tanto, embora não seja uma utopia impossível e irrealizável. (MORIN, 2001, p. 13-17).

Educação é idealidade e realidade, e vice-versa. Essa simbiose exige consciência crítica suficiente para enfrentar os dilemas da informação, do conhecimento e da sabedoria, encarar os desafios culturais, sociais e cívicos, sem deixar de espantar-se (admirar-se!) com a intelectualidade, o pensamento e a complexidade. Tudo isso requer um envolvente esforço para transmitir saberes e sabores da educação de homem-livre, que não perde de vista que



Todo amor verdadeiro é sem cálculo, mas nem por isso deixa de ter a sua recompensa; no entanto só pode recebê-la, se for sem cálculo [...]. Quem procura no amor algo diferente do amor perde não apenas o amor, mas também toda a alegria do amor. (PIEPER, 1986, p. 16-17)

Esse processo educativo amoroso é um antídoto contra concepções ideológicas, sedutoras e manipuladoras, orientando a vida humana para virtudes voltadas para valores. São os valores que edificam e destacam de “maneira objetiva formas do bem humano, da dignidade humana, propondo-as à opção e à prática na vida individual e social.” (JOSAPHAT, 2010, p. 127). Os valores humanos podem ser, então, delineados como “um conjunto de bens, de qualidade humanas que reconhecemos em nossa razão como exigência de nossa dignidade humana e como caminhos de nossa felicidade, de nossa plena e livre realização pessoal e social.” (JOSAPHAT, 2010, p. 131).

É esse projeto-processo educativo que mira a busca empolgada, esforçada e encorajada da excelência humana, que possibilita o enfrentamento, com preparo, primor e prudência, os desencantos, os desencontros e as desmesuras do mundo contemporâneo.

## Conclusão

O cenário deste século XXI, já em acelerado curso, revela a dinâmica de um mundo desafiador. Um mundo multidimensional e interdependente, compre-

ensível apenas a partir de uma perspectiva plural, capaz de articular identidade cultural, interconexão global e política multirreferencial.

As sociedades contemporâneas deparam-se com muitos e inegáveis dilemas complexos. Não há dúvida alguma, porém, de que o educacional é um dos mais alarmantes e emergentes, tanto sob o ponto de vista teórico, quanto prático.

A questão crucial é a promoção de uma educação humanizante, aberta, personalista, pluralista, conscientizadora, crítica e dialogal. Não raras vezes, nos dias atuais, ouvem-se discursos polarizados sobre essa perspectiva educacional. Para alguns, esse projeto não passa de uma ficção idealista. Para outros, de um fracasso realista.

Mesmo que permeada por essas visões, a serem superadas aos poucos, o certo é que a educação está na pauta inadiável de um mundo em profundas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais.

É a obstinada busca de uma educação emancipatória, voltada o desenvolvimento de uma cidadania inclusiva o desafio real da democraciasubstancial (ou material), fundada na noção primordial de justiça distributiva (social), na era da globalização.

As gerações, cada vez mais esclarecidas, estão convencidas de que a democracia, com liberdade e igualdade, é um projeto civilizacional possível e realizável. Contudo, a solidariedade passa também a compor, de forma indeclinável, o arcabouço estruturante para o avanço mais harmonioso desse projeto, baseado no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. É

ele que embasa as exigências prioritárias de efetiva proteção dos direitos humanos e fundamentais, entre os quais, com destaque especial, encontram-se os direitos sociais. É no âmago desses direitos de segunda geração e/ou dimensão que se situa o direito à educação. Não a uma educação qualquer, mas uma educação qualificada, capaz de formar o sujeito ativo apto a transformar a realidade de modo consciente, criterioso e crítico. Essa educação qualificada não pode prescindir do propósito de articular subjetividade, cidadania e emancipação pessoal, social e cultural, o que implica desvelar e desobstruir formas latentes e resistentes de opressão e dominação existentes nas sociedades contemporâneas.

Não é demais dizer que não pode haver ingenuidade. Não se imagine que essa educação qualificada possa ser implementada e incrementada sem esforços e desconfortos constantes. Contudo, um projeto-processo de educação qualificada, como essencial à formação do ser humano, tem de se lançar no universo de ideias e ideais, para o enfrentamento de um mundo que, por vezes, tem suas ondas de desamparos, desorientações e desânimos.

Não é só isso. O desenvolvimento de um educação qualificada não ficará imune a dilemas e desafios constantes.

Os dilemas estão em três níveis. No nível da informação, do conhecimento e da sabedoria. É preciso resgatar o conhecimento, muitas vezes camuflado e confundido em um fluxo indomável de tanta informação não filtrada. É preciso mais, ou seja, recuperar a sabedoria, não raras vezes subjugada e solapada por

um repertório de conhecimento, diluído em tantos conhecimentos fracionados e fragmentados.

Os desafios também se apresentam em três dimensões. Na dimensão cultural, na social e na cívica. Na primeira, é indispensável religar a cultura das humanidades e a cultura tecnocientífica. Na segunda, é imprescindível aprender a própria condição humana, pela qual os seres humanos defrontam-se com os mesmos problemas vitais e mortais, de modo que sejam capazes de compreensão de suas diversidades individuais e sociais sejam também reposicionadas. E na terceira, é urgente a retomada da noção enfraquecida do senso de responsabilidade coletiva, que apenas fortalece os nichos dos mais exacerbados individualismos, sem um elo de comprometimento com a cidade, com os concidadãos e com a cidadania.

Todos esses dilemas e desafios, entretanto, só reforcem que educar é um projeto-processo de aperfeiçoamento, de tornar melhor do que era, com a renovada esperança de que sempre será ainda melhor, na busca incessante da excelência humana. Isso nunca foi, não é e não será fácil, porque não há um receituário já pronto e acabado. É um movimento ininterrupto e muito dinâmico de transposição dialética entre idealidade e realidade, para transmissão de saberes e sabores, de virtudes e valores de homem-livre. Requer uma espécie de amor sem cálculo. Por isso, envolve a própria alegria do amor, orientado para aquela indeclinável aspiração à excelência humana, tornando-a capaz de se encontrar também com a condição humana que, com todos seus limites, não renuncia à esperança de construir um mundo melhor, ainda que não seja o melhor dos mundos.

## Referências

- ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. de Mauro W. Barbosa de Almeida. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- BARCELLOS, Marcos Cotrim de. **Filosofia para educadores: ensaios sobre a liberdade**. Goiânia: Kelps, 2009.
- BARRY, Brian. **Why Social Justice Matters**. Cambridge: Polity Press, 2005.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ELIOT, Thomas S. **Stories of the Human Spirit**. New York: Perter Y. Chou, 1934.
- FRIEDMAN, Thomas L. **O Mundo é plano: o mundo globalizado no século XXI**. Trad. de Cristiana Serra, Sérgio Duarte, Bruno Casotti e Cristina Cavalcanti. 3. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- FULLER, Steve. **O intelectual: o poder positivo do pensamento negativo**. Trad. de Maria da Silveira Lobo. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2006.
- GARGARELLA, Roberto. **Asteorias da justiça depois da Rawls: um breve manual de filosofia política**. Trad. de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GOERGEN, Pedro. **Pós-modernidade, ética e educação**. Campinas: Autores Associados, 2001.
- HARVEY, David. **The Condition of Postmodernity**. Oxford: Blackwell, 1989.
- IANNI, Octávio. **Teorias da Globalização**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- JOSAPHAT, Carlos. **Ética mundial: esperança da humanidade**. Petrópolis: Vozes, 2010.
- MARSHALL, T. H. **Citizenship and Social Class and Other Essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.
- MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Campinas: Bookseller, 2002.

- MONTAIGNE, Michel Eyquem de. **Essais**. Paris: Abel Langelier, 1588.
- MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução de Eloá Jacobina. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Trad. de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 3. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2001.
- PIEPER, Josef. **Faith, Hope, Love**. São Francisco: Ignatius, 1986.
- RAWLS, John. **A theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emile ou De L'Éducation**. Paris: Jean Néaulme, 1762.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- SCANLON, T. M. **What we owe to each other**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la Democratie en Amérique**. Paris: Pagnerre, 1848.
- WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. Trad. de Leônidas Hegemberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

# Revolución Electrónica Informática: Fenómeno de Transformación Civilizacional a Escala Planetaria

## *Electronic Computing Revolution: The Phenomenon of Civil Transformation in a Planetary Scale*

Artigo recebido em 13/06/2013.

Revisado em 11/07/2013.

Aceito para publicação em 22/08/2013.

*“Lo que distingue a las épocas económicas unas de otras no es lo que se hace sino el cómo se hace, con que instrumentos de trabajo se hace. Los instrumentos de trabajo no son solamente el barómetro indicador del desarrollo de la fuerza de trabajo del hombre, sino también el exponente de las condiciones sociales en que se trabaja”.<sup>1</sup>*

*Carlos Marx*

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013

Revolución Electrónica Informática: Fenómeno de Transformación

Civilizacional a Escala Planetaria - pp. 487-519

ARENCIBIA M. G.

## **Mario González Arencibia**

Economista. Dr. En Ciencias Económicas por la Universidad de Oriente, Cuba y por la Universidad Complutense de Madrid, España. [mgarencibia@uci.cu](mailto:mgarencibia@uci.cu)

### **Resumen**

El presente ensayo examina los cambios más relevantes que desde el punto de vista civilizacional se han desarrollado como efecto de la revolución electrónica informática. En comparación con las revoluciones anteriores, ahora los impactos de las innovaciones en la esfera tecno-productiva son mucho más radicales y globalizadores, dichos cambios en su conjunto han revolucionado las comunicaciones, permitiendo superar las barreras del espacio y el tiempo, uniendo localidades distintas y distantes a lo largo y ancho del sistema global.

### **Palabras-claves**

Globalización; empresa, paradigma tecno-económico; civilizacional.

### **Abstract**

This paper examines the most relevant exchanges from the perspective that civilization has developed with the effect of an Electronic Computing Revolution. Compared with previous revolutions the impacts of



the now techno-productive sphere innovations are much more radical and global, such changes as a whole, have been evolving communications, overcoming the barriers of time and space, joining distant and distinct locations throughout the global system.

## Keywords

Globalization; business; techno-economic paradigm; civilization.

## Sumario

Introducción. 1. Tránsito de un paradigma tecno-económico a otro. 2. Modificaciones en la reproducción del capital empresarial. 3. Oligopolios “cuasi globales”: características básicas. 4. Papel del Estado en las nuevas condiciones. 5. Nueva territorialidad en la Economía Internacional: Concepto de “*Made in World*”. Conclusión. Notas. Referencia.

## Introducción

El planteamiento de Marx, es de particular importancia para la valoración del tránsito hacia una nueva época económica del capitalismo a finales del siglo XX, en momentos en que la humanidad está asistiendo a una revolución sin precedentes, en lo que es trascendente, el avance impetuoso de la Revolución

Científica Técnica y sus efectos en esferas claves para el desarrollo, ampliando la posibilidad de mayores vínculos entre los integrantes de la economía mundial. Tales transformaciones tienen en su base un nuevo paradigma tecno-económico<sup>2</sup>, el cual es el resultado de una profunda revolución tecnológica,<sup>3</sup> caracterizada como la revolución **electrónica-informática**, que se traduce en cambios fundamentales en las telecomunicaciones, la microbiología, la computarización etc.

En comparación con las revoluciones anteriores, ahora los impactos de las innovaciones en la esfera tecno-productiva son mucho más radicales y globalizadores. Para establecer el vínculo entre la globalización y el nuevo paradigma tecno-económico existen aseveraciones que señalan- la era previa de la globalización fue construida alrededor de los costos decrecientes del transporte, gracias a la invención del ferrocarril, la máquina de vapor y el automóvil la gente pudo acceder a los lugares más rápido y con costos baratos, comerciando en las plazas más lejanas a costos muy baratos.<sup>4</sup>

De otra parte, se plantea por **Thomas L. Friedman** que “*la era de la globalización es construida alrededor de los costos decrecientes de las telecomunicaciones*”, en lo que es significativo, el desarrollo de los medios de comunicación masiva, desempeñando un papel importante los satélites, sistemas de televisión por cable, fibras ópticas, e Internet. Los cuales en su conjunto han revolucionado las comunicaciones, permitiendo superar las barreras del espacio y el tiempo, uniendo localidades distintas y distantes a lo largo y ancho del sistema global.

También es relevante como resultado de estas transformaciones, la aparición de nuevos productos (edición electrónica, con el CD-ROM, software educativos, microordenadores, terminales multimedia) y nuevos servicios (consulta de bancos de datos en el trabajo, o en la casa, Internet). Estos servicios se apoyan en la fusión informática, la televisión, el teléfono, y el satélite a través del dominio de las tecnologías digitales. La puesta en funcionamiento de estas técnicas a través de la generalización de la informática y de los servicios, la miniaturización de los ordenadores y su conexión a redes de escala planetaria tienden a modificar paulatinamente el mundo, impactando los mercados financieros y las redes de información.

La magnitud de interrelaciones que producen los cambios del paradigma tecno-económico a nivel del mapa mundial, ha hecho plantear la idea de que se está asistiendo a un **“fenómeno de transformación civilizacional”**<sup>5</sup> a escala planetaria. El efecto de estos cambios ha sido una mayor radicación de la globalización. Cuestión que constituye el tema central que ocupa este ensayo.

## 1. Tránsito de un paradigma tecnológico a otro

Desde el punto de vista histórico, se pueden observar algunas características del paradigma tecno-económico anterior al actual, que hacen más visibles la magnitud de los cambios, los cuales indican que la economía mundial globalizada está funcionando con un

mecanismo distinto al de antes. El anterior toma cuerpo entre los años 20s y 30s del siglo XX, influyendo sobre el crecimiento logrado por la economía a partir de la Segunda Guerra Mundial, el mismo presenta como características básicas los siguientes aspectos:<sup>6</sup> El paradigma tecno-económico prevaleciente hasta mediados de los años 70<sup>7</sup> se basó en el uso del petróleo barato y los materiales intensivos en energía, especialmente los plásticos.

El modelo de eficiencia para la organización del trabajo en la planta era el proceso continuo, o línea de ensamblaje para la producción masiva de productos iguales; el tipo de empresa era la "corporación", manejada por una jerarquía administrativa y gerencia, de carácter profesional y separada de la producción; su estructura incluía un departamento de investigación y desarrollo; la competencia en el mercado tomaba forma oligopólica; las ramas motrices eran las gigantes empresas petroleras, petroquímicas y otras productoras de bienes masivos energo-intensivos para los mercados de consumo y militares.

El crecimiento complementario de estas ramas permitió el desarrollo de un sector de servicios que abarcaban desde estaciones de gasolineras y supermercados hasta la industria publicitaria y el sector financiero diversificado, de manera similar ocurrió en la industria de la construcción. Este sistema requería de creciente mano de obra especializada, tanto en la planta productiva como de oficina, se beneficiaba de economías de aglomeración. A nivel socio-institucional, en este contexto es relevante el papel del Estado como

redistribuidor de riqueza, comprometido activamente directa e indirectamente con la economía.

A diferencia del patrón tecno-económico anterior, en el actual, con el rápido crecimiento y la amplia disponibilidad de la microelectrónica barata y, el bajo costo del manejo de la información, se están conformando y difundiendo características seculares que dan muestras de cambios en las fuerzas productivas y con ello se denota el desenvolvimiento de nuevas relaciones de producción, en la base de la reproducción capitalista. En la actualidad el uso intensivo de energía cede terreno al de información.<sup>7</sup> El resultado es el desenvolvimiento de un nuevo paradigma tecno-económico, basado principalmente en la informática y las telecomunicaciones, y en un nuevo modelo gerencial puesto en práctica a gran escala, originalmente experimentado por los japoneses y asumido con diversas modificaciones por los países más avanzados.

Entre los cambios más significativos que el paradigma emergente introduce en la esfera productiva están: la organización de la producción basada en un sistema de articulación de módulos productivos de tamaño pequeño y flexible, lo que implica una adaptabilidad o flexibilidad,<sup>8</sup> que permite pasar de la fábrica a gran escala a una fabricación variada correspondiente a una demanda cada vez más diferenciada; el paso de un modelo de producción intensivo en energía y materia prima a un modelo intensivo en información, conocimientos y servicios; el paso de una red flexible y descentralizada con gran autonomía, pero con una dirección estratégica.

Los resultados de estas transformaciones han sido entre otros, el uso de recursos materiales que tienden al ahorro de materiales y energía; desplazamiento del empleo a nivel micro y sectorial, y dependiente del ritmo de crecimiento a nivel macro, lo cual transforma el perfil de habilidades y conocimientos requerido por la fuerza laboral; reconstitución de las cadenas productivas, ocasionando cambios en los sistemas de comercialización, transporte y de servicios financieros, etc.<sup>9</sup>

La característica más relevante de las tecnologías de información (semicomputadores, programas de computación y telecomunicaciones) y que las distingue de las olas tecnológicas anteriores (energía a vapor o electricidad) es su ubicuidad: Estas permiten ser aplicadas a todos los sectores de la economía, sean manufacturas, la administración, los servicios o la agricultura. Son insumos importantes para la producción de bienes y servicios (como la energía a vapor y la electricidad).<sup>10</sup>

Como resultado de las modificaciones mencionadas se está produciendo un cambio de perfil de las inversiones, trayendo como consecuencia la desaparición de ramas y otras que tienden a consolidarse. Por consiguiente, la estructura de las empresas y de las economías capitalistas tienden a verse modificadas como resultado del carácter globalizante del nuevo paradigma tecno-económico. Ello es visible a través de una clasificación de ramas que aporta la investigadora Carlota Pérez (1998) al anunciar ramas vectoras, motrices e inducidas.<sup>11</sup>

Las ramas vectoras son las que hacen uso intensivo del factor clave. En el modelo anterior se destacaban los automóviles, tractores, y artículos eléctricos; en el paradigma actual, computadoras, equipos de telecomunicación e industrias de software. Las ramas motrices, son las responsables de la producción del factor clave y otros insumos, en el patrón anterior eran las grandes empresas petroleras, automotrices y petroquímicas, en el actual, las fábricas productoras de semiconductores.

La función específica de esta rama es la reducción del costo de los insumos, de manera que haya una expansión del nuevo patrón tecnológico, por lo que el crecimiento de su mercado depende de la magnitud de generalización del nuevo paradigma en la esfera de la producción. Las ramas inducidas son consecuencia de las ramas vectoras y complementarias a ellas, se nutren de la mano de obra que las ramas vectoras desplazan: en el paradigma anterior eran las gasolineras y supermercados, en el actual, servicios de software, sistemas variados de asesoría, redes de distribución y servicios de mantenimiento.

## **2. Modificaciones en la reproducción del capital empresarial**

Es conveniente precisar algunas características sobre el impacto del nuevo paradigma tecno-económico en la empresa capitalista, debido a que *la concepción del mundo actual se tiende a construir*

*desde el proceso de trabajo* bajo una nueva lógica tanto en la producción como en los mercados. Esta nueva estructura lleva a un nuevo tipo de empresas más flexibles, viéndose cuestionada la producción en masa frente a la producción por lotes, redefiniéndose la cuestión de escala. En el paradigma anterior la escala óptima era siempre mayor que los mercados internos, en el nuevo paradigma las nociones de escala óptima y de configuración óptima de planta se refieren a la perfecta adecuación a las condiciones específicas del mercado de destino seleccionados.<sup>12</sup>

Ello es el resultado de la introducción de controles eléctricos, con costos relativamente bajos para programar y realizar modificaciones en los planes de producción. Siendo el efecto, una mayor eficiencia al fabricarse una mayor variedad de productos. La posibilidad de combinar el diseño computarizado con la manufactura, a través de software reduce el costo relativo de la innovación, siendo uno de los componentes que se le incorpora a los índices de productividad y a la competencia. Otro de los cambios que ofrece el nuevo paradigma, es que invierte la relación oferta-demanda. Antes la demanda debía adaptarse a la oferta, actualmente las posibilidades que brindan los equipos programables a través del diseño gráfico computacional, crea las premisas para que la producción se adapte a las necesidades diferenciadas del consumidor, el cual en términos de estrategias de marketing pasa a ser el rey.

El efecto de los cambios estructurales es un tránsito de la producción en serie a la producción



flexible o del “fordismo” al posfordismo, el modelo de producción en serie está basado en los incrementos de productividad obtenidos por las economías de escala consiste en un proceso mecanizado de un producto basado en una cadena de montaje. Teniendo como unidad productiva la gran empresa estructurada según los principios de integración vertical y la división social del trabajo institucionalizada.

Este sistema empresarial esta basado en la organización científica del trabajo de Taylor, y es característica de las grandes empresas capitalistas.<sup>13</sup> Este tipo de producción se vio limitado por la creciente diversificación de la producción y el rápido crecimiento de internacionalización de los mercados, debido a que la demanda es cada vez más incalculable, influyendo de otra parte, la obsolescencia tecnológica. Con lo que el sistema de producción en serie ya no se adecua al cambio, volviéndose demasiado rígido y costoso, siendo sustituido por el sistema de producción flexible.<sup>14</sup>

Otro de los aspectos característicos de la reestructuración tecnológica, es el *crecimiento de empresas pequeñas y medianas en condiciones de alta capacidad competitiva frente a grandes empresas*. Las nuevas tecnologías han hecho posible el logro de grandes cuotas de productividad en empresas pequeñas, por lo que la flexibilidad y la eficiencia ya no dependen de la escala de la planta productiva, como tampoco la productividad no depende del tamaño de la empresa. Ello se diferencia mucho de lo que fue el sistema empresarial del capitalismo de fines del siglo XIX.<sup>15</sup> Sin embargo, ello no significa que desaparezcan

la grandes empresas ellas continúan ocupando un papel importante en los procesos de concentración y centralización del capital de la economía global. Lo que está en crisis no son las grandes empresas sino su modelo de organización tradicional, basado en la integración vertical y la gestión funcional jerárquica.<sup>16</sup>

En este entorno de transformaciones, también se evidencian variaciones en los métodos de trabajo, en que se opone al fordismo empresarial el toyotismo,<sup>17</sup> el cual se tiende a adecuar con mayor posibilidad a la forma en que opera la economía globalizada y al sistema de producción flexible. Existen autores que distinguen el toyotismo del pre y posfordismo al plantear que este es una nueva forma de gestionar los factores del proceso de trabajo: teniendo como rasgo típico en la experiencia japonesa la desespecialización de los trabajadores profesionales y en lugar de dispersarlos los pone a cumplir con actividades multifuncionales.<sup>18</sup>

Por lo que el método de gestión llamado “toyotismo”, por quienes intentan velar la teoría de la plusvalía es un cambio radical en los métodos de trabajo que intenta transformar el antiguo modelo fordista basado en una producción de escala siempre en expansión, siendo una respuesta a la crisis capitalista dentro del proceso de trabajo, como consecuencia del ensanchamiento del mercado y de la necesidad de reducir los costos “superfluos” del capital, tanto constante como variable. Su modelo es la “fábrica mínima” reduciendo tanto las existencias de stock como de materias primas, a lo que está vinculado una importante reducción del personal.

Junto a la introducción de nuevas maquinarias, se busca liquidar la “rigidez” del trabajo asociado a la cadena de montaje del fordismo incorporando modalidades como la polivalencia y el trabajo en células, lo que consiste en que un obrero o equipo de obreros este capacitado para realizar múltiples funciones y no una como era anteriormente. Por esta vía aumenta la intensidad del trabajo, y se intenta eliminar el tiempo de trabajo muerto y las distintas resistencias a la cadena de montaje ideadas por los obreros, también se introduce la competencia en el interior de la fábrica.

Es importante subrayar que los cambios organizacionales, superan el marco empresarial involucrando las relaciones entre empresas. Bajo la forma de un modelo de subcontratación, basado en el principio de cobertura de una gran compañía y el modelo de redes multidireccionales aplicado por empresas pequeñas y medianas. El modelo de subcontratación se establece sobre la base de la fundación de otras empresas que tienen la misión de realizar partes específicas de un producto, estas funcionan geográficamente donde existan condiciones ventajosas para contratar mano de obra, “adaptable” a las cambiantes condiciones del mercado. Este tipo de acuerdo se da entre empresas grandes y pequeñas. El modelo de redes multidireccionales consiste en la agrupación de pequeñas empresas con la finalidad de desarrollar acciones comunes sobre el mercado. Estas tienen la particularidad de que aparecen o desaparecen de acuerdo a las variaciones del mercado mundial.<sup>19</sup>

Otra particularidad de la consolidación empresarial, consiste en que esta se sustenta en el principio de una cadena o red, con la finalidad de aprovechar las ventajas de la diferenciación o heterogeneidad social y estructural, ella es la EMPRESA RED.<sup>20</sup> Esta funciona sobre la base de estructuras descentralizadas y autonomía local, ello ha sido posible por la introducción de la microelectrónica, al permitir mayores niveles de interrelación dirigidos a crear una base tecno-económica global.<sup>21</sup>

La EMPRESA RED o horizontal, se caracteriza por varios aspectos que son relevantes: organización en torno al proceso, no a la tarea; jerarquía plana; gestión en equipo; medida de los resultados por la satisfacción del cliente; maximización de los contactos con los proveedores y clientes; información, formación y retención de los empleados en todos los niveles. El resultado de este conjunto de operaciones es que la unidad operativa actual no es una empresa o grupo de ellas, sino un proyecto empresarial representado por la EMPRESA RED. La misma funciona a través de estructuras descentralizadas difusas alrededor de todo el mundo. A escala mundial la forma específica en que se manifiesta la EMPRESA RED, es a través de las grandes EMPRESAS TRANSNACIONALES, quienes en su producto final incorporan componentes producidos en diversos lugares del mundo, ensamblándose de acuerdo a los intereses de mercados específicos, en condiciones de una novedosa producción y comercialización más flexible y personalizada.<sup>22</sup>

### 3. Oligopolios “cuasi globales”: características básicas

El resultado de lo anterior, es la constitución de lo que se denomina oligopolios “cuasi globales”, los cuales vienen a sustituir la larga ola fordista, antes representada por las corporaciones multinacionales con lo que se redefine el patrón de la empresa capitalista. Los *oligopolios “cuasi globales”* representan un ordenamiento de sus relaciones de producción en estándares tecnológicos -basados en la microelectrónica- con tendencias globales, intensifican las formas económicas preexistentes, e imponen la necesidad de innovaciones organizacionales en el ámbito de la empresa y nuevas formas de articulación con el Estado, que extienden las bases sociales de la empresa garantizando la apropiación del progreso técnico bajo la forma de ganancias para el capital.<sup>23</sup>

Existen variadas características de los llamados *oligopolios globales* que indican profundas implicaciones en la gestión del proceso de trabajo capitalista. Entre ellas se podrían destacar:<sup>24</sup> a) creación de amplias redes mundiales de información, a partir de los nuevos niveles de integración e interconexión tecnológicas generados por la convergencia de la computación, comunicación y control tecnológico, los cuales permiten al sistema de gestión establecer vínculos entre la producción, el marketing, y las facilidades de Investigación y Desarrollo (I&D) alrededor del mundo; b) definición de los niveles de concentración a escala internacional, ocasionando la caída de otros competidores a escala

mundial, configurándose una situación de progresiva monopolización de las fuerzas productivas a escala mundial;<sup>25</sup> c) creciente orientación de la producción para el mercado mundial; d) reorganización institucional de las bases de la acumulación del capital, mediante la constitución de patrones tripolares de inversión extranjera, con la participación de empresas procedentes de EEUU, Japón y Unión Europea, configurando nuevas formas de organización en redes.

Las características señaladas expresan la conjugación contradictoria de la base privada capitalista con formas de cooperación que abarcan las distintas fases de las relaciones de producción, expresando el carácter socializador del nuevo paradigma tecnocómico, motivado por su creciente difusión, y de otra parte, la conservación del carácter privado de la apropiación capitalista.

#### **4. Papel del Estado en las nuevas condiciones**

Los aspectos anteriormente analizados dejan ver un profundo cambio estructural en la base tecnocómica del capitalismo, que denota una crisis de su modelo de reproducción y acumulación de capital. Tales variaciones en la base del sistema se hacen sentir en la superestructura, lo cual se refleja en la necesidad de transformaciones en el marco institucional y social. En las condiciones en que predominaba el paradigma basado en el petróleo barato, el que requería ordenar el crecimiento de la demanda para la producción en

masa, lo característico fue suplantar los mecanismos de libre mercado e implantar la intervención masiva y sistemática del Estado en la economía, en este período se siguieron los principios keynesianos.

Para asegurar las transformaciones del paradigma anterior fue necesario un Estado fuerte capaz de asegurar una rápida expansión de la economía, con lo que se ponen en práctica las funciones del Capitalismo Monopolista de Estado. En el ámbito internacional aparece una reglamentación internacional de los flujos a través de Sistema Monetario Internacional de Bretton Woods, en estos marcos nace el GATT, el FMI y el Banco Mundial, la particularidad de este conjunto de instituciones es que operaban sobre la base del funcionamiento de entes nacionales.

En las condiciones del paradigma actual el Estado tiende a ser suplantado por el mercado, adquiriendo particular relevancia la aplicación de políticas neoliberales, lo que en gran medida es la respuesta a las propias exigencias del nuevo paradigma tecnocómico. Ello comienza a tener una gran difusión hacia la década de los años 70s y 80s, momentos en que se intensifican las tendencias globalizadoras, siendo así, el neoliberalismo el sustento ideo-político de estas tendencias.

A escala internacional, bajo el paradigma tecnocómico actual se están operando transformaciones institucionales particularmente en función de la globalización, entre ellas la transformación del GATT en Organización Mundial del Comercio (OMC), a diferencia del GATT el cual se limitaba a la

liberalización del comercio por la vía de la reducción de las barreras arancelarias, la OMC, liberaliza otras cosas como los servicios, y trata de otros aspectos como las relaciones *comercio-medio ambiente*, pretendiendo extender su mandato a las relaciones comercio-normas salariales y sociales de los trabajadores.<sup>26</sup>

Por consiguiente, se podría plantear que el cambio tecno-económico ha creado condiciones para el desenvolvimiento de estructuras de carácter supranacional, con la particularidad de que se pretende consolidar un gobierno global, donde se sustituye el Estado-nación, a través de decisiones globales, delineándose una estructuración de gobierno con funciones bien delimitadas, sobre quien legisla, quien ejecuta, quien sanciona. Ello sin embargo, no significa la desaparición del Capitalismo Monopolista de Estado (CME), lo que se está dando es un reformulación del papel del Estado en el nuevo ambiente global, pues el CME coexiste con las estructuras globales, siendo promotor del mismo, en un contexto en que ha desaparecido parte de la matriz que dio lugar a su funcionamiento, -en particular la existencia del Sistema Socialista Mundial-.

Los aspectos analizados permiten señalar que el capitalismo actual está transitando hacia una nueva época económica de su desarrollo, cualitativa y cuantitativamente superior, que descansa en mayores niveles de integración de la actividad económica y en un proceso de creación de valores conectados con profundas transformaciones estructurales en la base tecnológica del sistema. Todas estas transformaciones



están dando lugar a una nueva territorialidad, entre empresas, países, y regiones, que tiene importantes implicaciones para la Economía Internacional.

## **5. Nueva territorialidad en la Economía Internacional: Concepto de “*Made in World*”**

El conjunto de factores antes analizados han ido acompañados de un profundo proceso de rearticulación y desarticulación de las relaciones económicas internacionales a lo largo y ancho de la economía global, debido a su impacto en las distintas fases del proceso de reproducción abarcando tanto la producción como la circulación. Desde el ámbito de las comunicaciones, la globalización unida al nuevo paradigma, no implica la desaparición de los espacios antes separados (internacional, nacional y local) pero, significa la construcción de una *nueva territorialidad con nuevas fronteras de exclusión e inclusión, ya no sólo nacionales, sino planetarias.*

Teóricos japoneses utilizan el término “*glocalización*” para referirse a los procesos complejos que en la sociedad interactiva hacen posible conjugar de muchas maneras a veces contradictorias los flujos de información y comunicación globales transnacionales y los flujos de información local, por eso mezclan en su concepto el prefijo “*glo*” de global con el término “*calización*” de localización. Según este concepto es posible gracias a la “*superautopista*” de la información,

establecer redes de comunicación y de información de ámbito global y local casi de manera simultánea, lo cual es factible a través de la sociedad de la información.<sup>27</sup>

Tales avances tecnológicos han permitido el surgimiento de una nueva forma de moneda, -“*el dinero electrónico*”- el cual desde el punto de vista de la supervisión de los flujos financieros nacionales, supera ampliamente la capacidad de ser reglamentados en el ámbito nacional.<sup>28</sup> Tanto el “dinero electrónico” como los capitales electrónicos han rebasado los límites del área a que estaba circunscrita su circulación, son ya cuasiglobales; sobre esta base se produce hoy la nueva erupción descontrolada de los elementos del mercado y frente a lo cual se revelan impotentes las instituciones de Bretton-Woods, que en época industrial servía como instrumento de regulación económica global, de aquí que en los 90s estén planteando las bases para una nueva arquitectura financiera global. *Tal vez en el futuro se pueda hablar de manera generalizada no de la función del dinero como dinero mundial sino global.*

En el ámbito de la esfera productiva los cambios se han hecho sentir en una creciente interdependencia de la economía internacional, en la modificación del comportamiento y elevada globalización del ciclo productivo, mayor movilidad internacional de mercancías y de capitales, rápida difusión o transmisión instantánea de información a largas distancias, mediante redes empresariales como INTERNET. A manera de ejemplo se podría situar la producción participativa mediante la subcontratación internacional, que permite la fabricación compartida de muchos productos finales, con lo que la tendencia es hacia la conforma-

ción de “cadenas de productos globales” teniendo como resultado un “producto global”.

Por consiguiente, la reorganización industrial plantea la integración de “cadenas productivas” con una presencia creciente de insumos de distintas naciones. Con ello ha crecido el grado y la eficiencia con que se pueden separar en tiempo y espacio las diversas etapas que compone un proceso dado, para luego integrarlas en un producto final en casi cualquier parte del planeta. En este sentido la concepción de nación en la fabricación del producto tiende a desaparecer, al ampliarse la cadena productiva, ganando en preeminencia el concepto de “*Made in World*”. Estas modificaciones contribuyen a la gradual reducción de la antigua segmentación de los mercados y, a la supresión de las restricciones a los movimientos de capitales, los cuales facilitan las inversiones cruzadas entre las empresas redes.<sup>29</sup>

Las nuevas redes de organización empresarial de “alto valor”, están reemplazando a las viejas estructuras piramidales centralizadas de -alto volumen-, se están extendiendo por el mundo. La particularidad fundamental es una descentralización de la propiedad, unidas a otras redes por los avances de la computación, la tendencia es a un tipo de desarrollo “desautocentrado” a través de redes mundiales donde lo que se intercambia son combinaciones internacionales, estos vínculos abarcan casi todo el comercio entre países desarrollados.<sup>30</sup>

En la esfera de la circulación se destaca una mayor interdependencia comercial entre naciones, unidas a la imposición generalizada de políticas de

libre cambio, reestructuración de la base monetaria tendiente a una relativa autonomización del capital y el mercado financiero internacional, acompañada de una fuerte dinámica del capital monetario transnacional, tanto real como ficticio. De acuerdo a esto, se puede señalar que el contenido más profundo del fenómeno de la globalización son las exigencias de la valorización del capital, ligadas a las profundas transformaciones tecno-económicas, que asocian a esta con la existencia de una nueva etapa en el desarrollo centrada en las “posibilidades” que ofrece el nuevo paradigma, para una mayor intervencionalidad de las distintas regiones y países de la economía mundial. El resultado de estos cambios ha sido la conformación de una *nueva división internacional del trabajo*, de acuerdo a las demandas del nuevo patrón tecnológico, el cual tiende a cambiar el movimiento de los flujos que representan las relaciones económicas internacionales.

Para caracterizar los impactos de estos cambios en la economía internacional hay autores<sup>31</sup> que destacan que hace 20 años se identificaba esta principalmente con el “*comercio internacional*”, mientras que en la actualidad el término más empleado es el de la “*economía mundial*” debido a la creciente integralidad con que se desplazan los flujos de capital y comercio en el contexto global, lo cual refleja el contenido más complejo de estas relaciones en el presente. Sintéticamente se pueden destacar algunas de las transformaciones de fondo que se han producido en las visiones y en el contenido de las relaciones económicas internacionales. (Ver cuadro No. 1).

**Cuadro No. 1**

<b>Hace 20 años predominaba el comercio de productos</b>	<b>En la actualidad predomina Comercio de bienes y servicios</b>
las inversiones directas	flujos de dinero e información
<b>Hace 20 años crecía más rápido</b>	<b>En la actualidad</b>
1.- el comercio	Comercio de bienes y servicios
2.- las inversiones	los flujos de dinero
3.- la producción	las inversiones
4.-	el comercio
5.-	la producción
6.- bloques aislados	fuerte formación de bloques

El cuadro No. 1 indica que los *flujos de información constituyen las actividades de más rápida expansión y difusión*, su dinámica junto a las otras actividades, es compatible con la globalización y los cambios operados en el nuevo paradigma tecno-económico, al crear mayores niveles de interdependencia en la economía internacional. La fase actual de la reproducción del capital está experimentando un cambio sui generis, donde el trabajo abstracto se independiza asumiendo la forma de una mercancía, y se pone de manifiesto en el lugar que ocupan hoy las energías mentales concretadas en el conocimiento y particularmente en el lugar que ocupa el sector de los servicios.

## **Conclusión**

Si tratamos de ubicar las dimensiones y alcances económicos de algunas de las cuestiones tratadas se podría constatar, que no obstante, al indiscutible rápido desarrollo de la tecnología, el crecimiento de

la inversión extranjera, del comercio internacional de bienes y servicios, e incluso de industrias vinculadas con la informática, estos componentes continúan representando aún, una porción minoritaria de las economías y regiones a escala mundial. Por consiguiente, *la globalización tiende a asumir un carácter intenso pero parcial, heterogénea y desbalanceada, excesiva en algunos aspectos e insuficiente en otros.*<sup>32</sup>

La división internacional del trabajo que acompaña el proceso de globalización continúa sometida a la ley de la plusvalía y las consiguientes necesidades de la acumulación del capital, por lo que la globalización, está modelada en función del proceso de acumulación del capital a escala internacional. Y por ello tiene como características esenciales la explotación, la dependencia y la imposibilidad del desarrollo para los países más atrasados del sistema.

En lo que a los rasgos básicos del modo de producción capitalista, la globalización no ha cambiado la esencia del sistema, aunque si lo ha hecho –sustancialmente incluso– las formas y los mecanismos de funcionamiento a través de los cuales cobran existencia específica aquellos rasgos esenciales, ello se pudiera observar en las siguientes acotaciones.

Se puede señalar que la globalización y el nuevo paradigma tecno-económico, junto a los cambios estructurales que los acompañan involucran diferentes acontecimientos, que se distinguen de épocas económicas anteriores por su grado de expansión e intensidad. El primero es el traslado de la ubicación de las actividades económicas de una región a otra, donde en particular se intensifican los vínculos entre las economías

desarrolladas, a diferencia del pasado en que un lugar primordial lo desempeño la relación países desarrollados-subdesarrollados. El segundo es el ascenso y la decadencia de sectores económicos, ganando en importancia la microelectrónica.

El tercero, la creciente integración de las economías nacionales y el consecuente impacto de las fuerzas externas en el bienestar interno, sobre la base de la liberalización económica, la difusión de la tecnología informática y la globalización financiera. Cuarto, los cambios en el nuevo paradigma tecno-económico indican modificaciones en el proceso de producción de valores de uso y de valorización, el cual se tiende a definir cada vez más a partir de las cadenas productivas globales. Las cuatro acotaciones unidas al desarrollo económico desigual, afectan significativamente los intereses de los Estados y de los diferentes estratos sociales, sugiriendo preguntas importantes referidas a los efectos políticos y sociales de una economía mundial de mercado.

El primer tema que plantea el desarrollo económico desigual es el del liderazgo económico, asumido por las principales potencias capitalistas y sus agentes más dinámicos -empresas transnacionales- en la economía internacional en detrimento de las economías subdesarrolladas. Por lo que se podría plantear que el proceso de globalización como reflejo de un conjunto de procesos, independientemente de grado de internacionalización de sus rasgos, está *viabilizando la existencia simultánea de épocas económicas y sociales diferentes, hacia el interior de la periferia.*

El segundo tema es la relación entre el cambio

económico y político, donde la globalización y el nuevo paradigma tecno-económico produce cambios estructurales fundamentales en la economía internacional, lo cual plantea un importante problema político de ajuste para naciones individuales, en condiciones en que los recursos deben transferirse de las industrias en decadencia a aquellas en expansión, a medida que cambian el lugar geográfico del crecimiento económico y los sectores líderes. El ajuste económico, sin embargo, ha implicado significativas pérdidas y ganancias para los distintos individuos, grupos y naciones y por ello da origen a agudos conflictos sociales.

Si lo fundamental en el tránsito del capitalismo premonopolista al monopolista lo fue la sustitución de la libre competencia por el dominio de los monopolios, aquí lo básico es la integración de la economía nacional e internacional en un mecanismo económico e institucional único radicado en la globalización. Por lo que este proceso está modificando el paradigma de las relaciones económicas internacionales anterior, el cual confería a los Estados Naciones y a los monopolios el carácter de actores principales y predominantes del sistema. Estos están pasando ahora a constituir sólo partes de un sistema mayor: el sistema global, a través de la conformación de entes supranacionales que tienden a erigir las normas internacionales.

El resultado es la conformación de un conjunto de actores, regionales, subnacionales, transnacionales y no gubernamentales, dotados de objetivos, autonomía y medios de acción propios. Por lo que el futuro podría estar marcado por el predominio de un sistema multicéntrico, con crecientes grados de descentraliza-



ción, donde se reafirme el control de los actores transnacionales.

El Estado-nación va cediendo su primacía en las relaciones económicas internacionales, convirtiéndose en un elemento intermediario entre el nivel de estructuras transnacionales y el de regionales; tal debilitamiento se produce simultáneamente con el reforzamiento de actores de carácter mundial; los intereses del Estado nación tienden a estar cada vez más determinados por estructuras de orden global.

En términos básicos todavía el monopolio como la célula del capitalismo en su fase imperialista continúa ocupando un papel importante en el desempeño de las relaciones capitalistas de producción, constituyendo el mecanismo económico fundamental de regulación del sistema, al cual se subordinan los actores antes indicados, la mayor capacidad de los monopolios en las condiciones actuales consiste que sus decisiones pueden afectar a naciones enteras, en este sentido no es posible hablar todavía de una nueva fase en el capitalismo, pero sí de una nueva época económica, que tiende a crear las condiciones para acelerar los niveles de concentración y centralización de la producción y el capital.

## Notas

- <sup>1</sup> Carlos Marx. El Capital. T1 Editorial de Ciencias Sociales. Instituto Cubano del libro, la Habana, 1975 p. 139.
- <sup>2</sup> La noción de paradigma tecno-económico que usamos aquí, comparte el criterio de Carlota Pérez, quien plantea que un paradigma tecno-económico representa el modelo rector de progreso tecnológico comercial

durante varios decenios. Siendo un modelo de sentido común -plantea Carlota- para identificar y desarrollar productos y procesos productivos económicamente rentables, partiendo de la gama de los tecnológicamente viables. Carlota Pérez. Cambio técnico, reestructuración competitiva y reforma institucional en los países en desarrollo. En Material de Estudio, preparado por el profesor Pedro Talavera, para Doctorado en Economía. Internacional, CIEI, La Habana enero 1999,p. 27.

- <sup>3</sup> Las primeras innovaciones aparecen a mediados de los sesenta, pero la maquinaria basada en la microelectrónica necesitó de la década de los ochenta para penetrar plenamente en el proceso de producción. Los ordenadores interconectados se difunden por todas las actividades de procesamiento de la información en la década del 90', sin embargo, es sólo a mediados de esa década cuando el nuevo paradigma informacional está listo para desarrollarse de forma masiva. Manuel Castells: La era de la información: Vol. 1: La sociedad red, Alianza Editor ial Barcelona, 1997 p. 269.
- <sup>4</sup> Friedman, Tomas L The LEXUS and the OLIVE TREE. Farrar Straus Giroux, New York 1999p. XV.
- <sup>5</sup> Ignacio Ramonet. Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo. Madrid, mayo de 1997 p. 212-213.
- <sup>6</sup> Ver: Carlota Pérez. Microelectronics, Long Waves and World Structural Change: New Perspectives for Developing Countries.En: Materiales de Lectura Tomo II, preparado por el Dr. Oscar Ugarteche, para la impartición de curso sobre "La economía internacional y su impacto en América Latina en Maestría de Economía Internacional del CIEI, Universidad de la Habana, FESCARIBE, La Habana, septiembre 1996. pp.590-591.
- <sup>7</sup> Osvaldo Rosales. Competitividad, productividad e inserción externa de América Latina. Comercio Exterior, Vol. 40 No. 8, México, agosto de 1990, pp.717-719.
- <sup>8</sup> Carlota Pérez. Cambio técnico, reestructuración competitiva y reforma institucional en los países en desarrollo. Op. cit pp. 44-47.
- <sup>9</sup> Germán Sánchez Daza. "Globalización e innovación: una aproximación al tema". Ponencia presentada al Seminario sobre Globalización de la Economía Internacional. CIEM, La Habana, abril de 1997 p. 15.
- <sup>10</sup> Ver: CEPAL, Panorama de la Inserción Internacional de América Latina y el Caribe, LC/G.1978 noviembre 1997 p. 29.
- <sup>11</sup> Citado por Marta Harnecker. El Mundo de hoy. 11 de noviembre de 1998 (Borrador de un libro) Mimeo pp. 9-14.

- <sup>12</sup> Carlota Pérez . Cambio técnico, reestructuración y reforma op. cit p. 46.
- <sup>13</sup> Marta Harnecker op. cit. p. 21.
- <sup>14</sup> El sistema de producción flexible opera bajo dos formas específicas: la especialización flexible consistente en una producción más personalizada, siendo una especie de artesanía industrial que es más fácil de adecuarse al cambio constante. La segunda, es la producción flexible de alto volumen o flexibilidad dinámica, esta viene a resolver la rigideces de demanda, vinculada a una producción de alto volumen, que da viabilidad a economías de escala con sistemas de producción personalizada reprogramable. En ello han desempeñado un papel importante la computación, permitiendo la automatización de las cadenas productivas con arreglo a las exigencias de la demanda, o las variaciones de los insumos. Manuel Castells op cit pp. 182-183.
- <sup>15</sup> Ver: Eduardo del Llano. El imperialismo: capitalismo monopolista. Editorial Orbe, la Habana 1976 pp 70-92.
- <sup>16</sup> Manuel Castells op. cit. p. 183-184.
- <sup>17</sup> Método de gestión empleado por las empresas japonesas que se caracterizan por la colaboración entre la dirección y el trabajador, una mano de obra multifuncional, el control de calidad total y la reducción de la inestabilidad. Manuel Castells op. cit. pp. 185-186
- <sup>18</sup> Esta concepción plantea el sistema de suministro kan ban o justo a tiempo el cual consiste en pensar al revés el proceso de fabricación, lo que significa desarrollar producciones por pedidos, derivando de ello las demandas de insumos necesarios para esa producción, su propósito fundamental es “cero stocks” Benjamin Coriat. Pensar al revés: trabajo y organización de la empresa japonesa. México Siglo XXI editores p. 20-21.
- <sup>19</sup> Marta Harnecker op. cit. pp. 26-27.
- <sup>20</sup> Castells define la EMPRESA RED como una forma específica de empresa cuyo sistema de medios está constituido por la intersección de segmentos autónomos de sistemas fines. Por lo que, los componentes de la red son tanto autónomos como dependientes frente a ella y pueden ser partes de otras redes. El valor de la red depende de su capacidad de conexión y sus consistencia, lo que se refiere al grado hasta el cual se comparten intereses entre fines de la red y sus componentes. M. Castells op. cit. pp. 193 y 199. Ver: Sobre la empresa red Robert Reich : El trabajo de las naciones. Capitalismo del siglo XXI. Javier Vergara Editor S.A. Argentina, 1994.cap. 10.

- <sup>21</sup> Es necesario anotar que el nuevo paradigma no es totalmente descentralizador, el mismo permite combinar tanto niveles de centralización, como de descentralización. Ana Esther Cedeña. Superioridad tecnológica, competencia y hegemonía. En: La tecnología como instrumento de poder. (Coordinadora Ana Esther Cedeña). Ediciones Caballito, México, 1998 pp. 17-58.
- <sup>22</sup> Marta Harnecker op. cit. p. 30-36.
- <sup>23</sup> El oligopolio global no es una forma completamente nueva, existió antes de 1985 en sectores específicos como el petróleo, metales no ferrosos, industrias de procesamiento, la novedad está en que se constituye en forma dominante en las industrias intensivas en I&D, siendo impulsado por el aumento de la inversión extranjera. Carlos Eduardo Martins. Capitalismo contemporáneo y la crisis del sistema de innovación. En: Problemas del desarrollo, No. 113 Vol. 29 abril-junio México 1998 pp. 14 y 19.
- <sup>24</sup> Carlos Eduardo Martins.op. cit. pp. 15-17.
- <sup>25</sup> Los niveles de concentración en las nuevas industrias son superiores a los del viejo paradigma, en 1987 sólo 10 empresas poseían el 90% del producto mundial de computadoras, 85% de las telecomunicaciones, y 81% en los semiconductores. Citados por Carlos Eduardo Martins op. cit. p. 20.
- <sup>26</sup> Para ver otros ejemplos de una nueva institucionalidad consultar . Silvio Baró Herrera. Globalización y nueva institucionalidad mundial op. cit. pp. 30-35.
- <sup>27</sup> Migdalia Pineda de Alcazar. Telecomunicaciones: desequilibrios, globalización y diversidad cultural. En: Opción No. 19 Universidad de Zulia, Venezuela. 1996 p 116.
- <sup>28</sup> Ver: Stephen J. Kobrin. Electronic cash and the end of national markets. Foreign Policy No. 107, New York Summer 1997 pp. 65-77.
- <sup>29</sup> Esta forma específica de globalización en los últimos años ha ganado particular importancia. En el periodo de 1960-1980 pasó de 16% a 34% y tal tendencia se ha acentuado porque este mecanismo permite explotar las diferenciales de costo entre los países, la cercanía geográfica a los principales mercados, los grados de especialización y tecnología, las escalas de producción y la pertenencia a bloques comerciales. Osvaldo Rosales. Competitividad, productividad e inserción externa de América Latina. Comercio Exterior, Vol. 40, No. 8, México agosto 1990 p. 715.
- <sup>30</sup> En: este tipo de operaciones las redes mundiales a menudo se amparan

bajo bandera de la nación que más le convenga, en ellas los cambios de fachada son muy rápidos. Reich, Robert B.: El trabajo de las naciones. Capitalismo del siglo XXI. Javier Vergara Editor S.A. Argentina, 1994. pp. 120.130.

- <sup>31</sup> Peter Drucker. *Managing in a time of great change*, Truman Talley Books Dutton, New York, 1995. Citado por Mario L. Fernández Font. "Globalización, innovación y competitividad, espejismos y hechos", Ponencia presentada al Seminario Internacional Globalización de la Economía Mundial: teoría y realidad contemporáneas retos y oportunidades para América Latina y Cuba, CIEM. La Habana, abril de 1997, pp. 4-6.
- <sup>32</sup> Ricardo Ffrench-Davis. "Alcances económicos de la globalización", En: Nueva Sociedad, No. 147. Caracas, enero-febrero 1997, p. 27.

## Referências

- ATIENZA, Manuel. **Introducción al Derecho**. 5. ed. Barcelona: Barcanova, 1994.
- BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARRIÓ, Genero R. **Notas sobre derecho y language**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- CASTELLSS, Manuel. **La era de la información**: Vol. 1: La sociedad red, Alianza Editor ial Barcelona, 1997.
- CEDENA, Ana Esther. **Superioridad tecnológica, competencia y hegemonía**. En: La tecnología como instrumento de poder. (Coordinadora Ana Esther Cedeña). Ediciones Caballito, México, 1998 p. 17-58.
- CEPAL, **Panorama de la Inserción Internacional de América Latina y el Caribe**, LC/G.1978 noviembre 1997 p. 29.
- COSSIO, Carlos. **La Causa y la Comprension en el Derecho**. Buenos Aires, Juarez Editor, 1969.
- DANTAS, Ivo. Dos princípios constitucionais como pressupostos da interpretação constitucional. In \_\_\_\_\_, **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. led. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p.79-105.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DRUCKER, Peter. **Managing in a time of great change**, Truman Talley Books Dutton, New York, 1995.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERNÁNDEZ Font, Mario L. **Globalización, innovación y competitividad, espejismos y hechos**, Ponencia presentada al Seminario Internacional Globalización de la Economía Mundial: teoría y realidad contemporáneas retos y oportunidades para América Latina y Cuba, CIEM. La Habana, abril de 1997.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FFRENCH-DAVIS, Ricardo. **Alcances económicos de la globalización**, En: Nueva Sociedad, No. 147. Caracas, enero-febrero 1997.
- FRIEDMAN, Tomas L The LEXUS and the OLIVE TREE. Farrar Straus Giroux, New York 1999p. XV.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HARNECKER, Marta. El Mundo de hoy. 11 de noviembre de 1998 (Borrador de un libro) Mimeo p. 9-14.
- HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- KOBRIN, Stephen J. **Electronic cash and the end of national markets**. Foreign Policy No. 107, New York Summer 1997.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2005.
- LLANO, Eduardo del. **El imperialismo: capitalismo monopolista**. La Habana: Editorial Orbe, 1976.
- MARTINS, Carlos Eduardo. **Capitalismo contemporâneo y la crisis**

- del sistema de innovación.** En: Problemas del desarrollo, No. 113 Vol. 29 abril-junio México 1998 p. 14 y 19.
- MARX, Carlos. **El Capital.** T1 Editorial de Ciencias Sociales. La Habana: Instituto Cubano del libro, 1975.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed, Coimbra: Editora Almedina, 1999.
- PALMER, Richard. **Hermenêutica.** Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989.
- PÉREZ, Carlota. Microelectronics, **Long Waves and World Structural Change: New Perspectives for Developing Countries.** En: Materiales de Lectura Tomo II, preparado por el Dr. Oscar Ugarteche, para la impartición de curso sobre “La economía internacional y su impacto en América Latina en Maestría de Economía Internacional del CIEI, Universidad de la Habana, FESCARIBE, La Habana, septiembre 1996.p.590-591.
- PINEDA de Alcazar, Migdalia. **Telecomunicaciones: desequilibrios, globalización y diversidad cultural.** En: Opción No. 19 Universidad de Zulia, Venezuela. 1996.
- RAMONET, Ignacio. **Un mundo sin rumbo.** Crisis de fin de siglo. Madrid, mayo de 1997.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.
- REICH, Robert. **El trabajo de las naciones.** Capitalismo del siglo XXI. Javier Vergara Editor S.A. Argentina, 1994.
- ROSALES, Osvaldo. **Competitividad, productividad e inserción externa de América Latina.** Comercio Exterior, Vol. 40 No. 8, México, agosto de 1990.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** 2 ed. Bauru: Edipro, 2000.
- SÁNCHEZ Daza, Germán. **Globalización e innovación: una aproximación al tema.** Ponencia presentada al Seminario sobre Globalización de la Economía Internacional. CIEM, La Habana, abril de 1997.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- TORRÉ, Abelardo. **Introducción al Derecho.** Undécima Edición Actualizada. Buenos Aires:al Perrot, 1997.





# Comissão da Verdade: Até que ponto?

## *The Truth Committee: to what Extent?*

Artigo recebido em 10/10/2013.

Revisado em 11/10/2013.

Aceito para publicação em 22/10/2013.

### **Sebastião Raul Moura Júnior**

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos, RJ. Pós-graduado em Magistério Superior em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduando em Direito Público na Unisal. Promotor de Justiça aposentado pelo Estado de Minas Gerais. Ex-Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-professor de Processo Penal da Faculdade de Direito de Valença-RJ. Atualmente professor de Processo Penal no UBM-Centro Universitário de Barra Mansa-RJ. E-mail: profraulmoura@yahoo.com.br

## Resumo

Com a criação da Comissão da Verdade, bem como a delimitação das atividades dos seus integrantes que foram empossados recentemente, cogita este trabalho de demonstrar as seqüelas deixadas pelas torturas praticadas no Brasil ao tempo do período da ditadura militar em todos aqueles que se insurgiram de uma forma ou de contra tal regime de governo. Como contraponto a essa situação posta, questiona-se a amplitude da Lei da Anistia que também agasalhou a impossibilidade de qualquer punição para os algozes do período ditatorial. Demonstra-se, igualmente que a Comissão da Verdade não terá qualquer efeito conciliador e muito menos prático.

## Palavras-chave

Comissão da Verdade; tortura; ditadura militar; anistia.

## Abstract

With the National Truth Committe, as well as the delimitation of the activities of its members, which have been appointed recently, this paper aims to demonstrate the severe consequences caused by the torture practiced in Brazil at the time of the military dictatorship as a way to repress all those who stood

against this military regime. As a counterweight of this situation, the extent of the 1979 Amnesty Law is questioned, since it also made impossible to punish the perpetrators of the practiced torture during the military regime. It also aims to demonstrate that the National Truth Committee will not be effective or bring reconciliation.

## Keywords

Truth Committee; torture; military dictatorship; amnesty.

## Sumário

Introdução. 1. Breve esboço histórico da ditadura militar no Brasil. 2. O conceito e uma breve visão doutrinária da tortura. 2.1 A tortura como marca registrada do período de exceção brasileiro. 2.2 A tortura no ordenamento jurídico brasileiro. 2.3 A tortura praticada na ditadura militar alvo de cobrança da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2.4 Síntese da posição dos militares em relação à Comissão da Verdade. 2.5 A Lei da Anistia e a busca de outra versão normativa pelo Poder Legislativo. 3. A verdade e a Justiça. O que são? 4. A Comissão da Verdade como fator de esquecimento ou recrudescimento da tortura? Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

Muito se escreve sobre o período da ditadura militar no Brasil. Também muito se escreve acerca do sofrimento das pessoas que foram vítimas de torturas em tal período, assim como dos familiares daqueles que foram mortos ou estão desaparecidos por obra dos agentes da repressão naquele momento crítico da história brasileira.

Mais recentemente tem tomado conta das manchetes dos jornais e da mídia em geral a criação da Comissão da Verdade que visa apurar o desaparecimento de pessoas em tal momento de exceção. A propósito dela, muito também se tem escrito sob os mais variados enfoques seja nos jornais, ou seja, na internet.

Aqui se pretende mostrar um outro lado do mesmo tema, diferente dos já publicados.

Pois bem. De fato, por recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, posta nos itens 294 a 297 da sentença em que o Brasil foi demandado no caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) o mesmo se viu obrigado a criar uma Comissão da Verdade com o propósito de:

297. Quanto à criação de uma Comissão da Verdade, a Corte considera que se trata de um mecanismo importante, entre outros aspectos, para cumprir a obrigação do Estado de garantir o direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Com efeito, o estabelecimento de uma Comissão da Verdade, dependendo do objeto, do procedimento,

da estrutura e da finalidade de seu mandato, pode contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade. Por isso, o Tribunal valora a iniciativa de criação da Comissão Nacional da Verdade e exorta o Estado a implementá-la, em conformidade com critérios de independência, idoneidade e transparência na seleção de seus membros, assim como a dotá-la de recursos e atribuições que lhe possibilitem cumprir eficazmente com seu mandato. A Corte julga pertinente, no entanto, destacar que as atividades e informações que, eventualmente, recolha essa Comissão, não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais. (Sem grifo no original).

Referida Comissão que nasceu, portanto, por força da Lei 12528, publicada em 18 de novembro de 2011, tem o seu artigo 1º com a seguinte redação:

É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o

direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. (sem grifo no original).

Para atingir tal desiderato, a mesma lei no seu artigo 2º estabelece:

A Comissão Nacional da Verdade, composta de forma pluralista, será integrada por 7 (sete) membros, designados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia e da institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos.

Por seu turno, o artigo 8º referido no artigo 1º acima, estabelece o período sobre o qual recairão os atos de investigação da aludida Comissão da Verdade:

Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as

características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. (Regulamento)  
(Sem grifo no original)

Pela dita lei, então, aludida Comissão da Verdade terá a sua atuação limitada ao espaço temporal por ela mesmo estabelecido, qual seja de 18 de setembro de 1946 até 05 de outubro de 1988. Entretanto, os fatos que deverão ser por ela apurados, ao que se sabe pelo menos historicamente, se deram com maior amplitude no interregno de 1964 até 1985, período de um governo militar, ou seja, da Ditadura Militar.

Cabe ressaltar, para logo, que a Comissão da Verdade nos moldes em que foi aprovada não está em consonância integral com a recomendação da Corte Interamericana já que não está autorizada a promover as responsabilidades penais dos torturadores do período da ditadura. Muito embora isso, o Brasil não está imunizado dessa responsabilidade, pelo que se deduz do item 297 da sentença acima transcrito.

Com a criação agora dessa Comissão para investigar as reais condições em que ocorreram as mortes ou o desaparecimento daquelas pessoas mencionadas pela imprensa, deve ser indagado: qual deverá ser o alcance da atuação dessa Comissão? Deverá abranger a responsabilidade penal dos torturadores? Caso isso não seja possível, qual será o efeito prático da criação dessa Comissão diante da Lei da Anistia?

Logo, o que se pretende aqui é justamente tentar

dar alguma resposta a tais questionamentos, devendo ser colocado, ainda, que a relevância do tema se detecta no fato de se saber o que pode ou não ser decidido pela dita Comissão.

Não se pretende, pois, uma incursão exaustiva no tema da Comissão da Verdade, até mesmo porque o próprio termo “**verdade**” tem a sua dimensão discutida. Buscar-se-á, assim, uma revisão de artigos já publicados tanto na internet quanto em literatura específica.

## **I. Breve esboço histórico da ditadura militar no Brasil**

O período compreendido entre 1964 e 1985 foi considerado como a época em que a política brasileira foi conduzida pelos militares. Ficou conhecido também como o Golpe de 64 ou também como Revolução de 31 de Março de 64. Esse tempo ficou registrado na história do Brasil através da prática de vários Atos Institucionais que colocavam em prática a censura, a perseguição política, a supressão de direitos constitucionais, a falta total de democracia e a repressão àqueles que eram contrários ao regime militar.

Com isso, implantou-se no Brasil a chamada ditadura militar, que se inaugurou com o afastamento do então Presidente da República, João Goulart, e tomando o poder o Marechal Castelo Branco. Este golpe de estado durou até a eleição de Tancredo Neves em 1985. Os militares na época justificaram o golpe, sob a alegação de que havia uma infiltração comunista no país.



O primeiro ato de exceção criado pelos militares após a tomada de poder foi o Ato Institucional nº1. Esse instrumento normativo conferiu ao governo militar o poder de alterar a Constituição, cassar mandatos legislativos, interromper direitos políticos por 10 anos e demitir, colocar em disponibilidade ou aposentar compulsoriamente qualquer pessoa que fosse contra a segurança do país, o regime democrático e a probidade da administração pública, além de determinar eleições indiretas para a presidência da República.

O Alto Comando das Forças Armadas passou a manter o controle da sucessão presidencial, indicando um candidato militar que era referendado pelo Congresso Nacional.

Foi, então, no dito período de 1964 a 1985 que o Brasil, de fato, enfrentou um governo de exceção, conduzido por militares. Nesse espaço de tempo acreditaram os militares, como dito acima, que o país estava contaminado pelos comunistas e, por tal razão, alvo de subversivos. Parece, assim, que o foco maior da Comissão da Verdade será nesse lapso temporal.

Sabe-se, assim, que muita arbitrariedade foi cometida, acobertada pelo argumento de que seria necessário um forte combate aos subversivos, aos comunistas. A tortura foi a nota de toque. O DOPS (Departamento de Ordem e Política Social) é um dos órgãos públicos lembrado como um dos expoentes significativos na prática da tortura.

Nessa busca implacável feita pelos militares, vários jornalistas, mesmo outros militares que não se afinavam com o regime, políticos, radialistas, ou foram

executados ou passaram a ter seus destinos ignorados. Vários políticos foram cassados em seus direitos. Até mesmo magistrados foram vítimas de tal perseguição.

A imprensa não se cansa de divulgar os nomes de pessoas famosas que foram alvo dos rigores daquele momento histórico, tais como Vladimir Herzog cuja morte até hoje não foi devidamente esclarecida: suicídio ou homicídio? Essa é a dúvida que perdura. A própria Presidenta da República, dentre outros nomes de destaque no cenário nacional. Muitos foram exilados, tais como o ex-presidente João Goulart, o ex-presidente Juscelino, o ex-governador Leonel Brizola, o ex-deputado federal Miguel Arraes.

Cantores também foram perseguidos e exilados como Gilberto Gil, Caetano Veloso e Chico Buarque de Holanda. Músicas eram censuradas e até proibidas se fossem entendidas como críticas ao governo militar. Quem não se lembra da música “**prá não dizer que não falei das flores**”, de autoria de Geraldo Vandré? Foi proibida. Cantar essa música era ofensa ao regime de governo da época.

Em 1979, quando o Brasil começou a viver um momento de atenuação do regime foi votada e aprovada a Lei 6683, de 28 de agosto de 1979, a chamada Lei da Anistia, assinada no governo de João Baptista Figueiredo de forma ampla geral e irrestrita. Equivale dizer, ela permitia a volta dos brasileiros exilados. De se lembrar que àquela época se dizia que **brasileiro deve estar no Brasil**.

No entanto, referida Lei da Anistia não se preocupou em punir aqueles que serviram ao regime

militar com a prática de torturas de várias pessoas. Os militares, portanto, por força da dita lei ficaram isentos de qualquer punição pelo que fizeram naquele período negro da história brasileira.

Mesmo com a edição de tal lei, não se pode perder de vista que o retorno gradativo à Democracia permitindo a volta dos exilados, restituindo cargo dos cassados, etc. não foi o suficiente para deixar de lado outras questões, a exemplo do que de fato aconteceu com determinadas pessoas. Aliás, como morreu Vladimir Herzog? Qual a notícia que se tem dos desaparecidos.

## **2. O conceito e uma breve visão doutrinária da tortura**

Parece que durante a ditadura a tortura estava legitimada, que seu uso para a obtenção de informações estava autorizado.

Mas como falar de um tratamento desumano não muito distante no tempo se não se buscar ajuda do que seja tortura ainda que seja em normas postas bem após aquele período negro.

Para ser conceituada ou mesmo entendida a tortura, basta fazer uma leitura do artigo primeiro da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Resolução 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas) que foi estabelecida em 10 de dezembro de 1984. Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989. Referido dispositivo esclarece por si mesmo, assim:

### Artigo 1º

Para fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer acto pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

Na doutrina, encontra-se o seguinte conceito de tortura: “Trata-se de um conjunto de procedimentos destinados a forçar, com todos os tipos de coerção física e moral, a vontade de um imputado ou de outro suspeito, para admitir, mediante confissão ou depoimento, assim extorquidos, a verdade da acusação. José Afonso da Silva<sup>1</sup>

O mesmo autor acima citado ainda menciona:

Aliás, a tecnologia da tortura se torna requintada: espetos sob as unhas, queimaduras de cigarros, choques elétricos no reto, na vagina, no pênis, espancamentos, aparelhos de tormentos de variada espécie, de que sobressai o famoso “pau-de-arara”, ameaças contra a mulher, filhos e filhas, etc. As coisas mais pavorosas que a mente doentia pode engendrar.

Difícil, portanto, não entender com facilidade o que seja tortura. Mais difícil será esquecê-la por parte de quem a sofreu na própria carne.

Há quem refute o conceito esposado por José Afonso da Silva por entendê-lo limitado já que ele, o conceito, na verdade deve ser mais abrangente.

Nesse sentido é o que sustenta Marco Felix Jobim<sup>2</sup>: “o conceito de tortura elaborado por José Afonso da Silva peca ao colocar somente a mesma para ver conseguida a verdade da acusação, esquecendo-se o jurista que existe tortura simplesmente pelo ato de torturar.

## ***2.1 A tortura como marca registrada do período de exceção brasileiro***

No Brasil, como já referido alhures, o período de 1964 a 1985 ficou conhecido como da Ditadura Militar. Neste interregno, vários procedimentos policiais e depoimentos indicam a tortura física e psicológica

como meio utilizado por membros do governo e grupos militares com o objetivo de controlar a população. Dentre as formas de tortura mais utilizadas naquele período negro destacam-se, segundo Michel Goulart<sup>3</sup>.

- O pau-de-arara que consistia numa barra de ferro que era atravessada entre os punhos amarrados e a dobra do joelho, sendo o conjunto colocado entre duas mesas, ficando o corpo do torturado pendurado a cerca de 20 ou 30 centímetros do solo. Este método quase nunca era utilizado isoladamente, seus complementos normais eram eletrochoques, a palmatória e o afogamento.

- O choque elétrico foi um dos métodos de tortura mais cruéis e largamente utilizados durante o regime militar. Geralmente, o choque dado através telefone de campanha do exército que possuía dois fios longos que eram ligados ao corpo nu, normalmente nas partes sexuais, além dos ouvidos, dentes, língua e dedos. O acusado recebia descargas sucessivas, a ponto de cair no chão.

- A pimentinha era uma máquina que era constituída de uma caixa de madeira que, no seu interior, tinha um ímã permanente, no campo do qual girava um rotor combinado, de cujos terminais uma escova recolhia corrente elétrica que era conduzida através de fios. Essa máquina dava choques em torno de 100 volts no acusado.

- No afogamento, os torturadores fechavam as narinas do preso e colocavam uma mangueira, toalha molhada ou tubo de borracha dentro da boca do acusado para obrigá-lo a engolir água. Outro método

era mergulhar a cabeça do torturado num balde, tanque ou tambor cheio de água (ou até fezes), forçando sua nuca para baixo até o limite do afogamento.

- A cadeira do dragão era uma espécie de cadeira elétrica, onde os presos sentavam pelados numa cadeira revestida de zinco ligada a terminais elétricos. Quando o aparelho era ligado na eletricidade, o zinco transmitia choques a todo o corpo. Muitas vezes, os torturadores enfiavam na cabeça da vítima um balde de metal, onde também eram aplicados choques.

- Na geladeira, os presos ficavam pelados numa cela baixa e pequena, que os impedia de ficar de pé. Depois, os torturadores alternavam um sistema de refrigeração superfrio e um sistema de aquecimento que produzia calor insuportável, enquanto altofalantes emitiam sons irritantes. Os presos ficavam na “geladeira” por vários dias, sem água ou comida.

- A palmatória era como uma raquete de madeira, bem pesada. Geralmente, este instrumento era utilizado em conjunto com outras formas de tortura, com o objetivo de aumentar o sofrimento do acusado. Com a palmatória, as vítimas eram agredidas em várias partes do corpo, principalmente em seus órgãos genitais.

De acordo ainda com Goulart<sup>4</sup>:

Havia também vários **produtos químicos** que eram comprovadamente utilizados como método de tortura. Para fazer o acusado confessar, era aplicado soro de pentatotal, substância que fazia a pessoa falar, em estado de sonolência. Em alguns casos, ácido era jogado no rosto da vítima, o que

podia causar inchaço ou mesmo deformação permanente.

Vários tipos de **agressões físicas** eram combinados às outras formas de tortura. Um dos mais cruéis era o popular “telefone”. Com as duas mãos em forma de concha, o torturador dava tapas ao mesmo tempo contra os dois ouvidos do preso. A técnica era tão brutal que podia romper os tímpanos do acusado e provocar surdez permanente. De certa forma, falar de **tortura psicológica** é redundância, considerando que todo o tipo de tortura deixa marcas emocionais que duram a vida inteira. Porém, havia formas de tortura que tinham o objetivo específico de provocar o medo, como ameaças e perseguições que geravam duplo efeito: fazer a vítima calar ou delatar conhecidos.

A nota de toque mais importante do citado período foi, assim, a tortura, tal qual se deu na Idade Média com a Inquisição com a diferença aqui que não houve o cunho religioso medieval.

Nessa mesma linha, e sob o título “Tortura no Brasil, uma herança maldita”, escreveu Maria Victoria de Mesquita Benevides Soares<sup>5</sup>:

No Brasil, a geração mais jovem, que não viveu o regime militar, terá ouvido falar da luta pelos Direitos Humanos daqueles perseguidos por suas convicções ou por sua militância política, presos, torturados, estuprados, assassinados, exilados, banidos e alguns, até hoje, dados oficialmente



como “desaparecidos”. Mas talvez não saiba que foi nessa época que surgiu e cresceu o reconhecimento de que eles, “os subversivos”, tinham direitos invioláveis, mesmo que condenados de acordo com a lei vigente; que continuavam portadores “do direito a ter direitos” como qualquer ser humano. Para muitos, os Direitos Humanos eram considerados “direitos de bandidos” ou artimanhas dos advogados. A repressão atingiu opositores membros das classes médias, como professores e estudantes, advogados e jornalistas, artistas e religiosos, além dos suspeitos de sempre, como ativistas e sindicalistas da cidade e do campo. A maioria, que nunca tinha visitado prisões, passou a sentir na pele a situação desumana dos ditos “presos comuns”, oriundos das classes populares. E passou também a constatar a tragédia do sistema prisional e a inoperância dos órgãos do Judiciário.

Diante disso, e apenas para rememorar, o que teria sofrido Vladimir Herzog para ter se “suicidado”?

Para aqueles que viveram e sofreram perseguições em tal época, bem como para os descendentes deles, nenhuma felicidade deve existir em lembrar tal momento negro de suas vidas. Com certeza qualquer mínima lembrança deve ser motivo de sofrimento para eles até os dias atuais. Todos e tantos foram atingidos nas suas almas, nas suas dignidades. Esquecer não é tão fácil assim!

De acordo com Paulo Vannuchi<sup>6</sup>, a discussão da tortura não se debruça apenas na lembrança de um

passado, mas ainda se revela como prática persistente no cotidiano brasileiro, retocada pelas condições do tempo presente, por óbvio, sofisticando-se em sua forma e seu alcance. É fundamental quebrar esse ciclo de impunidade e, para isso, busca-se reafirmar o vínculo indissolúvel entre a tortura de hoje e a praticada no passado ditatorial recente. A dignidade de cada uma dessas lutas está na capacidade de se compreenderem como parte uma da outra.

## **2.2 A tortura no ordenamento jurídico brasileiro**

Para quê falar da tortura na Constituição se o que interessa é a tortura utilizada num período bem anterior à Carta Fundamental?

Com certeza não se discute isso aqui, mas a lembrança do tratamento da tortura na Constituição vem apenas para reforçar o relevo que o Texto Básico fornece a tal tipo de crime.

Deixando de lado o racismo, os crimes hediondos, o terrorismo e a ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional por qual razão o legislador constituinte teria dado tanta ênfase ao crime de tortura e aos outros crimes aqui elencados? Por que não se preocupou em fazer o mesmo com o furto, com o estelionato, etc?

A resposta só pode vir justificada pelo argumento de que o Brasil acabara de sair do período da ditadura, e com certeza o que causou feridas no passado tanto no corpo quanto na alma não poderia continuar sem um tratamento diferenciado: a tortura!

Logo, a Constituição Federal cogita da tortura em 3 passagens distintas, a saber: a) o inciso III do artigo 5º quando afirma que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante; b) o inciso XLIII do mesmo artigo 5º o qual prescreve que a lei considerará a prática da tortura crime inafiançável e insuscetível de graça, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem.

Infraconstitucionalmente, a tortura vem regulada pela Lei n. 9.455 de 7 de abril de 1997, que define em seu artigo 1º o que é tortura, sendo que, posteriormente, com o advento da Lei n. 8.072 de 1990, tal conduta foi elencada como crime inafiançável e insuscetível de graça, anistia ou indulto, juntamente com o tráfico de drogas ou entorpecentes, terrorismo e os próprios crimes hediondos tipificados no artigo 1º da referida Lei, não havendo, pois, no ordenamento jurídico pátrio em vigor, qualquer dispositivo legal que autorize a prática de tortura, apenas existindo, conforme já visto acima, aqueles que a vedam.

Nada obstante, e voltando a José Afonso Silva<sup>7</sup>, a condenação da tortura pelas constituições de quase todos os Estados do mundo não tem significado seu definitivo desaparecimento.

Na mesma fonte retrocitada, é o mesmo autor quem afirma:

Não mais usada como meio de prova regulada pela lei tem sido aplicada, todavia, sistematicamente como instrumento infame de domínio político,

por parte de monstruosas tiranias, como a nazista ou comunista assinaladamente na idade stalinista, ou mesmo de nações que se definem como civis como a França (durante a guerra na Argélia) ou o hodierno Brasil.

A tortura não é só um crime contra o direito à vida. É uma crueldade que atinge a pessoa em todas as suas dimensões, e a humanidade como um todo.

Por sua gravidade, a tortura como crime, na previsão da Lei 9.455/97, gera como efeito automático da sentença penal condenatória, se praticada por servidor público a perda de cargo ou função, como frisa o artigo 1º § 5º, assim redigido: “A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada”.

Em comentários a tal dispositivo da Lei acima, Norberto Avena<sup>8</sup> esclarece que “tal efeito é automático, prescindindo de fundamentação, bastando à Administração Pública, após o trânsito em julgado, executar o ato de exclusão. Aponta, inclusive jurisprudência do STJ nesse sentido: HC 134.218/GO, DJ 08.9.2009”.

### ***2.3 A tortura praticada na ditadura militar alvo de cobrança da Corte Interamericana de Direitos Humanos***

Em 24 de novembro de 2010 a Corte Interamericana e Direitos Humanos, no julgamento do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)

versus Brasil entendeu que este deve ser considerado responsável pelo desaparecimento de 62 pessoas, o que aconteceu entre os anos de 1972 e 1974, na região do Araguaia.

Uma das vítimas ouvidas na Corte assim se manifestou:

*Laura Petit da Silva*, suposta vítima, proposta pela Comissão e pelos representantes. Declarou sobre: a) a identificação de sua irmã, Maria Lúcia Petit da Silva; b) o impacto que teve em sua vida e na de sua família a alegada execução de sua irmã e o suposto desaparecimento de seus irmãos, Lúcio e Jaime Petit da Silva, e c) os esforços e obstáculos que teria enfrentado para obter verdade e justiça; (Sem grifo no original).

Pedro Lenza<sup>9</sup> alerta que:

A Corte concluiu que a Lei da Anistia, ao impedir investigações, negar acesso a arquivos e não prever sanções às violações de direitos humanos, é incompatível com as obrigações assumidas pelo Brasil perante a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Eis o embate, a decisão da Suprema Corte brasileira, mantendo a Lei da Anistia e a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana, declarando a referida lei incompatível com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil.

Não há dúvida de que, muito embora a decisão não anule a da jurisdição nacional (STF), o Brasil vai sofrer as conseqüências no plano internacional, sujeitando-se às sanções previstas na Convenção.

Deve ser esclarecido que o Conselho Federal da OAB antes mesmo do julgamento da Corte Interamericana, em agosto de 2010, interpôs a ADPF nº 153 buscando a anulação do perdão dado pela Lei da Anistia aos representantes do Estado (policiais e militares), os quais foram acusados da prática de atos tortura durante o regime militar.

Acontece que o STF, por 7x2 rejeitou o pedido e revisão, tendo como Relator o então Ministro Eros Grau.

Adiante a ementa da decisão proferida na aludida ADPF:

EMENTA: (...) A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento - o momento da transição conciliada em 1979. A Lei 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada da abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes - adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 - e a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito

veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição – que declara insuscetível de graça e anistia a prática de tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente à sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. No estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia. Revisão da lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a (re) instaurou em ato originário. (ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.4.2010, Plenário, DJE de 06.08.2010).

Na verdade, em rápidas palavras, a rejeição se deu sob o argumento de que não cabe ao Judiciário rever lei de anistia, mas sim o Legislativo. Difícil não é discutir a técnica da decisão. Difícil é digerir a injustiça da decisão.

Dessa forma, a decisão da Corte Suprema brasileira revela à sociedade que a Lei da Anistia opera como fato impeditivo de uma atuação profunda da Comissão

da Verdade. Na verdade, esta ficou limitada por aquela decisão superior.

#### ***2.4 Síntese da posição dos militares em relação à Comissão da Verdade***

Para Antonio Carlos Lacerda<sup>10</sup>, existe um documento do Exército que se mostra resistente à criação da Comissão Nacional da Verdade para apurar crimes praticados durante a ditadura militar de 1964 a 1985, posto que apontar seus responsáveis reabre o enfrentamento - iniciado no final do mandato do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva - entre militares e o governo brasileiro, por conta das chamadas feridas incictrizáveis.

Para ele, ainda, em referido documento, elaborado pelo Comando do Exército, com a adesão da Marinha e da Aeronáutica, os militares afirmam que o argumento da reconstrução da história parece tão somente pretender abrir ferida na amálgama nacional, o que não trará benefício. Ao revés, irá provocar tensões e sérias desavenças ao trazer fatos superados à nova discussão.

Afirmam, pois, os militares que não há mais como apurar fatos ocorridos no período da ditadura militar e que todos os envolvidos já estariam mortos. O tempo passado de quase 30 anos do fim do governo chamado militar e muitas pessoas que viveram aquele período já faleceram: testemunhas, documentos e provas praticamente perderam-se no tempo. É improvável chegar-se realmente à verdade dos fatos.



Eles reconhecem ser legítimo o direito das famílias de buscar desaparecidos, mas falam em revanchismo: “O que não cabe é valer-se de causa nobre para promover retaliações políticas”, dizem.

É de se indagar aqui: Afinal, por quem os sinos dobram?

## ***2.5 A Lei da Anistia e a busca de outra versão normativa pelo Poder Legislativo***

Pelo que se apura neste instante, a Câmara dos Deputados analisa o Projeto de Lei 573/11, da deputada Luiza Erundina (PSB-SP), que exclui do rol de crimes anistiados após a ditadura militar (1964-1985) aqueles cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, efetiva ou supostamente, praticaram crimes políticos. Segundo a proposta, esses atos não estão incluídos entre os crimes conexos definidos na Lei da Anistia (6.683/79).

Ao que consta, essa lei considera conexos crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. A proposta de Erundina determina ainda que a prescrição ou outra exclusão da punibilidade não se aplique aos crimes não elencados pela Lei da Anistia.

A parlamentar explica que o objetivo é dar interpretação uniforme à anistia declarada em Lei. Segundo ela, trata-se de uma reação à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que considerou anistiados os crimes comuns, praticados por agentes públicos, civis e militares, contra os oponentes ao regime político então vigente.

De acordo com ela, já à época da promulgação da Lei da Anistia, os atos de terrorismo de Estado, tais como o homicídio, com ou sem a ocultação de cadáver, a tortura e o abuso sexual de presos, praticados pelos agentes públicos de segurança contra opositores ao regime militar, qualificaram-se como crimes contra a humanidade, insuscetíveis de anistia e de prescrição da punibilidade.

Não se desconhece que a Lei da Anistia extinguiu a punibilidade dos que cometeram crimes políticos ou conexos com estes ou crimes eleitorais. A lei também devolveu os direitos políticos suspensos e anistiou servidores públicos e representantes sindicais punidos com base em Atos Institucionais e Complementares entre setembro de 1961 e agosto de 1979.

No momento, o projeto está na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados desde 19/10/2011 em que o Deputado Jilmar Tatto funciona como Relator.

### **3. A verdade e a Justiça. O que são?**

Quid est veritas? O que é a verdade? Essa pergunta perpassa os séculos desde que Pôncio Pilatos ao julgar Jesus Cristo retrucou a este indagando o que era a verdade.

Com efeito, de acordo no Evangelho de São João, Capítulo 18 versículos 37 e 38, acerca de Cristo na presença de Pôncio Pilatos para ser julgado, ocorre o seguinte diálogo:

Disse-lhe, pois, Pilatos: Logo tu és rei?

Jesus respondeu: Tu dizes que eu sou rei. Eu para isso nasci, e para isso vim ao mundo, a fim de dar testemunho da verdade. Todo aquele é da verdade ouve a minha voz.

Disse-lhe Pilatos: Que é a verdade? E, dizendo isto, tornou a ir ter com os judeus, e disse-lhes: Não acho nele crime algum. (Sem grifo no original).

A partir de então sempre se colocou a verdade numa dimensão filosófica. E então, o que é a verdade?

No dicionário Aurélio encontra-se a seguinte definição de verdade: “*Conformidade com o real*”.

Já numa dimensão filosófica, há quem sustente que os filósofos começaram a se perguntar sobre as mais diversas questões que passam pelo pensamento humano. Dentre elas esta a verdade e sobre ela se pergunta: o que é a verdade?

Platão *apud* Wisley Francisco Aguiar<sup>11</sup> inaugura seu pensamento sobre a verdade afirmando: “Verdadeiro é o discurso que diz as coisas como são; falso aquele que as diz como não são”. É a partir daí que começou a se formar a problemática em torno da verdade. Certo é que não existe uma verdade cujo sujeito possa ser o seu detentor.

A Filosofia distingue cinco conceitos fundamentais da verdade, a saber: a) a verdade como correspondência, que é a verdade que garante a realidade, isto é, o objeto falado é apresentado como ele é; b)

a verdade como revelação, que é aquela que surge de forma empirista, através das sensações ; c) a verdade como conformidade a uma regra, que é aquela que deve se adaptar a uma regra ou a um conceito; d) a verdade como coerência, que é a verdade que critica o mundo da experiência humana partindo da idéia de que “o princípio de que o que é contraditório, não pode ser real”, isso o fez aceitar que “a verdade é coerência perfeita”; por fim, e) a verdade como utilidade, onde o verdadeiro não significa em geral senão o que é apto à conservação da humanidade.

Na ótica do filósofo Wisley Francisco Aguiar<sup>12</sup> “a verdade possui inúmeros significados, dependendo da pessoa que a defina. Ela continuará sendo uma das questões mais abordadas nestes últimos tempos. Estamos em um mundo de grandes transformações”.

De acordo com ele, ainda, “muitas ideologias nos são apresentadas como verdades inquebrantáveis. Somos forçados a acreditar na mídia, na política e na manifestação religiosa. Isso acontece de uma maneira inconsciente”.

Ele ainda assegura que: “o que nos libertará de toda essa prisão é nossa atitude como sujeitos formadores de consciência crítica. A questão é ir a fundo sobre aquilo que nos é apresentado. Fugir do senso comum e criar opiniões próprias. Depende de você encarar isso como verdade”.

À toda evidência, o primeiro conceito, isto é, aquele que diz que a verdade como correspondência é a verdade que garante a realidade, isto é, o objeto falado é apresentado como ele é. Só mesmo ele estaria afinado

com uma apuração integral feita pela Comissão da Verdade. Essa, sim, seria a dimensão correta de verdade. Mas seria essa a verdade desejada pela dita Comissão?

E quando a verdade, em qualquer de seus ângulos ora focalizados é justa?

Aqui, outra vez, se socorre da filosofia para esclarecer o que é ser justo, o que é justiça.

Por mais que professores, filósofos e operadores das ciências jurídicas tentem, uma das mais árduas missões do Direito é definir o que, afinal de contas, pode ser considerado como “Justiça”.

Não é demais afirmar que sempre se disse que a busca da Justiça é o ideal que persegue todo o direito, e o fato de ter havido e haver direitos injustos, não destrói esse ideal.

Contudo, antes de se deter mais atentamente aos meandros da definição de Justiça, é de extrema importância observar-se os motivos pelos quais a Justiça seria necessária em uma sociedade.

Nesse sentido, diversos filósofos e cientistas sociais chegam a um acordo quanto à necessidade de o homem viver em sociedade. Resumindo drasticamente, pode-se considerar que o ser humano possui uma ordem social, ou seja, um desejo / necessidade de coexistir. Deste modo, segundo Daniel Christianini Nery<sup>13</sup>, os principais motivos para os homens procurarem vida em sociedade e a paz seriam:

- o medo da morte; e
- o desejo de uma vida confortável.

Consoante ainda o autor retromencionado, a única maneira para se atingir tais objetivos – que, em uma palavra, podem ser resumidos pelos termos *auto-preservação* ou ainda *bem-comum* – é a criação de um Estado. Porém, essa criação humana só é possibilitada pela realização de pactos recíprocos entre os homens e, **sendo a justiça a manutenção dos pactos**, é evidente a importância desse conceito.

Em Hobbes *apud* Christianini<sup>14</sup>, este leciona que essa idéia inicial pode ser obtida pela leitura do conceito de justiça contido n’*O Leviatã*, cuja análise também ocorre em dois momentos interdependentes. Primeiramente, Hobbes explica que a justiça é a manutenção dos pactos, algo fundamental e, inclusive, necessário à sobrevivência da vida do Estado. Exatamente por isso, num segundo momento – decorrente do primeiro –, cabe ao Estado, a partir de sua criação, possibilitar que a justiça sempre prevaleça.

Para ele, ainda segundo aquele filósofo, para que as palavras “justo” e “injusto” possam ter lugar, é necessário que o Estado detenha alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos seus pactos, mediante a ameaça de alguma sanção que seja superior ao benefício que o ofensor esperava tirar com o rompimento do pacto.

Para Ulpiano, também *apud* Christianini<sup>15</sup>, justiça é “a vontade firme e permanente de dar a cada um o seu direito” (*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere*).

Numa concepção religiosa, justiça seria “não fazer aos outros aquilo que não quiseses que façam a ti”.

Percebe-se até aqui que a justiça seria um pressuposto que leva a sociedade a um bem-estar e felicidade social, bem como estaria implicitamente ligado ao conceito de igualdade / isonomia.

O mesmo autor antes declinado, após tecer as suas considerações acerca da justiça paritária, da justiça valorativa, da justiça restaurativa, da justiça proporcional, bem como da justiça corretiva, preocupa-se em definir a justiça como sendo o conjunto de características e valores, mutáveis em razão da evolução social, pelas quais o Estado (de forma coercitiva), e os demais membros da sociedade organizada (de forma crítica), se balizam para criar e seguir regras que, isonomicamente, visem a manutenção dos pactos sociais estabelecidos para a criação e manutenção da sociedade, sendo um elemento essencial para a obtenção do bem comum. Justiça é, entre outros valores, virtude, liberdade, igualdade, racionalidade, boa vontade, boa fé, humildade ante a finitude da vida humana, moderação nas ações, honestidade e aplicação de sanções àqueles que descumprirem suas obrigações perante a sociedade.

A justiça é uma eterna procura.

Na doutrina, Friede<sup>16</sup> anota que:

Não obstante o fato de possuir o juiz uma determinada condição, em princípio, acima da própria autoridade pública, de modo geral, por exercitar mais diretamente agindo como Estado em nome do próprio Estado – o poder estatal, através da jurisdição, em nenhuma hipótese, tem o magistrado uma autoridade e um

poder que não estejam nitidamente previstos e limitados pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais que para ela convergem.

Por essa razão não podem os juízes – como erroneamente supõem os menos avisados realizar o que se convencionou atecnicamente denominar-se justiça, de forma ampla, subjetiva e absoluta, considerando que o verdadeiro e único Poder, outorgado legítima e tradicionalmente aos magistrados – desde o advento da tripartição funcional dos poderes – é a prestação da tutela jurisdicional, com o conseqüente poder de interpretação e aplicação jurídico vigente, majoritariamente criado – em sua vertente fundamental pelo Poder Legislativo, rigorosamente limitado à absoluta observância de regras próprias e específicas que, forçosamente, restringem o resultado final do que e convencionou chamar de justiça à sua acepção básica, objetiva e concreta e, portanto, dependente da efetiva preexistência de um denominado Direito Justo.

De acordo com Friede<sup>17</sup>, ainda, “hoje, entende-se por justiça a aplicabilidade eficiente e correta das leis vigentes em um determinado país. Um juiz faz justiça quando imparcialmente, sem propender emocionalmente para esta ou aquela parte, aplica os preceitos legais cabíveis naquele caso em pauta”.

Diante das anotações ora postas acerca tanto da verdade quanto da justiça, torna-se pertinente a seguinte pergunta: Teria sido justa a decisão do Su-



premo Tribunal Federal ao rejeitar a ADPF 153 e, por consequência afirmar a constitucionalidade da Lei da Anistia?

Pelo conceito de justiça sim. Para as vítimas das torturas não importa tal conceito.

#### **4. A Comissão da Verdade como fator de esquecimento ou recrudescimento da tortura?**

Há muito se sustenta na doutrina que nenhum direito fundamental é absoluto. Parece não haver discussão quanto a isso.

Seria de se indagar: então o direito de não ser torturado não é absoluto? Parece que sim por tal raciocínio.

Entrementes, a despeito da maciça maioria em tal direção, quer parecer que Norberto Bobbio<sup>18</sup>, pensa de maneira diferente, assim:

Inicialmente, cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a este ou aquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano, (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de

não sofrer tortura) esses Direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. (Sem grifo no original).

Com certeza o pensamento do filósofo italiano está mais voltado para a realidade do que a corrente que sustenta não existir direito fundamental absoluto.

Ora, se é verdade que existe o direito absoluto de não ser torturado também pode ser verdade que é possível uma revisão pelo Congresso Nacional da Lei de Anistia que, equivocadamente, perdoou até os algozes da ditadura militar. Isso em consonância com o resultado da decisão do Supremo ao apreciar a ADPF 153.

Somente assim, o Brasil estaria dando àqueles que sofreram torturas com a ditadura militar uma resposta estatal decente digna e com a verdadeira justiça.

Logo, dizer que com a Comissão da Verdade, manca como nasceu, irá dar a cada um o que seu na visão justa de Ulpiano, é puro engodo.

Comissão manca porque já nasceu impedida por de lei de promover qualquer procedimento judicial penal contra os torturadores.

De que adiantará, por exemplo, a viúva de Vladimir Herzog ter a confirmação do médico legista Harry Shibata, que fez a necropsia em seu marido, ficar sabendo agora que, na verdade, ele foi executado pelos militares e não se suicidou? Qual o consolo ela terá? Como funcionará em sua mente saber de tudo isso? Sua dor irá desaparecer, diminuir ou aumentar ao saber que

nada poderá ser feito penalmente? Que justiça decorre disso tudo para ela? Ao que parece nada.

No jornal “O Globo” edição de 20 de maio de 2012, no Caderno o País, Clarice Herzog, viúva de Vladimir afirma que “não adianta esperar que a comissão traga alívio para a mágoa, a dor e a perda”.

Ao instalar a Comissão da Verdade, um dos seus integrantes, José Paulo Cavalcanti foi entrevistado pelo Jornal O Globo no dia 18 de maio de 2012, no Caderno O País, e na abertura a manchete está dito que “Focar o início do trabalho na apuração de informações sobre desaparecidos políticos e não fomentar qualquer tentativa de revisão da Lei da Anistia foram as duas principais orientações da presidente Dilma Rouseff aos integrantes da Comissão da Verdade”.

Ai está a confirmação de que a Comissão nasceu manca e de que com certeza nenhuma utilidade terá a não ser recrudescer velhas mágoas com o fato de nada se poder fazer contra os torturadores que forem identificados.

Quem em sã consciência ficará satisfeito quando souber, pela verdade levantada, que determinado parente morreu vítima de torturas praticadas por determinado agente do Estado e que contra o mesmo nada poderá ser feito penalmente justamente porque a Comissão da Verdade está impedida a tanto? Pior ainda. Quando souber que pela recomendação da Corte Interamericana referida comissão deveria buscar a tutela penal para os torturadores e tal não foi acatado, como reagirá o parente da vítima? À toda evidência ficará mais revoltado.

O que poderá cobrar os parentes das vítimas de tal Comissão? Nada, pois ela foi castrada pela própria lei que a criou.

Lado outro, não se pode perder de vista também que pela Lei 9140 de 1995, sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, todos os desaparecidos, mais de 100 pessoas ali relacionadas, passaram a ser consideradas como mortas, assim:

Art. 1º São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias. (Redação dada pela Lei nº 10.536, de 2002)

Art. 2º A aplicação das disposições desta Lei e todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional, expresso na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 - Lei de Anistia.

Em suma, a Comissão da Verdade apenas servirá para aumentar o sofrimento de tais pessoas. Haverá, pois o recrudescimento, repete-se, das mágoas. Ele constitui um verdadeiro engodo político e normativo.

Averbe-se em prol disso que o Jornal do Brasil, edição de 22 de junho deste ano publicou que o governo brasileiro, em resposta à Comissão Interamericana

de Direitos Humanos, informou que a Lei da Anistia impede que se abra no país uma investigação sobre a morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em 1975, durante a ditadura militar.

Para piorar, a própria Presidenta da República, Dilma Rousseff, anunciou no jornal O Globo de 23 de junho deste ano, no caderno O País, que não tem ódio dos seus torturadores, nem vontade de vingança, mas que não os perdoa.

Ora, se a representante maior de uma nação afirma que não perdoa os seus torturadores, como se pode esperar das demais vítimas uma posição conformista?

O tempo dirá acerca da eficácia da Comissão da Verdade.

## Conclusão

Nesta parte, pode-se concluir então, que ficou claro que a Comissão da Verdade nasceu de uma recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e não de uma decisão política de quem também foi vítima da ditadura militar, no caso a própria presidenta Dilma Rousseff.

Da mesma forma, restou patente, também, que tal Comissão da Verdade surgiu em descompasso com a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao julgar o caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia).

No mesmo diapasão, comprovou-se que a Lei da Anistia afastou das pretensões da Comissão da Verdade qualquer possibilidade de revisão da mesma

para que se pudesse punir os torturadores da ditadura militar. E, pior, com apoio no próprio julgamento pelo STF da ADPF 153 de agosto de 2010.

Ficou evidente que nenhum destinatário de tal Comissão será contemplado com uma decisão que faça justiça pelo fato morte ou desaparecimento de seus entes queridos ante a limitação imposta legalmente à Comissão.

Sem medo de errar, pode-se afirmar que a Comissão, na verdade, não terá nenhum efeito prático e muito menos conciliador, justamente pelo desabafo da viúva daquele que se pode reputar um emblema da tortura militar que é Vladimir Herzog quando ela diz que “não adianta esperar que a comissão traga alívio para a mágoa, a dor e a perda”. Dificilmente os demais parentes das vítimas pensarão de forma contrária a ela e, principalmente, quando se sabe que há forte resistência das Forças Armadas à criação da mencionada Comissão.

A verdade é que apenas, e tão-só o Poder Legislativo poderá, com a aprovação do Projeto de Lei da Deputada Erundina da Silva, reverter toda uma situação posta em desfavor daqueles que sofreram e ainda sofrem seqüelas dos porões da ditadura militar. Ai, sim, a esperança de justiça e da verdade real irá, de fato, conciliar e amenizar as dores.

Por fim, caso contrário ao que se fala no item acima, a Comissão da Verdade, sem querer fazer trocadilho, na verdade, será apenas um instrumento criado para aumentar a dor dos familiares das vítimas e dos desaparecidos já dados como mortos por força de lei.

## Notas

- <sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, p. 203/204.
- <sup>2</sup> JOBIM, Marco Felix. **O direito fundamental a não ser torturado e o direito penal do inimigo**. Disponível em <http://www.ajdd.com.br/artigos/art3.pdf>. Acesso em 10/6/2012.
- <sup>3</sup> GOULART, Michel. **10 torturas da ditadura militar**. Disponível em: <http://www.historiadigital.org/historia-do-brasil/brasil-republica/ditadura-militar/>. Acesso em 8/6/2012.
- <sup>4</sup> Ibidem  
SOARES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. **Tortura no Brasil, uma herança maldita**. Disponível em [http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro\\_tortura.pdf](http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_tortura.pdf). Acesso em 08/6/2012.
- <sup>5</sup> VANNUCHI, Paulo. Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos. **Seminário Nacional sobre Tortura** realizado nos dias 4 e 5 de maio de 2010, na Universidade de Brasília (UnB), no Distrito Federal. O evento foi promovido pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, por meio da Coordenação Geral de Combate à Tortura, em parceria com a UnB através do Núcleo de Estudos para a Paz e os Direitos Humanos (NEP).
- <sup>6</sup> Ibidem
- <sup>7</sup> AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2012, p. 1077.
- <sup>8</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1152.
- <sup>9</sup> LACERDA, Antonio Carlos. [http://port.pravda.ru/cplp/brasil/10-03-2011/31364-brasil\\_ditadura-0/](http://port.pravda.ru/cplp/brasil/10-03-2011/31364-brasil_ditadura-0/). Acesso em 10/6/2012.
- <sup>10</sup> Wisley Francisco. **O que é a verdade?** Disponível em <http://minha-filosofia.blogspot.com.br/2007/01/o-que-verdade.html>. Acesso em 10/6/2012.
- <sup>11</sup> Ibidem.
- <sup>12</sup> NERY, Daniel Christianini. **O que é justiça, afinal?** Disponível em [http://www.revistaautor.com/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=522:o-que-usti-afinal&catid=15:direito&Itemid=44](http://www.revistaautor.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=522:o-que-usti-afinal&catid=15:direito&Itemid=44). Acesso em 10/6/2012.
- <sup>13</sup> Ibidem.
- <sup>14</sup> Ibidem.
- <sup>15</sup> FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, p.39/40.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Ri de Janeiro: Campus, 1999, p. 20.

## Referências

- AGUIAR, Wisley Francisco. **O que é a verdade?** Disponível em <http://minhafilosofia.blogspot.com.br/2007/01/o-que-verdade.html> . Acesso em 10/6/2012.
- AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997.
- GOULART, Michel. **10 torturas da ditadura militar**. Disponível em: <http://www.historiadigital.org/historia-do-brasil/brasil-republica/ditadura militar/> Acesso em 8/6/2012.
- JOBIM, Marco Félix. **O direito fundamental a não ser torturado e o direito penal do inimigo**. Disponível em <http://www.ajdd.com.br/artigos/art3.pdf>. Acesso e 10/6/2012.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NERY, Daniel Christianini. **O que é justiça, afinal?** Disponível em [http://www.revistaaautor.com/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=522:o-que-usti-afinal&catid=15:direito&Itemid=44](http://www.revistaaautor.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=522:o-que-usti-afinal&catid=15:direito&Itemid=44). Acesso em 10/6/2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOARES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. **Tortura no Brasil, uma herança maldita**. Disponível em [http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro\\_tortura.pdf](http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_tortura.pdf). Acesso em 08/6/2012.
- VANNUCHI, Paulo. Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos. **Seminário Nacional sobre Tortura** realizado nos dias 4 e 5 de maio de 2010, na Universidade de Brasília (UnB), no Distrito Federal. O evento foi promovido pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, por meio da Coordenação Geral de Combate à Tortura, em parceria com a UnB através do Núcleo de Estudos para a Paz e os Direitos Humanos (NEP).



# ***Ethos* capitalista e criminalidade: sujeito desviante ou (in) efetividade dos direitos humanos?**

*Capitalist ethos  
and crime: deviant  
or subject (un)  
effectiveness  
of human rights?*

Artigo recebido em 13/08/2013.  
Revisado em 11/09/2013.  
Aceito para publicação em 22/09/2013.

## Hugo Garcez Duarte

Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas - FADILESTE; Mestre em Direito - [profhugogduarte@hotmail.com](mailto:profhugogduarte@hotmail.com)

## Alessandro da Silva Leite

Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas - FADILESTE; Mestre em História Social - [alessandros12000@yahoo.com.br](mailto:alessandros12000@yahoo.com.br)

## Resumo

Por meio deste texto, pretende-se refletir acerca da criminalidade cada vez mais crescente e a figura do “sujeito desviante”, frente ao conceito de cidadania, à (in) efetividade dos direitos humanos fundamentais e ao *ethos* capitalista. Para sua realização, procuraremos identificar em que medida o indivíduo se constitui num “sujeito social do desejo” que afeta e é afetado pelas relações socioculturais em suas diferentes manifestações, bem como discutir os caminhos de inserção desse indivíduo na sociedade capitalista, caracterizada, sobretudo, pela “subtração de direitos mínimos existenciais”. Após o seu desenvolvimento, pretendemos destacar que o Estado, por meio do Direito, inclusive, poderá vir a se constituir numa instância de negociação intersubjetiva da realização ou não dos desejos dos indivíduos, sem que isso represente a exclusão de valores individuais e coletivos como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a igualdade e a liberdade.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XV - N.º 29 - 2.º Semestre/2013

Ethos capitalista e criminalidade: sujeito desviante ou (in) efetividade dos direitos humanos? - pp. 561-590

DUARTE H. G. / LEITE A. da S.

## Palavras-chave

Criminalidade; Direitos fundamentais; Capitalismo.

## Abstract

This paper aims to consider the ever increasing crime and the figure of “deviant fellow”, upon the concept of citizenship, the (un)effectiveness of fundamental human rights and the capitalist ethos. For its fulfillment, we seek to identify the extent to which the individual constitutes a “social subject of desire” that affects and is affected by socio-cultural relations in its different manifestations, as well as to discuss the ways that individual insertion in capitalist society, characterized, excessively, by “subtracting minimum existential rights.” After its development, we aim to highlight that the State, through law, may prove to be an instance of intersubjective negotiation of performance or not the desires of individuals, without representing the exclusion of individual and collective values as human dignity, citizenship, equality and freedom.

## Keywords

Criminality; Fundamental rights; Capitalism.

## Sumário

Introdução. 1. O homem, a racionalidade e os desejos. 2. O sujeito social do desejo. 3. Cidadania, *ethos* capitalista e crescimento da criminalidade. Conclusão. Notas. Referências.

## Introdução

O mundo contemporâneo, heterogêneo e plural, passa por uma crise<sup>1</sup>. As transformações são constantes e as buscas por emancipação social e efetivações de subjetivações políticas estão presentes nos mais diversos grupos.

“Minorias”<sup>2</sup> reprimidas noutros tempos articulam-se, demandam e conquistam as suas aspirações, tanto que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, recentemente, a união estável homoafetiva como entidade familiar, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132.

Outro exemplo mais atual dessa evidência pode ser encontrado no mês de junho deste ano, quando milhares de pessoas foram às ruas, em plena realização da copa das confederações de futebol, para protestarem quanto ao paradoxo por nós vivenciado: o país “não” dispõe de recursos, há tempos, para efetivar direitos fundamentais como saúde, educação, cultura entre outros a todos, mas o tem para estruturar-se a fim de receber a copa do mundo de futebol em 2014.

Já há algum tempo, entretanto, essas transformações tem levado estudiosos de diversas áreas do conhecimento a reverem variados conceitos, sobretudo, aqueles dedicados às concepções de democracia e cidadania.

Cleyson Mello e Nuno Coelho (2010), por exemplo, sustentam ocupar o cidadão (a pessoa humana) o centro das atenções do viver, devendo a relação jurídica ajustar-se a uma nova dinâmica social de inter-relação humana, de modo que o homem seja compreendido a partir do seu próprio acontecer histórica, política, econômica e culturalmente situado.

Essa mudança conceitual pode ser relacionada ao surgimento do pós-positivismo jurídico. Trata-se de um viés epistemológico contemporâneo responsável por uma inovadora percepção da Constituição e de sua força normativa, pela centralização dos direitos humanos fundamentais, além da reaproximação entre o direito e a ética, o direito e a moral, o direito e a justiça.

É bem verdade que, na pista de Streck (2006), a Constituição tem assumido uma roupagem transformadora, pois sem prescindir de interposição legislativa possibilita a consecução de repostas mais condizentes às demandas sociais, com especial atenção aos fatos e ao direito, ao texto e a norma, gerando, no âmbito de um Estado Democrático de Direito a garantia contra violações de direitos e o fomento de prestações materiais.

Em outras palavras, como desenvolve Luís Roberto Barroso (2006), com a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, impõe-se a ne-

cessidade de uma verdadeira filtragem constitucional, passando a Carta Magna a funcionar como a lente, o filtro através do qual se deve olhar e analisar a realidade socioeconômica, política e cultural de uma sociedade.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 foi denominada de “Constituição cidadã” por resultar de uma ampla participação popular, clamorosa pela consecução de direitos, tendo revelado aquele movimento, conforme Daniel Sarmiento (2010), um profundo compromisso com os direitos humanos fundamentais, resultando o nosso documento normativo máximo, em virtude disso, no que talvez seja o mais amplo elenco de direitos desta natureza do constitucionalismo mundano.

Simultaneamente, porém, as análises da realidade socioeconômica têm constatado que nem todos os grupos sociais gozam efetivamente deste generoso rol de direitos constitucionalmente consagrados, vivenciando o Brasil uma das maiores, senão a maior proporcionalmente falando, desigualdades sociais de todo o mundo, em que inúmeras pessoas são reduzidas a uma condição subcidadã.

Pode-se considerar como um desdobramento nocivo da condição supracitada o fato do país assistir a um crescimento da criminalidade jamais visto. Contudo, deverá interessar à sociedade e ao poder público, principalmente, a investigação de outras causas, que se encontram na raiz desse problema, bem como a investigação sobre o perfil do sujeito criminoso.

Na procura por explicações para o aumento da violência e da criminalidade encontramos teses

variadas, apontando como suas causas a pobreza, a miséria, a descrença na seriedade da polícia e do judiciário, o enfraquecimento dos laços familiares, da força da igreja, a imensa desigualdade social aqui instalada e, até mesmo, de que o Brasil é um país de “malandros” e de bandidos.

Os argumentos são contundentes em todas as vertentes, mas procuraremos analisar aqui em que medida, levando-se em conta o momentâneo estágio do capitalismo, em que há uma intensificação no sentido de reduzir a vida (Misse, 2011) à economia, à competição, ao individualismo e ao materialismo, traduzindo a lógica das elites na subordinação, na massificação e na alienação, em detrimento de valores como honestidade, generosidade, solidariedade, respeito e tolerância, a exclusão social e a falta de perspectivas podem ser apontadas como uma das principais causas desta criminalidade que nos aflige. Nesse sentido, pense-se, por exemplo, em como se encontra o jovem brasileiro que, não por acaso, figura, predominantemente, nas primeiras posições das estatísticas dos homicídios, latrocínios, estupros, roubos e outras formas de violência e criminalidade, por ser, talvez, a categoria social mais afetada pela situação acima descrita.

Michel Misse (2011) aponta que muitos jovens das classes populares da cidade do Rio de Janeiro<sup>3</sup> não têm nem ânimo, nem ambição que não esteja relacionada à busca inconsequente pelo gozo no consumo, na festa, no sexo e nas drogas. Segundo o autor, esta categoria social, extremamente vulnerável aos apelos do *ethos* do consumo e da orgia, como os

jovens das classes média e alta, está tendo que optar entre de um lado um salário miserável, uma escola completamente desligada do mercado de trabalho, a precarização das estruturas e das relações de trabalho, o futuro incerto, a sobrevivência por meio do “biscate”, o fantasma da desempregabilidade e, de outro lado, pela sedução do tráfico de drogas, dos assaltos e da vida orgástica, que de uma forma passageira traduz, mais rapidamente, a realização dos seus desejos. Diante desse quadro, podemos nos interrogar se o perfil do nosso jovem fornece um “raio x” do contexto social, político, econômico e cultural aqui instalado?

Na busca por respostas, parece-nos plausível operar levando-se em consideração a nova epistemologia, pós-positivista, marcada pelo protagonismo da hermenêutica constitucional e pela busca da efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais, a fim de investigar as causas da criminalidade e as características do “verdadeiro desviante”, pois, determinados comportamentos considerados “desvios” podem ser vistos como sintomas da necessidade de mudanças sociais, face aos reflexos de uma ideologia que não contempla os interesses de todos, mas, perversamente, subtrai os direitos de cidadania de variados grupos sociais.

Embora, a princípio, o tema em questão aponte para uma investigação a ser realizada no campo das relações sociais, jurídicas e culturais, somos da opinião que sua compreensão tem muito a ganhar se ocorrer numa perspectiva dialógica interdisciplinar. Assim, nessa empreitada, articulamos conceitos e contribuições de diferentes campos do saber e suas



teorias, especialmente, da sociologia, do direito e da psicanálise.

Em sua parte inicial, este artigo aborda uma discussão sobre o sujeito e o desejo, na perspectiva de identificar como o indivíduo se constitui num “sujeito social do desejo” que, simultaneamente, afeta e é afetado pelas relações socioculturais em suas diferentes manifestações, inclusive, econômicas.

Na sequência, abordamos as questões referentes à inserção do indivíduo numa sociedade moldada a partir do *ethos capitalista*. O propósito é verificar como esse *ethos* capitalista, aliado à “subtração de direitos mínimos existenciais”, têm refletido, consciente e inconscientemente, no comportamento desviante do “sujeito social do desejo”, sem que isso represente uma isenção da responsabilidade social de seus atos. Afinal, como a psicanálise nos informa, o indivíduo é sempre responsável por seus atos, sejam eles resultantes de forças conscientes ou inconscientes.

## 1. O homem, a racionalidade e os desejos

Desde a antiguidade se estuda o sentido existencial do homem, com ênfase nas relações, geralmente conflituosas, entre os temas desejo e racionalidade.

Del Vecchio (2011), acerca do assunto no horizonte grego, alude defenderem os sofistas que cada homem tem um modo próprio de ver e conhecer as coisas, enquanto Sócrates lecionava a necessidade do ser humano conhecer a si mesmo.

Inclusive, de acordo com Reale e Antiseri (1990), Sócrates aduzira que o homem é a sua alma, entendida como razão (*psyché*), consciência. O pensamento socrático postula tratar-se o conhecimento do verdadeiro valor, enquanto a riqueza, o poder, a fama, o vigor físico, a saúde, a beleza e demais bens da vida não são valores em si mesmos, causando grandes males quando exercidos e usufruídos com ignorância.

Observou Sócrates que devido à sua natureza, o homem destina suas ações ao próprio bem, à felicidade (*eudamônia*), e que os valores acima elencados (riqueza, poder, fama, vigor físico, saúde, beleza entre outros), não revelam uma vida feliz, pois a verdadeira felicidade resulta da submissão da vida e dos seus valores à razão.

Sócrates (Reale e Antiseri, 1990) pregara o autodomínio (*enkráteia*) no sentido de que o homem deve a partir da sua racionalidade (lado racional) dominar a sua animalidade (lado animal, portanto, irracional), ser senhor do seu corpo e dos seus instintos. Logo, realizando o homem a *enkráteia* conquistará a *eudamônia*, pois a alma só é feliz quando ordenada, virtuosa (domínio da razão), sendo o próprio homem o único e verdadeiro artífice da sua felicidade.

Aristóteles, nesse mesmo sentido, na obra *Ética a Nicômaco*, perquiriu que as condutas humanas buscam fins (bens), os quais se encontram subordinados a um fim último, a felicidade. A felicidade, para o estagirita, consiste no aperfeiçoamento do homem enquanto tal, estando condicionado este ideal à atividade conforme a razão.

Assim, para Aristóteles a faculdade do desejo é

algo estranho à razão, estando-lhe mesmo em oposição, sendo muitos os impulsos, paixões e sentimentos que a atividade racional deve moderar. O filósofo chamou o domínio dessa parte da alma e a sua redução à racionalidade como virtude ética, a justa medida, o meio termo, já que os desejos, paixões e impulsos inerentes à pessoa humana tendem ao excesso ou à falta, como se vislumbra a seguir:

A virtude é, pois, uma disposição de caráter relacionada com a escolha consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, a qual é determinada por um princípio racional do próprio homem dotado de sabedoria prática. E é um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta; pois que, enquanto os vícios ou vão muito longe ou ficam aquém do que é conveniente no tocante às ações e paixões, a virtude encontra e escolhe o meio-termo [...] (ARISTÓTELES, 1991, p. 38).

Nuno Coelho (2006), acerca dessa passagem aristotélica frisa que a relação entre o desejo e a razão está sempre por ser decidida, no sentido de que nos quadros da ética das virtudes, a conquista progressiva do desejo pela razão se dá através da habituação do desejo a desejar, conforme a razão lhe sugere. Note-se, por sua contribuição, a necessidade do constante diálogo entre a razão e o desejo, pois governar-se sempre pela razão não está nunca assegurado ao humano. Esta foi, sem dúvida, a grande descoberta da psicanálise freudiana no século XIX.

Com efeito, os estudos de Freud (1974) contribuíram substantivamente para a ruptura epistemológica entre a antiguidade e a modernidade, na forma de compreendermos o ser humano como sujeito dotado de razão e “não-razão”, no sentido de que muitos desejos, sentimentos, emoções e pensamentos, que também guiam nossas ações, não estão claramente informados à consciência, que busca sempre operar pela racionalidade. Contudo, será na teoria psicanalítica lacaniana que nos apoiaremos para compreender o “sujeito social do desejo”.

## 2. O sujeito social do desejo

No campo psicanalítico, Jacques Lacan (1901-1981) foi o primeiro a estudar o ser humano como um “sujeito do desejo”. Lacan foi médico, especializado em psiquiatria e discípulo de Freud, de quem retomou temas complexos para criar, conforme caracterizaram Roudinesco e Plon (1998), seu poderoso sistema de pensamento. O retorno de Lacan a Freud e seu avanço no campo da teoria psicanalítica do inconsciente parecem ter sido motivados por sua preocupação com o rumo reducionista ao campo quase exclusivo da sexualidade que a psicanálise e, principalmente, a terapia psicanalítica, estavam tomando. Foi em sua tese de doutorado, *Da psicose paranoica em suas relações com a personalidade*, apresentada em 1932, que Lacan informou-nos de importantes elementos de sua visão dos conceitos psicanalíticos.

À luz do estruturalismo e da linguística, especialmente, sob a influência de Saussure e Lévi-Strauss, Lacan concluiu, diferentemente de Freud, que a linguagem é a condição da existência do inconsciente. Simultaneamente, por meio da linguagem, essa instância psíquica se instala no indivíduo e manifesta sua existência através dos sonhos, do chiste, do ato falho, do gesto e dos sintomas. É por meio da linguagem que o Sujeito Real (inconsciente), seus fantasmas e desejos, se apresentam a si mesmo (consciente do indivíduo) e ao outro (social).

Para representar o psiquismo humano, Lacan recorreu à *estrutura borromeana* ou *nó borromeu*, (Gonçalves, 1992). Trata-se de um nó, no qual três aros interdependentes se entrecruzam, se sustentam e se articulam, formando uma única amarração. Essa estrutura representa as três instâncias fundadoras do saber psicanalítico lacaniano: o Imaginário, o Simbólico e o Real. Nessa representação, o imaginário é o sentido individual, subjetivo que cada qual atribui aos processos sociais, locais e globais, bem como coletivos, vividos; o simbólico, refere-se a história social e coletiva, pré-existente ao indivíduo; e, o real, é a instância na qual se situa o inconsciente, ou o Grande Outro, assim, também, denominado por Lacan.

Na teoria psíquica lacaniana, conforme Roudinesco e Plon (1998), o termo desejo expressa uma *cobiça* ou *apetite* referente a um *objeto* que falta ao indivíduo e, será, por meio da linguagem, sob qualquer de suas formas, que o desejo se manifestará. Isso significa que, a todo o momento nosso real se depara com a existência

de objetos faltantes. Esses poderão vir a se constituir em faltas ou desejos, que por meio do discurso (linguagem) e da ação (pulsão), procurará suprir, satisfazer. No entanto, desde os estudos de Freud, aprendemos que, nos indivíduos, entre o inconsciente e o consciente, se estabelecem negociações permanentes na direção da satisfação ou não dos seus desejos.

Aprendemos também, com a psicanálise, que a dinâmica social redimensiona a subjetividade, o psiquismo. Numa perspectiva lacaniana, isso significa que nossas experiências com um simbólico e um imaginário, cada vez mais marcados pela velocidade e volume de situações sociais, de invenções tecnológicas e formas e estilos de vida, criação de padrões de comportamento social e ideal de riqueza e status social, inscreverão em nosso real os objetos que poderão vir a se constituírem em faltas. Tais faltas, conseqüentemente, poderão vir a se classificarem desejos, que por sua vez acionarão o processo de *necessidade, demanda e pulsão* (Laplanche e Pontalis, 1992), pondo em movimento nossos mecanismos internos, conscientes e inconscientes, de negociação.

Para melhor explicar essa questão entre o psíquico e o social, tomemos por base um estudo sociológico. Em 1990, no livro *As conseqüências da modernidade*, o sociólogo britânico Anthony Giddens, ao discutir, numa perspectiva crítica, a ideia de pós-modernidade, nos ofereceu uma pista interessante de como perceber que os acontecimentos sociais atuam no sentido do redimensionamento das subjetividades.

Em seu ensaio, Giddens considerou que o

período pelo qual passamos caracteriza-se menos por ser uma “nova era” – a pós-modernidade – e mais a *radicalização da modernidade*, pois as estruturas sobre as quais esta se fundou, ou seja, o capitalismo, o industrialismo, a vigilância e o poder militar estão cada vez mais radicalizadas.

Nesse ponto, parece-nos possível apontar que o processo de radicalização das estruturas modernas, sobretudo, das estruturas do capitalismo e do industrialismo, terá efeitos no psiquismo dos indivíduos, principalmente, no que tange à dinâmica psíquica do desejo.

É sabido, desde Marx, que o capitalismo se reproduz como sistema econômico, a partir de si mesmo, criando e divulgando necessidades materiais, que vão muito além das nossas necessidades mais elementares de produção e reprodução da vida. Ora, com efeito, as transformações processadas no campo da materialidade da vida, afetam nossa dinâmica psíquica dos desejos, causando-nos, como dito anteriormente, as faltas (desejos) que clamarão por serem supridas.

Podemos ilustrar a dinâmica acima descrita, a partir de duas situações exemplares: primeira, a emergência de novos arranjos institucionais familiares – parentais, monoparentais, homoparentais, recompostas etc – tem provocado o desejo da institucionalização, da normatização jurídica (direitos) dessas novas famílias (Roudinesco, 2003). Segunda, o discurso social e as experiências simbólicas e imaginárias dos indivíduos com a “nova ideologia urbana” (Costa, 2003), têm sido causa do surgimento de uma falta, que se constituiu no desejo de existir em conformidade com o discurso narcísico da cultura atual.

Indiscutivelmente, a descoberta do inconsciente, como sendo também o lugar de surgimento e manifestação dos desejos, contribuiu para a ressignificação da noção de sujeito. Tal descoberta, como já dito anteriormente, nos informou que nossas ações são, também, guiadas por forças do suceder psíquico que não estão, claramente, informadas à consciência.

Assim, do ponto de vista social, podemos aprender com a psicanálise que os acontecimentos e fenômenos sociais em curso são protagonizados por indivíduos portadores de uma dimensão psíquica (lugar de desejo) em permanente relação dialética com outras subjetividades, portanto, outros lugares/expressões de desejos.

Dessa forma, precisamos considerar que assim como internamente temos nossos mecanismos de negociações subjetivas dos desejos, necessitamos ter, socialmente, instâncias, espaços de negociações intersubjetivas dos desejos.

### **3. Cidadania, *ethos* capitalista e crescimento da criminalidade**

O movimento de internacionalização dos direitos humanos fundamentais se preocupa em converter os direitos dessa natureza a um legítimo interesse da comunidade internacional, acarretando, conforme Flávia Piovesan (2012), a necessidade de se redefinir e reconstruir o conceito de cidadania no cenário brasileiro.



Nessa direção, ainda que pese a definição tradicional e estrita de cidadania, resultante do direito de sufrágio, ou seja, participar da vida política de dado Estado (votar e ser votado) há que se considerá-la, na contemporaneidade, sob outra ótica, abarcando, além da consecução dos direitos políticos, os direitos individuais, os sociais e os econômicos.

A cidadania, não resta dúvidas, enquanto conceito decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito, em que o Estado brasileiro se insere ou deve inserir-se, consiste (Novelino, 2012) na participação política do indivíduo nos negócios do Estado e até mesmo noutras áreas de interesse público. Porém, não há como se pensar na pessoa cidadã sem imaginá-la no gozo de direitos como igualdade, liberdade, segurança, saúde, educação, cultura, pleno emprego, meio-ambiente saudável, moradia, lazer, previdência, entre outros.

Sabe-se, contudo, que grande parte dos brasileiros conhece esses direitos (e olhe lá) em âmbito estritamente formal, sendo a evidência, ao que tudo indica, correlata aos interesses dos “senhores do capital”. Noutros termos, os “donos do capital” transformaram o *ethos* consumerista numa verdadeira “religião”, como enfatiza Giorgio Agamben:

o capitalismo é, realmente, uma religião, e a mais feroz, implacável e irracional religião que jamais existiu, porque não conhece nem redenção nem trégua. Ela celebra um culto ininterrupto cuja liturgia é o trabalho e cujo objeto é o dinheiro.

Deus não morreu, ele se tornou Dinheiro. O Banco - com os seus cinzentos funcionários e especialistas - assumiu o lugar da Igreja e dos seus padres e, governando o crédito (até mesmo o crédito dos Estados, que docilmente abdicaram de sua soberania), manipula e gera a fé - a escassa, incerta confiança - que o nosso tempo ainda traz consigo (AGAMBEN, 2012, p. [S.N.]).

O mundo dos fatos demonstra, realmente, que o capitalismo prega a busca pela mansão, pelo carrão caro e potente, pelo telefone celular que faz de tudo, pela maior e mais fina televisão na versão 3D, pelos melhores *ultrabooks*, *notebooks*, *ipod's*, *iphone's*, *iped's*, *tablet's*, pelas roupas de grife com preços astronômicos e inacreditáveis etc.

Por outro lado, a comuna do consumo em sua dimensão de culto ao corpo e busca pela aparência “perfeita” apregoa que o homem ideal deve ser alto, forte e bem vestido. O estereótipo feminino reivindica que a mulher tenha cabelos lisos, seja bem vestida, magérrima ou “sarada” e cheia de curvas voluptuosas, na melhor versão *panicat*<sup>4</sup>. Dessa forma, “o discurso “narcísico-consumista” da sociedade atual produz “ídolos fortemente sexualizados em imagens do *dever ser homem* e *dever ser mulher*”” (VAZ, 2004, p. 127).

O ideal atribuí, sobretudo, ao perfil e à posse dos bens<sup>5</sup>, acima delineados, o caminho para reconhecimento e sucesso; o pré-requisito por melhores empregos, muito dinheiro, *glamour*, grandes amigos, tratamento cordial e convites para os mais importantes,

famosos e badalados eventos; a conquista de viagens inacreditáveis e momentos inesquecíveis, além de uma vida amorosa e sexual digna dos filmes de *Hollywood*. Enfim, que com esses atributos tudo se torna mais fácil, alcançando-se a felicidade plena por meio do possuir, o qual proporcionará tudo o que há de melhor.

Sem hipocrisia, a propaganda pode seduzir a qualquer um. Vale salientar, todavia, como trabalha Dalmo de Abreu Dallari (2011), na obra *Direitos humanos e cidadania*, a sociedade humana se perfaz por um conjunto de pessoas ligadas pela necessidade de se ajudarem umas às outras no plano material, bem como pela necessidade de comunicação intelectual, afetiva e espiritual, a fim de satisfazer seus interesses e desejos. Logo, é preciso considerar as necessidades de todos os membros de uma sociedade, não bastando que a vida social ofereça a satisfação das necessidades de algumas pessoas em detrimento das demais.

Mas no mundo dos fatos isso não tem ocorrido. O culto à forma “perfeita” e aos bens do consumo não visa à consecução da pessoa cidadã. Ao contrário, deixando de promover a realização dos direitos de cidadania de todos os grupos, privilegia as elites e macula o que se espera de um regime coletivo e solidário de convivência, pois poucos efetivam este ideal, enquanto a maioria luta dia a dia pela sobrevivência e para adequar-se ao “tipo ideal” propagado pela sociedade narcísica-consumista.

Sendo assim, acreditamos que o aumento da violência e da criminalidade, principalmente entre os jovens, tenha íntima relação com o *ethos* consumerista e com a inefetividade dos direitos humanos

fundamentais. Com efeito, a divulgação dos bens de consumo e da promessa de gozo que oferecem, bem como a divulgação de um “corpo ideal”, poderão criar nos indivíduos uma falta, um desejo que deverá ser, a qualquer custo, satisfeito.

No entanto, Anthony Giddens (1991) já nos alertara que a liturgia capitalista demonstra que o mundo é “um” em certo sentido, mas radicalmente cindido por desigualdades de poder em outro. É bom lembrar tratar-se o mercado, conforme Michael Walzer (2003), de um dos mais importantes mecanismos de distribuição de bens sociais, mas não é, e nunca foi em lugar nenhum, um sistema distributivo completo<sup>6</sup>.

Por outro lado, a ausência dos direitos inerentes à cidadania a uma maioria esmagadora pode revelar muita coisa envolvendo as relações entre a “religião capital” e os discursos jurídicos, políticos e econômicos, nos quadros dos conceitos de<sup>7</sup> cidadania ideal (aquela formalizada) e de cidadania de fato (substancial).

José Luiz Quadros de Magalhães (2010) já havia lembrado que a representação do mundo é fundamental para a manutenção das relações sociais e que representar é significar. Nessa perspectiva, quem tem poder domina os processos de construção dos significados dos significantes, possuindo a capacidade de construir o senso comum.

Nesses termos, estariam os idealistas dos significantes do consumo construindo significados aptos a, adotando os dizeres de Bourdieu (2010), alocar na consciência coletiva símbolos a serviço da dominação, contribuindo para a integração real

da classe dominante e uma integração fictícia da sociedade em seu conjunto, desmobilizando as classes dominadas.

Tome-se para exemplo da condição supracitada os “clientes” do sistema penal. Segundo Alessandro Nepomuceno (2004), dados do Censo Penitenciário brasileiro de 1994 revelam que 95% dos presos são pobres; 87% não concluíram o primeiro grau; 85% não possuem condições de contratar um advogado; e 96,31% são homens, tendo cometido crimes como roubo (33%), furto (18%), homicídio (17%), tráfico de drogas (10%), lesão corporal (3%), estupro (3%), estelionato (2%) e extorsão (1%).

Parece ser possível afirmar que, quatorze anos depois, a realidade praticamente não se alterou, pois os registros do Censo de 2008, oferecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão ligado ao Ministério da Justiça, apresentam, conforme Tamara Melo (2010), que os detentos são em sua grande maioria jovens, negros ou pardos e muito pobres; 8,15% dos presos são analfabetos; 14,35% são alfabetizados; 44,76% possuem o ensino fundamental incompleto; 12,02 % possuem o ensino fundamental completo; 9,36% o ensino médio incompleto; 6,81% o ensino médio completo; 0,9% o ensino superior incompleto; 0,43% o ensino superior completo; menos de 0,1% nível acima do superior completo; 31,87% dos presos têm entre 18 e 24 anos; 26,10% entre 25 e 29 anos; 17,50% entre 30 e 34 anos; 15,45% entre 35 e 45 anos; 6,16% entre 46 e 60 anos; 0,96% mais de 60 anos.

Sendo o crime (Nepomuceno, 2004) uma

construção sociocultural, visando à regulação daquelas condutas encaradas como criminosas, as informações ora anunciadas demonstram uma seletividade do sistema penal recaindo sobre setores vulneráveis da sociedade, geralmente, aqueles que se encontram alijados do acesso aos direitos sociais mais elementares à dignidade humana. Esse quadro pode levar-nos a interpretar, por vezes e erroneamente, que as classes mais abastadas não cometem delitos, enquanto o pobre, o miserável e aqueles desprovidos de educação e cultura estariam mais propensos ao comportamento social desviante. Trata-se, portanto, da criminalização da pobreza.

Apoiamos Alessandro Nepomuceno (2004) para quem a grande diferença para o fato reside também na natureza, bem como no tratamento dedicado às infrações e aos seus praticantes. Os crimes geralmente denunciados, processados e apenados são aqueles provenientes das classes mais vulneráveis da sociedade, enquanto os grandes delitos econômicos, políticos e ecológicos, com danos incomensuráveis à coletividade, não sofrem os mesmos rigores por parte do poder público.

Assim, conforme Alessandro Baratta (1997) pode-se afirmar que o cárcere tem representado a ponta do *iceberg* da ideologia dos grupos hegemônicos, ou seja, do sistema penal burguês, marcando o momento culminante de um processo de seleção que começa bem antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar.

Postas essas premissas, uma questão ganha relevo. O sistema penal é visto tradicionalmente como um controle formal das condutas encaradas como negativas à sociedade, as quais ofendem os bens jurídicos mais relevantes das pessoas de bem, enquanto o desvio é considerado um dano pela maioria dos juristas, sendo os desviantes, nesse episódio, vistos como um elemento negativo, um mal que lesa a ordem, a tranquilidade e a justiça social.

No entanto, os dados estatísticos do sistema penal, apresentados neste estudo como signos da representação social da criminalidade e do sujeito do crime, parecem sugerir que muitos desses “desviantes” tenham o condão de evidenciar a alegação de Alessandro Baratta acima descrita e/ou a antecipação ou a necessidade de mudanças estruturais na sociedade, economia e sistema penal brasileiros, pois como sustenta Ana Lúcia Sabadell (2005), o crime tem um papel útil para a sociedade, seja quando contribui para o progresso social, criando impulsos para a mudança de algumas regras sociais, seja quando a sua ocorrência oferece a ocasião de afirmar (ou debater) a validade das regras a serem seguidas, mobilizando a sociedade em torno de valores coletivos.

A ponderação é das mais interessantes no sentido de ressignificar certos tipos de crimes cometidos demonstrando que nem sempre, os mesmos resultam de um ato do indivíduo mal, visando abalar a paz social e, logo, acabar com a tranquilidade e os ideais das pessoas de “bem”, mas que a sua causa pode estar associada a uma grande fraqueza do Estado, no que diz

respeito o seu dever de cuidado da vida em coletividade, especialmente, na garantia da efetivação do mínimo existencial da pessoa humana.

Letícia Helena Veloso nos apresenta num de seus manuscritos, quando entrevistara jovens participantes de um projeto de inclusão social na cidade do Rio de Janeiro, um exemplo típico de que a ausência dos direitos de cidadania pode contribuir para o nascimento de desviantes.

Numa passagem, Veloso (2009) descreve o episódio de um jovem que, narrando a sua trajetória, apontava o apoio de sua família no sentido de participar do projeto em tela, propulsor de aulas de artes, dança e capoeira, explicando ainda:

que “quando mais novo e zangado”, costumava cometer pequenos roubos: “nunca machuquei ninguém”, dizia, mas “roubava muito, sim, tênis, relógio, tudo. Era um marginal mesmo. Todo mundo me olhava atravessado”. Agora, dizia ele, “todo mundo estava feliz” porque ele tinha “virado cidadão”: entrara para o projeto e passava ali suas tardes, “jogando bola, tendo aula de arte, ouvindo essas coisas de cidadania”. “Continuo pobre, feio e preto”, refletiu, rindo às gargalhadas, “mas pelo menos sou cidadão. Só não sei ainda pra que isso serve” (VELOSO, 2009, p. 20).

Note-se, enquanto o jovem não tinha acesso a programas dedicados à arte, ao esporte etc, que ofereciam-lhe referenciais mais sólidos do que é ser



homem, ser humano e da vida em sociedade, voltava-se à vida criminosa. É certo que a inserção nessas atividades propiciou um melhoramento da sua autoestima, proporcionando-lhe o reconhecimento de seus pares e, conseqüentemente, o abandono do crime. Numa perspectiva psicanalítica, pode-se dizer que a participação desse jovem naqueles projetos, contribuiu para redimensionar seu psiquismo, a dinâmica de seus desejos e a forma de lidar com eles subjetivamente e intersubjetivamente.

O ocorrido parece indicar que via de regra, se as crianças e adolescentes tiverem acesso, desde sempre, à educação, cultura, esporte, entre outros, e, na vida adulta, a um trabalho que lhes garanta viver de uma forma digna, terão mais chances de afastarem-se da vida criminosa.

Para isso, há que se ter o fomento de políticas públicas, devendo-se, por oportuno, e igualmente, desconstituir-se, ou ressignificar-se, o *ethos* capitalista. Segundo Jurandir Freire Costa (2012), o *ethos* capitalista, além de promover a exclusão dos idosos, obesos, sedentários e não sucedidos economicamente, os quais são vistos como fracos e taxados como desprovidos de cidadania, gera pobres, excluídos do consumo, mas que, convertidos ao consumismo, e seus objetos de desejos e faltas, são insuscetíveis de adquirir o que cobiçam e podem se tornar delinquentes, a fim de inserirem-se numa organização social cuja normatividade principal é a do possuir.

## Conclusão

A guisa de considerações finais, reafirmamos ser crescente a necessidade de um questionamento investigativo, por parte da sociedade como um todo e, especialmente, do poder público, a respeito das causas da criminalidade e não somente da infração cometida, pois a apuração da prática de um delito bem como do sujeito que o comete é o mínimo que se espera por parte do sistema penal, devendo a vertente do Estado dotada desta finalidade fazê-lo.

Contudo, do nosso ponto de vista, tais iniciativas terão mais a ganhar se prescindirem dos referenciais epistemológicos do positivismo jurídico, pois, a compreensão da dinâmica da criminalidade e do sujeito da criminalidade, envolve um conjunto de elementos, subjetivos, estruturais, intersubjetivos, que são, por suas naturezas, complexos e dialéticos na maneira de se correlacionarem.

Reforçamos, ainda, que dentre as estratégias de redução da violência e da criminalidade, o Estado deve, também, agir como promotor da justiça social, adotando políticas públicas que promovam uma distribuição de renda igualitária aptas a prover as necessidades básicas do sujeito de direito como pleno emprego, saúde, educação, cultura, moradia, lazer, entre outros. Em última instância, que realizem a cidadania, pois a realidade parece apontar entre as causas principais do aumento da criminalidade a ausência dos direitos afetos à cidadania.

Por fim, ressaltamos que o Estado, por meio

do Direito, inclusive, poderá vir a se constituir numa instância de negociação intersubjetiva da realização ou não dos desejos dos indivíduos, sem que isso represente a exclusão de valores individuais e coletivos como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a igualdade e a liberdade.

## Notas

- <sup>1</sup> Crise no sentido de que passamos por um momento de transição, transformação.
- <sup>2</sup> A utilização deste termo não induz teor numérico. Referimo-nos aos grupos não hegemônicos, oprimidos, distintos do que se define como “normal” e “melhor”.
- <sup>3</sup> Pensamos que essa realidade se expande aos jovens nas mesmas condições por todo o Brasil.
- <sup>4</sup> *Panicat* é a denominação que se dá às *assistentes de palco* do programa televisivo brasileiro *Pânico na Band* da *Rede Bandeirantes*, antes assistentes do extinto *Pânico na TV* da *Rede TV*.
- <sup>5</sup> Márcio Bilharinho Neves (2000) acerca da análise crítica de Karl Marx aos conceitos de igualdade e liberdade no contexto capitalista que o mundo burguês evidencia o paradigma do homem como um sujeito igual e livre quando porta uma mercadoria, ou seja, ele só seria encarado como sujeito de direito quando tivesse algo pra trocar com outro sujeito, seja uma mercadoria propriamente dita, seja a mão de obra trabalhadora (mercadoria).
- <sup>6</sup> O autor conclui que Estado nenhum jamais teve penetração de poder suficiente para regulamentar todos os tipos de partilha, divisão e troca que modelam a sociedade.
- <sup>7</sup> Michel Misse (2011) desenvolve a ideia denunciando ainda que é preciso discutir-se as relações entre o que chama de “cidadania ideal”, cidadania “de facto” e “criminalização de facto”, no sentido de melhor determinar o contexto social e histórico que permite não só a seletividade e a contaminação dos censos e amostras estatísticos, mas uma compreensão empírica de seu significado, para além de uma crítica formal do processo de criminalização.

## Referências

- AGAMBEN, Giorgio. **Deus não morreu**. Ele tornou-se Dinheiro. [16 agosto 2012]. Entrevistadora: Peppe Salvà. Entrevista concedida a Ragusa News. Trad. de Selvino J. Assmann. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/512966-giorgio-agamben>>. Acesso em: 05 dez. 2012.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luís Roberto (org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. de Fernando Tomaz. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- COSTA, Jurandir Freire. **O ponto de vista do outro**. [05 abril 2012]. Entrevistadora: Isabella Fraga. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/507528-entrevista-com-jurandir-freire-costa>>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Violência e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direito humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2011.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Trad. de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2010.
- FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise**. São Paulo: Abril Cultural, 1974, Coleção “Os Pensadores”.
- GIDDENS, Anthony. **Consequências da modernidade**. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- GONÇALVES, Robson P. **Mito e psicanálise: considerações**. Revista Letras. Universidade Federal de Santa Maria. n. 3, Jan/Jun, 1992.
- LAPLANCHE, J. e PONTALIS, J. B. **Vocabulário da Psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A busca do real**. Postado em: 28 junho 2010 no blog José Luiz Quadros de Magalhães. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/>>. Acesso em 13 maio. 2011.

- MELLO, Cleyson de Moraes; SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos. **Direito e pessoa: o Direito, o que é? o homem, quem ele é? A questão prévia do ordenamento jurídico.** In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza - Anais Eletrônicos. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3260.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2012.
- MELO, TAMARA. **Prisões Brasileiras: espelho da nossa sociedade.** In: Revista do Instituto Humanitas Unisinos, Ano IX, V. 293. São Leopoldo, p. [SN], 2010. Disponível em: <[http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2560&secao=293](http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2560&secao=293)>. Acesso em: 28 dez. 2012.
- MISSE, Michel. **Crime e Violência no Brasil Contemporâneo:** Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e Direito: um estudo sobre Panchukanis.** São Paulo: Biotempo, 2000.
- NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da Lei: a face obscura da sentença penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: Antiguidade e Idade Média.** Vol I. 3. ed. São Paulo: Paulus, 1990.
- ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Por que a psicanálise?** Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma Leitura Externa do Direito.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos. **Justiça e razão prática.** Direito como pensar constituidor do humano nos marcos de uma filosofia do direito pós-essencialista e não-cognitivist. Disponível em: <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/nuno>>. Acesso em: 28 dez. 2012.
- SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional.** 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambivalência do debate “positivismo (neo)consti-**

- tucionalismo**". In: Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- VAZ, Alexandre Fernandez. **Corpo e indústria cultural: notas para pensar a educação na sociedade contemporânea**. In: ZUN, Antônio A. S., PUCCI, Bruno e RAMOS-DE-OLIVEIRA, Newton (org.). *Ensaio frankfurtianos*. São Paulo: Cortez, 2004, p. 117 a135.
- VELOSO, Letícia Helena Medeiros. **"Cidadania, e daí? Dilemas e práticas de cidadania entre jovens marginalizados no Rio de Janeiro**. Disponível em: <[https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:ZpubqlBRORYJ:www.urbanidades.unb.br/06/artigo\\_2\\_leticia\\_veloso.pdf](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:ZpubqlBRORYJ:www.urbanidades.unb.br/06/artigo_2_leticia_veloso.pdf)>; Acesso em: 18 out. 2012.

# Execução de Ações Coletivas na Justiça do Trabalho

## *Execution of Collective Action in the Labour Court*

Artigo recebido em 10/10/2013.  
Revisado em 11/10/2013.  
Aceito para publicação em 22/10/2013.

### **Giselle Leite Franklin**

Advogada. Professora universitária. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Uniderp-Anhanguera. Mestranda em Direito do Trabalho pela PUC Minas.

## **Resumo**

O presente trabalho visa abordar a execução das principais ações coletivas de competência da Justiça do Trabalho, trabalhando as origens do instituto nas ondas renovatórias do direito processual que deram ensejo à utilização das ações coletivas para a tutela de direitos trabalhistas. Aborda, ainda, os procedimentos próprios para a execução das ações coletivas na seara trabalhista.

## **Palavras-chave**

Execução; Ação Coletiva; Justiça do Trabalho.

## **Abstract**

The present work aims to address the implementation of major collective action competence of the Labour Court, the origins of the institute working in the renewals waves of processual law that gave rise to the use of collective action for the protection of labor rights. It also discusses the proper procedures for the implementation of collective actions in harvest labor.

## **Keywords**

Execution; Collective Action; Labour Court.



## Sumário

Introdução. 1. Execução. 2. As Ondas renovatórias do Direito Processual. 3. Ações coletivas. 3.1. Ação Civil Pública. 3.1.1. Ação Civil Pública no Direito do Trabalho. 3.2 Ação Civil Coletiva. 4. O procedimento de liquidação e execução das ações coletivas na justiça do trabalho. 4.1 Liquidação e execução de sentença coletiva para tutela de interesses difusos e coletivos em sentido estrito. 4.2 Liquidação e execução de sentença coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos. Conclusão. Referências.

## Introdução

O direito processual coletivo adquiriu expressiva relevância no ordenamento jurídico, em especial na seara trabalhista, em virtude da proliferação das ações envolvendo interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A atuação dos sindicatos possibilitou importantes conquistas de direitos para os trabalhadores ao longo de toda a história, ocupando papel de destaque como agente modificador da realidade dos trabalhadores em todos os âmbitos, através da efetivação dos direitos já declarados.

Os objetivos das ações coletivas ajuizadas pelos sindicatos, vinculados à garantia dos direitos dos trabalhadores de forma despersonalizada e uniforme para situações iguais no mesmo ambiente de trabalho, não afetam somente as relações individuais de trabalho, mas também o Direito do Trabalho como um todo.

Tal fato decorre da notória constatação de que o número de trabalhadores que interpõe ações no Poder Judiciário durante o contrato de trabalho é ínfimo, muito em virtude do temor de perder o posto de trabalho, fato que faz a justiça do trabalho atuar principalmente após o término do vínculo empregatício.

Embora seja de elevada importância, o reconhecimento judicial desses direitos não é o bastante, é imperioso que sejam realizados concretamente, mediante execução, o que realmente confere efetividade ao processo, alcançando a tutela jurisdicional.

Nesse sentido, o presente trabalho abordará a forma como se realiza a execução da sentença coletiva trabalhista, tanto no que se refere aos direitos transindividuais, como nos individuais homogêneos.

Será demonstrado que, embora o processo coletivo já tenha evoluído, ainda carece de ser aperfeiçoado, principalmente em relação ao processo trabalhista, no qual há uma míngua preocupação acerca do tema, o que dificulta ainda mais a sua análise e efetiva aplicação.

## **1. Execução**

O reconhecimento do direito do autor através da sentença e conseqüente imposição ao réu de satisfazer a obrigação não assegura, infelizmente, o seu cumprimento. Assim, em razão do não implemento voluntário da obrigação resultante da sentença, o credor pode requerer ao juiz a prática de atos que lhe

assegurem resultado equivalente, conhecida como execução de sentença.

A execução, assim, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 120), é

(...) uma cadeia de atos de atuação da vontade sancionatória, ou seja, conjunto de atos estatais que com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material.

Em outra vertente, a lei confere eficácia executiva a certos títulos, “considerando que neles já se acha concretizada a norma jurídica disciplinadora das relações entre as partes, com suficiente certeza para que o credor se tenha habilitado a pleitear, desde logo, a realização dos atos materiais tendentes a efetivá-la (ALMEIDA, 2008, p. 703)”.

Logo, o processo de execução também objetiva a satisfação de direito decorrente de título ao qual a lei atribui força executiva, pois seja judicial ou extrajudicial, o título executivo autoriza a prática de atos necessários à realização coativa de resultado equivalente ao que seria o espontâneo cumprimento da obrigação pelo devedor.

Da execução pode-se dizer, pois, que, constituindo ela própria a atuação da vontade sancionatória, conduz à atuação da vontade do direito substancial, que é a produção dos resultados queridos por

este. Se no processo de conhecimento (salvo constitutivo) o escopo de atuação da vontade concreta da lei não é buscado diretamente, mas através da mera pronúncia do preceito concreto, na execução forçada a busca dos escopos já jurisdição é feita diretamente pelo Estado, o que já não cogita de aclarar preceitos postos em dúvida, nem de colocar motivos sérios para forçar a determinação do obrigado, mas invade ele próprio a esfera de autonomia deste e produz o resultado que a lei quer (DINAMARCO, 2002, p. 114).

No ordenamento jurídico brasileiro, há dois atos processuais executivos pelos quais a execução realiza seus fins: sub-rogação e coação ou coerção.

Por meio da sub-rogação, o Estado-juiz substitui o devedor, prescindindo sua vontade, e satisfaz o direito do credor. Quando esta técnica é utilizada, diz-se que a execução é direta. Como exemplo, temos a penhora de bens e a expropriação em hasta pública.

O segundo meio de execução é a coação ou coerção, no qual o Estado-juiz constrange, obriga o devedor a cumprir a obrigação. São meios que não prescindem da vontade do executado, pois atuam diretamente sobre ela, tendo função coercitiva de pressão psicológica. “Tais medidas coercitivas devem ser direcionadas contra o executado, fazendo com que este raciocine no sentido de compreender que seria mais vantajoso cumprir e satisfazer o direito exequendo do que assumir a medida coercitiva que lhe foi imposta” (ABELHA, 2009, p. 29). A título de exemplo, podemos

citar como medidas coercitivas as astreintes e a prisão civil nas execuções de prestações alimentícias.

No processo do trabalho, as sentenças que contém obrigações de fazer, de não fazer, entregar ou pagar quantia certa são executadas nos mesmos autos, perante o mesmo juízo.

A respeito da natureza jurídica, Carlos Henrique Bezerra Leite (2009) leciona que existem duas correntes doutrinárias.

A primeira corrente consiste na afirmação de que a sentença trabalhista é um processo, “já que tem início com a instauração de um (novo) processo de execução de título judicial” (LEITE, 2009, p. 804). Os argumentos dessa corrente consistem na existência do mandado de citação ao executado (art. 840 da CLT) e na existência de um Livro próprio e específico para a execução contido no Código de Processo Civil, dando-lhe autonomia. Neste sentido:

No processo do trabalho, persiste a execução de título judicial, mesmo que nele seja imposta obrigação por quantia certa como processo distinto e autônomo, como decorre do art. 880 da CLT. (...) A exigência de citação torna certo que, no processo do trabalho, não há que se falar em execução como mera fase do processo de conhecimento. O fato de o juiz ser autorizado, no processo do trabalho, a promover de ofício não prejudica essa conclusão, diante da expressa exigência de citação do executado (ALMEIDA, 2008, p. 712).

A outra corrente sustenta que não há um processo autônomo de execução trabalhista, sendo uma simples fase do processo trabalhista de conhecimento, cujos argumentos residem na possibilidade de execução *ex officio*, o que comprovaria que não existe uma ação autônoma de execução, e na ausência de título executivo extrajudicial.

Contudo, para Carlos Henrique Bezerra Leite (2009), estão superados ambos os entendimentos.

O primeiro não pode ser adotado em virtude do art. 114, § 3º da Carta Magna, que permite a instauração do dissídio coletivo de greve apenas pelo Ministério Público do Trabalho, e não de ofício pelo Presidente de Tribunal Trabalhista. Já a segunda corrente também não pode ser adotada em virtude do duplo enfoque da execução trabalhista/civil, que se tratar de título executivo extrajudicial, haverá um processo autônomo, enquanto se tratar de título executivo judicial, não haverá um novo processo, mas tão somente uma fase procedimental posterior à sentença.

Na seara trabalhista, a CLT constitui a principal fonte disciplinadora da execução trabalhista, em especial seus artigos 876 a 892. Em caso de omissão, a questão solucionadora deve ser buscada nas demais normas que compõe o direito do trabalho, como a lei 5.584/70, por exemplo. Persistindo, deve-se recorrer à Lei 6.830/80 em relação aos preceitos dos executivos fiscais para cobrança judicial de dívida da Fazenda Pública. Por fim, caso ainda haja qualquer omissão, aplica-se como fonte subsidiária o Código de Processo Civil.

Importante salientar que o recurso às demais fontes subsidiárias somente será aplicável quando houver omissão do direito processual do trabalho e compatibilidade da norma invocada com as normas e princípios trabalhistas.

## **2. As Ondas renovatórias do Direito Processual**

De modo perfunctório, faz-se necessário trazer as ideias difundidas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth no livro intitulado Acesso à Justiça, de 1978, que, ao examinar o acesso efetivo justiça, nasceram três ondas renovatórias do Processo Civil.

A primeira onda diz respeito aos obstáculos econômicos de acesso à justiça, cuja preocupação gira em torno dos pobres necessitados. Examinam, judicialmente, os meios a que os pobres têm acesso para defenderem adequadamente seus direitos, e, extrajudicialmente, preocupa-se com a informação aos pobres dos direitos que lhe são pertinentes.

Para eliminar o problema, os autores sugerem a criação de órgãos de informação a respeito dos direitos sociais e a eliminação dos custos do processo, inclusive os honorários advocatícios. Na concepção dos doutrinadores, o acesso à justiça deve incluir não só o acesso ao judiciário, de forma gratuita, mas também ao advogado.

Medidas muito importantes foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de

assistência judiciária. Como consequência, as barreiras ao acesso à Justiça começaram a ceder. Os pobres estão obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus. É de esperar que as atuais experiências sirvam para eliminar essas barreiras (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.45).

A segunda onda, de cunho organizacional, representa a tutela coletiva dos interesses, com inovações na legitimidade ativa e nos efeitos da coisa julgada.

Conforme aduz Souto Maior (2009, p. 54), a segunda onda:

(...) tende a examinar a adequação das instituições processuais, especialmente no que se refere à legitimidade para a ação, às novas realidades criadas pela massificação das relações humanas, gerando uma grande gama de interesses difusos e coletivos, cuja satisfação nem sempre se mostra muito fácil diante das perspectivas do direito processual tradicional, essencialmente individualista.

Lecionam Garth e Cappelletti que antes o processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, não abrindo espaço para a proteção dos direitos difusos. “As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e atuação dos juízes ao



eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares” (1988, p. 49).

Defendem que a eficiente reivindicação dos interesses difusos (aqui compreendidos não só dos pobres, mas também dos consumidores, preservacionistas e do público em geral) se dará com a combinação de recursos como as ações coletivas, as sociedades do interesse público, a assessoria pública e o auxílio do advogado público.

Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira “revolução” está-se desenvolvendo dentro do processo civil (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.47).

Por sua vez, a terceira onda renovatória visa a atribuir maior efetividade e celeridade à tutela jurisdicional, através de institutos de antecipação de provimento, mitigação de recursos e concentração de ritos processuais. “Caracteriza-se pela preocupação em construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, com implementação de fórmulas para simplificação dos procedimentos” (SOUTO MAIOR, 2009, 54).

Essa “terceira onda” inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra

sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.67-68).

Essa última onda, visando o acesso à justiça, tenta, por meio de reformas, chegar à prestação jurisdicional completa de forma mais rápida e menos burocrática.

Em síntese, o efetivo acesso à justiça, na concepção dos dois autores, se dará mediante a melhoria dos seguintes aspectos: garantia de adequada representação aos pobres, a tutela dos interesses difusos ou coletivos e fórmulas para simplificar os procedimentos.

“O acesso à justiça pressupõe, portanto, a efetividade do processo” (SOUTO MAIOR, 2009, p. 55).

### 3. Ações coletivas

As ações coletivas no ordenamento brasileiro foram inspiradas nas *class actions* norte-americanas, estas inspiradas no *Bill of peace* na Inglaterra, no final do século XVII.

Leciona ALMEIDA (2012, p. 95), citando Teori Albino Zavascki, que os tribunais de equidade no

direito inglês admitiam o *Bill of Peace*, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados deveriam participar do processo, passando, assim, a permitir que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses de representados ou sendo demandados por conta dos mesmos interesses.

Conforme explica Márcio Mafra Leal, a *Bill of Peace*

[...] era uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos (LEAL, apud BARBOSA, 2010, p. 20).

Nesse contexto, nasceu a ação de classe (*class action*), que foi aperfeiçoada e difundida no sistema norte-americano, em especial com a *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure* e sua reforma em 1966, que realizaram uma sistematização em nível federal americano, estabelecendo uma unificação de regras, sendo a lei que regula as *class action* até os dias atuais.

A *class action* é uma ação representativa (*representative action*) em que o autor representa em juízo os interesses dos demais membros (ausentes) do grupo. O representante do grupo

propõe a ação coletiva em nome próprio e em nome de todos os demais que se enquadram em uma situação semelhante à sua (*to sue on behalf of himself and all others similarly situated*). Assim, em uma *class action* existem dois pedidos independentes: o pedido individual, em benefício do representante, e o pedido coletivo, em benefício do grupo. Nas ações coletivas, considera-se que o grupo esteja presente em juízo, e assim, a sentença numa *class action* faz coisa julgada erga omnes, atingindo todos os seus membros (GIDI, apud ALMEIDA, 2012, p. 96-97).

Tendo como parâmetro as *class actions* norte-americanas, surgiu, então, o sistema das ações coletivas brasileiro, adaptado às peculiaridades do país.

Ação coletiva é aquela proposta visando à tutela de direitos ou interesses metaindividuais. Nas palavras de Raimundo Simão de Melo,

(...) ação coletiva é uma ação que visa à prevenção e/ou reparação de danos aos direitos e interesses coletivos lato sensu, os quais estão classificados (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e definidos no Código de Defesa do Consumidor (art.81, parágrafo único e incisos). É uma ação que busca tutela de massa (MELO, apud ALMEIDA, 2012, p. 99)

Antônio Gidi, levando em consideração os elementos de legitimidade, objeto e coisa julgada como

características indispensáveis às ações coletivas, as conceitua como:

A ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada) (GIDI, apud LEITE, 2009, p. 1075).

Em obra estrangeira, o professor Antonio Gidi (2003, p 15) trouxe o conceito das ações coletivas:

La acción colectiva es la acción propuesta por un representante en la defensa de un derecho colectivamente considerado cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas. En la acción colectiva los derechos del grupo son representados en juicio por un representante y la sentencia será respecto a toda la controversia colectiva, alcanzando a los miembros titulares del derecho del grupo.

Importante salientar que as ações coletivas são assim denominadas não em virtude da quantidade de pessoas que figura em um dos polos da relação jurídica processual, e sim em razão da pluralidade de pessoas, titulares de interesses ou direitos em litígios, que será substituída na relação processual por uma parte legitimada para figurar em juízo representando toda a coletividade.

Sérgio Shimura, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso, leciona que

[...] a expressão ‘ação coletiva’ (não individual) constitui-se em gênero que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva (direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos), diferenciando-se da “ação individual”, que tem por finalidade veicular pretensão puramente subjetiva e particularizada. Não se desconhece que cada qual pode ter as suas peculiaridades e procedimentos específicos, mas todas voltadas a servir de instrumento à proteção de interesses coletivos (SHIMURA, apud MANCUSO, 2007, p. 63).

O Brasil, nos países de civil law, foi o pioneiro na criação dos processos coletivos, havendo, hoje, um microsistema de tutela dos direitos ou interesses coletivos. A respeito desse pioneirismo brasileiro, Ada Pellegrini Grinover (apud ALMEIDA, 2012, p. 89), nos ensina:

A partir da reforma de 1977 da Lei de Ação Popular, os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental, em sentido lato, receberam tutela jurisdicional por intermédio da legitimação do cidadão. Depois, a Lei n. 6.938/81 previu a titularidade do Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil. Mas foi com a Lei 7.347/85 - a Lei de Ação Civil

Pública - que os interesses transindividuais, ligados ao meio ambiente e ao consumidor, receberam tutela diferenciada, por intermédio de princípios e regras que, de um lado, rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro e, de outro, acabaram influenciando no Código de Processo Civil. Tratava-se, porém, de uma tutela restrita a objetos determinados (o meio ambiente e consumidores), até que a Constituição Federal de 1988 veio universalizar a proteção coletiva dos interesses ou direitos transindividuais, sem qualquer limitação em relação ao objeto do processo. Finalmente, com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, o Brasil pôde contar com um verdadeiro microsistema de processos coletivos, composto pelo Código - que também criou a categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos - e pela Lei 7.347/85, interagindo mediante a aplicação recíproca das disposições dos dois diplomas.

Ainda sobre o tema, trazemos as precisas lições de Wagner Giglio (2005, p. 283):

Com o objetivo de aplicar o direito a uma coletividade de cidadãos, e não *ut singuli*, a pessoas individualmente consideradas, o Direito Processual Civil, cerca de cinquenta anos depois, criou ações coletivas, vencendo o individualismo jurídico tradicional do direito privado para utilizar instrumento processual genérico com o intuito

de composição de conflitos que afetam toda uma coletividade.

As ações coletivas são gênero, dos quais podemos citar como espécies o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF), a ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), a ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade (art. 102, I, a e SS 2º; art. 103 e § 2º, CF; leis 9.868/99 e 9.882/99), o mandado de injunção (art. 5º LXXI, CF), ação popular (art. 5º, LXXIII CF) e a ação civil pública, dentre outras.

Na seara trabalhista, podemos citar como espécies de ação coletiva a ação civil pública, ação de dissídio coletivo, mandado de segurança coletivo, ação anulatória de cláusulas de convenção ou acordo coletivo, ação de cumprimento, dentre outras que tenham por objeto a proteção dos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.

No presente trabalho, dar-se-á enfoque apenas à ação civil pública e às ações civis coletivas, principais ações de âmbito e repercussão coletivos na seara trabalhista, passíveis de execução.

### **3.1. Ação Civil Pública**

Com a edição da Lei 7.347 de 1985, que instituiu a ação civil pública, nosso ordenamento jurídico passou a prever um instrumento processual adequado à tutela dos direitos difusos e coletivos.

No entanto, com a redação original dessa lei, o



objeto da ação residia apenas na reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Foi com a promulgação da Carta Magna de 1988 que a ação pública passou a ser prevista como garantia fundamental, ampliando, de tal maneira, seu rol para a proteção do patrimônio público e social, além de outros interesses públicos.

Assim sendo, os bens tutelados pela ação civil pública estão elencados no art. 129, III da Constituição Federal e no art. 1º da Lei 7347/85.

Não obstante a lei de ação civil pública não tenha definido as expressões interesses difusos e interesses coletivos, coube à doutrina conceituá-las, sendo feito pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 81, que além de os definir, ampliou o objeto da ação civil pública para a tutela dos interesses individuais homogêneos, desde que socialmente relevantes.

Embora não haja um consenso acerca do conceito de ação civil pública, alguns deles são suficientes para traduzir do que vem a citada ação coletiva.

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 152) conceitua a ação civil pública como:

(...) instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade.

Na concepção de Bezerra Leite (2008, p. 1075), a ação civil pública é o meio constitucionalmente assegurado ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei, para promover a defesa judicial dos interesses ou direitos metaindividuais

A respeito de sua finalidade, leciona Raimundo Simão de Melo:

Destaca-se de sua importância porque tais direitos são bens do povo e por isso, constituem interesse público primário da sociedade, que, na maioria das vezes, não podem ser tutelados individualmente porque o cidadão é quase sempre um hipossuficiente que não dispõe de condições técnicas, financeiras e até psicológicas para enfrentar os poderosos em demandas que duram muitos anos perante o Judiciário. Em outros casos, nem mesmo compensa a atuação individualizada diante do baixo valor econômico provocado pela lesão ao interesse individual decorrente da agressão coletiva (MELO, 2008, p. 89).

São espécies de direitos metaindividuais os direitos difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. Traz o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, a definição de cada um:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990).

Mariz de Oliveira aponta as duas características desses interesses e direitos que são determinantes para a evolução da doutrina que pretendia a proteção jurisdicional deles: o risco potencial e simultâneo que determinado fato ou ato provoca em um número significativo de pessoas e a questão de estarem lesadas em situação impropria ou inadequada para conseguir a tutela jurisdicional contra aquele ou aqueles que causaram o prejuízo sofrido individualmente. (OLIVEIRA JUNIOR, apud BARBOSA, p. 48).

Assim, seriam os interesses ou direitos difusos os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas ou ligadas por circunstâncias de fato. Marcio Túlio Viana define direito difuso como o “interesse que não pertence a um só. É de um, mas também é de outro, e, embora de um

e de outro, não se distribui em pedaços. Diz respeito, por exemplo, ao ar que respiramos” (VIANA, apud ALMEIDA, 2012, p. 110).

A respeito da concepção de individualidade do direito, precisas são as lições de Antonio Gidi:

*The concept of “indivisibility of the right,” however, is both practically relevant and easier to understand. The right is indivisible whenever it cannot be divided into separate individual claims. This means that it is impossible to divide the right into quotas attributable to each one of the group’s members; the interests of the members are so closely related that, when relief is granted to one member, it implies satisfaction of each group member’s claims, and when the rights of one of the members are violated it implies violation of the rights of the whole group. Therefore, when the right is indivisible .it is not possible to limit legal relief to specific members of the group (GIDI, 2003).*

A título de exemplo, podemos citar como direitos difusos na esfera trabalhista, a greve em serviços ou atividades essenciais; a discriminação na contratação de empregados; a colocação de portas eletrônicas como instrumentos destinados à proteção dos trabalhadores e da sociedade em geral em agências bancárias, etc.

Os direitos ou interesses coletivos, por sua vez, são os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si.

José Carlos Barbosa Moreira assevera que “o interesse para o qual se reclama tutela pode ser comum a um grupo mais ou menos vasto de pessoas, em razão de vínculo jurídico que as une a todas entre si, sem, no entanto, situar-se no próprio conteúdo da relação plurissubjetiva” (apud ALMEIDA, 2012, p. 114).

Para o italiano Santoro Passarelli (apud MARIA-NI, 2010), o interesse coletivo é:

(...) interesse di una pluralità di persone a un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune. Esso non è la somma di interessi individuali, ma la loro combinazione ed è indivisibile, nel senso che viene soddisfatto, non già da più beni atti a soddisfare bisogni individuali, ma da un unico bene atto a soddisfare il bisogno della collettività.

Analisando e comparando os direitos difusos e os direitos coletivos, Rodolfo de Camargo Mancuso (2008, p.70) tece as seguintes considerações, no sentido de que:

[...] nos ‘difusos’ e nos ‘coletivos em sentido estrito’ o caráter coletivo lhes é imanente, lhes integra a própria essência, já que pelos respectivos conceitos legais (incas. I e II), se vê que o objeto se apresenta indivisível e os sujeitos concernentes são, em princípio, indeterminados. A diferença específica fica por conta de que, nos ‘difusos’, por se reportarem a meras situações de fato, aquelas notas revelam-se absolutas (sujeitos absolutamente indeterminados

e objeto absolutamente indivisível), ao passo que nos ‘coletivos em sentido estrito’ elas se relativizam, porque os sujeitos – pela circunstância de estarem ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base – já comportam certa visualização ao interior de certos segmentos da sociedade civil, ou seja, em ‘grupos’, categorias ou classes’, na dicção legal.

Exemplos de situações que envolvem direitos coletivos na esfera trabalhista, podemos citar a realização de exames médicos admissionais, demissionais e periódicos; vedação de exigência de jornada de trabalho superior a seis horas em turnos ininterruptos de revezamento; a implementação de medidas de segurança no ambiente de trabalho; a não realização dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço de todos os empregados de uma empresa.

Por fim, os interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de uma origem comum. Trata-se de direitos cuja titularidade pertence a pessoas indeterminadas, mas determináveis, divisíveis, de fruição individual e decorrentes de origem comum.

Leciona Mancuso (2008, p.71) que, ao contrário dos direitos difusos e coletivos *lato sensu*, de natureza coletiva, os interesses individuais homogêneos não perdem sua essência de direito individual.

Marcio Túlio Viana (1995, p. 182), por sua vez, ensina que “individuais homogêneos são interesses apenas coincidentes. Cada pessoa o tem por inteiro. Cada qual pode reclamá-lo de per si. Apenas para aumentar

as possibilidades de reparação é que a lei os arma com o mesmo tipo especial de ação”.

Em artigo sobre o tema, o italiano Pierfrancesco Bartolomucci (2012, p. 4) observou acerca dos direitos individuais homogêneos:

*Con l'espressione “diritti omogenei”, si intende infatti quella serie di situazioni giuridiche soggettive caratterizzate dalla comunanza della maggior parte degli elementi costitutivi e non di tutti; è proprio la comunanza di detti elementi, e non più la loro integrale identità, a fondare l'interesse della classe ad una trattazione congiunta della causa, che poi potrà eventualmente essere proseguita in via individuale per il necessario completamento.*

Enquanto os direitos difusos e coletivos só admitem a tutela coletiva, os direitos individuais homogêneos, além de sujeitos a um tratamento processual individual, também admitem o tratamento processual coletivo.

Configuram-se direitos individuais homogêneos na esfera trabalhista, à giza de exemplo, os empregados aidéticos dispensados em decorrência de sua doença; empregados que não receberam horas extras e que efetivamente as prestaram; exigência do empregador de atestado de esterilização para empregadas aos trabalhadores.

Cabe ainda mencionar que a discussão acerca da denominação dada à ação civil pública e à ação coletiva

já está ultrapassada, porquanto que o Ministério Público deixou de ser o legitimado exclusivo das ações destinadas à defesa dos interesses metaindividuais, já que a Carta Magna, em seu art. 129, § 1º permitiu que tais interesses possam ser também defendidos por outros entes coletivos públicos ou privados.

Não obstante, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, para a defesa de qualquer interesse coletivo *lato sensu* são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

### **3.1.1 Ação Civil Pública no Direito do Trabalho**

Conforme exposto, a Ação Civil Pública originou-se como ação exclusiva do Ministério Público, com escopo na reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com a promulgação da Constituição de 1988, a ação civil pública foi guinada à categoria de garantia fundamental, ampliando seu objeto, inserindo também a proteção do patrimônio público e social e outros interesses difusos e coletivos.

Desta forma, conforme leciona Bezerra Leite (2009, p. 1074), foi a partir da Carta Magna de 1988 que se permitiu o manejo da ação civil pública no âmbito da Justiça laboral, tendo em vista que o seu art. 128, I não fez nenhuma distinção entre os ramos do Ministério Público legitimados a promover a ação civil pública.

Mas foi com a vigência da Lei Complementar



75 (Lei Orgânica do Ministério Público da União - LOMPU) que tanto doutrina como jurisprudência passaram a admitir a ação civil pública trabalhista, com escopo em seu art. 83:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

(...)

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos (BRASIL, 1993).

O processo coletivo na Justiça do Trabalho tem como um dos principais instrumentos a ação civil pública, que é ajuizada baseada no microssistema processual formado pela Lei de Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor e subsidiariamente pelo Código de Processo Civil, quando compatível. Quanto à CLT, tem pouca aplicação, por ter sido concebida por uma filosofia individual.

Diante dos citados diplomas legais, não pairam dúvidas sobre o cabimento da ação civil pública para a defesa dos interesses difusos e coletivos no âmbito da Justiça do Trabalho.

Já encontra-se pacificado tanto na doutrina como na jurisprudência esse instrumento coletivo na justiça laboral, tenha caráter preventivo ou reparatório, condenatório, constitutivo, declaratório ou mandamental, desde que tenha como objeto interesse

difuso, coletivo ou individual homogêneo de conteúdo trabalhista.

Nelson Nery Júnior traz sua opinião sobre a ação civil pública trabalhista:

A ação civil pública, expressão que, diante do direito positivo vigente, é sinônimo de ação coletiva, pode ser ajuizada na Justiça do Trabalho, com base no sistema constitucional e legal brasileiro. O sistema da CLT mostra-se, hoje, insuficiente para atender à demanda dos direitos transindividuais de natureza trabalhista, razão pela qual cada vez mais estão sendo ajuizadas ações coletivas, de variada ordem, na Justiça do Trabalho (NERY JUNIOR, apud MELO, 2008, p. 89).

Sobre o objeto da ação civil pública, as lições de José Roberto Freire Pimenta:

O objeto da ação civil pública não se define propriamente pela natureza dos direitos que se pretende imediatamente tutelar, que não precisam ser coletivos em sua essência e nem no modo em que são exercidos. Como bem observa o i. jurista e magistrado Aroldo Plínio Gonçalves, 'o que se objetiva, através da ação civil pública na Justiça do Trabalho é a defesa do interesse coletivo que decorre da observância dos direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores, ou seja, a própria defesa da ordem jurídica'. Se assim é, quaisquer tipos de direitos ou

interesses (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) poderão ser tutelados por seu intermeio, desde que para a proteção do ordenamento jurídico como um todo (PIMENTA, apud ALMEIDA, 2012, p. 92).

Consequência da subordinação e hipossuficiência do empregado, além de outros fatores inibidores da defesa de seus interesses e direitos, o obreiro deixa de buscar a tutela do Poder Judiciário temendo retaliações e ameaças de desemprego.

Nesse contexto, a ação civil pública trabalhista representa uma adequada forma de acesso do cidadão ao verdadeiro direito de ação.

### **3.2 Ação Civil Coletiva**

Espécie do gênero ação coletiva, a ação civil pública coletiva foi instituída pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 91, que estabelece que “os legitimados que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.

Não obstante, a Lei Complementar n. 75 de 1993 também legitima o Ministério Público da União propor ação civil coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos.

Tal ação tem natureza reparatória, cuja finalidade é a reparação pelos danos individualmente sofridos

pelas vítimas, que, ao se encontrarem impedidos de ajuizarem ações individuais por temor à perda do emprego ou devido ao custo do processo, o legislador encontrou, através desta ação, uma maneira de facilitar a defesa dos direitos individuais de forma coletiva.

Assim, a forma adequada de se buscar reparações pelos danos individualmente sofridos pelos trabalhadores, decorrentes de ato de origem comum, é por meio de uma ação coletiva, a ser ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, pelos sindicatos ou outros legitimados coletivos (MELO, 2008, p 213).

Quanto à aplicação desta lei na Justiça do trabalho, de acordo com Raimundo Simão de Melo (2008, p. 212), tem cabimento

(...) por força do que dispõe o art. 21 da Lei 7347/85, que manda aplicar esta, subsidiariamente, as disposições do CDC e art. 769 da CLT, que autoriza o uso suplementar do direito processual comum na Justiça do Trabalho, quando omissa o processo trabalhista e se houver compatibilidade com os princípios e peculiaridades que informam o Direito material e processual do trabalho, como nos parece ocorrer na espécie.

Distinguindo da ação civil pública trabalhista, o i. Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (1995) assegura que esta é a via adequada para defender os interesses difusos e coletivos, enquanto a ação coletiva

deve ser utilizada exclusivamente à proteção dos interesses individuais homogêneos. No mesmo sentido, João Batista de Almeida (2000, p. 89) afirma que as duas ações não se confundem:

Embora sejam, por vezes, utilizadas indistintamente, uma em lugar da outra, na verdade, são ações típicas, distintas, com perfil e procedimento próprios e destinadas à proteção de bens diversos, embora possuindo algumas afinidades e muitas distinções. Por ora, é importante ressaltar que a ação civil pública foi criada em 1985, por meio da Lei nº 7.347, para a defesa coletiva do consumidor e de outros bens tutelados, enquadrados na categoria de direitos ou interesses difusos ou coletivos – estes, por definição, de natureza transindividual e indivisíveis –, bem como dos direitos individuais homogêneos de caráter social, consoante têm admitido o STF e o STJ (...). E também ressaltar que a ação civil coletiva, criada em 1990, pelo CDC, destina-se à defesa unicamente do consumidor, vítimas ou sucessores (e não de outros bens tutelados), e é adequada para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos de origem comum, divisíveis por natureza, apresentando, desse modo, campo de utilização bem mais restrito do que o da ação civil pública.

Em contraposição, Bezerra Leite defende ser a Ação Civil Pública trabalhista competente para a defesa dos interesses difusos, coletivos e também dos individuais homogêneos:

(...) E nós acrescentamos um dado extremamente importante para o estudo metodológico destas duas espécies de demandas coletivas: a ACP é uma ação constitucional; a ACC é uma ação infraconstitucional. Isto reforça a importância daquela nos domínios do direito processual do trabalho, cuja missão precípua é servir de instrumento de realização do direito material (constitucional e legal) trabalhista.

Ora, se os direitos sociais dos trabalhadores encontram-se essencialmente previstos na Constituição Federal que, por sua vez, não exclui outros que visem à melhoria da condição social, e se existe um remédio constitucional que garante a fruição desses mesmos direitos, então parece-nos mais lógico e razoável alargar o objeto da ACP trabalhista para a proteção dos interesses individuais homogêneos a estender a legitimação do Parquet Laboral para outro tipo especial de ação coletiva não prevista expressamente na Constituição e no capítulo a ele reservado especificamente na LOMPU (LEITE, 2002, p. 19).

Para o i. Desembargador, o art. 84 da Lei de Organização do Ministério Público da União incumbiu o *Parquet* de exercer as funções institucionais previstas em seu art. 6º, não constando a promoção para a ação civil coletiva, e apenas para a ação civil pública.

Pontua BARBOSA (2010, p. 213) que há precedentes na jurisprudência do Superior Tribunal do Trabalho que fixam entendimento quanto à distinção entre ação civil pública e ação coletiva, com espeque

na natureza do interesse ou direito postulado e do legitimado para a ação.

Pondo fim à polêmica, Marcos Neves Fava assevera:

Daí por que o nome ação coletiva, veiculando pretensão transindividual, quer de natureza coletiva *stricto sensu*, quer de natureza difusa, ou ainda individual homogênea (de direito disponível ou indisponível), será providência de todo suficiente para se opor à ação individual. Nada mais (FAVA, apud BARBOSA, 2010, p. 218).

De toda forma, entendendo ou não o cabimento da ação civil coletiva na seara trabalhista, pouco importa o nome que é dado à ação na inicial, em razão do princípio da instrumentalidade, devendo o Magistrado “agir com generosidade diante de demandas que tenham por objeto a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos trabalhistas” (LEITE, 2002, p.20), almejando, assim, a efetividade processual e justiça social.

#### **4. O procedimento de liquidação e execução das ações coletivas na justiça do trabalho**

Nas ações coletivas, a liquidação e execução da sentença têm contornos diferenciados, em virtude de suas peculiaridades e dos direitos e interesses por elas protegidos. Ademais, não têm previsão no processo do trabalho de modo expresso, o que dificulta a aplicação desses institutos.

Caso a sentença proferida em ação coletiva não tenha o valor devido determinado, faz-se necessário proceder à sua liquidação.

O modo pelo qual se deve realizar a liquidação no âmbito coletivo tem gerado muitas dúvidas, vez que em todo o microsistema da tutela coletiva, apenas o Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 95 e 97, tratam acerca do tema.

Quando se tratar de direitos metaindividuais trabalhistas, Marcela de Azevedo Bussinger (2009, p. 237) traz as lições de Wolney de Macedo Cordeiro, que afirma que se aplica as normas contidas na legislação trabalhista, e apenas subsidiariamente as normas do microsistema coletivo, principalmente na questão da liquidação da sentença coletiva, tendo em vista que o diploma processual consumerista não estabelece o procedimento. Assim, seria necessário criar um procedimento próprio, conforme a lógica do processo juslaboral.

#### ***4.1 Liquidação e execução de sentença coletiva para tutela de interesses difusos e coletivos em sentido estrito***

Devido à natureza indivisível do bem tutelado na ação coletiva visando a proteção dos direitos difusos ou coletivos, também a sentença será indivisível, e, em se tratando de condenação em dinheiro, em que os beneficiários são indeterminados, o eventual ressarcimento da lesão será revertido ao um Fundo (*fluid*), nos termos do art. 13 da Lei de Ação Civil Pública. Na



seara justralhista, geralmente será revertido ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), ou para alguma outra entidade pública ou privada que tenha atuação voltada para a defesa dos direitos e interesses metaindividuais trabalhistas.

Caso o ente legitimado mantenha-se inerte por mais de sessenta dias do trânsito em julgado da sentença, a lei permite que os demais colegitimados procedam a continuidade da execução, dando início à execução. Ressalte-se que, nos termos do art. 15 da LACP, tal papel é faculdade para os demais legitimados e dever institucional do Ministério Público.

Por analogia, ante a ausência de impeditivo legal, pode-se aplicar o art. 878 da CLT, possibilitando a atuação de ofício do juiz do trabalho para promover a liquidação e a execução da sentença coletiva.

No que diz respeito à competência para liquidação e consequente execução, será a do juiz *a quo* prolator da sentença coletiva, conforme art. 877 da CLT e art. 98, §2º do CDC.

#### **4.2 Liquidação e execução de sentença coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos**

Uma vez que na ação coletiva de interesses individuais homogêneos se postula a reparação de danos individuais, embora identificáveis potencialmente todos os interessados e divisível o objeto da condenação, a sentença procedente será genérica, fixando apenas a existência do dano e a responsabilidade de seu causador.

Deste modo, aplicando o art. 91 c/c 81, III do CDC, tanto liquidação e execução poderão ser promovidas pelos trabalhadores vitimados pelo dano ou seus sucessores ou pelos legitimados coletivos que tratam o art. 5º da LACP e 82 do CDC.

A respeito da habilitação dos trabalhadores lesados, leciona FERNANDES (2010, p. 173):

(...) para que seja possível a liquidação da sentença coletiva, as vítimas e sucessores que se habilitarem a receber valores obtidos em execução, ou seja, aqueles que individualmente propuserem a liquidação, deverão comprovar a sua vinculação ao conteúdo do *decisum*, demonstrando a ligação dos fatos descritos no pedido de condenação com a sua situação jurídica particular e os danos individualmente sofridos.

Ressalte-se que a legitimidade do sindicato para promover a liquidação e execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores já está pacificada no ordenamento jurídico pátrio, não havendo sequer necessidade de autorização de seus substituídos para tanto. Tal possibilidade dá-se em razão de economia e celeridade processual, além de evitar o tumulto na justiça obreira.

Cabe lembrar que nas relações de trabalho, ao contrário das relações de consumo, os direitos individuais homogêneos são restritos, normalmente, aos trabalhadores de uma empresa,

sendo mais adequado que o próprio autor coletivo, que na maioria das vezes é o sindicato, proceda à liquidação e execução da sentença para não expor aqueles à sorte da demissão. Mesmo neste caso, a liquidação será sempre individualizada, quando se identifica cada um, o seu crédito, e se preciso, prova-se o dano sofrido e o nexó com o ato (pelas características do Direito do Trabalho, como regra geral, o dano já restou comprovado na fase de conhecimento e na liquidação apenas serão elaborados os cálculos dos valores devidos) (MELO, 2008, p. 207).

A atuação do sindicato na liquidação e execução pode-se dificultar a depender de algumas ações, que se faz necessário que o dano seja provado por cada trabalhador. São matérias que na maioria das vezes dependem de prova de fato novo para sua demonstração, devendo a liquidação ser feita, neste caso, por meio de artigos de liquidação.

Nestes casos, não é possível a instauração da liquidação de ofício pelo juiz (art. 879 CLT), pois este desconhece a identidade e as particularidades individuais dos trabalhadores beneficiados da sentença coletiva. Assim, a provocação do interessado é essencial para a prestação da tutela executiva, podendo ser feita independentemente de assistência de advogado e até verbalmente, desde que o interessado traga aos autos documentos comprobatórios de sua qualidade.

O trabalhador lesado ou seus sucessores poderão promover a liquidação. Se já especificar o valor

devido, a demanda executiva será movida de maneira autônoma, mediante carta de sentença, nos autos do próprio processo de liquidação.

A fim de tornar mais célere a execução, se o ente legitimado propor a execução de valores já definidos individualmente em liquidação, deverá fazê-lo em lotes, com os trabalhadores determinados, montantes já definidos e individualizados, se valendo das certidões das liquidações realizadas individualmente.

Se for coletivamente executada a sentença, deve ser proposta no mesmo foro do processo de conhecimento, não havendo a faculdade concedida à execução individual.

Ainda sobre o tema, nos termos do art. 100 do CDC, se decorrido o prazo de um ano sem a habilitação dos interessados, a liquidação e execução poderá ser feita pelo sindicato, que será revertido ao FAT, que é um fundo destinado à reparação de danos da justiça do trabalho.

Interessante questão é levantada por Eduardo de Oliveira Cerdeira (2008), a respeito da situação no qual o indivíduo executa sentença que se refere a montante já executado pelo Fundo. Para o autor, o trabalhador deverá ajuizar a execução contra a parte ré no processo, vez que esta, ao indenizar o fundo, apenas indenizou pelos danos globalmente considerados, e não individualmente.

Quanto à competência para julgamento, será tanto do juízo que proferiu a sentença genérica, como também do juízo do foro do domicílio do liquidante, se proposta de forma individual pelo titular do direito.

Interessante a observação feita por Raimundo Simão de Melo (2008, p. 209), que sobre a execução,

(...) havendo execução de créditos decorrentes da Lei 7.347/85 (condenações genéricas por danos morais e/ou materiais e os valores resultantes das astreintes) e de indenizações pelos prejuízos causados individualmente aos trabalhadores lesados, estas preferem àqueles quando ao pagamento (CDC), art. 99), o que significa dizer que, primeiro, pagam-se as indenizações pelos danos pessoalmente sofridos e depois, as demais cominações genéricas.

Outro ponto que mereced destaque é a possibilidade de execução provisória, “mediante faculdade dos autores coletivos, que, em cada caso, deverão analisar sobre a conveniência e a pertinência do ato com vistas à melhor forma de proteção dos interesses da sociedade ora tutelados” (MELO, 2008, p. 209).

## **Conclusão**

As ações coletivas estão consagradas como um dos mais eficazes instrumentos para proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, principalmente na seara trabalhista.

Através dessa forma de tutela metaindividual, além de prevenir e/ou reparar o dano sofrido, tem o escopo de propiciar maior e real acesso ao Judiciário,

ocasionando economia processual com a redução de demandas individuais, celeridade e maior efetividade ao processo.

É por meio das ações coletivas que o trabalhador encontra um meio de salvaguardar ou reivindicar o direito trabalhista que esteja sendo lesado, em decorrência de retaliação ou discriminação que seja vítima, haja vista que tal instrumento funciona como “uma ação sem rosto”, cujo caráter transindividual e de proteção genérica não traz comprometimento ao emprego em curso.

Corolário de todo o exposto ao longo de todo o trabalho, resta demonstrada a grande importância do instituto da execução de ações coletivas e que ainda há muito a ser estudado para a efetiva concretização dos direitos nelas pleiteados.

## Referências

- ABELHA, MARCELO. **Manual de Execução Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio. **Direito processual do trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ALMEIDA, João Batista. **A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 34, abril-junho, 2000.
- ALMEIDA, Wania Guimarães Rabello. **A relação entre ações coletivas e ações individuais no processo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2012.
- ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BARBOSA, Maria da Graça Bonança. **Ação coletiva trabalhista - novas perspectivas**. São Paulo: Ltr, 2010.

- BARTOLOMUCCI, Pierfrancesco. **Class Action. Italia: la disciplina dell'azione di classe.** Consumers' Forum, n°4 del 1 giugno 2012, Napoli.
- BRASIL, Decreto-Lei n° 5452, de 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho.
- \_\_\_\_\_. Lei n° 7347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil **pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.**
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.
- \_\_\_\_\_. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção de consumidor e dá outras providências
- \_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 75 de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet.** Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. **A execução/cumprimento de sentença no processo coletivo.** São Paulo, Revista LTr, v. 72, n. 12, p. 1475, dez. 2008.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução Civil.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FAVA, Marcos Neves. **Ação civil pública trabalhista.** São Paulo: LTr, 2008.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro. 2012.
- FERNANDES, Nádia Soraggi. **Ação civil pública trabalhista.** São Paulo: LTr, 2010.
- GIDI, Antonio. **Class actions in Brazil – A model for civil law countries,** American Journal of Comparative Law, vol. 51, 2003. Disponível em <http://ssrn.com/author=564684>. Acesso em abr. 2013.
- GIDI, Antonio; MAC-GREGOR Eduardo Ferrer. **La tutela de los derechos, difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para iberoamérica.** Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003. Disponível em <http://ssrn.com/author=564684>. Acesso em abr. 2013.
- GIGLIO, Wagner. **Direito Processual do Trabalho.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A tutela dos interesses individuais homogêneos no direito processual do trabalho: ação civil coletiva ou ação civil pública?** Boletim Científico, ESMPU, Brasília, a. I, n. 3, p. 9-10 – abr./jun. 2002.
- LUNA CHI, David Gibran. **Horizonte de las acciones colectivas en México**. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/15726760/Horizonte-de-las-acciones-colectivas-en-Mexico>. Acesso em abr. 2013.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2 ed. São Paulo: Rt, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Rt, 2004.
- MARIANI, Roberta. **La legittimazione ad agire negli interessi collettivi**. 2010. 254 f. Tese de doutorado. Università Degli Studi Di Milano. Bicocca, 2010.
- MELO, Raimundo Simão. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Ação civil pública e ação civil coletiva**. Revista LTr, São Paulo, v. 59, n. 11, p. 1449-1451, nov. 1995.
- MALLET, Estêvão. **Discriminação e processo do trabalho**. Revista do TST. Rio de Janeiro. V. 65, n.1, p. 148-159, out/dez 1999.
- PIMENTA, José Roberto Freire e outros. **Tutela metaindividual trabalhista**. A defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo. São Paulo: LTr, 2009.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A efetividade do processo**. In: *Curso de Direito do Trabalho – Vol. 4: direito processual do trabalho*, São Paulo: LTr, 2009.
- VIANA, Márcio Túlio. **Interesses difusos na Justiça do Trabalho**. Revista LTr, São Paulo: LTr, v. 59, n. 2, p. 182-184, fev. 1995.



# Informações sobre a Revista Direito & Paz e os Procedimentos para Publicação

## 1. Missão

A Revista Direito & Paz, periódico do Programa de Pesquisa e Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, está aberta à comunidade acadêmica nacional e internacional e destina-se à publicação de trabalhos que, pelo seu conteúdo, possam contribuir para a formação e o desenvolvimento científico, além da atualização do conhecimento na área específica de Direito.

Tem por finalidade o debate e a divulgação dos conhecimentos produzidos pelo seu corpo docente, discente e colaboradores de outras instituições, com vistas a abrir espaço para o intercâmbio de ideias e fomentar a produção científica.

## 2. Objetivos

- a) Divulgar trabalhos originais da área do Direito, sobretudo aqueles que tratam da Ética e Meio Ambiente e Direitos Sociais e Cidadania.
- b) Fomentar a produção e facilitar a divulgação de trabalhos acadêmico-científicos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL e de outras Instituições de Ensino Superior do Brasil e do exterior.
- c) Propiciar o intercâmbio de informações entre profissionais da área do Direito, por meio da publicação de textos que se enquadrem nas normas para publicação de trabalhos da Revista.

## 3. Linha editorial

Articulada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do UNISAL – Mestrado em Direito – em parcerias com outras Instituições de Ensino e Pesquisa brasileiras e de outros países da América Latina, a Revista Direito & Paz constituir-se-á como um estímulo à produção acadêmica dos integrantes da comunidade salesiana de ensino e dos demais Programas de Pós-Graduação em Direito nacionais e internacionais. Ela abrirá espaço prioritariamente para as produções que versem sobre Ética e Meio Ambiente e Direitos Sociais e Cidadania.

Dessa maneira, a Revista pretende possibilitar a mediação dialógica de pesquisadores, acadêmicos, operadores, juristas e filósofos das mais variadas referências teórico-metodológicas, epistemológicas e práticas,

sendo considerada um veículo que permite a otimização da produção acadêmico-científica, que visa à melhor compreensão da ciência do Direito e que contribui para resolução dos problemas jurídicos.

Com periodicidade semestral, junho e novembro, a Revista Direito & Paz tem edição em formato impresso. Porém, atualmente se projeta sua publicação também em formato digital. Ela receberá trabalhos que estejam adequados às condições de publicação, linha editorial e normas de publicação.

#### **4. Sobre o formato dos números da Revista Direito & Paz**

Todos os números da Revista deverão necessariamente publicar no mínimo 6 (seis) artigos ou ensaios que preferencialmente versem sobre as linhas de pesquisa: 1- Ética e Meio Ambiente e; 2- Direitos Sociais e Cidadania.

A Revista Direito & Paz prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos, resenhas, resumos de teses e dissertações, traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa, estudo de casos, relatórios de pesquisas, debates científicos, comentários jurídicos, estudos estatísticos, transcrição de palestras e outros temas relevantes relativos à área do Direito.

Além do formato impresso, a Revista também será disponibilizada on-line na página do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, de forma a facilitar o acesso ao seu conteúdo.

## 5. Procedimentos para a publicação

Os critérios de avaliação para aceitação ou rejeição dos trabalhos são os seguintes:

- 1 - Os originais serão avaliados pelos pareceristas, todos professores doutores, de forma anônima e o parecer será referendado pelo Conselho Editorial e comunicado ao(s) autor(es).
- 2 - Na avaliação dos trabalhos serão considerados os seguintes critérios:
  - a) fundamentação teórica e conceitual;
  - b) relevância, pertinência e atualidade do assunto;
  - c) consistência metodológica;
  - d) formulação em linguagem correta, clara e concisa.
- 3 - A avaliação realizada pelos pareceristas apontará se o artigo foi:
  - a) aceito sem restrições;
  - b) aceito com propostas de alteração;
  - c) rejeitados;
- 4 - A “aceitação com propostas de alteração” implicará em que o autor se responsabilize pelas reformulações, as quais serão novamente submetidas aos pareceristas.
- 5 - Havendo necessidade, serão feitas modificações de modo a obter-se a formatação homogênea dos textos, sem alteração de conteúdo, a critério dos editores, na revisão final.
- 6 - Os trabalhos recusados serão devolvidos.
- 7 - Os pareceristas deverão incluir em seus pareceres sugestões cabíveis visando à melhoria de conteúdo e forma.

- 8 - Os pareceres serão encaminhados aos autores pelo Editor Responsável, preservando o anonimato dos pareceristas, informando-os da aceitação sem restrição, da aceitação com modificações ou da rejeição do trabalho pelo Conselho Editorial.
- 9 - Antes da publicação, o autor deverá encaminhar ao Conselho Editorial as seguintes declarações:
  - a) termo de aceitação das normas da Revista, declarando não ter apresentado o trabalho, na íntegra, em nenhum outro veículo de informação nacional ou internacional;
  - b) autorização ou declaração de direitos cedidos por terceiros, caso reproduza figuras, tabelas ou textos com mais de 200 vocábulos;
- 10 - Cada autor terá direito a cinco exemplares do número da Revista em que seu trabalho for publicado.
- 11 - Para publicação, os trabalhos deverão ter a aprovação de pelo menos dois (2) pareceristas, e de um terceiro parecerista em caso de controvérsia.
- 12 - Os colaboradores só poderão publicar um trabalho: artigo, síntese, comentário etc. em um mesmo número da Revista.
- 13 - O Conselho Editorial reserva-se o direito de vetar a publicação de matérias que não estejam de acordo com os objetivos da Revista.
- 14 - Considera-se responsável pelo trabalho publicado o autor que o assinou e não a Revista e seu Conselho Editorial.
- 15 - É permitida a cópia (transcrição) desde que devidamente mencionada a fonte.

## **6. Normas para a apresentação de trabalhos à *Revista Direito & Paz***

Cada número da Revista Direito & Paz terá um ou mais organizadores que serão indicados e trabalharão em parceria com o Editor Responsável da Revista.

Os textos e documentos (no formato impresso com a respectiva cópia em formato digitalizado) necessários para a avaliação deverão ser encaminhados ao Editor Responsável pela Revista Direito & Paz, Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano, para o seguinte endereço:

REVISTA DIREITO & PAZ  
A/C: Editor responsável  
- Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano  
UNISAL - Centro Universitário Salesiano de São Paulo  
- Campus São Joaquim  
Rua Dom Bosco, 284  
Centro  
Lorena/São Paulo  
CEP: 12.600-970

Os textos encaminhados à Revista Direito & Paz devem conter entre 20000 e 60000 caracteres com espaço assim editados:

- a) A formatação das páginas deverá ser configurada em A4 com margens superior e esquerda de 3 cm, e inferior e direita de 2 cm.
- b) Título e, se for o caso, subtítulo, que devem indicar o conteúdo do texto (título: no máximo 12 pala-

bras; subtítulos: no máximo 15 palavras); devem ser centralizados, fonte Times New Roman e negrito, corpo 12.

- c) Identificação do autor ou autores:
- deve ser enviada em folha à parte para assegurar o anonimato, acompanhado do título do trabalho;
  - deve conter o nome completo do(s) proponente(s) do texto, titulação acadêmica, função e origem (instituição e unidade), e-mail, bem como telefone e endereço para contato do Conselho Editorial;
- d) A primeira página do texto deve conter: título e, se for o caso, subtítulo, resumo (no máximo 1300 caracteres com espaço), abstract (em inglês) ou resumen (em espanhol), e entre três e seis palavras-chave e keywords ou palabras clave (em espanhol). O(s) nome(s) do(s) autor(es) e da instituição não deve(m) aparecer nesta primeira página.
- e) Os textos devem ser apresentados em formato “word” (versão 6.0 ou posterior), alinhados (justificados), e editados na fonte Times New Roman, corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5.
- f) As citações, a composição da bibliografia e as referências devem ser editadas seguindo as orientações do “Guia para Elaboração de Trabalhos Acadêmicos do UNISAL”, disponível em <http://www.am.unisal.br/institucional/pdf/normas-trabalhos-academicos-2005.pdf>.
- g) Eventuais ilustrações e tabelas com respectivas legendas deverão ser apresentadas separadamen-

te, com indicação, no texto, do lugar onde serão inseridas.

- h) Os originais, que não serão devolvidos, deverão ser encaminhados em duas cópias impressas e outra em CD (editor Word for Windows 6.0 ou superior), com texto rigorosamente corrigido e revisado.
- i) Ao autor de artigo aprovado e publicado serão fornecidos, gratuitamente, cinco exemplares do número correspondente da Revista.
- j) A Revista Direito & Paz reserva-se o direito autoral do trabalho publicado, inclusive os de tradução, permitindo, entretanto, a sua posterior reprodução como transcrição e com a devida citação da fonte.
- l) Os artigos representam o ponto de vista de seus autores e não a posição oficial da Revista ou dos autores ou das instituições que compõem o Conselho Editorial.

Todos os textos enviados no formato impresso deverão vir acompanhados por versão digitalizada.

As dúvidas podem ser dirimidas com envio de e-mail ao Editor Responsável pela Revista Direito & Paz, Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano, e-mail: revista@lo.unisal.br ou metodologo2001@yahoo.com.br



## Edição e Coedições Recentes do UNISAL

---

- *Francisca Amélia da Silveira*  
**A Selva e a Bagaceira: práxis artística e discurso social.**  
São Paulo: Unisal, 2001.

### *Com Editora Vozes*

---

- *Jorge Jaime*  
**História da Filosofia no Brasil.**  
Petrópolis: Vozes, 1997. 4v.
- *Nivaldo Luiz Pessinatti*  
**Políticas de Comunicação da Igreja Católica no Brasil.**  
Petrópolis: Vozes, 1998.

### *Com Editora Santuário*

---

- *Paulo César da Silva*  
**A pessoa em Karol Woytila. (ESGOTADO)**  
Aparecida: Santuário, 1997.

- *Paulo César da Silva*  
**A Ética Personalista em Karol Woytila.**  
Aparecida: Santuário, 2001.
- *José Prado Pereira Junior*  
**Carnaval em Guaratinguetá:  
Embaixada do Morro 60 anos**  
Aparecida: Santuário, 2004.
- *José Luiz Pasin*  
**Vale do Paraíba A Estrada Real:  
caminhos & roteiros**  
Aparecida: Santuário, 2005.

### *Com Editora Salesiana Dom Bosco*

---

- *Belmira O. Bueno*  
**Epistemologia da Pedagogia:  
a obra pedagógica do P. Carlos Leôncio da Silva.**  
São Paulo: E.S.D.B., 1992.
- *Nivaldo Luiz Pessinatti*  
Livros em revistas.  
São Paulo: E.S.D.B., 1996.

### *Com Editora Stiliano*

---

- *Anelise de Barros Leite Nogueira*  
**Criatividade e Percepção  
em Estudantes de Psicologia. (ESGOTADO)**  
Lorena: Stiliano, 1998.
- *Izabel Maria Nascimento da Silva Máximo*  
**Imagem Corporal:  
uma leitura psicopedagógica e clínica. (ESGOTADO)**  
Lorena: Stiliano, 1998.

- *Lino Rampazzo*  
**Metodologia Científica. (ESGOTADO)**  
Lorena: Stiliano, 1998.
- *Ana Carlota Pinto Teixeira*  
**Adoção: um estudo psicanalítico.**  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *André Luiz Moraes Ramos*  
**Ciúme Romântico:  
teoria e medidas psicológicas.**  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *Antonia Cristina Peluso de Azevedo*  
**Psicologia Escolar: o desafio do estágio.**  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *Denise Procópio*  
**Crise e Reencontro consigo mesmo.**  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *Eduardo Luiz dos Santos Cabette*  
**Interceptações Telefônicas.**  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *Margareth M. Pacchioni*  
**Estágio e Supervisão:  
uma reflexão sobre a aprendizagem significativa.**  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *Maria José Urioste Rosso*  
**Cultura Organizacional: uma proposta metodológica.**  
Lorena: Stiliano, 2000.

### *Com Editora Salesiana*

---

- *Francisco Sodero Toledo*  
**Outros caminhos: Vale do Paraíba:  
do regional ao internacional, do global ao local.**  
(ESGOTADO)  
São Paulo: Salesiana, 2001.

### *Com Editora Cabral*

---

- *Fábio José Garcia dos Reis (Org.)*  
Turismo: uma perspectiva regional. (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2002.
- *Fábio José Garcia dos Reis (Org.)*  
**Perspectivas da Gestão Universitária.** (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2003.
- *Francisco Sodero Toledo*  
**Igreja, Estado, Sociedade e Ensino Superior:  
A Faculdade Salesiana de Lorena.**  
Taubaté: Cabral, 2003.
- *Flávio Martins Alves Nunes Júnior*  
**Princípios do Processo  
e outros temas processuais – Volume I.** (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2003.
- *Grasiele Augusta Ferreira Nascimento; Lino Rampazzo  
(Orgs.)*  
**Biodireito, Ética e Cidadania.** (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2003.

- *Francisco de Assis Carvalho*  
**Educação Integral:  
a proposta educacional numa perspectiva católica.**  
Taubaté: Cabral, 2004.
- *Luis Fernando Rabelo Chacon*  
**Direito internacional  
com ênfase em comércio exterior.** (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2004.
- *José Luiz Pasin*  
**Catálogo da Sala “Euclides da Cunha”**  
Taubaté: Cabral, 2005.

### *Com Editora Alínea*

---

- *Ana Maria Viola de Sousa*  
**Tutela jurídica do idoso.** (ESGOTADO)  
Campinas: Alínea, 2004.
- *Flávio Martins Alves Nunes Júnior; Grasielle Augusta  
Ferreira Nascimento (Orgs.).*  
**O Direito e a Ética  
na Sociedade Contemporânea.** (ESGOTADO)  
Campinas: Alínea, 2005.

### *Com Editora Lucerna*

---

- *Severino Antonio*  
**Educação e transdisciplinaridade:  
crise e reencantamento da aprendizagem.** (ESGOTADO)  
Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.

- *Severino Antonio*  
**A utopia da palavra:  
linguagem, poesia e educação: algumas travessias.**  
(ESGOTADO)  
Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.
- *Laureano Guerreiro*  
**A educação e o sagrado:  
a ação terapêutica do educador.** (ESGOTADO)  
Rio de Janeiro: Lucerna, 2005.

### *Com Editora Idéias e Letras*

---

- *Paulo Cesar da Silva*  
**A antropologia personalista de Karol Wojtyła:  
pessoa e dignidade no pensamento de João Paulo II.**  
Aparecida: Idéias e Letras, 2005.

### *Com Editora Juruá*

---

- *Grasiele Augusta Ferreira Nascimento*  
A educação e o trabalho do adolescente.  
Curitiba: Juruá, 2004.
- *Maria Aparecida Alckmin*  
**Assédio moral na relação de emprego.** (ESGOTADO)  
Curitiba: Juruá, 2005.



EDITORACÃO



Rua Professor Elizeu Chagas, 549 - Jardim Paraíba  
Fone: (12) 3105-7482 - 12570-000 - Aparecida-SP.  
E-mail: [marcelosanna@hotmail.com](mailto:marcelosanna@hotmail.com)