

ISBN 978-84-09-16819-4

**SIDe  
CiED**

# Conferencias Magistrales

## Organización

Eder Fernandes Monica

Gilvan Luiz Hansen

Guillermo Suárez Blázquez



## Derecho y Sostenibilidad en escenarios de crisis institucionales

15 y 16 de abril de 2019

Faculdade de Direito • Campus de Ourense • Universidade de Vigo

### Realización



[sideciad.com](http://sideciad.com)



### Apoio

Faculdade de Direito  
Universidade de Vigo



# **CONFERENCIAS MAGISTRALES**

**I SIDECIED**

**Eder Fernandes Monica**  
**Gilvan Luiz Hansen**  
**Guillermo Suárez Blázquez**  
(organizadores)

## **CONFERENCIAS MAGISTRALES**

**I SIDECIED**



Universidade de Vigo

M744 MONICA, Eder Fernandes; H249 HANSEN, Gilvan Luiz; G958 Guillermo Suárez Blázquez (Orgs.).

Conferencias Magistrales: I Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho. MONICA, E. F.; HANSEN, G. L. (Orgs.). - Ourense: Universidade de Vigo, 2019 122 p.

ISBN 978-84-09-16819-4

1. Democracia 2. Direito 3. Política 4. Ciudadanía  
I. Título. II. Autor.

CDD: 340  
CDU: (058)

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	06
<b>GÊNERO E QUESTÃO SOCIAL: os desafios à cidadania substantiva</b> CASTRO, Carla Appollinario de .....	08
<b>A SEXUALIDADE NEGOCIADA EM MOMENTOS DE CRISES INSTITUCIONAIS: modernidade e desenvolvimento nas sociedades ocidentais</b> MONICA, Eder Fernandes.....	19
<b>DEMOCRACIA E CIDADANIA COMO CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DA SOCIABILIDADE E DO ESTADO DE DIREITO</b> HANSEN, Gilvan Luiz.....	29
<b>ESTADO, CONSTITUCIÓN E XUSTIZA SOCIAL</b> FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Antón Lois.....	40
<b>POLÍTICA E SOCIEDADE NO BRASIL DE HOJE: fracassou a transição democrática?</b> RIBEIRO, Luís Antônio C.....	52
<b>A HEGEMONIA DA RAZÃO ECONÔMICA EM TEMPOS NEOCONSERVADORES</b> PEIXOTO, Luiz Antonio da Silva .....	62
<b>LOS RETOS DEL TRABAJO EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES</b> FERNÁNDEZ PRIETO, Marta.....	71
<b>ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL PÓS-2016</b> LOPES FILHO, Ozéas Corrêa.....	92
<b>CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E PRESERVAÇÃO DAS DEMOCRACIAS</b> PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos.....	101
<b>A HERMENÊUTICA E O DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO A UMA RESPOSTA JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE CORRETA</b> RODRIGUES-PEREIRA, Thiago.....	112

## APRESENTAÇÃO

Professores Pesquisadores da Universidade de Vigo, da Universidade Federal Fluminense e da Universidade Estadual de Londrina iniciaram, a partir de 2017, uma parceria de atividades voltada para a integração interdisciplinar internacional. Disso surgiram iniciativas de investigações conjuntas, articulação de grupos de pesquisa integrados por pesquisadores das Instituições citadas e também a realização de eventos acadêmico-científicos.

Dentre os eventos advindos destas iniciativas conjuntas das Universidades, surgiu o **I Seminário Internacional sobre Democracia, Cidadania e Estado de Direito** (I SIDeCiED), realizado nos dias 15 e 16 de abril de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Vigo, Campus de Ourense, Galícia. O tema do evento foi *Direito e sustentabilidade em cenários de crises institucionais*.

Foram dois dias muito profícuos em debates e análises interdisciplinares, em Grupos de Trabalho e Conferências que envolveram Filosofia, Educação, Teologia, Economia, Ciência Política e principalmente Direito, com a participação de pesquisadores brasileiros, portugueses, argentinos e espanhóis. E o resultado deste encontro chega até nós através de duas contribuições editoriais: a primeira, oriunda das comunicações e artigos apresentados nos Grupos de Trabalhos, publicada através da *Revista Controvérsia*, editada na Espanha; a segunda publicação é esta que chega até você, leitor, enquanto livro reunindo as principais Conferências Magistrais proferidas no I SIDeCiED.

A obra que aqui se apresenta é resultante das investigações levadas a cabo por pesquisadores de diversas instituições, especialmente de docentes das Universidades parceiras, versando sobre temas como democracia, cidadania, estado de direito, bem estar social, direito constitucional, justiça social, questões de gênero, sexualidade e identidade, trabalho e tecnologia, economia, inclusão social, política, hermenêutica e direitos humanos. Reflete os vários ângulos a partir dos quais podemos discutir e analisar a sustentabilidade e a importância do direito em tempos de crises institucionais que abalam as diversas nações do planeta e que incidem de maneira marcante sobre os seres humanos nos diferentes recantos da Terra.

Por todo esse cenário exposto é que temos muito orgulho em apresentar este livro, agradecendo às Instituições parceiras (UVIGO, UFF, UEL) pela viabilização da oportunidade deste trabalho integrado. Ademais, saudar a todos os pesquisadores que participaram do evento e que contribuíram pela excelência das reflexões e das publicações que são disponibilizadas à sociedade global, expressando igual gratidão a eles e desejando que o sucesso obtido seja a mola propulsora para próximas iniciativas de igual qualidade e significância científica.

Saudações acadêmicas!

Galícia, outono de 2019

Gilvan Luiz Hansen

Guillermo Suárez Blázquez



# GÊNERO E QUESTÃO SOCIAL: os desafios à cidadania substantiva

---

**CASTRO, Carla Appollinario de**

*Mestre e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais. Professora do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF, carlanffsdv@gmail.com*

## INTRODUÇÃO

Para tratar do tema principal da minha intervenção, organizei a contribuição em dois eixos. O primeiro resgata o contexto histórico, social, econômico e político no qual foi desenvolvido, entre nós (no Brasil), o ideário moderno da cidadania. Já o segundo, problematiza os pilares da cidadania a partir do recorte de gênero.

### **Resgate do contexto histórico, social, econômico e político no qual foi desenvolvido, entre nós, o ideário moderno da cidadania**

As contribuições de Thomas H. Marshall<sup>1</sup>, embora bastante criticadas, sobretudo, por seu viés liberal, são o ponto de partida para todo e qualquer debate envolvendo o delineamento da cidadania em alguns dos principais países do globo terrestre e apesar de seu intuito não ter sido o de elaborar uma teoria da cidadania propriamente dita.

Assim, a partir de suas formulações, temos que a cidadania, de uma forma geral, se delineou a partir do acúmulo dos direitos civis, políticos e sociais, durante os séculos XVIII, XIX e XX.

---

<sup>1</sup> MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

## HISTORIOGRAFIA DOS DIREITOS CIVIL, POLÍTICOS E SOCIAIS (SÉCULOS XVIII – XX)

DIMENSÕES / ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	DIREITOS CIVIS	DIREITOS POLÍTICOS	DIREITOS SOCIAIS
PROCESSO HISTÓRICO	ESTADO LIBERAL	ESTADO DEMOCRÁTICO	ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL
SÉCULO	XVIII	XIX	XX

Elaboração própria, a partir de MARSHALL<sup>2</sup>.

Uma síntese das principais críticas a ele direcionadas leva em consideração a existência de:

- a) uma limitação do quadro teórico ao caso da Inglaterra e dos EUA (uma vez que, *na Alemanha*, a sucessão dos direitos teria sido invertida, mantendo-se a seguinte ordem: direitos civis, sociais e políticos e, *no caso da França*, as dimensões de direitos não podem ser consideradas assim tão dissociadas);
- b) falta de percepção quanto às possíveis contradições entre as espécies de direitos (pois a combinação entre as três dimensões de direitos – civil, política e social – nem sempre se dá de forma tão harmoniosa como pretendeu o autor);
- c) uma explícita redução do problema da desigualdade social a uma questão de cidadania;
- d) desatenção quanto às particularidades e especificidades, sobretudo econômicas, que marcaram a experiência inglesa; e
- e) uma construção etapista e linear, a partir do acúmulo das dimensões de direito, que caracterizaria o processo de configuração da cidadania, resultando no caráter evolutivo-linear de sua abordagem<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

<sup>3</sup> No mesmo sentido, remetemos para: FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. Trabalho informal e cidadania: uma proporcionalidade necessariamente inversa? *In: JEAMMAUD, Antoine. \_\_\_\_\_. Trabalho, cidadania & magistratura*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 93-112; ABREU, Haroldo. *Para além dos direitos: cidadania e hegemonia no mundo moderno*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008; YAZBEK, Maria Carmelita. *Classes subalternas e assistência social*. São Paulo: Cortez, 1993; FALEIROS, Vicente de Paula. *O que é política social*. São Paulo:

O contexto de implantação mais substantiva da proteção do trabalhador, no contexto brasileiro, é do da edição da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943) que cumpre função de verdadeiro código do Trabalho brasileiro, embora tenha sido complementado com leis específicas editadas posteriormente. A especificidade da CLT foi a de ampliar o rol de direitos e de trabalhadores que passavam a contar com a proteção desse importante arcabouço jurídico-legal. É importante situá-la em seu contexto histórico, político, econômico e social quando se pretende compreender a sua função histórica em sua totalidade. Ela foi editada no contexto da Era dos Direitos Sociais, implantada, entre nós, a partir de 1930.

Seu contexto econômico é marcado pela forte atuação do Estado em prol da industrialização acelerada, que se pretendia em substituição a uma economia eminentemente agrária. Logo, fica claro o projeto de ampliação da burguesia dominante à época. A classe trabalhadora, àquela altura, estava organizada e mobilizada contra a exploração sem limites pelo trabalho e a população urbana era extremamente pauperizada.

Marca esse período a interpretação formulada pelo governador-interventor mineiro, Antonio Carlos Ribeiro de Andrada, explicitada à época em um discurso de 1929: “*Façamos a revolução [pela via legislativa democrática] antes que o povo a faça [pela via revolucionária]*”<sup>4</sup>. Esse, portanto, foi o contexto político no qual foi editada a CLT, a fim de regular as novas relações de emprego urbano decorrentes do processo de industrialização.

O grau de organização e de mobilização da classe trabalhadora pode ser extraído não apenas da frase do interventor (que revela o quanto a burguesia temia os trabalhadores), como também da legislação editada que passou a ser utilizada como o parâmetro regulatório do mercado de trabalho (não apenas no que se refere aos limites impostos à exploração capitalista, como também com relação à garantia de ganhos econômicos para os trabalhadores, isto é, garantia do processo de redistribuição da riqueza socialmente produzida).

Críticas podem e devem ser realizadas à CLT, pois ela excluiu expressamente os trabalhadores rurais e domésticos e deixou de mencionar os profissionais autônomos e liberais. Mas, por outro lado, ela foi e ainda é o maior e mais significativo arcabouço jurídico-legal de proteção dos trabalhadores, embora que seja

---

Brasiliense, 1986; PEREIRA, Potyara. O Estado de Bem-Estar e as Controvérsias da Igualdade. *In: Serviço Social e Sociedade*. São Paulo: Cortez, 1986, n. 20 e BARBALET, J.M. *A cidadania*. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

<sup>4</sup>WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 13.

possível reconhecer seus efeitos muito mais sob o ponto de vista simbólico do que concreto. Isso porque nossa taxa de informalidade histórica sempre ficou em torno de 47% a 52% da PEA, de acordo com o IBGE<sup>5</sup>, ao analisarmos o período compreendido entre os anos 1992 a 2013, quando a série histórica foi abandonada. Ou seja, nunca conseguimos realizar a inserção social plena da classe trabalhadora no mercado formal de trabalho. Logo, não podemos afirmar exatamente que consolidamos, entre nós, a sociedade salarial substantiva.

No que se refere às questões de gênero, em especial, quanto às trabalhadoras mulheres, temos que essa legislação de proteção se organizou em três eixos: *i)* medidas diretas de proteção da trabalhadora gestante e lactante; *ii)* garantia de isonomia no mercado de trabalho, entre trabalhadores homens e trabalhadoras mulheres e *iii)* discriminações positivas das trabalhadoras mulheres em razão da sua condição de gênero, como por exemplo, limitações à realização de horas suplementares, limites ao trabalho com carga de peso, intervalo entre jornadas para descanso ou amamentação, entre outros, como destaca Alice Monteiro de Barros<sup>6</sup>.

A partir desse período, ainda que simbolicamente, nosso padrão de cidadania foi delineado a partir da inserção dos indivíduos no mercado formal de trabalho. Observa-se, portanto, que houve um acoplamento completo da cidadania ao mercado formal de trabalho a partir da inserção dos trabalhadores na sociedade salarial. Passava a ser considerado cidadão quem possuía Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) com registro de contrato de trabalho realizado e profissão regulamentada pelo Estado. A Carteira de Trabalho com registro de emprego representava a certidão de nascimento cívico dos indivíduos. Por este motivo, Wanderley Guilherme dos Santos<sup>7</sup> denominou essa sinistra engenharia social de *cidadania regulada*, pois passava a ser cidadão apenas aquele indivíduo que exercesse uma das profissões reconhecidas e regulamentadas pelo estado que tivesse registro do contrato na Carteira de Trabalho.

José Murilo de Carvalho<sup>8</sup>, ao analisar o mesmo período, denominou de *estadania*, isto é, a cidadania concedida pelo Estado, detentor do monopólio do reconhecimento das categorias profissionais. Esse período marcou e marca até os

---

<sup>5</sup> IPEADATA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) do IBGE. Taxa de informalidade. Disponível em: <[http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1490354590&Tick=1280065533046&VAR\\_FUNCAO=Ser\\_Temas%282060023838%29&Mod=S](http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1490354590&Tick=1280065533046&VAR_FUNCAO=Ser_Temas%282060023838%29&Mod=S)>. Acesso em: 10/03/2019.

<sup>6</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2016.

<sup>7</sup> SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

<sup>8</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

dias atuais a Era Vargas como a Era dos Direitos Sociais. A CLT passou a ser um entrave à acumulação capitalista, tornando o trabalho vivível, ou seja, suportável, ao impor regras que, por um lado, preservavam a saúde e a segurança no trabalho e, pelo outro, garantiam ganhos econômicos e, portanto, diminuição do lucro pelo trabalho.

Essa legislação sobreviveu a diversos regimes econômicos e políticos, inclusive a uma ditadura civil-empresarial-militar, vindo a ser questionada e modificada de forma mais substantiva, a partir dos anos 1990 e, por fim, de forma inaudita, em 2017, após a nossa última reforma trabalhista. Uma análise completa dos impactos da reforma pode ser obtida a partir do artigo intitulado “*Pobreza: substantivo feminino (reflexões sobre o ocaso brasileiro)*”, apresentado no I SIDECiED e publicado neste evento.

É possível agrupar todas essas reformas em eixos temáticos. Assim, foram flexibilizadas: as formas de remuneração, as formas de alocação do trabalho (trabalho a domicílio/teletrabalho), as formas de solução dos conflitos, as formas de cumprimento da jornada de trabalho (trabalho em regime parcial), bem como as formas de contratação (trabalho temporário ou terceirizado), de acordo com a classificação proposta por José DariKrein<sup>9</sup>, adotada como modelo para analisar a sequência histórica de alterações legislativas na CLT, isto é, no principal arcabouço jurídico-legal de proteção social brasileiro.

Todas as alterações realizadas não tiveram impacto substantivo sobre as nossas taxas de desemprego e, aqui, é possível contestar um dos principais argumentos para a realização da reforma trabalhista de 2017. Assim, uma das principais características do neoliberalismo se estabeleceu de forma definitiva entre nós, ou seja, o desemprego se consolidou como crônico e não mais cíclico.

Então, a tímida retomada do emprego formal, verificada nos dois mandatos do governo Lula e no primeiro mandato do governo da Dilma, não pode ser comemorada. Primeiro, porque a retomada do emprego não se sustentou. Temos índices alarmantes de desemprego na atualidade. Segundo, porque as diversas mudanças introduzidas na legislação trabalhista impuseram um novo tipo de contrato

---

<sup>9</sup> KREIN, José Dari. *Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil*. Tese de Doutorado em Economia Aplicada. Campinas, Unicamp, 2007, p. 179. Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000430974>. Acesso em: 20/08/2008.

<sup>10</sup> KREIN, José Dari. Balanço da reforma trabalhista do governo FHC. In: PRONI, Marcelo; HENRIQUES, Wilnês (orgs.). *Trabalho, mercado e sociedade: o Brasil nos anos 90*. São Paulo: Editora UNESP; Campinas, SP: Instituto de Economia da UNICAMP, 2003, p. 279-322. Disponível em: [http://www.escolanet.com.br/teleduc/arquivos/8/apoio/27/Bal\\_Ref\\_Trab.doc](http://www.escolanet.com.br/teleduc/arquivos/8/apoio/27/Bal_Ref_Trab.doc). Acesso em: 26/02/2008.

que carrega consigo a precariedade na proteção social. Isso nos permite afirmar que mesmo os empregos criados no contexto neoliberal (e seus respectivos contratos de trabalho) são acompanhados de um arcabouço jurídico-legal que já contempla as formas institucionalizadas de precarização das relações e condições de trabalho.

Todos esses fatores, combinados, revelam uma situação dramática no Brasil, em termos de enfrentamento à questão social, ou seja, ao conjunto de contradições e consequências decorrentes do processo de acumulação capitalista.

Esse conjunto de contradições e consequências se expressou em diversos países sob a forma de informalidade, subemprego e baixos salários, dando origem ao debate acerca da questão social nos 1950, em especial, na Europa, quando a classe trabalhadora passou a exigir do Estado políticas mais efetivas de proteção social além da mera filantropia e assistencialismo e teve como principal matriz a luta contra a exploração/dominação, como mostram Robert Castel<sup>11</sup> e Pierre Rosavallon<sup>12</sup>. Tais países puderam experimentar a quase plena solução desses problemas durante o Estado de Bem-Estar social<sup>1314</sup>.

No final dos anos 1970 e início da década de 1980, ressurgiu na Europa, o antigo debate sobre a questão social, sob a forma de “nova” questão social, que passou a se apresentar sob os fenômenos do desemprego estrutural, do surgimento de ocupações atípicas e da precarização em larga escala das condições e relações de trabalho<sup>1516</sup>. Assim, em vez de lutarem contra a exploração e a dominação como em outrora, os trabalhadores, no atual estágio do capitalismo, passaram a ser obrigados a lutarem por sua inclusão social. Assim, o que observamos, agora, é que tudo o que os trabalhadores querem e precisam é serem explorados.

---

<sup>11</sup> CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

<sup>12</sup> ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. (Coleção Pensamento Social-Democrata).

<sup>13</sup> PEREIRA, Potyara. O Estado de Bem-Estar e as Controvérsias da Igualdade. In: *Serviço Social e Sociedade*. São Paulo: Cortez, 1986, n. 20.

<sup>14</sup> GUIMARÃES, Nadya Araújo. *Desemprego: trajetórias, transições e percepções*. Comparando mercados de trabalho sob distintos regimes de welfare (São Paulo, Paris, Tóquio). Centre for Brazilian Studies Working Papers Series, n.59, Oxford University (Oxford: Inglaterra, 2005). Disponível em: <[http://www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/trabalho\\_em\\_transicao.pdf](http://www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/trabalho_em_transicao.pdf)>. Acesso em: 25/05/2008.

<sup>15</sup>CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

<sup>16</sup>ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. (Coleção Pensamento Social-Democrata).

No contexto brasileiro, sustentamos que as manifestações da antiga questão social (informalidade, subemprego e baixos salários) se sobrepuseram às da nova questão social (desemprego estrutural, ocupações atípicas e precarização), resultando em quadro de profunda exploração combinada com perversa exclusão social a partir da implantação, entre nós, do receituário neoliberal no início dos anos 1990, onde os trabalhadores são colocados em competição uns contra os outros, revelando que a luta não se dá apenas entre classes, mas também intraclasse. Assim, chegamos ao segundo eixo da intervenção.

### **A necessária problematização acerca dos pilares da cidadania a partir do recorte de gênero**

Quando procuramos refletir sobre gênero e mercado de trabalho, devemos sempre considerar, como ponto de partida, a relação simbiótica existente entre capitalismo e patriarcado. Isto é, sobre um sistema de acumulação que desde a sua origem se pautou pela exploração, pela dominação e pela expropriação da vida das mulheres. Daí resulta que essa condição específica de gênero pode e deve ser considerada como um marcador social da diferença.

Mas o gênero não é o único elemento a nos diferenciar dos demais indivíduos na vida social. Também os recortes de raça e de classe determinam formas muito específicas e padrões distintos de inserção social. Por este motivo é tão necessária a crítica à ideologia decorrente do sistema patriarcal-racista-capitalista.

Da luta pelo voto até a luta contemporânea por representação política foi um longo caminho em termos de conquistas de direitos. A partir do final dos anos 1960, passamos a tratar a distinção no padrão de reprodução do capital como divisão sexual do trabalho e temas como o trabalho doméstico não remunerado, o trabalho reprodutivo da mulher, distinções no mercado de trabalho (em especial, as salariais que são mais visíveis) passaram a ocupar a pauta política ao lado da luta pela liberdade sexual e autonomia do corpo.

Esse movimento entorno da luta por direitos deu origem ao feminismo, isto é, um movimento social emancipatório que se propõem a superação da dominação/exploração patriarcal-capitalista, pautando a igualdade e a liberdade para mulheres. Mas não apenas a visão social, como também as leis, sempre trabalharam, no reconhecimento de tais direitos, mas em termos de um padrão heterocis-normativo e qualquer perspectiva distinta desse padrão era tida como conduta desviante.

Assim, ficaram de fora da proteção jurídico-legal todos os indivíduos lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, embora inseridos na sociedade salarial como forma de sobrevivência. Desse modo, o que se observa é que a inserção desses grupos distintos de trabalhadores (mulheres e LGBT's) no processo de acumulação se dá de forma desigual, além de ser marcada por graves discriminações e, portanto, de um grau superior de exploração e de dominação.

Ao longo do tempo, como revela Simone de Beauvoir, não podemos nos esquecer “(...) que basta uma crise política, econômica ou religiosa para que os direitos das mulheres sejam questionados. Esses direitos não são permanentes”<sup>17</sup>. Teremos que nos manter vigilantes durante toda a nossa vida.

No caso dos trabalhadores LGBT's, esses sequer conseguiram assegurar, por meio do direito, a garantia de isonomia de acesso ao mercado de trabalho, sendo constante desrespeito, parcial ou total, aos direitos mais básicos como trabalhadoras e trabalhadores. Assim, são muito frequentes problemas decorrentes do não reconhecimento da identidade de gênero, do não respeito ao nome social, submissão à situações vexatórias e até mesmo limitação do uso do banheiro no local de trabalho. Persiste, portanto, o desafio da inserção social e da cidadania substantiva desses segmentos de trabalhadoras e trabalhadores.

Desse modo, a organização e a mobilização dos trabalhadores e das trabalhadoras mulheres e do segmento LGBT's, a fim de promover sua inclusão social, passam necessariamente por questões que não podem ser negligenciadas pela teoria social e jurídica.

Devemos, pois, considerar que vivemos no seguinte cenário:

- a) numa época de clara dissociação entre a economia e a esfera social;
- b) De sofisticação das formas de exploração/dominação, em que o capitalismo prescinde da figura de um patrão;
- c) de franco ataque aos direitos universais;
- d) de aprofundamento das distintas formas de produção da exclusão social (informalidade / subemprego / baixos salários), que resulta em uma superexploração;
- e) de produção, em um grau nunca antes visto, de novas formas de exclusão (desemprego estrutural / ocupações atípicas / precarização), que implicam na formação de um excedente de mão-de-obra que não mais se configura como exército de reserva de mão-de-obra;

---

<sup>17</sup> BEAUVOIR, Simone. In: GUICHARD, Alexandra. *Les 15 meilleures citations féministes de Simone de Beauvoir*. Disponível em: <<http://www.cosmopolitan.fr/les-15-meilleures-citations-feministes-de-simone-de-beauvoir,1961708.asp>>. Acesso em 10 mar. 2019.



- f) onde a desigualdade, antes consequência indesejada do processo de acumulação, agora, no neoliberalismo, é elevada ao status de motor do desenvolvimento capitalista. A luta de classes se dá também intraclases; indivíduos são colocados em competição entre si para manter o ambiente microeconômico competitivo, marcado pela ascensão do discurso da “empregabilidade”;
- g) de encolhimento das redes de proteção, com o recuo do Estado em sua função de agente promotor da inserção social e da cidadania, ao mesmo tempo, em que é ampliado o Estado Penal. Ou seja, a questão social volta a ser tratada como um “caso de polícia”, perdendo o status político e ganhando status moral.
- h) De criminalização das lutas políticas (dos sindicatos, partidos e movimentos sociais) e de militarização dos espaços públicos.

Assim, se por um lado, todas essas transformações geram novos desafios à classe trabalhadora, por outro lado, temos um importante momento histórico para questionarmos o padrão desigual de inserção social, motivo pelo qual a luta continua. *Há braços na luta! Obrigada a todos e a todas!!!*

## REFERÊNCIAS

ABREU, Haroldo. *Para além dos direitos: cidadania e hegemonia no mundo moderno*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

BARBALET, J.M. *A cidadania*. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2016.

BEAUVOIR, Simone. In: GUICHARD, Alexandra. *Les 15 meilleures citations féministes de Simone de Beauvoir*. Disponível em: <<http://www.cosmopolitan.fr/les-15-meilleures-citations-feministes-de-simone-de-beauvoir,1961708.asp>>. Acesso em 10 mar. 2019.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

FALEIROS, Vicente de Paula. *O que é política social*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. Trabalho informal e cidadania: uma proporcionalidade necessariamente inversa? In: JEAMMAUD, Antoine. \_\_\_\_\_. *Trabalho, cidadania & magistratura*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 93-112.

GUIMARÃES, Nadya Araújo. *Desemprego: trajetórias, transições e percepções*. Comparando mercados de trabalho sob distintos regimes de welfare (São Paulo, Paris, Tóquio). Centre for Brazilian Studies Working Papers Series, n.59, Oxford University (Oxford: Inglaterra, 2005). Disponível em: <[http://www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/trabalho\\_em\\_transicao.pdf](http://www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/trabalho_em_transicao.pdf)>. Acesso em: 25/05/2008.

IPEADATA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) do IBGE. Taxa de informalidade. Disponível em: <[http://www.ipeadata.gov.br/ipea-web.dll/ipeadata?Sessio-nID=1490354590&Tick=1280065533046&VAR\\_FUNCAO=Ser\\_Temas%282060023838%29&Mod=S](http://www.ipeadata.gov.br/ipea-web.dll/ipeadata?Sessio-nID=1490354590&Tick=1280065533046&VAR_FUNCAO=Ser_Temas%282060023838%29&Mod=S)>. Acesso em: 10/03/2019.

KREIN, José Dari. *Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil*. Tese de Doutorado em Economia Aplicada. Campinas, Unicamp, 2007, p. 179. Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000430974>. Acesso em: 20/08/2008.

KREIN, José Dari. Balanço da reforma trabalhista do governo FHC. In: PRONI, Marcelo; HENRIQUES, Wilnês (orgs.). *Trabalho, mercado e sociedade: o Brasil nos anos 90*. São Paulo: Editora UNESP; Campinas, SP: Instituto de Economia da UNICAMP, 2003, p. 279-322. Disponível em: [http://www.escolanet.com.br/teleduc/arquivos/8/apoio/27/Bal\\_Ref\\_Trab.doc](http://www.escolanet.com.br/teleduc/arquivos/8/apoio/27/Bal_Ref_Trab.doc). Acesso em: 26/02/2008.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

PEREIRA, Potyara. O Estado de Bem-Estar e as Controvérsias da Igualdade. In: *Serviço Social e Sociedade*. São Paulo: Cortez, 1986, n. 20.

ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Viela, 1998. (Coleção Pensamento Social-Democrata).

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

YAZBEK, Maria Carmelita. *Classes subalternas e assistência social*. São Paulo: Cortez, 1993.

# A SEXUALIDADE NEGOCIADA EM MOMENTOS DE CRISES INSTITUCIONAIS: modernidade e desenvolvimento nas sociedades ocidentais

---

**MONICA, Eder Fernandes**

*Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado,  
Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil.  
ederfm@id.uff.br; ederfm@gmail.com*

A temática dessa palestra foi pensada com base em minhas atuais pesquisas sobre direito e sexualidade<sup>18</sup>, atendendo também a temática geral desse evento, *Derecho y Sostenibilidad en escenarios de crisis institucionales*. Ao me deparar com esse recorte, crises institucionais, lembrei-me instantaneamente da tese de Gayle Rubin, em um texto chamado *Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, no qual ela desenvolve a percepção de que, em momentos de crises institucionais ou de grandes mudanças políticas na sociedade, a sexualidade é um dos elementos que passa a ser fortemente negociado pelos atores políticos e sociais, geralmente impactando em redução de ganhos previamente conquistados no âmbito de direitos e políticas públicas. Assim, historicamente falando, podemos perceber que, em determinados momentos, a sexualidade é intensamente negociada, mais contestada e, eventualmente, mais politizada.

Diante do atual contexto político brasileiro e mundial de fortalecimento de partidos políticos de extrema direita e de reativação de um discurso limitador e contestador dos aspectos da liberdade sexual desenvolvidos nos últimos tempos, principalmente após a chamada época da “Revolução Sexual” dos anos 1960, coloquei-me a pensar sobre as relações entre direito, desenvolvimento, sustentabilidade, crises institucionais e sexualidade. Que tipo de debate eu poderia construir a partir desses conceitos? Partindo da premissa de que qualquer proposta sobre sustentabilidade deveria observar os direitos fundamentais já conquistados por uma determinada sociedade, começo a minha palestra afirmando a hipótese de que, se

---

<sup>18</sup> As pesquisas referidas são as desenvolvidas dentro do Grupo de Pesquisa Sexualidade, Direito e Democracia, vinculado à Universidade Federal Fluminense, no Brasil. Para consultar mais informações, acessar <[www.sdd.uff.br](http://www.sdd.uff.br)>.

pensarmos os direitos sexuais enquanto espécie de direitos humanos, dentro do desenvolvimento histórico e político sofrido pelos conceitos de direitos humanos no cenário internacional, podemos entender que os direitos sexuais, resultantes de lutas políticas pela liberdade sexual, compõem esse cenário de fundo de direitos e garantias que devem, pelo menos dentro do discurso jurídico dos direitos fundamentais, serem observados por qualquer projeto de sociedade sustentável, principalmente nos momentos de crises institucionais, que são os momentos mais sensíveis e que demandam uma atenção redobrada em relação aos seus aspectos de instabilidade político-institucional.

Portanto, enquanto pesquisador das relações entre direito e sexualidade e partindo da percepção de que a modernidade é um projeto que não deve ser abandonado, mas, pelo contrário, ser levado a sério e aprimorado constantemente, pensar a crise no Brasil e as reviravoltas políticas que o mundo ocidental está passando é pensar o modo como vamos evitar que, mesmo em momentos de crise e de intensas negociações sobre nossa sexualidade, os direitos já conquistados não possam sofrer retrocessos e ataques que diminuam aquilo que jurídica e institucionalmente já foi garantido como direito da presente e da futura geração.

Em um primeiro passo, preciso definir a relação entre direito e sexualidade e os motivos pelos quais o sistema jurídico das sociedades ocidentais preocupa-se em dar sentido normativo para a sexualidade. Dentro da tradição liberal moderna, um dos princípios mais conhecidos é o de que todos são iguais perante a lei. A potência dessa percepção, ligada à superação que o liberalismo promoveu em relação ao antigo regime estamental, em que o direito era dividido em castas dependentes da qualidade do sujeito – plebe, nobreza, aristocracia, clero, monarquia etc. -, é a de trazer para o nosso imaginário a necessidade de sempre pensarmos a legitimidade do direito a partir da premissa de que os sujeitos, enquanto entes abstratos, são iguais em direitos e deveres. Essa concepção normativa liberal faz com que o sujeito de direitos seja reconhecido inicialmente como uma entidade esvaziada de características identitárias e sociais, proporcionando a identificação de um núcleo comum entre todas as pessoas, os elementos básicos para o reconhecimento de sujeitos de direitos, independentemente de suas questões pessoais ou sociais.

Esse sistema jurídico não se comprometeria, aprioristicamente, com ideais de felicidade individual ou coletiva, mantendo um compromisso necessário com uma certa concepção de tolerância e pluralidade de visões de mundo. Aqui já podemos perceber que subjacentemente a esse núcleo está a exigência de não-discriminação do sujeito pelas suas preferências sobre felicidade ou visões individuais sobre o que seria melhor para si. No caso da temática desta palestra, estaríamos

falando da proibição de tratamento diferenciado, por parte do direito, em relação às questões ligadas à sexualidade humana, principalmente quando falamos de preferências sexuais, ou de características ligadas ao gênero ou sexualidade humana. Como é notório, essas questões não estavam em debate quando as revoluções liberais promoveram a modernização do sistema jurídico e a adoção do padrão normativo liberal para a concepção do sujeito de direitos. Mas é importante perceber que o desenvolvimento desse sistema e dessa ideologia chega até os tempos atuais, principalmente pela crescente discussão entre direitos humanos e direitos sexuais.

Essa discussão está baseada no constante refinamento da abrangência dos direitos humanos. Como a concepção liberal solidificou sua noção de indivíduo e sujeito de direitos na concepção universalista de direitos humanos, produziu-se um discurso para além dos estados nacionais a respeito dos direitos que seriam base para toda e qualquer nação moderna e civilizada, segundo esse pensamento. Assim, podemos observar o desenvolvimento na sociedade ocidental internacional da categoria normativa de direitos humanos, em constante evolução. No caso da sexualidade, essa evolução se demonstra principalmente após a década de 1990 ao se incorporar à categoria de direitos humanos os direitos reprodutivos, ligados às lutas feministas por reconhecimento de seus direitos. Recentemente, temos um amplo debate sobre a incorporação e reconhecimento dos direitos sexuais enquanto direitos humanos, categoria ampla que abarcaria noções referentes à sexualidade humana em geral.

Entretanto, esse desenvolvimento dos direitos humanos fez com que ele se afastasse da concepção tradicional liberal e assumisse contornos específicos de proteção a direitos de minorias. A diferença está justamente na concepção de neutralidade antes destacada. Dentro de um processo complexo de engenharia social e de promoção do sentido profundo e material de igualdade, a noção de direitos humanos enquanto normatividade supranacional protetora dos interesses das minorias contra investidas da maioria fez com que se buscasse o reconhecimento da diferença entre os sujeitos para, a partir da identificação dos grupos vulneráveis, promover normativamente um sistema mais avançado de proteção de direitos. Assim, na atual concepção de direitos humanos, principalmente a desenvolvida após as duas grandes guerras, os direitos básicos de proteção do sujeito modificaram-se e receberam novos direitos decorrentes da assimilação dos chamados novos sujeitos de direitos, identificados pelas suas vulnerabilidades e falta de poder de comando.

No campo dos debates sobre gênero e sexualidade, as categorias jurídicas de direitos reprodutivos e sexuais são hoje um grande campo de debate no cenário

normativo internacional. É grande o debate sobre a incorporação dessas novas categorias de direitos no espectro dos direitos humanos, dentro dessa perspectiva de ampliação do rol dos assuntos que são direitos fundamentais e, por isso, direitos humanos.

Em uma breve síntese histórica, no final da década de 1970 são promulgados vários tratados internacionais que debatem especialmente a condição da mulher, enquanto sujeito vulnerável na dicotomia masculino e feminino. Lutando contra toda e qualquer forma de discriminação e desigualdade contra a mulher, os movimentos feministas conseguem o reconhecimento gradual de sua luta, sendo os direitos reprodutivos os primeiros direitos a serem reconhecidos no âmbito internacional. Em seguida, já na década de 1990, a pauta se volta para a violência contra a mulher, levando à segunda categoria de reconhecimento de direitos, o combate à violência baseada no gênero. Portanto, por intermédio da discussão inicial sobre condições de saúde da mulher, de melhoria de condições reprodutivas e do combate à violência de gênero, a sexualidade entra nos debates normativos e jurídicos, exigindo a atualização do sistema protetivo de direitos individuais. No caso, aquelas sexualidades que precisavam ser protegidas, seriam mapeadas a partir de suas especificidades, dentro da noção que se convencionou chamar de “minorias sexuais”, adequada à tradição liberal, mesmo que distante das premissas iniciais de universalidade, generalidade e abstração dos sujeitos de direito.

A categoria de direitos sexuais surge nesse debate como uma categoria mais ampla, que abarcaria questões que estão para além da discussão feminista tradicional. São resultado da procura de instrumentos para a proteção dos direitos de exercício livre da sexualidade, valendo-se de meios protetivos antidiscriminatórios e de combate à violência contra tais minorias. Na década de 1980 tivemos intensas discussões sobre os direitos sexuais, principalmente em decorrência da epidemia de HIV-AIDS, pauta que consolidou a militância de grupos políticos ligados aos movimentos de gays, lésbicas e transexuais, em seu sentido genérico. Mais uma vez, dentro dessa perspectiva de atualização do sistema de direitos humanos, tornou-se inevitável pensar a modernização do direito como propulsor de noções avançadas sobre liberdade sexual e proteção das minorias sexuais. Ao mesmo tempo, esse processo de modernização enfrentava (e enfrenta) barreiras na esfera da moralidade, principalmente quando contrastada com as perspectivas tradicionais religiosas, conservadoras em seu modo de compreender o exercício da sexualidade. Por isso, temos um embate muito evidente entre a necessidade de modernização baseada em uma concepção de igualdade e neutralidade em relação aos sentidos subjetivos de felicidade e realização sexual e os valores tradicionais da

sociedade ocidental, marcada por forte influência cristã, com seu padrão específico de sexualidade.

Aliado a esse debate normativo no âmbito dos direitos humanos, a ciência política e a sociologia também desenvolveram uma noção mais sofisticada sobre democracia, especificamente aquela que cuida de questões do cotidiano e da vida privada, âmbito que por muito tempo foi deixado de fora das discussões sobre democracia. Toda uma literatura se desenvolveu para debater temas como identidade, sujeito, relações familiares, gênero e sexualidade. As relações do cotidiano foram percebidas como o nível concreto da democracia, a base que demonstraria os avanços de uma sociedade em relação ao projeto da modernidade. Se as premissas desse projeto são as de liberdade, igualdade e solidariedade, restava a esses teóricos analisar as relações do cotidiano como os fatos sociológicos mais densos desse projeto. Uma sociologia do cotidiano nasceu como um campo de análise enriquecido por questões concretas, como a possibilidade de verificar graus de liberdade e satisfação pessoal dos sujeitos. Recentemente, verificamos muitos estudos na área das ciências sociais sobre nosso bem-estar, nossa felicidade, possibilidades de autorrealização pessoal e questões correlatas. Assim, podemos afirmar que a sexualidade é um campo de destaque para a verificação da qualidade da democracia em nosso cotidiano. Além das questões empíricas, também podemos usar essa área para compreender, de modo mais profundo, a realização e aperfeiçoamento das premissas modernas, principalmente como lidamos com nossa liberdade e igualdade nas relações pessoais.

Como um dos principais entraves para a realização das promessas da modernidade no âmbito da sexualidade ocidental é a moralidade cristã dominante, junto a esses estudos sobre a sociologia do cotidiano aperfeiçoou-se uma outra literatura sobre laicidade e separação entre o público e privado, tendo o Estado um papel predominante na preservação da pluralidade em sociedades complexas. Questões sobre o sentido de laicidade, pluralidade e âmbito privado fomentaram toda uma discussão sobre como lidar com a constante complexificação da sociedade, principalmente em tempos de dissolução das visões unificadoras sobre o mundo e sobre o bem-estar coletivo e individual.

A impossibilidade de um acordo profundo sobre tais questões levou as ciências sociais a debaterem arranjos políticos que possibilitassem a convivência das mais variadas formas de vida, ainda mais em uma sociedade cujo imaginário coletivo já recepcionou a ideia de que devemos ser livres para realizar nossos desejos pessoais e que devemos encontrar condições igualitárias para essa realização. Assim, todo projeto de desenvolvimento de nossa sociedade passa pela



preservação de acordos sociais estabelecidos para a preservação de nossa liberdade e das diversas visões sobre o bem-viver. Portanto, conforme o tema dessa palestra, a sexualidade pode e deve ser vista dentro da relação entre modernidade e desenvolvimento. Uma sociedade entendida como moderna, que busca o aprimoramento de sua engenharia social por intermédio da consolidação de planos para o seu desenvolvimento, precisa levar em conta essas dimensões da vida cotidiana: no caso, precisa levar a sério a sexualidade como um dos principais campos de realização da nossa felicidade individual e social.

Outro ponto importante para esse debate é a politização da sexualidade. Se, para a tradição liberal, a sexualidade era questão da vida privada, inquestionável e não política, agora, com a assunção dessa sociologia do cotidiano, a vida privada se torna política. Mas sua dinâmica tem uma particularidade: essa esfera é politizada porque, momentaneamente, precisamos discutir as estruturas da vida privada para que, em um subseqüente momento, após sua reestruturação, seja novamente privatizada. Talvez o mais correto seria falar, no caso do tema aqui debatido, de uma politização momentânea da sexualidade, instrumento para a melhor adequação dos seus sentidos com os sentidos mais avançados de sociedade moderna. Politizamos o gênero para debater as desigualdades entre homens e mulheres; politizamos a sexualidade para reconhecer e promover as mais variadas formas do seu exercício.

Assim, a sexualidade assume posição também no debate sobre cidadania. Para a promoção dos seus interesses, os sujeitos serão reconhecidos nessa esfera política pelos caracteres específicos de sua sexualidade. São sujeitos portadores do direito de politizar questões de sua sexualidade, principalmente quando se encontram em uma situação de vulnerabilidade e de não reconhecimento de sua singularidade. Não podemos dizer que essa “cidadanização” pela sexualidade faz do sujeito um ser apenas sexual, ou um sujeito única e exclusivamente reconhecido socialmente por intermédio de sua sexualidade. O mais correto é pensar que, em determinado momento, o sujeito precisa assumir-se publicamente pela sua sexualidade justamente para que o âmbito político reconheça sua demanda, antes inaudível. Essa sua identificação pessoal pela sexualidade é momentânea e precária, pois esse mesmo sujeito, em outros momentos, também poderá discutir outras questões políticas que fogem do âmbito de sua sexualidade.

Essa politização “para a situação” faz com que as discussões de engenharia social se tornem muito mais complexas. O mesmo sujeito que em um determinado momento está discutindo questões como tributos e gastos públicos, na qualidade genérica de contribuinte, em outros momentos estará debatendo direitos homossexuais enquanto homossexual, ou o combate à degradação ambiental, enquanto

pertencente ao meio-ambiente. São diversos níveis de pertencimento, a depender da pauta política mobilizada. Ou, como também é possível perceber, muitos assumirão um protagonismo político apenas para discutir questões ligadas à sexualidade, negando-se a discutir com a mesma intensidade outras questões da vida política. A forma tradicional de fazer política, em que sujeitos discutiam todos os assuntos da agenda política, agora está pautada pelos sujeitos que se interessam por nuances ou particularidades da política. O grau de envolvimento com as temáticas torna-se relativo. É um sujeito político para a temática que mais lhe convém.

Assim, a sexualidade tornou-se um grande campo de debate político e de negociação entre os mais diferentes espectros de poder. Como ela mobiliza fortemente as emoções, por tocar em temas caros à moralidade social, ela é também um instrumento de negociação de posições políticas. Muitos sabem que, pelos mais variados motivos, a sexualidade é um dos assuntos que mais convulsiona a opinião pública. Isso faz com que ela se torne um instrumento da retórica política, principalmente quando alguns candidatos a cargos políticos acionam essa agenda da sexualidade para ganhar votos de seu eleitorado. Um candidato pode se valer do discurso religioso conservador para conquistar os fiéis desse grupo, em detrimento dos interesses de minorias sexuais que, por estes, não são reconhecidas como legítimas.

Um exemplo singular no caso brasileiro é o casamento de pessoas do mesmo sexo. Em uma visão muito básica a respeito de direitos civis, o casamento, enquanto instituição laica, não poderia se revestir de sentidos profundos sobre o que é um casal ou qual a sua configuração legítima, se apenas entre homem e mulher, ou também por outras configurações possíveis. Sendo um instrumento de regularização das vontades recíprocas de duas pessoas dentro de uma sociedade laica, os valores e compreensões de mundo das religiões dominantes não poderiam ser determinantes para o seu reconhecimento. Entretanto, desde que esse tema entrou em pauta, muitos partidos políticos e candidatos a cargos eletivos acionam os pânicos morais da sociedade, principalmente mirando as pessoas religiosas para conquistar esse eleitorado por intermédio da manutenção do *status quo*, dos tradicionais valores cristãos que sustentam historicamente nossas instituições da vida privada. A sexualidade vira moeda de negociação de posições de poder, separada de outras questões, como a proteção dos interesses das minorias sexuais. É esse o ponto inicial de minha discussão, baseado na constatação de Gayle Rubin, de que nos momentos de crises institucionais ou de fortes mudanças políticas, a sexualidade é acionada como moeda de negociação, principalmente por seu imenso poder de mobilizar a opinião pública e produzir união entre grupos antes dispersos.

Infelizmente, tal tipo de prática acaba afetando profundamente os consensos produzidos a respeito da proteção de direitos de minorias. Atualmente vemos no Brasil o constante questionamento dos direitos sexuais e reprodutivos, entendidos como privilégios de determinados grupos, já que o direito “deveria” ser o mesmo para todos. Esquecem toda uma caminhada de aperfeiçoamento dos direitos humanos, especificamente aquela desenvolvida para reconhecer os direitos dos novos sujeitos, esquecidos, desqualificados ou “desempoderados” para o debate público de seus interesses. Projeta-se sobre esses grupos, as minorias sexuais, todo um imaginário coletivo nos momentos de crises políticas, principalmente por meio da culpabilização por causa de uma suposta degradação moral da sociedade. É possível perceber que esses momentos de crises sempre acompanham um debate sobre valores coletivos que foram esquecidos ou superados. Muitos se empenham em dizer que a retomada de tais valores seria condição absoluta para o resgate da sociedade em crise. Consequentemente, as sexualidades não hegemônicas, que precariamente conseguiram se inserir no debate público, passam a ser alvo principal dessa “politicagem” baseada em pânico morais.

Desse modo, pensar a temática do evento, Direito e Sustentabilidade em Momentos de Crises Institucionais, é também pensar que tipo de proteção conseguiremos extrair do Direito para que ele cumpra uma das suas principais funções na sociedade moderna: a garantia de direitos já conquistados, impedindo retrocessos, marcando os trunfos das lutas políticas que precisam da solidificação de consensos sobre formas avançadas de engenharia social em sociedades complexas. Por acreditar nessa necessidade de fortalecimento desses mecanismos de preservação de direitos conquistados, é que penso desenvolvimento e sustentabilidade como conceitos profundamente ligados com a consolidação e aprimoramento das conquistas sociais. Desenvolvimento está ligado a uma ideia de progresso, de melhoria. Isso compromete a inteligibilidade do conceito com a noção mais ampla de vedação de retrocesso social. Como seria possível pensar desenvolvimento num contexto de perdas de direitos, de redução de conquistas sociais? Como falar de sustentabilidade sem pensar em preservação de garantias sociais? Em sentido genérico, a relação que se estabelece entre o conceito de desenvolvimento e o de sustentabilidade é que toda e qualquer proposta desenvolvimentista deve se apoiar em padrões que garantam que as necessidades do presente não afetem a possibilidade das gerações futuras de suprirem suas próprias necessidades.

Portanto, pensar essa relação é pensar uma complexa trama entre necessidades dos mais diversos espectros políticos do momento e dos interesses de diversas gerações, principalmente o das futuras gerações. A mesma coisa pode ser

pensada na relação entre os interesses das maiorias em compatibilidade com os interesses das minorias. Como pensar o desenvolvimento de uma sociedade e preservar os interesses das minorias? Creio que os exemplos que podemos extrair do Direito Ambiental são expressivos para ilustrar a questão que quero levantar. Um caso simples e corriqueiro no contexto brasileiro: na construção de uma usina hidrelétrica em um território tradicionalmente ocupado por populações indígenas, temos o problema da compatibilização dos interesses econômicos e energéticos de uma sociedade e a vivência de povos indígenas em seus territórios ancestrais, que provavelmente serão inundados pela represa a ser construída. Aqui estamos diante da valorização da diversidade, da promoção do respeito em relação às visões de mundo conflitantes e a necessária promoção de bens sociais acessíveis para todos. A resolução desse complexo jogo de interesses é o objeto das nossas preocupações políticas. Do mesmo modo, podemos nos perguntar: até que ponto a visão dominante sobre sexualidade de uma sociedade têm o direito de questionar e afetar o direito das minorias sexuais, a ponto de reduzir ou até extinguir direitos antes conquistados?

Esse é um dos problemas mais sensíveis que vivenciamos neste tempo. O Brasil vive uma polarização política profunda, com extremismos políticos que prejudicam uma discussão pública de qualidade. Quando as pautas políticas tocam agressivamente em grupos marginalizados, perdemos em perspectiva de pluralidade e diversidade social. Precisamos levar muito a sério o discurso sobre direitos humanos e direitos fundamentais. Para que uma sociedade avance em sentido democrático, precisa incluir as mais diversas formas de bem-viver, em uma tarefa sensível e complexa. Assim, a negociação da sexualidade, enquanto elemento de provocação política e de acobertamento do discurso esvaziado de razões argumentativas profundas, é algo a ser debatido, pois demonstra a depreciação da esfera pública e de suas potências regulativas da vida social. Por uma perspectiva sociológica, os direitos sexuais e reprodutivos podem ser instrumentos de verificação da vedação de retrocesso social.

Como desenvolvi aqui, se a hipótese de Gayle Rubin está certa, as crises institucionais atacam os debates públicos sobre sexualidade. Desse modo, estamos em um momento significativo para levar a sério a modernidade sexual. Se outras áreas da nossa vida social merecem o enquadramento nesse projeto de preservação de nossas liberdades e igualdades, porque seria diferente com a sexualidade? A aliança dos direitos humanos com os direitos sexuais e reprodutivos é algo precioso para o avanço desse projeto. E os momentos de instabilidade político-social precisam partir do pressuposto de que todo e qualquer acordo que possa ser

produzido para que possamos avançar e sair dessa instabilidade precisa respeitar essa base de direitos, necessários, indispensáveis e inegociáveis. Esse é o principal papel do Direito nos momentos de crise: a preservação daquilo que foi conquistado com muita luta.

## **REFERÊNCIA**

RUBIN, Gayle. Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality [1984]. In: ABELOVE, Henry; BARALE, Michèle e HALPERIN, David. (eds.) *The Lesbian and Gay Studies Reader*. Nova York, Routledge, 1993.

# DEMOCRACIA E CIDADANIA COMO CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DA SOCIABILIDADE E DO ESTADO DE DIREITO

---

**HANSEN, Gilvan Luiz**

*Professor Doutor do Departamento de Direito Privado,  
Universidade Federal Fluminense  
gilvanluizhansen@id.uff.br*

## INTRODUÇÃO

A ideia de que as sociedades humanas se viabilizaram a partir do estabelecimento de um estado de direito se tornou lugar comum entre jusfilósofos, políticos e estudiosos das questões atinentes ao Estado e sua estrutura.

O que parece diferenciar as abordagens destes especialistas é a ênfase que dão ao conceito de estado de direito, reportando-o às bases da própria civilização, desde a antiguidade, ou enfatizando o caráter constitutivo deste na formação dos estados modernos e da modernidade.

Embora se compreenda a importância da ideia de estado de direito como constitutiva das organizações político-jurídicas humanas, contudo, parece-me que esta ideia não se coloca como princípio primeiro ou causa fundante, mas como derivada e possível empiricamente graças à presença de outros elementos, quais sejam, as concepções de democracia e de cidadania.

O presente texto pretende, pois, realizar um percurso reflexivo em torno das concepções de democracia, cidadania e estado de direito, explanando sua mútua imbricação, mas aventando como hipótese de investigação à questão da primazia da democracia e da cidadania enquanto condições de possibilidade para a constituição de um estado de direito.

Para tanto, abordar-se-á, num primeiro momento, o significado da ideia de estado de direito. Na sequência, a imbricação da democracia e da cidadania para a constituição de um estado de direito, apontando o que se encontra implícito nestes conceitos que os torna condições de possibilidade para a existência de um estado de direito.

## Reflexões em torno do conceito de Estado de Direito

A expressão “Estado de Direito” se tornou comum em nosso ambiente acadêmico, político e jurídico, de maneira que parece óbvia<sup>19</sup> e de domínio de todos a apreensão do seu significado. No entanto, quando nos posicionamos mais detidamente sobre a expressão em questão, a damos conta de que ela é menos óbvia do que primeiramente se mostra. O que, afinal, queremos dizer quando falamos “Estado de Direito”?

A ideia de Estado de Direito nos remete à análise de dois elementos constitutivos da expressão: Estado e Direito.

### O Estado e seu significado

A noção de Estado, embora seja alvo de diferentes teorias e abordagens, diz respeito, de maneira ampla, a uma organização institucional na qual os indivíduos humanos se inserem para coexistirem em coletividade, preservando a sua existência na medida em que se tornam membros desta instituição.

Por ser uma instituição organizada, o Estado possui uma ordem de finalidades, de valores a realizar, de hierarquia para a realização de funções especificadas e de normas.

Deste modo, estar numa organização como é o Estado significa inserir-se nesta ordem e cumprir também um papel nela, que pode ser diversificado e muitas vezes multifacetado (governante, funcionário, prestador de serviços, cliente, fornecedor, contribuinte, cidadão). Isso porque alguém pode desempenhar, por exemplo, uma função como servidor público, mas ao mesmo tempo pagar impostos (contribuinte), votar e concorrer a cargos eletivos (cidadão) e utilizar escolas ou postos de saúde (cliente).

Ademais, para garantir a própria estabilidade e a continuidade de suas atividades, o Estado lança mãos de dispositivos protetivos, como a exclusividade no uso coercitivo da força, retirando de seus indivíduos-membros a possibilidade da aplicação de medidas de vingança ou execução privada de punições. E o faz através de órgãos próprios, responsáveis e tecnicamente preparados para essas ações, cujo desempenho terá de ser justificado perante os seus membros a partir de limites

---

<sup>19</sup> A aparente obviedade de algo não implica necessário conhecimento refletido e partilhado do mesmo. Vide a abordagem a respeito em: HANSEN, Gilvan Luiz. Sobre o óbvio na Academia e seus riscos. *Crítica*. Londrina: EDUEL / CEFIL, Ano 1, n. 1, out./dez. 1995. p. 75-93.

advindos de expectativas de conduta recíprocas sedimentadas e partilhadas socialmente.

E um dos elementos que estabelece os parâmetros de atuação do Estado e, conseqüentemente, os limites toleráveis e permitidos aos agentes estatais é o Direito.

## **O Direito e seu existir**

O Direito se constitui em uma das esferas normativas fundantes da sociedade, cuja finalidade se volta à regulação das relações em coletividades a partir do estabelecimento de regras e leis nas quais estejam previstas as condutas tidas como aceitáveis e inaceitáveis em determinado agrupamento humano, com a devida e respectiva previsão de incentivos ou sanções em caso de cumprimento ou descumprimento das regulações estipuladas.

Diferentemente de outras esferas normativas, como a moral, o direito não exige dos indivíduos uma adesão interna às normas e regras, o que implicaria uma convicção acerca da validade racional destas, mas tão somente o acatamento externo das mesmas, mensurado pelo adimplemento ou não das obrigações previstas em lei.

Assim, mesmo que alguém ache sem sentido uma determinada lei ou discorde do teor de um dispositivo, nem por isso está autorizado a descumpri-lo; não pode escolher ao bel prazer qual lei vai acatar e qual lei não vai. E se deixar de cumprir a lei, será punido por isso pelo Estado, através de seus órgãos específicos (administrativos ou judiciais).

É nesse cumprimento das leis que se ancora a possibilidade de coesão social mínima para que os indivíduos consigam conviver pacífica e produtivamente nas coletividades.

E aí igualmente se encontra o elo entre Estado e Direito, à proporção que o primeiro adquire força e possibilidade de ação em face do cumprimento das normas estabelecidas pelo segundo. Estas normas devem ser cumpridas reciprocamente, tanto pelo Estado ante os seus membros quanto destes perante o Estado; e mais, também dos membros entre si, nas relações que estabelecem dentro do Estado.

Em face do exposto até aqui é que se pode ver no Estado de Direito o efetivo campo da vivência social. Explicitemos isso.



## O Estado de Direito como campo de vivência social

Desde quando nascemos e nos inserimos na existência, ainda que não deliberadamente, somos inseridos num ambiente de linguagens, significados, hábitos e costumes que passam a influenciar nosso modo de ser, de nos relacionar e de nos mover neste mundo.

Graças a isso, partilhamos com as pessoas no entorno os gostos, as preferências, além de dividirmos simpatias ou antipatias, crenças, valores e concepções de bem viver, que compõe o nosso mundo da vida e estofa social no qual construímos nossa identidade e desempenhamos os papéis nas coletividades pelas quais transitamos.

Esse habitat social é mantido em face da percepção individual e coletiva de que estamos garantidos e protegidos por um conjunto de normas (econômicas, políticas e jurídicas) que dão a todos e a cada um dos membros deste aglomerado humano o status de portador de direitos antes todos e, em simetria, possuidor de deveres para com todos.

O pertencimento ao emaranhado pragmático supracitado é o que nos dá a segurança e a estabilidade para firmar contratos, assumir relacionamentos e estabelecer compromissos que se tornam viabilizadores do Estado de Direito enquanto campo no qual se realiza a “partida” da vida social.

Goyard-Fabre caracterizou a essa condição do Estado de Direito através de uma distinção entre a noção saxônica do *legal State* e a noção germânica de *Rechtsstaat* para se referir ao Estado naquilo que ela denominou respectivamente de Estado *do* Direito e Estado *de* Direito.

De um primeiro ponto de vista, o direito político moderno que, em uma pirâmide de normas, exprime as máximas e as regras do governo, [...]. Do segundo ponto de vista, o direito político moderno, pelas regras que institua, torna possível, definindo-as e garantindo-as juridicamente, a coexistência das liberdades.<sup>20</sup>

Todavia, tal condição de campo no qual a vida em sociedade adquire estabilidade e pode transcorrer em parâmetros normativos que garantam a paz e a convivência harmônica e produtiva, não transforma o Estado de Direito, parafraseando Aristóteles, no primeiro princípio ou causa primeira do motor social.

Isso porque, se uma das dimensões do Estado de Direito implica na compatibilização da vida coletiva para a coexistência das liberdades, por conseguinte

---

<sup>20</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.205.

essas liberdades plúrimas e suas manifestações se apresentam como anteriores logicamente ao próprio Estado de Direito, por expressarem o acontecer humano no mundo, enquanto interrelacional.

E é nesse contexto e a partir deste horizonte que podemos falar em cidadania e democracia como condições de possibilidade para o Estado de Direito.

### **Democracia e Cidadania enquanto condições de possibilidade**

Quando falamos em condição de possibilidade, remetemo-nos aos elementos cuja presença torna possível o surgimento de algo. Assim, por exemplo, se quero preparar um determinado prato que me apraz, o que o torna possível é a existência dos ingredientes adequados, dos utensílios apropriados (talheres, panelas, etc.), de procedimentos (receita), os quais, aliados à vontade de preparar o alimento, às ações voltadas nesta direção e ao incremento da criatividade, permitem surgir um resultado saboroso.

Sob esse prisma que abordamos a ideia de condição de possibilidade, como então podemos falar em democracia e cidadania enquanto tal?

### **A democracia como condição de possibilidade da sociabilidade**

A ideia de democracia remonta à antiguidade, quando na Grécia se constituiu em experiência política segundo a qual o governo era exercido por pessoas eleitas pelo povo, que discutiam os destinos da polis em praça pública (*ágora*) e tomavam as decisões mais significativas argumentando com os cidadãos e legitimados pelo apoio dado por estes às iniciativas de gestão.

A configuração histórica da democracia grega levada a cabo a partir da Atenas possuía suas contingências e limitações, advindas de uma compreensão de mundo ontológico-metafísicas que atribuía a alguns seres humanos o status pleno de humanidade e de direitos, enquanto a grande maioria existia para papéis restritos e específicos na grande engrenagem cósmica.<sup>21</sup> O destino comandava a existência das pessoas e cada uma devia buscar entender qual era o papel na pólis e desempenhá-lo com virtude, sendo feliz.

---

<sup>21</sup> Aristóteles é um referencial disso quando se trata da pólis. Na obra *A Política*, ele se debruça sobre o significado da cidade e sobre o papel que cada um tem nela, para cumprir a finalidade natural a que se destina. Vide: ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Ed. UnB, 1985.

[...] procuremos determinar, à luz deste fato de que todo conhecimento e todo o trabalho visa a algum bem, quais afirmamos ser os objetivos da ciência política e qual é o mais alto de todos os bens que se podem alcançar pela ação. Verbalmente, quase todos estão de acordo, pois tanto o vulgo quanto os homens de cultura superior dizem ser esse fim a felicidade e identificam o bem viver e o bem agir como o ser feliz.<sup>22</sup>

Deste modo, somente um quinto da população possuía as condições por natureza para exercer a cidadania em sentido pleno, podendo participar em praça pública, votar e ser votado, ocupar cargos, participar do sorteio para cargos de governo, influenciar nos rumos da cidade, levando-a a prosperar ou não, promovendo a paz ou optando pela guerra.

Apesar das circunstâncias existenciais e das peculiaridades empíricas da democracia grega, decisões governamentais tomadas coletivamente, a partir de um debate público, legitimado na força do melhor argumento e na transparência das ações, é o legado que trouxe a democracia à modernidade. Substituiu-se a figura do sorteio de cargos pelo sufrágio universal, mas a vontade continua a ser o motor da escolha, não mais a vontade da natureza via destino, mas a vontade humana que se expressa enquanto vontade da maioria.

A modernidade incorporará também a compreensão de igualdade à ideia de liberdade como elementos da condição humana, conferindo universalidade aos direitos respaldada na noção de racionalidade enquanto capacidade (*Vermögen*) que acompanha todos os humanos.

Graças à universalidade da capacidade racional e da liberdade é que somos capazes de ultrapassar as divergências advindas das diferenças de crenças, valores, convicções, a fim de convergir expectativas, desejos, necessidades, interesses e esforços na construção do bem comum e do interesse público. Essa é a base racional que permite a formação da *vontade unida do povo* (Immanuel Kant) ou da *volonté générale* (Jean-Jacques Rousseau), que não se confunde com a vontade da maioria e que se expressa presentemente na noção de soberania popular.<sup>23</sup>

A soberania popular se exercita no âmbito do espaço público, o qual pode se converter em esfera pública (*Öffentlichkeit*) desde que nela se exerçam criticamente ações comunicativas. Isso, segundo Habermas, ocorre quando “[...] os planos de ação dos atores envolvidos são coordenados não por meio de cálculos

---

<sup>22</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984, Livro I, Cap. 4, p. 51.

<sup>23</sup> KANT, *A paz perpétua*. Tradução de Marco Antonio de A. Zingano. Porto Alegre: L&PM Editores, 1989. (Série Filosofia Política).

egocêntricos do êxito que se quer obter, mas por meio de atos de entendimento”.<sup>24</sup> Por “entendimento”<sup>25</sup> compreende-se um comum acordo que é racionalmente motivado e perseguido pelos participantes das interações comunicativas. Então, para Habermas<sup>26</sup>, a ação comunicativa tem origem na interação entre dois ou mais sujeitos capazes de falar e agir, que estabelecem relações interpessoais para compreenderem as situações vivenciadas em um determinado contexto social e orientarem suas ações por meio de um “entendimento”. Esse “entendimento” é construído intersubjetivamente no “mundo da vida” (*Lebenswelt*)<sup>27</sup>.

O mundo da vida acumula o trabalho interpretativo prestado pelas gerações precedentes; ele é o contrapeso conservador que se opõe ao risco do dissenso, que surge com todo processo atual de entendimento. Pois as pessoas que agem comunicativamente podem alcançar um entendimento apenas acerca de posicionamentos positivos ou negativos sobre pretensões de validade criticáveis<sup>28</sup>.

É exatamente em face desse contexto que a democracia, enquanto espaço para a pluralidade de opiniões e interesses em disputa, se configura hodiernamente como condição de possibilidade para a sociabilidade, pelo exercício da cidadania no âmbito da esfera pública, a partir da qual se torna viável o estabelecimento do Estado de Direito.

### **A cidadania como viabilizadora do Estado de Direito**

A concepção de cidadania nos remete à experiência de pertencimento ao espaço da “cidade”, entendida aqui como a aglutinação de pessoas que partilham um território e agem cooperativamente para o desenvolvimento de todos e de cada um nessa coletividade.

Na antiguidade, dos persas aos gregos, dos assírios aos babilônios, dos hebreus aos egípcios, a referida experiência de pertencimento era mais adstrita ao espaço da cidade (pólis), com seus muros e com a proteção e segurança que eles proporcionavam. Ademais, essa segurança também era sentida pela estabilidade das expectativas coletivas, através de regras (*regula* = regulação) de caráter político,

---

<sup>24</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, v. I, 2012, p. 496.

<sup>25</sup> HABERMAS, 2012, p.147.

<sup>26</sup> HABERMAS, 2012, p. 497.

<sup>27</sup> HABERMAS, 2012, p.138.

<sup>28</sup> HABERMAS, 2012, p.139.

jurídico, econômico e social, as quais estabeleciam os papéis de cada um na coletividade, configurando o estabelecimento de direitos e deveres recíprocos, na forma de um estado de direito.

As regras estabeleciam, além dos papéis e funções sociais, as formas a partir dos quais alguém cumpria seu significado no todo, dando sentido ao seu acontecer humano. Sob este prisma, o quadro normativo é que garantia a cidadania e os limites para o seu exercício.

Ao mesmo tempo em que se constituía como garantidor da cidadania, o estado de direito somente encontrava realidade e validade à medida que as pessoas pertencentes às coletividades específicas davam o seu consentimento, seja por submissão, ação legisladora ou contestação, ao aparato normativo que se lhe apresentava, participando do processo de modo comissivo ou omissivo.

Das modalidades de participação nas coletividades sociais advindas de tempos longínquos, herdamos formas de exercício de cidadania que são tomadas como mais ativas ou mais passivas, a depender do seu caráter mais substancial ou meramente formal.

Kant já assinalava esse tipo de preocupação, ao apontar que “a grande maioria da humanidade vive na menoridade”<sup>29</sup>, compreendida como heteronomia. Criticava, pois, a maneira como, por preguiça ou covardia, abrimos mão de conduzir a própria existência individual e coletiva, transferindo as decisões a respeito para a mão de tutores religiosos, militares ou científico-burocráticos<sup>30</sup>; alertava o pensador de Königsberg que nos tornamos “gado doméstico”<sup>31</sup> conduzido mansamente para realizar o destino que outros definem para nós.

Na mesma esteira, Habermas nos chama a atenção para o fato de que tem predominado, na modernidade, um modelo de cidadania passiva, formal, que nos faz crer sermos participantes à proporção que votamos de tempos em tempos para delegar a outros o poder de decidir por nós. Tornamo-nos expectadores da cena social, abdicando de nossa condição de atores sociais inseridos num contexto de produção de interações e significados para a espécie humana, com os impactos inerentes às demais espécies e seres no planeta.

Contentamo-nos a uma modalidade pífia de cidadania que é realizada na capacidade ou possibilidade de consumo. Nela, já não cogitamos definir as

---

<sup>29</sup> KANT, Immanuel. Resposta à pergunta o que é o Esclarecimento? In: KANT, Immanuel. *Immanuel Kant: textos selecionados*. 2.ed. Introdução de Emmanuel Carneiro Leão; tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 102.

<sup>30</sup>KANT, 1985. p. 100.

<sup>31</sup>KANT, 1985. p. 102.

finalidades de nosso existir, mas tão somente realizamos escolhas calculadas de meios para melhor obtermos a fruição.<sup>32</sup>

Todavia, em cenários contemporâneos, onde as contingências imbricadas na presença no planeta terra e os problemas provocados por ações predatórias da espécie humana, o exercício da cidadania ultrapassa a dimensão da cidade e inclusive do estado-nação, formato moderno de vivência da cidadania, assumindo proporções globais e cosmopolitas.<sup>33</sup>

Essa forma de expressão de cidadania, que age localmente, mas de maneira comprometida ao todo do planeta, é o que se impõe hoje como desafio aos seres humanos em sociedades. Ela já não permite conformismo ou acomodação, mas impõe uma ação perene e cotidiana, nas pequenas e nas grandes coisas, com iniciativas e criatividade.

Nesse horizonte, a cidadania que se faz imprescindível e inafastável, sob pena de aniquilação da espécie humana e de grande parte das demais espécies, é ativa. Seu acontecer, contudo, tem contornos de acolhimento, de solidariedade, de inclusão<sup>34</sup>, de valorização recíproca, onde todos são vistos como participantes, até mesmo aqueles que não reúnem as condições efetivas de participação imediata (enfermos mentais, crianças em tenra idade, etc.), pois devem ser tratados como destinatários de igual dignidade aos que empiricamente praticam cidadania.

Tal compreensão de cidadania está entranhada com a ideia de democracia anteriormente apresentada, co-imbricada no estabelecimento da sociabilidade e na viabilização do Estado de Direito. Sem a sua consecução, tanto a experiência histórica da democracia quanto do Estado de Direito serão frágeis, débeis e constantemente ameaçadas ante a astúcia e interesses espúrios dos defensores de vias opressivas e de dominação dos demais seres humanos.

## CONCLUSÃO

A presente reflexão voltou-se à discussão da relação e mútua imbricação de democracia, cidadania e Estado de Direito. Nela procuramos expor a tese de que, ainda que esse não seja o entendimento do senso comum social e mesmo do

---

<sup>32</sup>HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.60-61.

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. *Constelação pós-nacional*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: LiteraMundi. 2001, p. 75-142.

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 147-176.

“senso comum” de juristas e politólogos, há uma primazia da democracia e da cidadania no que tange à viabilização e legitimação do Estado de Direito.

Realizamos um percurso argumentativo que procurou estabelecer os conceitos de democracia, direito, estado de direito e cidadania, apresentando as nuances que nos parecem mais significativas ao tema em uma oportunidade como esta.

Queda, enquanto conclusão, que o cenário contemporâneo, transnacional, globalizado, exige de todos os seres humanos uma compreensão para a dimensão planetária de grande parte dos problemas hoje vividos (lixo, poluição, recursos hídricos, desigualdade social, miséria, fome, etc.). E essa compreensão implica igualmente a percepção de que as alternativas efetivamente eficazes para tornar factível a vida (humana e de outras espécies) na terra passa necessariamente pelo estabelecimento de ações integradas, coordenadas, solidárias, inclusivas, que abarquem todos os povos em cooperação.

E no contexto atual, onde vários discursos e práticas se voltam contra a democracia e apregoam formas cada vez mais vilipendiadas de exercício da cidadania e de respeito ao estado de direito, em defesa de sectarismos e fundamentalismos, há um desafio de enfrentamento que se nos impõe. A democracia e o exercício da cidadania ativa, articulado em estado de direito, são elementos imprescindíveis e pelos quais vale à pena lutar.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Ed. UnB, 1985.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução de Flávio Köthe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. (Biblioteca Tempo Universitário, 76 – Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. (Biblioteca Tempo Universitário, 101 e 102).

HABERMAS, Jürgen. *Constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: LitteraMundi. 2001.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, v.I, 2012.

HANSEN, Gilvan Luiz. Sobre o óbvio na Academia e seus riscos. *Crítica*. Londrina: EDUEL / CEFIL, Ano 1, n. 1, out./dez. 1995. p. 75-93.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta o que é o Esclarecimento? In: KANT, Immanuel. *Immanuel Kant: textos seletos*. 2.ed. Introdução de Emmanuel Carneiro Leão; tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 100-117.

KANT, *A paz perpétua*. Tradução de Marco Antonio de A. Zingano. Porto Alegre: L&PM Editores, 1989. (Série Filosofia Política).



# ESTADO, CONSTITUCIÓN E XUSTIZA SOCIAL

---

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Antón Lois

*Doutor en Dereito*

*alja@uvigo.es*

## INTRODUCCIÓN

No século XVI o cardeal Duperron (1556-1618), conselleiro do rei Enrique III de Francia (1551-1589), despois de un profundo discurso filosófico dirixiuse ao Rei dicindo: “Maxestade, con este razoamento acabo de demostrar a existencia de Deus. Se a súa Excelencia permite mañá demostrarei que El non existe”. Conesa frase, o irónico cardeal non pretendía dúbida da existencia de Deus senón salientar a imposibilidade de que o racioamento lóxico chegue a conclusións definitivas ou estabilidade de verdades absolutas.

Xa no século XX, o influente filósofo Ludwig WITTGENSTEIN (1889-1951), austríaco, naturalizado inglés, profesor da Universidade de Cambridge, unha das universidades máis prestixiadas do mundo, dedicou unha parte esencial do seu pensamento a tentar responder razoadamente á cuestión de se era posible coñecer a verdade seguindo a súa propia máxima de que se unha pregunta podía ser feita ela tamén podería ser respondida<sup>35</sup>. É dicir, WITTGENSTEIN reflexionaba se se podería afirmar como verdadeiras proposicións tales como: “a xustiza é dar a cada un o que lle corresponde, ou a función principal do dereito é a garantía da seguridade xurídica”.

Nunha primeira etapa do seu pensamento, a conclusión de WITTGENSTEIN respecto á cuestión foi que non podemos coñecer a verdade ao marxe das matemáticas, posto que non existe ningunha proposición absolutamente verdadeira fora da linguaxe matemática, posto que soamente ela é capaz de ser precisa, exacta e irrefutable. Como consecuencia da conclusión WITTGENSTEIN acabou afirmando, diante dos catedráticos máis eminentes da Inglaterra, que xa que a filosofía non pode chegar a coñecer as verdades – o que

---

<sup>35</sup> “Wennsich eine Frage überhaupt stellen lässt, so kann sie auch beantwortet werden”, *Tractatus Logico-Philosophicus*, 6.5. Na tradución ao inglés de Pears e McGuinness, do alemán orixinal: “If a question can be framed at all, it is also possible to answer it”. *Logisch-philosophische Abhandlung (Tractatus Logico-Philosophicus)* By Ludwig Wittgenstein. First published by Kegan Paul (London), 1922. Disponível en: <https://people.umass.edu/klement/tp/tp.pdf>

conforme seu sentido teleolóxico- a filosofía morrera, porque -como afirma a derradeira frase da súa obra principal- “do que non se pode falar, mellor é ficar calado”<sup>36</sup>.

Na súa segunda etapa, o filósofo de orixe austríaco dedicouse a desfacer, esforzada e sistematicamente, e coa mesma lucidez argumentadora, o castelo lóxico que tiña construído con tanto esmero e que o levara anteriormente á conclusión anterior, todo elo para acabar afirmando, agora -ao contrario do que sostivo no *Tractatus*- que si era posible achar verdades na filosofía e, en definitiva nas ciencias sociais porque aínda que, efectivamente, a linguaxe matemática era a única exacta existían tamén outras linguaxes que poderían non ser exactas pero si verdadeiras xa que a súa función e finalidade era diferente a da matemática, como, por exemplo, a linguaxe científico-social.

En definitiva, o que pretendemos traer con estas dúas anécdotas históricas é a cuestión de se podemos establecer verdades sobre asuntos filosóficos, xurídicos ou políticos como, por exemplo, delimitar a noción de xustiza ou determinar como as institucións sociais e económicas deben tratar as persoas. É dicir, podemos facer CIENCIA sobre asuntos e temáticas sociais, políticas ou xurídicas? Neste acto tentaremos demostrar que si se pode. Loxicamente, sobre este asunto debemos tamén preguntarnos que é a verdade. Acerca dela, desde o punto de vista científico, a verdade depende de cada corrente epistemolóxica ou incluso de epistemólogo, pero podemos tomar como referencia, por exemplo, a definición de Karl POPPER, segundo a cal na ciencia son proposicións verdadeiras aquelas que resistan a proba da falibilidade, isto é, aquelas que aguantan as críticas dos seus fallos o máximo tempo posible, sendo ao mesmo tempo conscientes de que ningúnha teoría científica é eterna.

En relación co dito, ou ademais do anterior, a conferencia de hoxe pretende reflexionar sobre as seguintes cuestións:

- a) Existe o deber moral de que o Estado redistribúa a riqueza da súa cidadanía ocupándose así da pobreza? A este respecto o asunto, e isto ten unha relevancia fundamental nesta palestra, a cuestión non coloca o foco na solidariedade senón na xustiza. A pregunta non é: Debemos ser solidarios cos desfavorecidos? A pregunta é: É xusto que o Estado obrigue a seus cidadáns a ser solidarios cos desfavorecidos?

---

<sup>36</sup>“Wovon man nichts sprechen kann, darüber muss man schweigen”, *Tractatus Logicus-Philosophicus*, 7, Na tradución ao inglés de Pears e McGuinness: “What we cannot speak about we must pass over in silence”.

- b) Debe o estado establecer mecanismos políticos e legais de xustiza distributiva? Iso é, podemos establecer algunhateoría sobre como sería xustodistribuír os bens de unha sociedade?
- c) Que políticas ten que implementar os gobernos e que normas teñen que aprobar os parlamentos para ter un sistema socioeconómico xusto?

## Desenvolvemento da cuestión

Para comezar, considero necesarioun breve repaso histórico do concepto de xustiza distributiva o que, entendo eu, nos servirá posteriormente para responder áscuestións colocadas nesta disertación.

O termo “xustiza distributiva” aparece inicialmente na *Ética para Nicómano* de ARISTÓTELES. Nesta obra, o filósofo grego fala de xustiza distributiva para diferenciala da xustiza conmutativa, tamén chamada por el *xustiza correctiva* -aquela referida á punición e como reacción a algún incumprimento)<sup>37</sup>. No libro VI da *Política* de ARISTÓTELES expón que:

a pobreza é a causa das fallas e dos fracasos na democracia. E por iso deberíanse tomar medidas para garantir un nivel permanente de prosperidade. É algo que interesa a todas as clases, incluíndoás abastadas. Xa que logo, a mellor política é gardar todo rendemento extra nun fondo de reservas e despois distribuíre fondo na forma de subvencións entre os pobres (...)<sup>38</sup>.

Polasúa parte, FLEISCHACKER (2006), profesor de Filosofía da Universidade de Illinois, destaca que a xustiza distributiva para Aristóteles non ten o significado contemporáneo. El concíbea dentro de un sistema meritocrático sen que haxa para Aristóteles un concepto uniforme do mérito, pois este dependerá do modelo de Estado adoptado -aristocracia, oligarquía ou democracia-. Desta forma, “todos os homes concordan en que o que é xusto con relación á distribución debe estar de acordo co mérito” (ARISTÓTELES, 2004, p. 49). Para Aristóteles os demócratas o identifican o mérito coa condición de home libre, os partidarios da oligarquía coa riqueza -ou nobreza de nacemento-, e os aristócratas coa excelencia. A distribución require que honra, posicións de autoridade política ou diñeiro sexan distribuídos de acordo ao mérito de cada quen.

---

<sup>37</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicómano*. Trad. Pietro Nassetti. Son Paulo: Martin Claret, 2004.

<sup>38</sup> Citado por CHOMSKY, Noam. *Réquiem por el sueño americano Los diez principios de la concentración de la riqueza y el poder*. Traducción de Magdalena Palmer, Madrid: Sexto Piso, 2017, p. 20.

Dita postura é mantida tamén polo filósofo e avogado romano Marco Tulio CICERÓN no século I a.C. na súa obra *De officiis* que describe a xustiza distributiva como aquela que “proporciona bens ao mérito”, deixando patente que todas as formas de axuda pública deben respectar a xustiza de maneira que exclúa calquera forma de beneficencia que viole dereitos de propiedade. Así, só pode haber verdadeira solidariedade humana cando a beneficencia é acompañada de xustiza. Este posicionamento parece reforzar a valente e non exenta de polémica teoría do profesor da Universidade de Vigo, Guillermo SUÁREZ, cando man- ténnunha parte importante da súa obra científica que a orbe romana xa desenvolveu un verdadeiro protocapitalismo.

Aínda no mundo clásico, célebre xurisconsulto romano do século III da nosa era, ULPIANO (170-228), deixou dúas ideas sobre a xustiza que conformaron durante moitos séculos o concepto dentro do ámbito xurídico. Na primeira, define o dereito coa seguinte regra: *Honeste vivere, naeminen laedere et jus suum cuique tribuere*<sup>39</sup> (Vivir honradamente, non danar ao outro e dar a cada quen o que lle corresponde). Nun segundo aforismo sostén que “a xustiza é a constante e perpetua vontade de conceder a cada un o seu dereito” (*Iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*<sup>40</sup>).

Saltando o concepto medieval de xustiza distributiva no que TOMÁS DE AQUINO se remite novamente ao mérito aristotélico, o concepto moderno constrúese sobre o fundamento do contrato social de HOBBS e de LOCKE. Como é sabido, en canto Thomas HOBBS xustifica o poder absolutista sobre a lexitimación popular que prefere a seguridade sobre a liberdade, John LOCKE utiliza o contrato social para xustificar a inviolabilidade de dereitos individuais como a liberdade e a propiedade sobre a base de que o contrato significa o acordo da sociedade para elixir aos seus gobernantes, quen deben garantir tales dereitos.

Boa parte dos conceptos lockianos son adoptados por David HUME (1711-1776) e posteriormente por Adan SMITH (1723-1790) no s. XVIII, quen constitúen boa mostra do concepto liberal de xustiza social e, sobre todo, o concepto contemporáneo que, en certa forma, sigue predominando en correntes de pensamento maioritarias na actualidade, e que chegará ata incólume ata a irrupción dos dereitos sociais no período de entreguerras e, sobre todo, tras a Segunda guerra mundial. HUME e SMITH profesábanse unha profunda e pública amizade que derivou incluso no recoñecemento por parte do economista dunha enorme

---

<sup>39</sup> ULPIANO. Digesto, 1, 1, 10, 1.

<sup>40</sup> ULPIANO. Digesto, 1, 1, 10.

influencia do pensamento e a personalidade do filósofo. SMITH chegou a describir a HUME, no obituario deste en 1776, como un home perfectamentesabio e virtuoso canto permite a fráxil natureza humana<sup>41</sup>.

Polasúa parte, ambos tiñanse situado abertamente a favor do libre comercio e da revolución americana que supuña, entre outras cousas, a quebra do monopolio do comercio da monarquía inglesa na colonia, o cal amosaba na época unha postura enormemente liberal, ilustrada e progresista, e tiñan sido os primeiros en facer do sufrimento dos pobres o verdadeiro problema da xustificación da propiedade privada (elemento substancial das revolucións liberais e da obra de LOCKE -1632-1704-). Porén, consideraban que o sistema de dereitos de propiedade era moitomellor que o reparto igualitario dos bens, no que chamaban de *paradoxo da xustiza*.

Dun lado erancoñecedores da divisióninxusta dos bens do sistema económico asentado sobre a defensa vehemente da propiedade privada. Doutro defendían que as persoas pobres das sociedades comerciais se encontraban en mellorsituación que os ricos das sociedades igualitarias. Todo elo mesmo recoñecendo, como fai SMITH na *Riqueza das Nacións* que “os sistemas de propiedade privada, antes que calquera outra cousa, protexen aos ricos contra os pobres, e só indirectamentebenefician aos propios pobres” (cit. FLEISHACKER, 2006, p. 52).

SMITH nos ofrece unhasustificaciónás desigualdades que é basicamente a mesma que recollerá John RAWLS douscentos anos despois: elas son xustificablessemente se as persoas que se encontran en peor situación sobre un sistema de desigualdadeestiveran en mellor situación do que estarían sobre unha distribución igualitaria de bens.

Non tendúbida, isohoxexa non é discutible, de que SMITH constitúe a base filosófica tanto do liberalismo coma do neoliberalismo. Porén, o que resulta mais controvertido é o feito de que os economistas e políticos liberais e neoliberais expurgaran da teoría moral do filósofo e economista escocés aqueles elementos que non sonrendíbeis economicamente: fundamentalmente a preocupación coa pobreza e a xustificación do sistema só se proporciona benestar mínimo a toda a poboación.

---

<sup>41</sup> “I have always considered him, both in his lifetime and since his death, as approaching as nearly to the idea of a perfectly wise and virtuous man, as perhaps the nature of human frailty will permit”. (Cfr. SMITH, Adam. *The Death Of David Hume*. Letter from Adam Smith, 08/26/1776. LL.D. to William Strachan, Esq.). Disponível em: <https://www.ourcivilisation.com/smartboard/shop/smitha/humedead.htm>

Así as cousas, mesmo que Jeremy BENTHAM, máximo expoñente do utilitarismo, tiña sido coñecido por propor un dos primeiros programas de benestar social e chegara a escribir que: “acabar coa pobreza é o que proporciona á economía o seu interese superior e mais elevado” (ROSEN, 1983, p. 152), os utilitaristas reduciran toda moralidade ao un único principio segundo o cal o ben da maioría da sociedade debería trunfar sobre o ben dos individuos e por isodeixaran pouco espazo para a virtude especial da xustiza.

Xa no século XX, a obra de John RAWLS resulta absolutamente determinante en calquera conceptualización da xustiza distributiva. No momento en que a súa principal obra foi publicada (*A Theory of Justice*, 1971) os novos liberais como HAYECK ou FRIEDMAN se opuñan categoricamente á asistencia estatal en favor pobres e consideraban que a xustiza non tiña propiamente un compoñente distributivo. O Estado non debería ter ningunha responsabilidade sobre a calidade de vida dos individuos porque esa virtude moral non era propia dunha institución senón das persoas físicas. Durante todo o século XX os positivistas quixeran eliminar todo tipo de linguaxe moral da ciencia social e os utilitaristas reduciran toda moralidade ao un único principio segundo o cal o ben da maioría da sociedade debería trunfar sobre o ben dos individuos e por isodeixaran pouco espazo para a virtude especial da xustiza.

Segundo John RAWLS: “A xustiza é a primeira virtude das institucións sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento” (RAWLS, 2000, p. 3). RAWLS asenta así a base contemporánea da xustiza distributiva. O Estado debe prover mecanismos legais para facer a liberdade efectiva. A súa teoría acaba penetrando en todas as constitucións occidentais dalgunha ou outra forma coa excepción dos EEUU.

RAWLS é o primeiro en establecer, en 1971, unha teoría sobre como debe ser repartida a riqueza dunha sociedade. Entende que debe ser seguido un criterio tripla para ese reparto e coloca a liberdade como primeira regra, encima das outras dúas e como base da xustiza, cunha reminiscencia claramente smithiana. Desa forma di: “Cada persoa posúe unha inviolabilidade fundada na xustiza que nin o benestar da sociedade como un todo pode ignorar. Por esarazón, a xustiza nega que a perda de liberdade dalgúns se xustifique por un ben maior partillado por todos” (RAWLS, 2000, p. 219).

Unha segunda regra, chamada de principio da diferenza, establece que o trato diferenciado entre os cidadáns soamente se xustifica se é para favorecer aos mais desprotexidos, aos que menos teñen. O Principio da diferenza que serve a xustificar a discriminación positiva e o trato desigual aos desiguais de forma que

aqueles a quen a natureza favoreceu, sexan eles quenforan, pódense beneficiar da súa sorte apenas de modo a beneficiar a situación dos que non a tiveran.

A terceira regra envolve o principio da igualdade. Da igualdade de oportunidades para todos os cidadáns, o cal implicaría de por si un fondo de debate no que non só habería que tratar as diferencias entre a igualdade no punto de partida e no punto de chegada, senón que habería que cuestionar mesmo o propio concepto de igualdade, tal e como fai Amartya SEN (2011) na súa obra *A idéa de Justiça*: igualdade de que?

Acabaron servindo esastres regras rawlsianas para establecer unha teoría definitiva sobre a xustiza distributiva? A resposta é non. Pero serviron de base para toda a construción posterior e para moitas constitucións, como a portuguesa de 1976, a española de 1978 ou a brasileira de 1988.

Tamén de especial transcendencia resulta a crítica de Ronald DWORKIN á teoría da xustiza do autor americano, xa que dita crítica serve para dar o paso definitivo no sentido da xustificación da intervención estatal na xustiza distributiva, dentro da corrente igualitarista liberal: igualdade dentro da liberdade, é liberdade só para proporcionar igualdade: de dereitos e de oportunidades. A liberdade só existe desde que sexa igual para todos e para iso o Estado ten que proporcionar os medios para esa igualdade.

Desta forma escribe DWORKIN (1981) que nunha sociedade igualitaria en recursos, o pobo é libre para decidir como vai usar a súa porción de recursos para atinxir maior benestar ou unha vida mellor, de acordo aos seus propios xuízos, xa que as persoas son sempre responsables das súas propias eleccións. LOEWE (2007) explica resumida e pedagoxicamente as principais diferencias entre o autor británico e o americano dicindo que en canto para algúns autores unha teoría de xustiza igualitaria debe ser caracterizada mediante a igualdade de recursos (DWORKIN), para outros debe facerse mediante unha concepción de bens básicos (RAWLS).

Aínda así, as críticas a RAWLS tamén veñen desde os sectores máis reaccionarios, como, por exemplo, os autores chamados de *libertarios*. NOZICK (1988), na súa obra principal *-Anarquía, Estado e Utopía*, escrita orixinalmente en 1974-, queixase de que os filósofos agora son obrigados a traballar dentro da teoría de John Rawls ou a explicar porque non o fan. Tres anos despois da Teoría da Xustiza de Rawls el propón unha concepción da xustiza diametralmente oposta á do seu compatriota: ninguén ten dereito a calquera bens materiais alén daqueles que adquiriu como propiedade privada. E continúa manifestando que os dereitos particulares sobre as cousas enchen todo o espazo dos dereitos, non deixando lugar

para dereitos xerais relacionados cunha certa condición material. Tamén argumenta que calquera plano redistributivo será constantemente perturbado por doazóns e trocas libres e, xa que logo, esa redistribución será imposible sen que haxa unha interferencia constante na capacidade das persoas para doar ou trocar bens.

A postura de NOZICK remite directamente coa de LOCKE, morto en 1704, cando propugnaba que os reis non tendereiro de recadar impostos sen o consentimento do Parlamento, pois os impostos son extraídos da propiedade das persoas e esta está fundamentada no dereito natural pre-político. Como di FLEISCHACKER (2006) os argumentos de Nozick son de calidade variábel (algúns mellores e outros máis frouxos), mais o que ele non fornece é unha argumentación positiva forte a favor de súa apropiación da xustiza, alén de que a xustizaven, como xa anunciou Locke no século XVII, do dereito natural superior á propiedade privada.

No espectro ideolóxico oposto, xa no século XXI, David HARVEY, un dos sociólogos máis respectados a nivel mundial, definiu o sistema neoliberal actual, na súa *Breve historia do neoliberalismo*, como desregulación, privatización, abandono da protección social, como Proceso de destrución creativa interese novas tecnoloxías, poderes e marcos, relacións sociais, protección social, formas de vida-. HARVEY fala do dominio da ética do mercado, entendido como un aparato conceptual suxestivo -intuicións, instintos, valores e desexos que conectan coas persoas-. Converte á liberdade e á dignidade nos valores centrais da civilización -quen non quer ser libre e ter dignidade?

E despois desta revisión histórica das teorías sobre a xustiza distributiva, debemos entrar xa no terreo da recapitulación. A este respecto os economistas de finais do século XX, de calquera ideoloxía ou escola, percibiran que o capitalismo postindustrial e neoliberal non pode subsistir se existe igualdade entre as persoas ou os axentes económicos -porque a igualdade total priva á economía do estímulo necesario para o desenvolvemento económico despois do capitalismo-, pero tamén acabaran concordando que o sistema económico non pode sobrevivir se a desigualdade se fai demasiado acusada.

Despois desta transcendental apreciación, numerosos e importantes economistas se lanzaron a investigar sobre a desigualdade e foi así que, en 2013, o francés Thomas PIKETTY, na súa obra *O Capital no século XXI* sentou unha nova teoría empírica, aínda non refutada cientificamente, posto que as análises esgrimidas nesainxente obra para sustentar a súa teoría son de tanta profundidade que precisan de tempo para se desarticulan, establece que o sistema económico occidental está evolucionando cara unha concentración enorme do capital en favor do 10%



mais rico e producindo unha galopante desigualdade que vai facer quebrar o propio sistema de economía mixta que hoxe impera en todo o mundo. En definitiva, acaba fundamentando empiricamente como a desigualdade vai a acabar converténdose no principal factor da destrución do sistema económico postindustrial, do mesmo xeito que tiña vaticinado MARX no século XIX respecto do capitalismo industrial.

O estudo do PIKETTY e doutros grandes economistas actuais que estudan a desigualdade, como KRUGMAN, NAVARRO, STIGLITZ ou ATKINSON, lévame a afirmar unha hipótese que eu pretendo demostrar con diferentes investigacións: O benestar das sociedades democráticas é directamente proporcional ao nivel de desigualdade presente nelas.

Esa é en definitiva a dicotomía entre desigualdade e xustiza no reparto da riqueza, que está na base da democracia das sociedades actuais e no benestar dos seus cidadáns. Desigualdade e xustiza que poden ser consideradas xurídica e politoloxicamente. Unha xustiza que ten a ver coa solidariedade, aínda que ela sexa imposta, é que é un atributo que nos fai e nos distingue como verdadeiramente humanos.

Vostedes poden pensar que iso é algo obvio, que todo o mundo se identifica coa xustiza distributiva e que os gobernos e os economistas que non atenden a redistribución o fan porque entenden que tal efecto prexudicaría gravemente o desenvolvemento económico. Na verdade, non é así. A falta de solidariedade e a desatención por esaxustiza é unha escolla ideolóxica, tal e como veremos a continuación.

Vostedes saben que saben que practicamente todas as constitucións occidentais seguen a estela do Estado Social que tiña trazado a Constitución da República de Weimar xa en 1919. Isto é, un estado que a través da súa norma máxima garante os dereitos sociais e que se responsabiliza do benestar de seus cidadáns. Non deben esquecer que as constitucións recollen e representan a fixación xurídica do contrato social. O contrato social é acordo que dota de lexitimidade ao poder, é a outra cara da moeda da legalidade, tan imprescindible canto a propia legalidade. Iso ven a significar que a xustiza distributiva é, desde mediados do século XX, en practicamente todas as nacións occidentais, un deber constitucional inserido na estrutura xurídica e política das democracias actuais.

En definitiva, e tentando respostas ás cuestións colocadas no inicio:

- a) É xusto que o Estado obrigue a seus cidadáns a ser solidarios cos desfavorecidos?
- b) Existe o deber moral de que o Estado redistribúa a riqueza da súa cidadanía ocupándose así da pobreza?

- c) Debe o estado establecer mecanismo políticos e legais de xustiza distributiva?

A resposta a todas elas é si, o Estado debe promover, espallar, establecer e ata obrigar, se é preciso, unha xustiza social distributiva.

E, de forma non menos relevante. Porque o Estado teneseder moral? Baixo a miña óptica, eu acredito nunha resposta a esa pregunta non de base rawlsiana, senón de base dworkiniana: a riqueza das clasesabastadas deriva do propio sistema, non é consecuencia exclusiva dos seus méritos. Eles son ricos, ou a clasemedia alta ten a posición que tengrazas a que os Estado criou un sistema de benestar que aposta polas políticas favorábeisá demanda, que aposta polas políticas contra a desigualdade, que outorga democracia e seguridade pública para que os máis favorecidos podan ter tamencialidade e seguridade e, sobre todo, porque ese modelo proporciona capacidade de consumo a todos os cidadáns para que os empresariosprosperen, co que boa parte do éxito das clases abastadas é produto dese sistema socio-económicoasentado na xustiza social.

E cales soneses mecanismos políticos e xurídicos que o Estado posúe para implementar a xustiza distributiva? Pois fundamentalmente son as políticas e os dereitos sociais e as políticas e o dereitotributario.

E volvemos finalmente á hipótese formulada: O benestar democrático das sociedades é directamente proporcional ao nivel de desigualdade presente nelas. E isolévanos a deducir o seguinte:

- a) se benestar engloba seguridade esta é proporcional coa desigualdade.
- b) se benestar engloba riqueza relativa ou riqueza media, esta ten a ver coa desigualdade.
- c) se benestar significa democracia avanzada e participación, a menor desigualdade obsérvase maior democracia, e así numerosas conclusións.

Gustaría finalizar a miña intervención contando que en 1959, o grande filósofo, matemático e pensador inglés Bertrand RUSELL (1872-1970), xa con 87 anos, un Rusell que tiña sido mentor, entre outros, do propio Wittgenstein, a quen nos referimos no inicio, e co quen chegou a ter un enfrontamento filosófico que abalou a amizade persoal deles -nunha repetición daquel desencontro célebre entre Platón e Aristóteles cando o segundo dixo aquela suposta frase de “sou amigo de Platón mais son máis amigo da verdade”- foi preguntado de cal idea lle gustaría de deixar para as xeracións futuras, ao que respondeu: gustaríame deixar un consello intelectual e un moral. O intelectual é que aqueles que estean investigando calquera ámbito da ciencia social deben preguntarse cales son os feitos e despois cal é a verdade que os feitos revelan, sen se deixar influenciar por aquilo no que cada un

acredita -iso é, a súa ideoloxía- nin pelos beneficios que supostamente traería a investigación as crenzas sociais. En canto ao consello moral é ben simples: o amor é sabio, o odio é tolo. Temos que aprender a nos tolerar e a aceptar que algunhas-persoasdin cousas das que non gustamos. Só desa forma podemos vivirxuntos. Un pensamento que xa está na base do liberalismo mais incipiente cando o pensador ilustrado Voltaire falou aquilo de: estou en total desacordo co que vostede pensa mas defenderei ata a morte o seu dereito a expresar as súasideas.

Hoxe falamos da protección da xustiza distributiva, da crise da democracia liberal e da responsabilidade estatal coa solidariedade, pero cando eu reflexiono sobre esesasuntos, non esquezo que en tanto estamos aquí, universitarios e académicos, debatendo sobre esascuestións a prioridade de unha nai solteira na India é a seguinte comida dos seus fillos, que a prioridade absoluta de millares de emigrantes que atravesan o mar mediterráneo na procura da Europa en chalanas sobrepasadas de peso é ter algún indicio de terra firme, e que moitosmorren a poucos metros da beira, ou que a única verdadeira preocupación de unha persoa moribunda que ocupa unha cama de un hospital público é conseguir forza para conseguir respirar mais unha vez. Todos eles e outros moitosmillóns de persoastenpreocupacións mais importantes do que a crise e a inxustiza do estado liberal, pero acontece que a agravación desa crise vai empeorar as condicións dos suburbios urbanos da India, vai provocar a agravación das ondas migratorias dos africanos ou dos cidadáns da Siria, o da Palestina ou do Iraq, que saben que a poucos quilómetros teñen unha Europa que garante uns recursos materiais e uns dereitos sociais mínimos, ou que a crise taménafecta en grande medida ao empeoramento da atenciónsanitaria. É por iso que nós non debemos deixar de tratar esesasuntos que acabaranatinxindo aos mais vulnerábeis.

Non nos podemos despegar da realidade. Ela é crúa é cruel, é ingrata e inxusta, pero tamén, seguindo a grande esperanza que nos deixou o existencialismo, desde Soren KIEKKEGARD a Jean Paul SARTRE, é que a maior parte do que nos vai acontecer mañá, a próxima semana ou durante ese ano depende de nós mesmos.

Calquera institución humana pode ser mudada, pode ser adaptada e moitomais se é para o benestar da raza. Lembren que, como escribiu Marcel PROUST: “Aínda que nada mude, se eu mudo, todo muda”. A vosa forma de ollar o mundo pode transformar ápersoas. Eu non quería acabar unha ponencia, que pretendía-ser científica cunha arenga, pero creo que a ocasión o merece, así que acrediten na xustiza, acrediten na xustiza social, e acrediten que se pode mudar as sociedades ollando para elas na forma de mudalas. Agora que tampouco esquezan nunca de servir como exemplo desamudanza.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

CHOMSKY, Noam. *Réquiem por el sueño americano Los diez principios de la concentración de la riqueza y el poder*. Traducción de Magdalena Palmer, Madrid: Sexto Piso, 2017, p. 20.

DWORKIN, Ronald. "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs*, 10(4): 283-345, 1981.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma Breve História da Justiça Distributiva*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HARVEY, David. *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid: Akal, 2007.

LOEWE, Daniel. "Teorías de justicia igualitaria y derechos culturales diferenciados" *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, n.º 36, enero-junio, 2007, 275-302.

NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988)

PIKETTY, Thomas. *El Capital en el siglo XXI*. Madrid: Fondo De Cultura Económica De España, 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSEN, Frederick. *Jeremy Bentham and Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code*, Oxford: Oxford University Press, 1983.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SMITH, Adam. *The Death Of David Hume. Letter from Adam Smith, 08/26/1776*. LL.D. to William Strachan, Esq.). Disponível en: <https://www.ourcivilisation.com/smartboard/shop/smitha/humedead.htm>

ULPIANO. *Las instituciones de Justiniano*. Versión española de Hernández-Tejero, Francisco. Granada: editorial Comares, 1998.

WITTGENSTEIN, LUDWIG. *Logisch-philosophische Abhandlung (Tractatus Logico-Philosophicus)*. First published by Kegan Paul (London), 1922. Disponível en: <https://people.umass.edu/klement/tp/tp.pdf>

# POLÍTICA E SOCIEDADE NO BRASIL DE HOJE: fracassou a transição democrática?

---

**RIBEIRO, Luís Antônio C.**

*Departamento de Filosofia, Universidade Federal Fluminense,  
Niterói, Brasil, lularib@hotmail.com*

## INTRODUÇÃO

Esta conferência não pode ser iniciada senão pelo agradecimento ao Professor Gilvan Hansen, da Universidade Federal Fluminense, não apenas pelo generoso convite para neste momento estar aqui em Ourense, mas também pelo seu admirável empenho no desenvolvimento do conhecimento, no magistério superior e na saudável reunião ao seu redor de professores e pesquisadores, nunca de forma subserviente, ao contrário, no pleno exercício da liberdade de pensar e da convivência harmoniosa das diferenças e dos estilos intelectuais. Agradeço também aos colegas dirigentes e professores da Universidade de Vigo - *campus* Ourense pela hospitalidade e por toda a impecável organização deste Seminário Internacional sobre Cidadania, Democracia e Estado de Direito sob o tema Direito e Sustentabilidade em Cenários de Crises Institucionais.

O tema escolhido para esta conferência, ao debruçar-se sobre a realidade brasileira atual, parte justamente da articulação entre os dois eixos da temática deste evento: crises institucionais, por um lado, e sustentabilidade, por outro.

Partimos do primeiro deles, as crises institucionais. Nosso olhar para as instituições brasileiras, diga-se de pronto, é o de crises institucionais sucessivas, observadas de maneira quase permanente desde a proclamação da República, há 130 anos. Aliás já não é um bom sinal que nos ambientes nacionais quase ninguém até o presente momento pareça ter se dado conta de que vamos celebrar esse aniversário em número redondo de nossa República. Será que creem nada haver a comemorar? Que não nos tomem por monarquistas por esta afirmação, muito longe disso. É que cremos que um simples sobrevoou da história republicana brasileira é suficiente para perceber-se que sua instabilidade institucional é e sempre foi enorme, embora manifesta nos seus diferentes momentos em contextos

peculiares e singulares de cada um dos acontecimentos que aqui em apertada síntese se recordam.

O Brasil não teve sua independência como resultado de uma luta popular nacional, mas de um movimento capitaneado pelo Exército e pelas elites locais, agitados contra a monarquia por razões de ordem econômica, religiosa e relativas à especificidade daquele governo com o segmento militar. Nossos dois primeiros Presidentes da República foram Marechais, auto instalados no poder de um governo provisório, sem sequer os limites de uma Constituição formal. Os anos da República Velha, a partir da chamada promulgação da Constituição de 1891 até a denominada Revolução de 1930, na alternância de governos baseados nas elites agrárias de São Paulo e de Minas Gerais, foram muito mais frequentemente vividos na vigência de legalidades extraordinárias, como o estado de sítio e a intervenção federal, do que sob normalidade constitucional.

Observando-se nossos últimos 90 anos de história, cremos que podemos observar a ocorrência de forma documentada ao menos dos sete seguintes golpes ou tentativas golpes de Estado. 1) A chamada Revolução de 1930; 2) a instauração do Estado Novo em 1937; 3) a tentativa de golpe movida pela chamada República do Galeão, em torno da liderança política de Carlos Lacerda, e pela campanha ostentada pela imprensa, aliada em grande parte a essas forças opicionistas, contra o último governo de Getúlio Vargas, que, no entanto, com seu o suicídio em 1954 e a garantia decisiva de forças legalistas lideradas pelo Marechal Lott, desarticulase, conduzindo-se o país a novas eleições; 4) a tentativa de auto-golpe executada pelo Presidente Jânio Quadros, com sua renúncia, visando a volta ao poder com poderes ampliados em 1961, à qual se segue; 5) a implantação do parlamentarismo por emenda constitucional aprovada pelo Congresso Nacional, no mesmo ano, visando tão somente impedir o exercício do governo pelo Vice-Presidente João Goulart, tornado Presidente pela renúncia de Jânio, porém, sem poderes efetivos, agora exercidos por Primeiros-Ministros, indicados pelo Poder Legislativo.

Somente até aqui, são três golpes de Estado e duas tentativas, mas a enumeração deve ser interrompida por um instante para lembrar que no momento da renúncia de Jânio, João Goulart se encontrava em visita oficial à China e até mesmo a derrubada homicida do avião presidencial chegou a ser aventada, a chamada Operação Mosquito, para impedir a sua posse.

Em janeiro de 1963, por meio de plebiscito, o povo brasileiro decide-se pelo abandono do parlamentarismo e pelo retorno ao presidencialismo, viabilizando finalmente o exercício do governo por João Goulart, deposto, no entanto,

pouco mais de um ano depois, pelo golpe civil-militar-empresarial desencadeado no 31 de março de 1964. Nosso número seis.

Até aqui, apenas se enumeram os fatos históricos, cuja ocorrência é bem documentada e as fontes historiográficas facilmente localizáveis, abstendo-se de detalhar os contextos e protagonistas de tais episódios. Quem por acaso não conhece o apoio do governo norte-americano que naquele momento se desencadeava, deve buscar saber o que foi a Operação *Brother Sam*. Quem desejar conhecer os detalhes do apoio empresarial ao golpe e ao regime de exceção, deve buscar informar-se sobre a hoje conhecidíssima Operação Bandeirantes – Oban, desencadeada a partir de São Paulo.

Sabe-se que a repressão atinge seu ápice a partir da decretação pelo General Médici do Ato Institucional nº.05, em 1968, que suspendeu todas as liberdades e garantias democráticas no país, permitindo a intensificação das prisões arbitrárias, da tortura e do extermínio de todo tipo de opositores ao governo. Poderia ser nosso número sete, como poderíamos referir também a outorga das Constituições de 1967 e 1969, mas as tomaremos na conta da continuidade e do aprofundamento do golpe de 1964.

É também conhecido o fato de que, na decadência da ditadura militar e da correlação de forças que a levou ao poder, especialmente considerando-se a chamada crise do petróleo, nos anos 70, o governo do General Geisel instala a chamada “abertura lenta, gradual e segura”. Extinguindo na sequência o AI-5, mas enfrentando a resistência de um segmento das Forças Armadas que desejava o prosseguimento da ditadura, neutralizou uma tentativa de golpe de Estado, supostamente liderada pelo General Sylvio Frota, exonerado do cargo de Ministro do Exército em 1977. Nosso número sete.

Poderíamos analisar a frustração do movimento pelas eleições diretas, com forte apoio popular e grandes manifestações de rua entre 1983 e 1984 e a frustração da vontade popular ao impor-se pelo Congresso Nacional a eleição indireta para Presidente, que levou ao poder o vice José Sarney, em 1985, com a morte de Tancredo Neves, sem chegar a tomar posse.

Poderíamos analisar também o *impeachment*, 1992, do primeiro Presidente da República eleito em nossa história recente, após a ditadura militar, Fernando Collor de Mello, ou mesmo as condições em que se deu sua disputa eleitoral, especialmente em segundo turno, contra o candidato Luís Inácio Lula da Silva, naquele ano de 1989, com destaque para o franco apoio das empresas jornalísticas a Collor de Mello.

Poderíamos mencionar as denúncias nunca apuradas e, logo, não comprovadas de que o Presidente Fernando Henrique Cardoso teria “comprado” parlamentares com pagamentos em dinheiro para a aprovação em 1997 da emenda constitucional que rompeu com uma cláusula vigente desde a proclamação da República de vedação da reeleição de um Presidente para um mandato sucessivo, permitindo assim sua recondução pelo voto popular para o mandato de 1999 a 2002.

Sabemos como o Poder Judiciário levou, no entanto, à condenação em 2012 de protagonistas do governo de Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010), pelo escândalo do chamado mensalão, inclusive seu Chefe da Casa Civil, José Dirceu, por compra de votos no Congresso Nacional.

Sabe-se das condições em que a sucessora de Lula e primeira mulher a ocupar tal cargo na história nacional, Presidenta Dilma Rousseff foi deposta da Presidência da República mediante *impeachment*, em agosto de 2016, em nosso parecer, sem a configuração de qualquer ato que pudesse legalmente importar em tal consequência e, portanto, a nosso juízo, configurando mais um golpe de Estado em nossa história recente.

Conhecem-se os processos judiciais que levaram Lula à prisão por corrupção e lavagem de dinheiro em abril de 2018, no momento em que era o candidato em melhores condições, segundo todas as pesquisas de vencer as eleições presidenciais que ocorreriam no final do mesmo ano, como se sabe vencidas pelo candidato e atual Presidente Jair Bolsonaro, de longa data admirador da ditadura militar no Brasil, tendo declaradamente como ídolo pessoal o Coronel Ulstra, até hoje o único militar reconhecido em definitivo pela Justiça brasileira por atos de tortura durante a ditadura de 1964, embora em juízos cíveis, já que a anistia imposta pelo governo militar como condição para a transição democrática e nunca revista pelo Poder Judiciário brasileiro, sempre impediu processos criminais em face de atos desta natureza.

Em junho de 2019, inicia-se uma séria de reportagens pelo jornal eletrônico *The Intercept* Brasil, liderado pelo célebre jornalista e prêmio Pulitzer Glenn Greenwald, a partir de materiais de supostas conversas privadas em aplicativos de mensagens, obtidas de fonte anônima, sustentando graves violações dos deveres de neutralidade do Juiz Sergio Moro, que condenara Lula em primeira instância, tendo supostamente conspirado para apoiar a acusação e desmoralizar a defesa do ex-Presidente.

É o bastante. A turbulência é imensa aos olhos de qualquer um. A instabilidade das instituições brasileiras é uma tônica de nossa história. Pode-se criticar



a falta da indicação das fontes históricas de todo o apanhado acima. São fatos amplamente conhecidos, mas sua interpretação é tão mais controversa quanto mais próximos estão dos dias atuais, embora hoje também vivamos tempos de revisão de grande parte de nosso passado histórico, não por historiadores de profissão, mas simplesmente liderada por figuras públicas situadas especialmente à direita do espectro político nacional, ou por segmentos da sociedade simpatizantes destas mesmas forças, o que se demonstra, por exemplo, na recente homenagem prestada pelo atual Presidente ao golpe que levou ao poder a ditadura militar em 1964, por meio de ordem do dia lida em todos os quartéis do país e ao fato do Presidente do Supremo Tribunal Federal haver manifestado que não chama tal acontecimento nem de golpe, nem de revolução, mas de “movimento”. Numa época em que, como disse Chomsky, as pessoas já não acreditam nos fatos, cremos que seria um esforço vão elencar as fontes de tudo quanto aqui se afirma, embora, quando consideramos expressar nossa opinião pessoal o tenhamos feito com destaque e não creiamos tampouco na existência de verdades históricas definitivas, mas no constante esforço de aprofundamento e construção da história pelos povos do mundo.

Que origens, que causas teria tamanha instabilidade institucional, tão prolongadamente manifesta em nossa história? É possível pensar uma causa comum, que ao lado de outras várias e dependentes de cada conjuntura atuaram em cada caso? Uma causa persistente e de longa duração? A nossa hipótese é de que sim.

Mas antes nos dediquemos a uma questão que está nos fundamentos mais recentes, segundo cremos, da fragilidade das instituições pós-ditadura militar de 1964. Ora, justamente é o fim desse regime que se dá segundo um processo denominado de transição democrática.

Ortigão (2016, p.106), após debruçar-se sobre vários processos de transição no mundo contemporâneo, desde o Tribunal de Nuremberg, define a justiça de transição da seguinte maneira:

Pode-se definir a Justiça de Transição como a soma de esforços e ações jurídicas e políticas para o estabelecimento ou restabelecimento de um sistema de governo democrático com espeque no Estado de Direito, cuja ação não está voltada somente para o passado, mas também para uma visão prospectiva, de futuro. O arcabouço normativo-punitivo está em Nuremberg, mas foi ampliado com a inserção de medidas de memória, verdade e reparação na segunda onda de justiça de transição e na terceira onda de (re)democratizações iniciadas nos últimos quarenta anos.

Parece bastante evidente que, no Brasil, as políticas de memória não foram efetivas, nem a vertente punitiva, esta última tendo por matriz Nuremberg. Não

só a anistia brasileira assumiu o caráter de auto-anistia, por ter sido posta como exigência da ditadura, que ainda conduzia o país, para a própria “transição democrática”, como a Comissão Nacional da Verdade e demais comissões locais, não foram acompanhadas de mecanismos capazes de fazerem que seu esforço pudesse efetivamente contribuir para a formação de uma memória coletiva concreta dos crimes da ditadura. Como consequência, a maior parte da população teria apenas um conhecimento vago e difuso do que foi esse período histórico, quando não totalmente distorcido. Em outras passagens o autor também menciona reformas administrativas e institucionais necessárias, que a nosso ver envolveriam o expurgo de agentes implicados nas arbitrariedades do regime, as quais também nunca se levaram a cabo, e reformas que poderiam por exemplo rever a forma de funcionamento e as competências da Justiça Militar no país ou a existência em todos os Estados da Federação de uma polícia militar, responsável pelo policiamento ostensivo, orientada a uma política de combate ao inimigo, por sua própria formação, o que se agrava pelo outro fator antes mencionado, a ausência do expurgo, de modo que um grande número de agentes do regime de exceção continuam a integrar os quadros de nossas instituições.

Não fizemos uma transição com todo o aparato que seria esperado de um processo dessa natureza. Na verdade, nos mantivemos no importante, porém tímido terreno das reparações individuais a algumas vítimas que lograram ter acesso a tais mecanismos e nada mais. Mas passemos ao aspecto causal que cremos mais geral, que também milita em favor desse desfecho, uma vez que não temos um povo organizado que tenha se posto de pé a reivindicar e exigir uma transição mais completa de forma expressiva o suficiente para mobilizar as autoridades governamentais.

Em toda a história do país, não se registra um único movimento popular duradouro de caráter e abrangência nacionais. O povo brasileiro esteve praticamente reduzido ao papel de espectador de nossa história durante quase todo o tempo. Até mesmo o grande movimento pelas Diretas Já, entre 1983 e 1984, que pedia o fim da ditadura de 1964, teve grande adesão de segmentos populares pelo apoio da Igreja Católica, que, embora não tenha representado num primeiro momento uma força opositora ao golpe, assume gradativamente essa posição a partir do AI-5. Num país que nunca viu amadurecer amplos movimentos políticos verdadeiramente populares, a presença da Teologia da Libertação, a partir do Concílio Vaticano Segundo (1961-1965), das Conferências do Episcopado Latino-Americano de Medellín (1968) e de Puebla (1979), teve grande influência na organização popular, especialmente nos meios rurais e nas periferias das grandes cidades,

estando ligada até mesmo, não como causa exclusiva, mas como um entre diversos fatores, à fundação do Partido dos Trabalhadores e ao surgimento do MST – Movimento dos Trabalhadores Sem Terra. No entanto, tais práticas, ligadas à opção preferencial pelos pobres entre os eclesiásticos da América Latina, foram sabidamente perseguidas e reprimidas pelo Papa João Paulo II, por meio da Congregação para a Doutrina da Fé, dirigida pelo Cardeal Ratzinger, que mais tarde viria a tornar-se Papa em sucessão a João Paulo II.

Creemos que a desarticulação pelo papado da atuação dos padres, bispos e cardeais que na América Latina se alinhavam à Teologia da Libertação tenha sido talvez a maior baixa sofrida num embrião de organização dos oprimidos no continente, apesar de seu caráter limitado, próprio de um movimento liderado por uma instituição religiosa. Não se pode, porém, negar a capilaridade que a organização da Igreja Católica possuía e possui no Brasil e a força de mobilização que chegou a desencadear no trabalho, o mais das vezes, discreto e disciplinado de seus membros.

O déficit de mobilização, organização e participação populares estariam na base do déficit democrático que conduziu o Brasil à instabilidade institucional de que falávamos, pois notadamente não foram forças populares que em nenhum dos casos mencionados estiveram em sua base.

Então, por sua vez, qual seria a origem desse déficit democrático persistente no Brasil, somente capaz de galgar em brevíssimos momentos, logo obscurecidos por algum abalo, a uma democracia formal?

Tomamos nesse esboço de resposta a inspiração de Frantz Fanon. Fanon observou expressamente em *Os Condenados da Terra* os casos que lhe chegavam da história da América Latina. Ao descrever o processo de independência formal dos países colonizados, conduzida por elites locais, que passam a desempenhar o papel de agentes dos interesses de forças capitalistas externas; ao descrever burguesias desprovidas de qualquer força verdadeiramente criadora, incapazes de lançar essas nações nos processos de industrialização necessários a seu verdadeiro desenvolvimento; ao pensar a mentalidade das burguesias coloniais simplesmente como buscadoras de oportunidades de negócios para agirem como intermediárias; ao pensar a manutenção da estagnação da economia dos países colonizados na atividade de fornecimento de matérias-primas e quando muito em locais para linhas de montagem de indústrias estrangeiras; ao pensar burguesias apenas capazes de organizar o turismo e tornar as antigas colônias, agora independentes, em

cassinos, bordéis e *resorts* para o entretenimento das elites estrangeiras, Fanon disse expressamente, “vale a pena evocar o que aconteceu na América Latina”<sup>42</sup>.

Vivemos hoje, além disso, um grau de desagregação social e de polarização política, que divide quase completamente a sociedade brasileira entre os apoiadores de um governo que chegou ao poder por um processo eleitoral corrompido, na sucessão de um Golpe de Estado, e os que a isso se opõem.

Creemos que as origens mais profundas dessa polarização são o maniqueísmo colonial, o racismo de Estado, que nunca deixou de operar entre nós, desde a colonização, a distribuição da morte. Creemos que nosso povo jamais criou a oportunidade de romper com sua história colonial, de se descolonizar. Creemos que isso é o que torna possível funcionar entre nós, uma necropolítica, para usar a noção lançada por Mbembe que apenas assume hoje mais uma vez um caráter muito ostensivo, mas que nunca se ausentou de nosso tecido social.

Creemos que esse racismo de Estado, que esse maniqueísmo colonial bem poderia ser pensado em relação ao que Giorgio Agamben descreve como a “fratura do povo” ou o “*homo sacer*” ou o “estado de exceção permanente”.

Creemos enfim que a falta de uma descolonização no Brasil é o que nos acostumou a naturalizar a constante passagem do governo, de mão em mão, de uma elite sorridente a outra, sempre em maior ou menor cooperação com forças econômicas estrangeiras, não no sentido de que possamos colaborar para um maior desenvolvimento do planeta, mas para o auxílio da manutenção em maior ou menor grau de forças de exploração econômica que pretendem jamais nos permitir alçar sequer à industrialização nacional, quanto menos ao projeto político de uma nação. Por isso os golpes de estado entre nós do mesmo modo não são em nada escandalosos para boa parte de nosso povo, mas componentes rotineiros de nossa longa duração histórica, em contínua articulação com nosso passado e nosso presente, ambos coloniais, e até mesmo desejados por amplos segmentos.

Como disse Fanon em sua obra de 1961, “nós agora sabemos que o fascismo míope que triunfou por meio século na América Latina é o resultado dialético do Estado semicolonial do momento da independência”<sup>43</sup>. Creemos que Fanon tinha e continua tendo razão.

Pois bem, se sequer nos descolonizamos, como seria de esperar que houvésemos sido capazes de uma verdadeira transição democrática, se a democracia sequer chegou a se instalar entre nós satisfatoriamente? A resposta que esboçamos

---

<sup>42</sup>FANON, Franz. *Les Damnés de la Terre*. Paris: La Découverte, 2002, p.149.

<sup>43</sup>FANON, Franz. *Les Damnés de la Terre*. Paris: La Découverte, 2002, p.165.

à pergunta do título é, portanto, afirmativa. Sim, fracassou a nossa transição democrática, pelo menos no estágio em que ora nos encontramos, já que o processo histórico é e permanece sempre aberto.

Tal reflexão, finalmente, deságua no segundo eixo temático deste Seminário, o da sustentabilidade. Aqui uma vez mais, tomaremos a inspiração de Fanon. Quem quer que tenha lido verdadeiramente *Os Condenados da Terra* sabe que Frantz Fanon, no plano do pensamento, não era uma militante do movimento negro ou mesmo um militante da causa africana, embora em sua vida nela tenha se engajado praticamente, na Argélia, em Moçambique e em outras partes. Fanon foi estrategicamente, em conjunturas concretas dadas, um militante em lutas descoloniais africanas. No campo de sua obra teórica, sua causa não são os negros nem a África, mas o planeta e a humanidade inteira. O horizonte de seu pensamento aponta justamente para a não sustentabilidade da exploração do homem pelo homem, sobretudo sob a forma do capitalismo contemporâneo,

Fanon não espera o triunfo do negro africano, caribenho ou latino-americano sobre o branco europeu colonizador. Fanon não espera o triunfo da África sobre a Europa, quando finalmente os africanos fossem capazes de alçarem seu desenvolvimento e competirem com os europeus. A utopia de Fanon é a de um mundo em que a distinção entre brancos e negros não tenha mais sentido e em que não haja, pois, brancos ou negros, mas tão somente seres humanos. A utopia de Fanon não é a de uma Europa capaz de reconhecer sua dívida pelos crimes da colonização e de ir ao generoso auxílio da África. O pensamento de Fanon é de que o capitalismo nos lança em um processo que na sua longa duração, se não for superado por uma outra concepção de sociedade, põe em risco todo o planeta, a humanidade inteira, repita-se. A compreensão deste fato, expressão de um maior desenvolvimento do intelecto humano e não da gênese de algum remorso ou generosidade humanas, apontaria os destinos de uma nova humanidade.

Quando, em *Os Condenados da Terra*, Fanon afirma que a cultura europeia, que a cultura do mundo ocidental desenvolvido não é de nenhuma serventia para a luta da África é porque, para ele, ela também não serve verdadeiramente à humanidade, quando em seu núcleo se encontra a valorização do individualismo e do imediatismo que o acompanha. Para ele, a humanidade do futuro há de ser coletivista. E nunca é demais lembrar que o imediatismo é o oposto da busca da sustentabilidade. A sustentabilidade do coletivismo e a insustentabilidade do individualismo hão de ser reconhecidas pelo intelecto do mais egoísta dos homens. Se ousar exercitar tal faculdade mental, se tornará um agente da cooperação entre

os povos, ainda que por razões egóicas, pois chegaria a enxergar que nisso está a salvação de si e de seus descendentes. No individualismo está a ruína de todos.

Quando dizemos que esse pensamento fanoniano é uma utopia, não lançamos sobre ele a menor desmoralização, não o diminuimos em nada. A utopia de Fanon, que nos chama a evoluirmos à capacidade de inventar uma sociedade que se organize de forma mais efetiva para a sobrevivência da humanidade, apoia-se sobre o que hoje vemos. As ondas de imigrantes às portas da Europa e dos Estados Unidos, os cercos policial-militares às grandes capitais da Europa, como Paris e Londres, cercadas por suas próprias populações periféricas. Até quando se poderá sustentar tamanha contradição, produzida ela mesma pelo capitalismo, em cujo topo se encontram os países desenvolvidos? A utopia de Fanon se apoia sobre o fato de que a Europa não se salvará sozinha, de que os Estados Unidos também não. Sozinho ninguém se salvará. Muito obrigado.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Einaudi, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Mezzogi senza fine*. Note sulla politica, Torino: Bollati Boringhieri, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Stato di Eccezione*. Homo sacer, Vol 2/1. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Che cos'è il contemporaneo?*, Roma: Nottetempo, 2008.
- FANON, F. *Peau noire, masques blancs*. Paris: Le Seuil, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Les Damnés de la Terre*. Paris: La Découverte, 2002.
- ORTIGÃO, Francisco R. F., A Comissão Nacional da Verdade e a Verdade Discursiva em Habermas. *V Encontro Internacional do CONPEDI*. Montevideo: CONPEDI, 2016, p. 99-115.

# A HEGEMONIA DA RAZÃO ECONÔMICA EM TEMPOS NEOCONSERVADORES

---

**PEIXOTO, Luiz Antonio da Silva**

*Departamento de Filosofia, Prof. Associado na UFJF, Juiz de Fora,  
Brasil, [luiz.peixoto@ufjf.edu.br](mailto:luiz.peixoto@ufjf.edu.br)*

## INTRODUÇÃO

Uma análise rigorosa da hegemonia do projeto econômico neoliberal e da onda neoconservadora que estamos vivendo nas primeiras décadas de nosso século, nos impõe resgatar um pouco do que foi o projeto social e econômico do séc. XX. Neste sentido, precisamos resgatar o significado histórico da Revolução Russa de 1917 e o avanço dos direitos dos trabalhadores nos países capitalistas nos anos que se seguiram.

O receio das elites econômicas dos países capitalistas da Europa ocidental e dos EUA em relação à possibilidade de alastramento das tentativas revolucionárias de viés socialista, em muito contribuiu para a construção da alternativa keynesiana ao modelo liberal clássico do livre mercado. Também os regimes totalitários nazi-fascistas, embora inicialmente apoiados pelos países de capitalismo avançado, se mostraram um risco a ser evitado em função de seu caráter expansionista e beligerante, que levou diretamente à segunda guerra mundial e todos os seus desdobramentos militares e econômicos. E, finalmente, foi decisiva a crise do sistema financeiro, com a quebra da Bolsa de Nova York em 1929, para que fossem colocados em dúvida os alicerces das políticas de livre mercado que até então determinaram a economia mundial. Em decorrência destes fatores, no pós-segunda guerra, a hegemonia do modelo do Estado do bem-estar social se torna uma necessidade, ao mesmo tempo, política e econômica, criando uma era de prosperidade nunca antes vista nas sociedades capitalistas, que perdurou aproximadamente desde a década de 1930 até meados da década de 1970<sup>44</sup>.

No entanto, a partir da chamada crise do petróleo de 1973, dos primeiros sinais de recessão do crescimento econômico e da queda de lucratividade das grandes corporações, parecia se abrir uma nova crise internacional do capitalismo, exigindo uma reorientação da política econômica e um novo projeto de sociedade,

---

<sup>44</sup> HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

que hoje conhecemos por neoliberalismo. O desmonte do Estado do bem-estar social, tal como foi construído ao longo do séc. XX e visto como a causa da crise, passou a ser a solução defendida pelas principais instituições financeiras globais, como o FMI e o Banco Mundial. Na Europa, este desmonte se inicia na Grã-Bretanha, com a denominada era Thatcher (eleita primeira-ministra em 1979) e nos EUA, com a eleição do presidente Ronald Reagan em 1980. Embora diversos países da América Latina tenham experimentado a implementação de políticas neoliberais já nas décadas de 1970 e 1980, como o Chile, a Argentina, o Peru, a Bolívia e o México, a chegada desta política econômica no Brasil se deu de forma tardia, em 1989, com a eleição do presidente Fernando Collor de Melo. O Brasil, que tinha acabado de aprovar uma constituição de caráter amplamente social em 1988, se viu apanhado numa sucessão de tentativas de desmonte constitucional que expressavam um novo momento da luta pelo fundo público. Desde o início da década de 1990, portanto, os compromissos do Estado brasileiro com os direitos sociais e trabalhistas, garantidos pela nova constituição, se tornaram alvo constante e sistemático das críticas dos defensores das políticas neoliberais.

### **O neoliberalismo como projeto de sociedade**

A origem histórica e programática do neoliberalismo pode ser datada em fins da segunda guerra mundial, mais precisamente no ano de 1944, com a publicação do livro “O caminho da servidão”, de Friedrich Von Hayek<sup>45</sup>. Neste texto, um verdadeiro manifesto contra a intervenção do Estado na economia e a favor de um capitalismo duro e livre de regras, Hayek argumenta que a construção do Estado de bem-estar social era um passo perigoso na direção do socialismo e do fim da democracia e da liberdade, tal como preconizadas na modernidade. Com o fim de difundir suas ideias e combater as políticas econômicas desenvolvimentistas/keynesianas, funda, junto com outros pensadores (Karl Popper e Milton Friedman entre eles), a Sociedade de MontPelèrin, na Suíça. O momento histórico, no entanto, não era propício para as ideias radicalmente liberais de Hayek e seus companheiros. Nas eleições britânicas de 1944 o Partido Trabalhista inglês chega ao poder e constrói os alicerces do que viria a ser um dos mais consolidados Estados de bem-estar da Europa. Na Alemanha ocidental do pós-guerra e em diversos países nórdicos, como Suécia, Noruega, Dinamarca e Finlândia, foram adotadas as

---

<sup>45</sup> HAYEK, Friedrich A. Von. *O caminho da servidão*. Campinas, SP: Vide Editorial, 2013.



medidas keynesianas de estímulo ao emprego e ao consumo, com forte papel do Estado no fomento do desenvolvimento econômico através de impostos, tributos e regulação do mercado, com a finalidade de criar um grande mercado consumidor.

Podemos sintetizar, a partir de Perry Anderson<sup>46</sup>, a agenda ultraliberal de Hayek e seus seguidores nas seguintes pautas fundamentais:

- a) Manter um Estado forte em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro;
- b) Redução das intervenções do Estado no mercado, com a consequente desregulamentação da economia;
- c) Corte dos gastos públicos / sociais para chegar a um “superávit primário” necessário para o pagamento da dívida externa (e interna) – FMI / Banco Mundial;
- d) A meta suprema da política macroeconômica deve ser a estabilidade monetária através da redução e estabilização da inflação e da autonomia dos Bancos Centrais;
- e) Reformas da previdência e da legislação trabalhista, de forma a reduzir o custo do trabalho para as empresas;
- f) Privatização das empresas estatais: gestão privada mais “eficiente” (mesmo nos serviços públicos);
- g) Privatização dos serviços públicos: saúde, educação, previdência, transportes;
- h) Reforma tributária: redução dos impostos / tributos das empresas e dos rendimentos financeiros;
- i) Produção de uma nova desigualdade para dinamizar a economia e a competição;
- j) Restauração da taxa “natural de desemprego”: criação de um novo contingente de reserva;
- k) Estado máximo no controle da população, dos sindicatos e dos movimentos sociais: segurança pública e repressão às organizações da classe trabalhadora;
- l) Combate aos movimentos sociais e aos sindicatos.

Em termos ideológicos, o neoliberalismo tem por consequência fomentar uma espécie de ditadura da economia sobre a política, uma vez que a adoção de

---

<sup>46</sup>ANDERSON, Perry. “Balanço do neoliberalismo”. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

tais medidas é entendida como questões puramente técnicas e não passíveis de decisão política. A economia política deixa de ser “política” e se apresenta como um receituário técnico e neutro. A esfera pública é esvaziada em seu papel de arena de decisões populares e a democracia representativa se torna um simples jogo de disputa eleitoral. A despolíticação da economia promove a hegemonia absoluta da razão econômica sobre todas as atividades do mundo social, submetendo tudo e todos às leis férreas do mercado econômico.

Devemos notar, entretanto, que apesar do atrelamento completo do Estado à lógica do capital, ele ainda se mostra absolutamente necessário para a manutenção da segurança pública, para o controle dos movimentos sociais e dos sindicatos, uma vez que estes tendem a resistir e denunciar as consequências sociais das políticas neoliberais. O desmonte do Estado de bem-estar social e a retirada dos direitos sociais e trabalhistas são acompanhados, portanto, de um recrudescimento de políticas de segurança e de encarceramento em massa dos desempregados e dos pobres em geral<sup>47</sup>.

A hegemonia da razão econômica neoliberal promove, igualmente, o retorno à ideia metafísica de “natureza humana”, na medida em que parte do pressuposto de que os indivíduos são necessariamente racionais em suas escolhas e competitivos<sup>48</sup>. Temos aqui a naturalização da concepção liberal de sociedade a partir do individualismo e do egoísmo que caracterizariam o comportamento humano. A responsabilidade pelo sucesso ou fracasso econômico ou social é atribuída aos indivíduos, de acordo com suas supostas capacidades naturais. Nesse sentido, o empreendedorismo é apresentado como a única solução possível para o desemprego estrutural, agora concebido como natural e inevitável: cabe ao trabalhador desempregado se reinventar como agente social, buscando fontes de renda para além do emprego formal. Um dos resultados mais perversos da hegemonia da razão econômica neoliberal se configura, dessa forma, na naturalização da desigualdade social e da exclusão: a criminalização da pobreza e o encarceramento em massa são propostos como única solução para os excluídos do mercado de trabalho e de consumo. O ataque radical aos valores da solidariedade e do igualitarismo, que foram consolidados na modernidade clássica, se mostra fundamental no discurso hegemônico que legitima a adoção da agenda neoliberal.

---

<sup>47</sup> WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

<sup>48</sup> KURZ, Robert. *Os últimos combates*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1997.

## A chegada da agenda neoliberal no Brasil

No Brasil, podemos datar a chegada do receituário neoliberal no ano de 1989, quando um ano após a promulgação da Constituição de 1988, assistimos à primeira eleição direta para a presidência da república pós-regime militar. Neste processo eleitoral, se apresentaram as forças políticas progressistas que surgiram durante a ditadura instalada desde 1964 e que em grandes movimentos sociais de massas conseguiram deslegitimar o projeto autoritário até então no poder. Como representante deste campo ideológico, Luiz Inácio Lula da Silva conseguiu chegar ao segundo turno da eleição. De outro lado, tivemos uma candidatura que, na reta final da campanha, se mostrou mais viável, do ponto de vista eleitoral, para representar as camadas conservadoras que promoveram o golpe militar e que saíram da ditadura por elas apoiadas sem um projeto de sociedade que pudesse ter apelo eleitoral. Como representante deste campo conservador, tivemos no segundo turno, Fernando Collor de Melo. Este candidato, porém, já incorpora uma nova plataforma política de viés ultraliberal, com ataques sistemáticos aos serviços públicos e à intervenção do Estado na economia. Era o que faltava para unificar os grupos sociais da elite econômica que nunca aceitaram o caráter amplamente social da constituição de 1988. Pode-se dizer que naquela eleição se deu um embate claramente ideológico em torno de qual projeto de sociedade seria implementado nos anos seguintes. Com a eleição de Fernando Collor no segundo escrutínio, os primeiros ataques neoliberais aos direitos sociais e trabalhistas começavam e se repetiriam durante as décadas posteriores em diversos governos. Como resultado de uma sucessão de manifestações populares que denunciavam sua política econômica e a corrupção que se instalara nos meios governamentais, o governo neoliberal de Fernando Collor foi interrompido por um processo de “impeachment”.

Entendemos que a agenda neoliberal foi, desde a eleição de 1989, transformada no novo projeto político-ideológico da burguesia brasileira; projeto que visa promover uma profunda reforma conservadora do Estado, ao desmontar todo o arcabouço de proteções e assistência social e retirar da constituição os diversos direitos sociais e trabalhistas nela garantidos. Os dois mandatos do governo de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002) foram uma clara expressão deste novo projeto, com a adoção do Programa de Ajuste Estrutural do FMI, promoção de um grande “arrocho” salarial, congelamento dos salários dos servidores públicos, ataque aos sindicatos e a privatização de empresas estatais em diversos setores econômicos, da telefonia à siderurgia. A enorme impopularidade do governo de Fernando Henrique Cardoso, principalmente em seu segundo mandato, frustrou

a realização de outras reformas da agenda neoliberal, como a reforma trabalhista e a reforma da previdência.

A eleição presidencial de 2002 se caracterizou por uma grande rejeição das pautas econômicas e sociais neoliberais adotadas pelo governo anterior. A eleição de Luiz Inácio Lula da Silva foi acompanhada de uma imensa expectativa popular não apenas por ser ele um legítimo representante, por sua própria origem social, das classes populares, mas também porque se acreditava numa mudança radical de rumos na economia e na efetivação dos direitos até então apenas formalizados no texto constitucional de 1988. Com grande apoio popular, Lula promoveu uma espécie de “reformismo fraco”<sup>49</sup> que obteve sucesso na tarefa de alinhar uma hegemonia política e ideológica que lhe rendeu dois mandatos sucessivos. Mas tal modelo de reformismo não deixou de incorporar diversas demandas neoliberais das elites econômicas. Podemos citar entre elas: a reforma fatiada da legislação trabalhista (flexibilização das relações de trabalho, terceirização, precarização e intensificação do trabalho); a reforma parcial da previdência (unificando os regimes público e privado de aposentadorias); a privatização da administração dos hospitais universitários pela criação da EBSERH; o estímulo aos planos privados de saúde e previdência, privatizações e concessões em diversas áreas (estradas, portos, aeroportos, campos de exploração de petróleo); a implementação de Parcerias Público-Privadas (PPP’s) que repassaram dinheiro público para empreiteiras privadas; a renúncia fiscal que reduziu impostos de empresas de diversos setores econômicos; empréstimos generosos para o agronegócio e grandes latifundiários; o quase abandono da reforma agrária e a complacência com os assassinatos no campo e, por fim, a manutenção das chamadas agências reguladoras criadas no governo anterior (ANTT, Anatel, ANS e outras).

A crise estrutural do capitalismo que se arrasta desde 2008 acabou por inviabilizar esta política reformista que tentava conciliar os interesses da burguesia nacional com as demandas históricas da classe trabalhadora brasileira. O frágil equilíbrio desta aliança de interesses começou a ser sentido no mandato da sucessora de Lula, a presidente Dilma Rousseff. Sua eleição em 2010 se deveu ao enorme capital político-eleitoral de Lula, mas o contexto econômico mundial já estava se transformando rapidamente. As enormes expectativas populares pareciam não mais ter correspondência nas linhas gerais de sua política econômica. A insatisfação da população logo se fez sentir nos protestos de rua de junho 2013 e

---

<sup>49</sup> SINGER, André. “A (falta de) base política para o ensaio desenvolvimentista”. In: SINGER, André; LOUREIRO, Isabel (Orgs.). *As contradições do lulismo: a que ponto chegamos?* São Paulo: Boitempo, 2016.

abriu o caminho para o retrocesso autoritário no qual vivemos atualmente. A legítima insatisfação popular com as limitações da política econômica termina por colocar em xeque também a política de aliança de classe até então praticada pelos governos Lula e Dilma. Neste contexto, a elite econômica percebeu o momento de romper com tal política de aliança e exigir a radicalização das reformas neoliberais. O golpe/impeachment da presidente Dilma Rousseff em 2016 foi o sintoma explícito deste rompimento e inaugurou os tempos neoconservadores que temos diante de nós.

### **Hegemonia neoliberal e fascismo no Brasil**

A eleição de Jair Bolsonaro em novembro de 2018 precisa ser compreendida neste contexto de ruptura com o (precário) equilíbrio implícito na “nova república” inaugurada em 1988. Exatos 30 anos depois, o projeto das elites econômicas volta a ser o desmonte completo do “Estado social” preconizado pela constituição e a retirada dos direitos sociais e trabalhistas, bem como a destruição das instituições de proteção e assistência social. Este governo foi eleito a partir de um amálgama singular entre ideias claramente fascistas e um projeto econômico neoliberal radical, o que não corresponde ao padrão ideológico da extrema-direita tradicional. Ao longo do séc. XX, os movimentos fascistas e conservadores se mantiveram críticos em relação à política econômica de livre mercado, pois acreditavam que os valores tradicionais por eles defendidos, como família, tradição, nação, religião ou raça, estariam em risco numa sociedade determinada apenas pelos valores econômicos. Estes eram percebidos como um fator de dissolução daqueles valores sociais tradicionais e, por consequência, dos próprios fundamentos de uma vida social. Não desconhecemos que, para além destas diferenças discursivas ou ideológicas, o fascismo e o liberalismo têm profundas afinidades funcionais para a manutenção sistêmica do capitalismo<sup>50</sup>. No entanto, em nosso presente histórico brasileiro, tais afinidades se revelam de forma explícita e permitem que as forças conservadoras e liberais se conjuguem num projeto político-ideológico comum.

Do ponto de vista da classe trabalhadora, este projeto significa um retrocesso absoluto das políticas públicas, com o desmonte do “Estado social” prefigurado na constituição de 1988. Assistimos, no Brasil, a um verdadeiro retrocesso civilizatório no qual as políticas do ódio e da pós-verdade se tornam realidade; a vida social se torna dominada pelas “fakenews” de conteúdo racista, homofóbico

---

<sup>50</sup> MARCUSE, Herbert. *Cultura e sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. 2 vols.

e repleta de preconceitos sociais contra os pobres e os desempregados. Estes discursos têm a função ideológica de legitimar a nova fase do capitalismo neoliberal, cuja forma excludente criminaliza os pobres, os negros e todos aqueles grupos sociais que não estão incluídos no novo mercado de trabalho e de consumo.

Para garantir a hegemonia objetiva e ideológica da razão neoliberal, promovem-se políticas de criminalização dos movimentos sociais e sindicais, agora justificados nos marcos da democracia constitucional. Esta hegemonia pode ser construída em virtude de uma identidade de classe entre a grande mídia e as elites econômicas que permite a produção de um “consenso” em torno dos cortes de gastos públicos, especialmente dos gastos sociais. Assim, a “retomada do crescimento econômico” se torna ideologicamente o desejo de “todos” e legitima tais cortes. A crise econômica, por sua vez, é naturalizada e apresentada como razão suficiente para a aceitação de uma espécie de “Estado de exceção permanente”, no qual o autoritarismo e a barbárie passam a fazer parte do cotidiano dos cidadãos. Lembre-se aqui a justificação da morte de criminosos, assaltantes, traficantes e, também, de civis como efeitos colaterais inevitáveis e necessários na “guerra contra o tráfico”.

Neste momento histórico do capitalismo, a hegemonia da razão econômica só pode se impor através da gestão repressiva e totalitária dos conflitos sociais e da política de extermínio / criminalização dos pobres e excluídos em geral. Para aqueles que lutam contra esta hegemonia do capital, há uma necessidade fundamental de refletir sobre o fracasso das políticas de aliança recentemente implementadas pelos governos progressistas de Lula e Dilma e de formular novas formas de resistência e de luta para os movimentos sociais, visando a construção de um projeto econômico e social alternativo que unifique a resistência dos movimentos sociais ao desmonte do precário “Estado social”.

## REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. “Balanço do neoliberalismo”. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

HAYEK, Friedrich A. Von. *O caminho da servidão*. Campinas, SP: Vide Editorial, 2013.

HOBBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KURZ, Robert. *Os últimos combates*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1997.

MARCUSE, Herbert. *Cultura e sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. 2 vols.

SINGER, André. “A (falta de) base política para o ensaio desenvolvimentista”. In: SINGER, André; LOUREIRO, Isabel (Orgs.). *As contradições do lulismo: a que ponto chegamos?* São Paulo: Boitempo, 2016.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

# LOS RETOS DEL TRABAJO EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES<sup>51</sup>

---

**FERNÁNDEZ PRIETO, Marta**

*Prof.<sup>a</sup> Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo, Facultad de Derecho de Ourense, España,  
mfprieto@uvigo.es*

## INTRODUCCIÓN

Desde el nacimiento del Derecho del trabajo, el modelo de producción de bienes y servicios y el sistema de las relaciones laborales no se ha mantenido estático en el tiempo, sino que ha evolucionado, con la finalidad de reducir costes, para adaptarse a la realidad económica y social de cada momento. El sistema de producción fordista, basado en la división y especialización del trabajo, la producción industrial en serie y la expansión del mercado, se caracterizó por la concentración de la mano de obra en el centro de trabajo, con sumisión estricta a una estructura organizativa jerarquizada bajo la dirección del empleador. En una segunda etapa, se pretendió abaratar costes a través del desarrollo de cadenas de suministro, mediante un modelo de empresa descentralizada, que opta por externalizar partes de sus procesos productivos a terceras empresas o trabajadores autónomos. Y, en la actualidad, las nuevas tecnologías permiten ofrecer un modelo de negocio que podemos denominar de economía de plataforma, más horizontal y participativo, que ofrece la posibilidad de compartir, ceder bienes o prestar y recibir servicios a través de aplicaciones informáticas de forma temporal, sin apenas trabas burocráticas. No solo se trata de un nuevo modelo de empresa deslocalizada, en la que desaparece la prestación de servicios en un centro de trabajo, sino también difusa, al existir una multiplicidad de prestadores de servicios y resultar difícil identificar al empresario. Los lindes entre prestadores de servicios, empresarios y usuarios o clientes se difuminan. Los trabajadores encuadrados en la plataforma ofrecen sus servicios en un régimen de flexibilidad hasta ahora poco

---

<sup>51</sup> Esta publicación se enmarca en los resultados científicos del subproyecto de investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital” (DER2017-83488-C4-2-R), integrado en el proyecto coordinado “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía” (DER2017-83488-C4-1-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.



común en el ámbito de la relación laboral tradicional – a demanda, con carácter ocasional o periódico, con posibilidad de aceptar o rechazar los encargos, de forma profesional o no, a jornada completa o parcial, para complementar su nivel de ingresos o para prestar servicios para los que antes se utilizaba una empresa tradicional...-.

Las nuevas tecnologías, la globalización y la descentralización productiva han introducido cambios organizativos que han flexibilizado en gran medida la ordenación de los procesos productivos<sup>52</sup> y han provocado una transformación cualitativa de las condiciones de ejecución de las prestaciones de servicios a la que no siempre se puede dar cobertura legal con el modelo tradicional de relación laboral. Esa mutación no afecta solo a la forma de prestar los servicios sino también al vínculo contractual utilizado entre quien presta el servicio y quien lo remunera. Surgen así nuevas formas de empleo atípico, con un trabajador sometido a un empleador digital, que controla y evalúa la calidad de sus servicios, pero que confiere al trabajador más independencia y autonomía para organizar, ofrecer o rechazar sus servicios en función de los requerimientos del cliente o usuario. Estas formas de empleo emergente sitúan a un amplio colectivo de trabajadores en una zona gris, entre el trabajo autónomo y el trabajo asalariado.

Aun reconociendo las ventajas que, para trabajadores y clientes, pueden presentar estas nuevas formas de trabajo atípico, la insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales de trabajo autónomo y trabajo asalariado para responder a este modelo de negocio y la reticencia a la formulación de un nuevo concepto de trabajador que englobe a los prestadores de servicios de las plataformas, nos retrotrae en el tiempo para dar solución a problemas similares a los planteados en los orígenes mismos del Derecho del trabajo: la desregulación y la falta de protección social de un colectivo de trabajadores precarios. Existe en el seno de organizaciones internacionales, como la OIT o la UE, y en la mayoría de los países, un intenso debate legal, doctrinal y judicial sobre cómo ordenar las prestaciones de servicios realizadas a través de las plataformas digitales. El punto de partida está en la propia heterogeneidad de la configuración del trabajo digital, en función de la tipología de la plataforma y de las condiciones de prestación del servicio. El punto de llegada es la necesidad de transformar el derecho para garantizar al trabajador de las plataformas un empleo decente y una protección social adecuada, más allá de categorías y dicotomías hasta ahora existentes.

---

<sup>52</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “El futuro del trabajo y su gobernanza”, *Temas Laborales*, núm. 137, 2017, pp. 13 ss.

## El trabajo en las plataformas digitales

La dimensión del problema se aprecia de una forma clara si se analiza el auge presente y futuro de los autónomos en red, que, bajo diferentes modelos de autoempleo y emprendimiento, ofertan sus servicios como pieza o eslabón de un proceso productivo. Y, más en particular, el trabajo bajo demanda prestado a través de plataformas digitales. Estas aplicaciones informáticas se sirven de una app, o de un software, para desarrollar un negocio basado en la oferta directa del servicio a potenciales consumidores. Se encargan, mediante algoritmos, de asignar tareas a los profesionales que ofrecen sus servicios en la plataforma y de ajustar la oferta y la demanda para reducir costes laborales. También trabajo creativo o intelectual, aunque la descomposición del trabajo en pequeñas unidades incluso facilita el acceso a personas sin un nivel de formación y perfil profesional excesivo, en lo que se ha calificado ya como taylorismo digital<sup>53</sup>. El sistema informático selecciona al prestador del servicio que, en cada momento, se adapta mejor a los requerimientos profesionales, geográficos... del cliente, para realizar la asignación más eficiente de los recursos disponibles. Para ofrecer un entorno más garantista a los clientes, el programa puede valorar también los sistemas de reputación y evaluación de las tareas por anteriores usuarios de la aplicación.

Las plataformas digitales no se limitan en muchas ocasiones a la mera intermediación entre los prestadores del servicio y potenciales clientes, sino que habitualmente ejercen una influencia decisiva sobre las condiciones en las que se debe prestar el servicio. La línea divisoria entre empresas tecnológicas, que se limitan a ofrecer un punto de encuentro, y aquellas otras que influyen en las condiciones de ejecución del servicio en el mercado es muy sutil, lo que plantea ya una primera dificultad para la calificación de la prestación de servicios. Pero incluso cuando la plataforma digital se constituye como empresa prestadora del servicio, el modelo de negocio y la opción de externalización de alguna parte del proceso productivo, recurriendo al trabajo autónomo, podrían encontrar cobertura constitucional en la libertad de empresa. Es cierto que no se opta por una externalización de una parte del proceso productivo al modo tradicional, mediante contratas o subcontratas, sino por una externalización del servicio íntegra y dividida en micro-

---

<sup>53</sup>DEGRYSE, C. (2016), *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, European Trade Union Institute (ETUI) 2016, p. 36, disponible en <https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Digitalisation-of-the-economy-and-its-impact-on-labour-markets>; TRILLO PÁRREGA, F., “Trabajo decente y economía digitalizada”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, Vol. II, OIT y MTySS, Madrid, 2017, accesible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms\\_615487.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf), p. 432.

tareas, en tareas individuales muy acotadas y de muy corta duración. Además, no se pretende implicar a una o varias empresas contratistas, para que asuman con sus propios trabajadores una parte del servicio, sino a una multiplicidad de trabajadores autónomos, para garantizar así la cobertura de la demanda en todo momento.

La contratación del servicio a través de la plataforma se hace a demanda, de modo que, aunque los prestadores del servicio deben estar generalmente localizados y disponibles, solo se les contrata en el momento mismo en que el cliente solicita la tarea. En consecuencia, se retribuye la duración exacta del servicio, no los períodos de inactividad. Se ha discutido mucho sobre la naturaleza laboral o no del vínculo, cuestión que exige analizar, caso por caso, si concurren o no los presupuestos configuradores de la relación laboral previstos en el art. 1.1 ET.

### **Trabajo asalariado *versus* trabajo autónomo: hacia una necesaria flexibilización de la dependencia**

El título II de la Recomendación núm. 198 OIT, sobre la relación de trabajo, 2006, proporciona a los Estados miembros indicaciones para determinar la existencia de una relación laboral. Así, conviene tener en cuenta los hechos concretos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, con independencia de la naturaleza del contrato convenido por las partes; promover métodos claros para determinar la existencia de una relación de trabajo; consagrar una presunción legal de existencia de una relación laboral a partir de la concurrencia de indicios; determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, trabajadores asalariados o trabajadores independientes; definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación laboral -por ejemplo, la subordinación o la dependencia - y concretar en su legislación, o por otros medios, indicios específicos para ello<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> En concreto, a tenor del apartado 13 de la Recomendación, entre esos indicios podrían figurar algunos de los que nuestros tribunales vienen considerando indicios de dependencia, como “el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona

En nuestro ordenamiento interno, los conceptos legales de trabajador asalariado y de trabajador autónomo se recogen en el art. 1 ET<sup>55</sup> y en el art. 1. LETA<sup>56</sup>, respectivamente. El art. 1.1 ET incluye en su ámbito de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empleador o empresario. Recoge, así, las cinco notas características que han de concurrir para que una prestación de servicios se considere trabajo asalariado: trabajo personal, voluntario, por cuenta ajena, dependiente y retribuido. El art. 1.3 completa la delimitación del ámbito de aplicación a través de una técnica de exclusión, que deja fuera de la legislación laboral un catálogo de prestaciones de servicios<sup>57</sup>, y concluye con una cláusula abierta, para dejar fuera del ámbito de aplicación del ET cualquier actividad en la que no concorra alguna de las notas o presupuestos configuradores de la relación laboral.

Frente al trabajo asalariado, el art. 1 LETA define al trabajador autónomo de forma paralela como persona física que, de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo, con independencia de que dé o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Sus notas características son, pues, el trabajo personal, voluntario, por cuenta propia, autónomo y lucrativo. El autónomo se vincula con el cliente o usuario mediante un contrato de actividad, normalmente civil o mercantil (contrato de arrendamiento de obra o de servicios, contrato de agencia, de comisión, de mandato, de sociedad, de transporte...), que persigue un propósito o finalidad y responde a un esquema muy similar al contrato de trabajo. En el caso del contrato de arrendamiento de servicios<sup>58</sup>, la cesión

---

que requiere el trabajo”, u otros vinculados a la retribución y ajenidad, como “el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

<sup>55</sup> RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>56</sup> Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

<sup>57</sup> Funcionarios públicos, personal estatutario y personal contratado en régimen de Derecho administrativo, prestaciones personales obligatorias, consejeros de órganos de administración de sociedades, trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad, trabajos familiares, agentes mercantiles y transportistas.

<sup>58</sup> El contrato de arrendamiento de servicios se halla regulado en los artículos 1544 y 1583 y siguientes del código civil, que hacen referencia a determinados tipos de trabajadores asalariados, factores, dependientes, y mancebos. No hace alusión expresa, en cambio, a trabajadores no dependientes, que es precisamente para quienes se mantiene en vigor esta obsoleta regulación.

remunerada de los frutos del servicio o, de un modo más sencillo, el intercambio de trabajo por retribución.

En una situación intermedia, pero dentro de la categoría de trabajador autónomo, se incluye el llamado trabajador autónomo económicamente dependiente o TRADE, que goza de una mayor protección social. Además de las notas del trabajo autónomo, se exige que realice su actividad de forma predominante para un único cliente, del que percibe al menos el setenta y cinco por cien de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales<sup>59</sup>. El TRADE es autónomo desde el punto de vista funcional, pero depende económicamente de un cliente.

La calificación de una prestación de servicios como trabajo asalariado o como trabajo autónomo implica la aplicación de regímenes jurídicos muy distintos. El Derecho del trabajo se aplica al trabajo asalariado y limita la autonomía de las partes para garantizar unas condiciones mínimas de trabajo irrenunciables (jornada, vacaciones, salario, protección frente al despido...). El Derecho civil o mercantil, en cambio, se aplica al trabajo autónomo y deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes para fijar las condiciones de prestación del servicio, incluida su extinción. En el caso del TRADE, la LETA establece una regulación más garantista para el trabajador<sup>60</sup>.

En relación con la calificación del vínculo, deben tenerse en cuenta algunas consideraciones. En primer lugar, que la naturaleza de la relación contractual (laboral, civil, mercantil...) será la que se corresponda con el contenido y configuración del contrato, con los derechos y obligaciones asumidos por las partes, con independencia del *nomen iuris* que le hayan dado al formalizar el contrato. En segundo lugar, que rige el principio de libertad de forma, de modo que el contrato

---

<sup>59</sup> Art. 11 LETA, que exige, simultáneamente, las siguientes condiciones: no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena –salvo excepcionalmente para sustituir al propio TRADE en supuestos de riesgo durante el embarazo o la lactancia, de nacimiento, acogimiento o adopción o guarda con fines de adopción o conciliación- ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros; no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores del cliente; disponer de infraestructura productiva y material propios, cuando sean relevantes económicamente; desarrollar su actividad con criterios organizativos propios; percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, asumiendo su riesgo y ventura; y no ser titular de establecimientos abiertos al público ni ejercer su profesión junto con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho.

<sup>60</sup> Les reconoce ciertos derechos en relación con la ordenación del tiempo de trabajo y descansos, la terminación de la relación contractual, la posibilidad de interrumpir de forma justificada la actividad laboral, la posibilidad de negociar y suscribir acuerdos de interés profesional y la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las pretensiones derivadas del contrato o del reconocimiento de su condición de tal.

de trabajo existe, aunque no se haya formalizado expresamente (ni de palabra ni por escrito), y que el art. 8.1 ET establece una presunción *iuris et de iure* de existencia de relación laboral, que implica la aplicación de la legislación laboral, cuando concurren en la prestación del servicio las notas del art. 1 ET. Y, en tercer lugar, que la ley no define los presupuestos configuradores cuya confluencia determina la existencia de una relación laboral, sino que es la jurisdicción social la encargada de delimitar su contenido. Para ello, jueces y tribunales utilizan un método indiciario, que exige analizar las circunstancias concurrentes en cada caso, para valorar si el trabajo se realiza por cuenta ajena y en régimen de subordinación o, al contrario, por cuenta propia y en régimen de autonomía. Obviamente, hay multitud de supuestos controvertidos, al confluir indicios de ajenidad y trabajo por cuenta propia y de dependencia y autonomía. El método indiciario, basado en la observación por el juzgador de los hechos concurrentes y en la propia experiencia, es un método empírico y, en consecuencia, no resulta infalible<sup>61</sup>. Pero la suma y el peso de ciertos indicios permite establecer una convicción en el juzgador sobre la naturaleza del vínculo existente entre el trabajador y, en el ámbito objeto de estudio, la plataforma informática, que requiere una adaptación a los cambios que las nuevas formas de empleo atípico van introduciendo en el seno de las relaciones laborales tradicionales.

El requisito del trabajo personal exige que sea prestado por una persona física que sea, en principio, insustituible, al ser la identidad del trabajador y sus cualidades un requisito esencial para la prestación del consentimiento del empresario y la celebración del contrato<sup>62</sup>. La voluntariedad se manifiesta a través del

---

<sup>61</sup> Existen múltiples supuestos dudosos sobre los que los tribunales han debido pronunciarse analizando las circunstancias concurrentes caso por caso, sin que pueda afirmarse que, en todo caso, las prestaciones de servicios son objeto de una relación laboral o de un arrendamiento de servicios u otro contrato civil o mercantil -mensajeros que prestan servicios de reparto de mercancías; odontólogos, oftalmólogos u otro personal especialista en clínicas privadas; peritos tasadores en compañías de seguros; monitores de clubs deportivos; colaboradores de radio o televisión; técnicos instaladores o reparadores de ascensores; músicos de orquestas que dependen de fundaciones privadas; arquitectos de ayuntamientos; traductores e intérpretes contratados a través de una plataforma informática para prestar servicios ante la policía, la Guardia Civil o la Administración de Justicia...-.

<sup>62</sup> Así, los tribunales han considerado que no es relación laboral la de una maquilladora que puede dejar de asistir al trabajo enviando a una persona de su confianza (STS de 17 de junio de 2010 –rec. de casación para la unificación de doctrina núm. 3847/2009-) o la de una limpiadora que puede hacerse sustituir sin dar cuenta de ello a la comunidad de propietarios para la que presta servicios. En principio, si el empresario necesita sustituir temporalmente a un trabajador con reserva de puesto de trabajo, debe celebrar un contrato de interinidad con el sustituto. Con todo, la posibilidad de sustitución del trabajador se ha admitido en algunos casos: la directora de un centro médico durante sus vacaciones (STS de 20 de septiembre de 1995 –rec. de casación para la unificación de doctrina núm. 1463/1994-); una limpiadora auxiliada esporádicamente por algún familiar (STSJ de Cataluña

contrato de trabajo y excluye supuestos de trabajo forzoso, sea por imposición de otra persona o por exigencia legal –caso de emergencia pública (estado de alarma, excepción o sitio)-. La retribución o salario que el trabajador debe percibir como contraprestación a su trabajo consiste, en general, en una cuantía fija y periódica, mensual. No es una simple compensación de los gastos generados por la realización de la actividad. Pero se admiten también otras modalidades de pago, como el salario por unidad de obra, el pago de comisiones... Con todo, los requisitos que mayores controversias generan a la hora de determinar la naturaleza del vínculo son el trabajo por cuenta ajena y la dependencia. La existencia de trabajo por cuenta ajena debe apreciarse desde la triple perspectiva los frutos o resultados del trabajo, los riesgos que comporta la actividad productiva y las decisiones de mercado (precio, clientela...), que se atribuyen todos ellos al empleador de forma originaria y automática. La subordinación o dependencia, por su parte, implica el sometimiento del trabajador a las instrucciones del empresario sobre el modo de realización del trabajo. En una primera fase, el concepto de dependencia se interpretaba como una sujeción total y estricta a las órdenes del empresario en todos los aspectos y circunstancias de tiempo, lugar y modo de realización del trabajo. Posteriormente, este requisito se ha flexibilizado para incluir dentro del concepto de trabajador asalariado a trabajadores altamente cualificados y profesionales liberales, que actúan con alto grado de independencia técnica, pero que están sujetos al poder disciplinario y al poder de dirección del empresario.

Tradicionalmente, los tribunales han considerado indicios comunes de dependencia, entre otros, la asistencia regular al centro de trabajo o al lugar pactado con el empleador; la utilización de despacho y material propiedad de la empresa; la sujeción a un horario; el desempeño personal del trabajo; la programación de la actividad según las directrices del empleador -lugar, horario, medios y modo de trabajo-; el control del trabajo asignado; la imposibilidad de rechazar los encargos del empresario; la falta de organización y medios de producción por el trabajador; la estabilidad, habitualidad y exclusividad en la dedicación... Estos indicios concuerdan poco con las condiciones de ejecución del trabajo atípico en las plataformas digitales, no fácilmente reconducible al modelo tradicional de relación laboral, pero necesitado de protección laboral.

En concreto, frente a indicios que los tribunales han utilizado para determinar la existencia del trabajo autónomo, como la libre determinación por el

---

de 25 de junio de 2002 –rec. de suplicación núm. 2243/2002-); u odontólogos que prestan servicios en una clínica dental (STS de 7 de octubre de 2009 –rec. de casación para la unificación de doctrina núm. 4169/2008-) ...

trabajador del horario de prestación de servicios, la aportación de medios de producción propios, la asunción de los costes o la retribución en función del número de servicios prestados, se debe dar ahora mayor peso como indicios de laboralidad<sup>63</sup> a fórmulas indirectas de vigilancia y control empresarial (como el sistema de puntuación o la existencia de incentivos económicos para la prestación del servicio durante los tiempos de más demanda, que revela un control indirecto sobre la determinación del tiempo de trabajo y obliga al trabajador a someterse a las exigencias empresariales si quiere configurar un horario rentable, o la exigencia de unos servicios mínimos, la asignación de tareas concretas, la penalización del rechazo de encargos, el control del rendimiento a través de sistemas de monitorización o de evaluación del servicio...) y a la adopción de decisiones que afectan a la prestación del servicio en el mercado (la fijación del precio y de las condiciones de prestación del servicio, la identificación de clientes potenciales, la determinación de zonas y franjas horarias de mayor demanda, estrategias de marketing, uso de una imagen corporativa...).

Lo cierto es que, con el objetivo de reducir costes laborales, siempre se han tratado de buscar fórmulas para huir de la protección que garantiza el Derecho

---

<sup>63</sup> En España, durante los últimos meses se han sucedido actuaciones de la Inspección de Trabajo y sentencias judiciales de instancia que han declarado como falsos autónomos a conductores de Uber y a repartidores de compañías como Deliveroo o Glovo, aunque algunas resoluciones han estimado existente un vínculo contractual con un autónomo con la condición de TRADE. Entre las sentencias que reconocen la existencia de relación laboral y la naturaleza de falso autónomo de los repartidores, deben destacarse, por ser las primeras, las del Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018, en relación con un mensajero de Deliveroo, y la del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019, de un repartidor de Glovo, seguida pronto de otras sentencias de instancia de Gijón y Madrid. Con todo, con carácter previo a la segunda sentencia, dos sentencias de instancia de Madrid —una de ellas la sentencia de 3 de septiembre de 2018 del Juzgado de lo Social núm. 39— rechazaron la naturaleza laboral de la relación de dos *riders* de Glovo, al entender que concurrían las notas características del contrato de autónomo TRADE y que el propio actor había comunicado a la empresa demandada su condición de tal y no de trabajador dependiente. Esta doctrina recogía una tendencia bastante consolidada en nuestros tribunales de ofrecer mayor permisividad o cierta presunción de veracidad en la configuración del trabajo autónomo y de ausencia de fraude en la contratación cuando se recurría a la figura del TRADE en vez de a la del trabajador autónomo, frente al trabajo asalariado y la configuración de la relación como laboral. En unificación de doctrina, debe hacerse referencia a la STS 16 de noviembre de 2017 —rec. núm. 2806/2015—, que consideró de naturaleza laboral la prestación de los servicios de traducción e interpretación para una empresa que había suscrito previamente contratos de servicios de interpretación y traducción en los procedimientos instruidos por los órganos judiciales de la provincia de Huelva y que operaba a través de un servicio de atención telefónica y una aplicación informática en la que traductores e intérpretes ofrecían sus servicios. La aplicación localiza a los prestadores más cercanos, comprueba su currículum y les realiza el encargo, con indicación de la fecha, hora y lugar a la que debe acudir. Si bien el prestador no tiene un horario fijo, puede decidir si acepta o no el encargo, pero si lo rechaza, asume mayor riesgo de que no se le vuelva a llamar.



del trabajo. Y que las plataformas digitales tratarán de configurar nuevas formas de empleo atípico para escapar a la relación laboral.

El Derecho, probablemente el Derecho del trabajo por su esencia y su función social -como ordenamiento de compensación parcial de las desigualdades instaladas en las relaciones económicas-, debe prestar atención a la protección de este nuevo empleo que emerge a través de las nuevas tecnologías, sea configurado como trabajo asalariado, como trabajo independiente por cuenta ajena, como trabajo autónomo económicamente dependiente o incluso, simplemente, como trabajo autónomo precario. Desde luego cuando las decisiones concernientes al mercado las adoptan las propias plataformas (precios, condiciones de prestación, asignación de zonas y franjas horarias, identificación de clientes, uso de imagen corporativa e incluso imposibilidad práctica de prestar el servicios y desarrollar oportunidades de negocio fuera de la plataforma) y, por tanto, no puede afirmarse que el trabajo se realice por cuenta propia, y, además, haya un cierto control de la actividad que hace presumir cierta dependencia. Pero también en otros supuestos en los que la aplicación informática es un mero intermediario y el trabajador puede considerarse económicamente dependiente y precario. Este prestador del servicio debe ser protegido, aunque no pueda incluirse en el concepto de TRADE, como ocurre si trabaja para varias plataformas y no recibe al menos el 75 por cien de sus ingresos de una única empresa.

### **Trabajo autónomo: hacia una necesaria dignificación y protección social**

Adquiere así especial relevancia el debate sobre los retos a los que se ha de enfrentar en la actualidad el Derecho del trabajo, con su naturaleza protectora y equilibradora, su sólida defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores y su necesaria adaptación a las nuevas exigencias de las relaciones productivas<sup>64</sup>. No solo para definir los contornos y zonas grises entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, sino también para hacer que la frontera entre uno y otro régimen

---

<sup>64</sup>Entre otros, GOLDIN, A., “Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio”, *THEMIS-Revista de Derecho*, núm. 65. 2014, pp. 27 ss.; MOLINA NAVARRETE, C., “¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro? Los mitos finalistas en la era digital del "neo-mercado"”, *Estudios Financieros. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 408, 2017, pp. 5 ss.; y MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, 2017; y “El impacto de la robótica y el futuro del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVII, núm. 269, 2017, pp. 149 ss.

no resulte tan traumática<sup>65</sup>, bien adaptando la legislación laboral existente y el concepto mismo de trabajador<sup>66</sup>, o bien, al menos, protegiendo mediante una regulación *ad hoc* al autónomo dependiente o precario y garantizar la dignidad en el trabajo<sup>67</sup>.

La Directiva (UE) 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea pretende fijar un marco jurídico capaz de garantizar un nivel de protección universal básico que goce de estabilidad en las modalidades contractuales de empleo existentes y futuras. Para determinar el estatus de trabajador parte de los criterios utilizados por el TJUE, que considera tal a la persona física que durante un período de tiempo determinado realiza servicios para otra persona, y bajo su dirección, a cambio de una remuneración. Esta definición, tal y como se recoge en el considerando octavo, incluye en el ámbito de la Directiva fórmulas de empleo no convencionales, como los trabajadores a demanda, trabajadores intermitentes, trabajadores retribuidos mediante vales o trabajadores de las plataformas en línea, siempre que cumplan los criterios exigidos por el TJUE. El art. 1 de la Directiva permite en su apartado 3 a los Estados miembros excluir de la Directiva las relaciones de trabajo en las que el tiempo de trabajo predeterminado y real sea igual o inferior a una media de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas<sup>68</sup>, aunque con la salvedad recogida en el apartado 4 de que no se predetermine una cantidad

---

<sup>65</sup>CRUZ VILLALÓN, J., “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *RDS*, núm. 83, 2018, pp. 13 ss. Una situación similar se produjo ya en las últimas décadas del siglo XX por la flexibilización del modelo de relaciones laborales. Véase, MARTÍN VALVERDE, A., “Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *RMTAS*, núm. 38, 2002, pp. 21 ss.

<sup>66</sup> Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que derogará, con efectos de 1 de agosto de 2022, la actual Directiva 91/533/CEE; RISAK, M, DULLINGER, T., *The concept of ‘worker’ in EU law: status quo and potentialforchange*, EuropeanTradeUnionInstitute (ETUI), Report 140, 2018, file:///C:/Users/Equipo/Downloads/18+Concept+of+worker+Risak+Dullinger+R140+web+version.pdf

<sup>67</sup>MARTÍNEZ BARROSO, M.<sup>a</sup>R., “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones para un debate ¿laboralizador?”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 304, 2008, pp. 3 ss.; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Externalización y fraude: el trabajo a demanda vía apps”, <http://www.iuslaboralistas.com/wp-content/uploads/2017/10/Comunicacion-Sarai-Rodri%C3%ACguez.-Externalizacio%C3%ACn-y-fraude.-El-trabajo-a-demanda-vi%C3%ACa-app.pdf>, p. 18 ss.; GRAU PINEDA, C., “La economía digital o de plataformas (“platformeconomy”) como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?”, *REDT*, núm. 213, 2018, base de datos Westlaw BIB 2018\13396, p. 4/16.

<sup>68</sup> El art. 1 de la Directiva 91/533/CEE permite actualmente excluir relaciones laborales de carácter ocasional y/o especial, en los casos en que existan razones objetivas, o de duración no superior a un mes, o cuando el trabajo semanal no supere las ocho horas.

garantizada de trabajo remunerado antes del inicio del empleo, como en contratos cero horas o a demanda, en los que se desconoce la duración del trabajo.

Existen, sin duda, numerosos supuestos en los que fraudulentamente se recurre a la figura del trabajador autónomo –falso autónomo–, para ocultar prestaciones de servicios materialmente laborales entre el profesional y la plataforma y eludir la aplicación del Derecho del trabajo como instrumento de ordenación del trabajo asalariado. A través del falso autónomo se introducen cambios en la organización empresarial, que incrementan la rotación, merman la estabilidad en el empleo, provocan una evasión parcial de cotizaciones y vulneran derechos sociales de los trabajadores. Con ello se debilita la sostenibilidad y adecuación de los sistemas de pensiones y se producen distorsiones de la competencia y riesgo de *dumping* social. También se refuerza la individualización del trabajo y la unilateralidad empresarial en las relaciones laborales, en detrimento del sindicato y de la autonomía colectiva. A veces, incluso, los servicios quedan en el ámbito de la economía sumergida, en especial si son marginales y de escasa cuantía.

Para determinar la concurrencia o no de los presupuestos configuradores de la relación laboral, debe tenerse en cuenta la transformación de los indicios clásicos de la dependencia que las nuevas formas de empleo atípico exigen. El alto grado de independencia de los prestadores del servicio, la elección de horarios y zona, la aportación de material, el trabajo bajo demanda, la posibilidad de aceptar o rechazar los encargos, el cobro por consumo u encargo realizado, la división del proceso productivo en micro-tareas, el lugar desde donde se pueden prestar los servicios, la falta de control directo de la prestación de servicios por parte del empleador, la ausencia de exclusividad... eran indicios clásicos que deben ceder, en el trabajo en las plataformas, frente a fórmulas indirectas de control empresarial y a la adopción de decisiones de mercado.

El Plan Director por un trabajo digno 2018–2019-2020 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>69</sup>, con el objetivo de mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo, introduce actuaciones de lucha contra el fraude, la economía irregular y la precariedad laboral. En particular, en relación con las nuevas formas de trabajo y la economía de las plataformas, introduce el concepto de “trabajador pobre”, para aludir a empleados con menos posibilidades de acceder a puestos estables y duraderos, que han de realizar cada vez más horas por un precio igual o inferior.

---

<sup>69</sup>Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020 (BOE núm. 182, de 28 de julio de 2018).

Pero cuando las plataformas limitan su actividad a facilitar el contacto entre usuarios y profesionales prestadores de servicios, es decir, a la mera intermediación, sin intervenir propiamente en la ejecución del servicio y no concurren en la prestación las notas características del trabajo asalariado, pueden emerger nuevas formas de trabajo autónomo también atípico, a demanda, flexible e incluso precario en muchas ocasiones, con gran rotación en los empleos y trayectorias laborales de entrada y salida en el mercado de trabajo. Ello supone cuestionar desde un punto de vista cualitativo el trabajo como medio de vida digno, y, de forma especial, la función social del Derecho del trabajo como mecanismo de compensación parcial de desigualdades sociales y económicas y demanda una protección legal para este colectivo de autónomos precarios.

Hasta ahora se ha hecho más hincapié en la dependencia económica y en determinar la naturaleza del empleo que en ofrecer la adecuada protección a los trabajadores autónomos que obtienen un bajo nivel de ingresos y, por tanto, se enfrentan a un elevado riesgo de desprotección social, en especial en situaciones de transición o con empleos atípicos, a tiempo parcial, ocasional y marginal. Se debe calificar adecuadamente la prestación de servicios de los trabajadores subordinados, poner fin a la economía sumergida y al empleo encubierto y garantizar una competencia leal. Pero también es importante ofrecer un concepto de trabajador amplio, capaz de integrar al autónomo precario, o dotar de una tutela específica y de protección adecuada al trabajador autónomo pobre.

La flexibilidad que caracteriza el empleo del futuro, cuando es voluntaria, tiene, sin duda, implicaciones positivas. La capacidad del trabajador de concretar el momento de ejecución de la prestación y de rechazar tareas, permite compatibilizar su actividad profesional con formación, responsabilidades familiares u otro trabajo típico o a tiempo parcial, facilita la inserción laboral de colectivos con especiales dificultades o problemas de salud o discapacidad<sup>70</sup> y favorece la creación de empleo y la disminución del desempleo. Pero la huida del Derecho del trabajo en el caso de los autónomos atípicos y la ausencia de un marco jurídico regulador y de unos estándares laborales mínimos que garantice un equilibrio de intereses entre los implicados en materia de remuneración, formación, jornada, estabilidad, seguridad y salud, derechos colectivos, protección social, responsabilidades en caso de accidente o inactividad del prestador... conduce a una precarización del

---

<sup>70</sup>SUÁREZ CORUJO, B., “El sistema de seguridad social ante la “uberización” de la economía”, en AA.VV., *La gestión del cambio laboral en la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 103 ss.

empleo<sup>71</sup>. No se garantiza al autónomo una retribución suficiente para cubrir las necesidades básicas del trabajador y de su familia, ni el acceso a oportunidades de formación, ni medidas de protección de seguridad y salud laboral con atención a riesgos emergentes (tecno-estrés, riesgos psicosociales, etc.), ni una protección social adecuada. No existen mecanismos adecuados de encuadramiento, de recaudación de cotizaciones y/o impuestos y de acción protectora<sup>72</sup> –con cobertura suficiente frente a las contingencias de desempleo y vejez-, adaptados a las categorías especiales de trabajadores y a los supuestos de pluriempleo y pluriactividad... Y la presencia cada vez más intensificada de formas de autoempleo que no garantizan esos mínimos y que pueden formar parte del empleo irregular o informal, revela la ineficacia de la función tuitiva de la normativa laboral para compensar desigualdades y dar cobertura a la parte económicamente más débil.

Puesto que las condiciones de ejecución del trabajo atípico en las plataformas no difieren sustancialmente, en función de que el prestador sea autónomo o asalariado, sus derechos laborales y de seguridad social deberían tender a unificarse. La regulación laboral, estatal o colectiva, debería garantizar unas condiciones mínimas –salario mínimo, tiempo de trabajo y de descanso, igualdad y no discriminación, privacidad, portabilidad de evaluaciones, conciliación familiar y laboral, prevención de riesgos, derechos colectivos... -, y ser capaz de convertir cualquier actividad económica en un empleo decente. Son cuatro los objetivos estratégicos en los que el trabajo decente se fundamenta: la promoción del empleo, los derechos fundamentales en el trabajo, la protección social y el diálogo social<sup>73</sup>.

Deben garantizarse, en especial, los derechos fundamentales de los trabajadores, su derecho a la salud, a la vida digna, y a la seguridad social. La globalización de la economía y la deslocalización del trabajo exigen que, para que sea efectivo, el reconocimiento de estos derechos deba acometerse a través de estándares internacionales capaces de garantizar una protección más homogénea a nivel supranacional<sup>74</sup>. Deberían, pues, respetarse los mínimos establecidos por los

---

<sup>71</sup> ANKER, R. et al., *Measuring Decent Work with Statistical Indicators*, Statistical Development and Analysis Unit, Policy Integration Department, ILO, 2002, p. 11., accesible en <http://www.ila.org.pe/proyectos/observatorio/maerial/anker.pdf>; BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Economía de las plataformas (platformeconomy) y contrato de trabajo”, ponencia presentada a las Jornadas Catalanas de Derecho Social de 2018, accesible en <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2018/>, pp.4-5.

<sup>72</sup> SUÁREZ CORUJO, B., “El sistema de seguridad social...”, op. cit., pp. 110 ss.

<sup>73</sup> LOZANO LARES, F, SALAS PORRAS, M., “Trabajo decente para un futuro sin trabajo”, en AA.VV., *El futuro del trabajo...*, op. cit., pp. 171 ss.

<sup>74</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “El futuro del trabajo...”, op. cit., pp. 32 ss.

instrumentos internacionales de la OIT<sup>75</sup>, en especial en relación con la suficiencia de ingresos (salarios y adecuada cobertura de seguridad social), con la seguridad y estabilidad en el empleo (en particular, la protección frente al despido) y con la seguridad y salud laboral (tiempo de trabajo y descansos y entorno de trabajo seguro). Solo así se podrá garantizar la competencia y evitar el *dumping* social.

Además, mediante el trabajo decente se podrán garantizar los ingresos y la productividad y, con ello, el aumento del empleo, la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social y la calidad de sus prestaciones. Uno de los objetivos de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas<sup>76</sup> es promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. La protección e inclusión social constituye también, junto con la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo y unas condiciones de trabajo justas, una de las tres vertientes principales del Pilar Europeo de Derechos Sociales de la UE<sup>77</sup> y un elemento fundamental del modelo social europeo<sup>78</sup>. Se reconoce el derecho a una protección social adecuada con carácter general, y no solo para los trabajadores por cuenta ajena, con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, sino también, en condiciones comparables, para los trabajadores por cuenta propia.

Pero para la atribución de derechos de protección social sigue utilizándose como paradigma el contrato indefinido y a tiempo completo, que se corresponde con un sistema de relaciones laborales tradicional, presencial, personal y dependiente. Quedan, en cambio, al margen de esa cobertura, las nuevas formas de empleo autónomo atípico surgidas de la digitalización y las nuevas tecnologías, que representan un modelo de trabajo más virtual, a distancia y autónomo, pero también más precario, a tiempo parcial, ocasional y marginal. Se precisan, pues, cambios importantes de las normas de gobernanza del trabajo y de protección social

---

<sup>75</sup> En cifras, resulta especialmente preocupante que más del 50 por ciento de los trabajadores en el mundo no tengan protección social. DE LA TORRE, C., “Reflexiones sobre el futuro del trabajo. Iniciativa del centenario de la OIT”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, op. cit., p. 65. APARICIO TOVAR, J., “La seguridad social, un valor universal en un mundo incierto”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, op. cit., p. 478 señala que solo un 27 por ciento de la población mundial puede acceder a una protección social adecuada.

<sup>76</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015*, Documento A/69/L85.

<sup>77</sup> Aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Goteburgo, Suecia.

<sup>78</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos (2013/2111(INI)) (2016/C 482/07), DOUE de 23 de diciembre de 2016, C 482/48.

para evitar que la huida de derechos sociales como ventaja competitiva de las nuevas formas de empleo conviertan a estas en empleo precario o economía sumergida<sup>79</sup>.

El empleo atípico lleva aparejada una pérdida de derechos individuales y colectivos de los trabajadores -ausencia de ingresos regulares previsible, salarios insuficientes, inestabilidad, desempleo, transiciones y rotaciones laborales...-, que tienen también implicaciones negativas en las expectativas de derechos de protección social. En efecto, estas formas de empleo precario, que coexisten con relaciones de trabajo tradicionales, indefinidas y a tiempo completo, no gozan del mismo nivel de protección social que estas. Y cada vez hay mayor presencia también de autónomos en una situación precaria desde el punto de vista del empleo y la protección social, con trabajo atípico y mal remunerado y sin expectativas de acceso a prestaciones contributivas adecuadas, por falta de afiliación y alta o bajos niveles de cotización, ni a prestaciones asistenciales, por su propia configuración.

El déficit de protección social del trabajo en las plataformas digitales deriva de su carácter atípico y de la forma en que los trabajadores, autónomos o incluso asalariados, se relacionan con el mercado y los clientes: prestaciones de servicios de carácter marginal u ocasional, que se desarrollan a veces en todo el territorio nacional y se desconoce frecuentemente el momento concreto de su ejecución así como la duración del servicio. Ello dificulta el encuadramiento y alta de los trabajadores en la provincia y plazos establecidos. Además, se reducen cualitativa y cuantitativamente las cotizaciones y, con ello, las prestaciones de seguridad social.

Los autónomos atípicos pueden quedar al margen del sistema público de seguridad social, al exigir su inclusión obligatoria en el RETA el requisito de la habitualidad, que se vincula a la obtención de unos ingresos superiores al salario mínimo interprofesional. Pueden incluso ocupar fraudulentamente el espacio de la economía informal, para eludir el cumplimiento de las obligaciones fiscales y, en su caso, la cuota mensual de autónomos. Ello agrava la desigualdad y desprotección actual<sup>80</sup>, salvo que las actividades marginales sean complementarias de otras principales protegidas por el sistema.

---

<sup>79</sup> En expresión de MOLINA NAVARRETE, C., “Derecho y trabajo en la era digital: ¿revolución industrial 4.0» o «economía sumergida 3.0»?, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, op. cit., pp. 403 ss. “economía sumergida 3.0”.

<sup>80</sup> Como señala MOLINA NAVARRETE, C., “Derecho y trabajo...”, op. cit., p. 413, que habla de erosión del “cotizante humano”, ni robots ni prestadores de servicios ocasionales cotizan a la Seguridad Social.

Respecto de la cotización, la cuota que, aun con bases mínimas, deben pagar los autónomos en situación de alta en la seguridad social, incluso si no alcanzan unos ingresos mínimos, ha exigido una intervención del legislador. Para los autónomos que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los dos años inmediatamente anteriores, el art. 31 LETA prevé una tarifa plana temporal y reducciones y bonificaciones de cuotas. Con todo, las medidas no se vinculan de momento a la insuficiencia de ingresos, aunque sí al comienzo o reanudación de la actividad, tras un período de no alta de dos años, situaciones que suelen coincidir con momentos de mayores dificultades económicas. Debería establecerse algún mecanismo para ofrecer protección social y seguridad jurídica a las personas con bajos ingresos que, por razones ajenas a su propia voluntad, quedan fuera del sistema<sup>81</sup>.

También en materia de acción protectora se producen disfunciones, aunque son muchos los avances producidos en las últimas décadas para mejorar el marco de protección social de los autónomos y converger o aproximarse a la cobertura garantizada a los trabajadores asalariados en el Régimen General. Entre las reformas de mayor calado, destaca la cobertura de modo obligatorio de contingencias que antes tenían carácter voluntario, como la protección por cese de actividad y las contingencias profesionales, así como la mejora de la intensidad de alguna de esas coberturas, como la de cese de actividad.

Además, determinadas prestaciones de la seguridad social, por su propia configuración legal, pueden plantear a los trabajadores atípicos mayor complejidad de acceso a las mismas, especialmente cuando se requieren largas carreras de cotización, así como de adecuación de la cobertura. Estos problemas pueden matizarse, si se cumplen los requisitos en cada caso exigidos, con el acceso a pensiones no contributivas, con escasas contingencias cubiertas, o mediante los complementos de mínimos. En particular, parece preciso asegurar un nivel de ingresos decente para las personas durante la vejez y las transiciones.

Sin duda la prestación cuyo acceso planteará mayores dificultades a estos trabajadores, con prestación de servicios ocasionales durante su trayectoria profesional, carreras de seguro irregulares y lagunas de cotización, es la jubilación. Especialmente, tras la reforma de la Ley 27/2011, que endurece los requisitos de

---

<sup>81</sup> Existen diversas propuestas, como una cotización por tramos, con un mínimo exento de cotización, una cotización reducida para autónomos con ingresos mínimos –que evite la huida hacia la economía sumergida y a la ausencia protección jurídica y social-, y un sistema de cotización ajustado a los ingresos reales que generen en los demás casos, con procedimientos simplificados y digitalizados y con mecanismos de control exhaustivos para evitar que se oculten ingresos.



acceso y refuerza el carácter contributivo de la prestación. Además de la falta de desarrollo para los autónomos de la jubilación anticipada y la parcial.

Tampoco la prestación de desempleo, que exige la pérdida involuntaria de empleo, la suscripción del compromiso de actividad y la aceptación de una colocación adecuada se adapta bien al empleo atípico, que puede precisar una cobertura complementaria en situaciones de empleo con ingresos insuficientes, como consecuencia de las condiciones del mercado o de las circunstancias personales y familiares del trabajador. Las nuevas formas de empleo atípico se caracterizan más que por la falta absoluta de empleo, por su incapacidad para generar un nivel adecuado y constante de ingresos<sup>82</sup>.

Algunos autores entienden que la protección social deberá desvincularse del empleo, para ofrecer cobertura de mínimos a situaciones de necesidad individualizadas o incluso una renta básica universal<sup>83</sup>. Así las cosas, uno de los grandes retos de la economía digital en el Horizonte Europa 2020 será hacer frente al impacto jurídico-social derivado del aumento de los modelos de negocios y nuevas formas de empleo y las elevadas tasas de desempleo. Los sistemas de protección social contributivos precisan un flujo de ingresos constante, regular y suficiente. La reducción en el número de empleos tradicionales, los cambios en el mercado de trabajo y las modalidades de empleo, el envejecimiento de la población, la devaluación salarial, los ingresos decrecientes, el incremento del desempleo ... incidirán sin duda de forma significativa en el déficit de contributividad y los problemas de sostenibilidad de los sistemas actuales de protección social. Ese debilitamiento puede imprimir mayor protagonismo a los sistemas privados, lo que podría agravar la desigualdad. También puede afrontarse mediante mecanismos alternativos de solidaridad social<sup>84</sup>, sistemas justos, redistributivos, inclusivos y sostenibles, financiados con impuestos y cotizaciones. Fundamentalmente, a través del sistema

---

<sup>82</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, p. 149 s.

<sup>83</sup> Véanse pros y contras de la renta básica universal en Nota informativa 12 de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Enfoques innovadores para garantizar una protección social universal para el futuro del trabajo, p. 4 s., accesible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms\\_618377.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_618377.pdf)

<sup>84</sup> De equidad tanto en la financiación (a partir de las capacidades contributivas) como en las prestaciones (según la necesidad), habla la nota informativa 4 de la Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo, accesible en <https://docplayer.es/62658372-El-contrato-social-y-el-futuro-del-trabajo-desigualdad-seguridad-de-los-ingresos-relaciones-laborales-y-dialogo-social.html>

impositivo, mediante gravámenes sobre la automatización, inteligencia artificial, *big data*<sup>85</sup> o sobre el capital en general.

Es importante, con todo, garantizar una financiación responsable y sostenible a largo plazo de los sistemas de seguridad social. No parece de recibo abaratar los costes de las prestaciones de servicios a costa de la precariedad y falta de protección social de los trabajadores. La flexibilidad de la economía digital debería servir, sin reducir los costes laborales ni, por tanto, el precio del servicio, para dignificar el trabajo, no para contribuir a su precarización. Aunque el cambio tecnológico supondrá mayor bienestar y beneficios sociales a largo plazo, tendrá importantes costes de transición para muchos colectivos, por lo que parece fundamental diseñar mecanismos compensatorios adecuados<sup>86</sup>.

## REFERENCIAS

ANKER, R. et all. (2002), *Measuring Decent Work with Statistical Indicators*, *Statistical Development and Analysis Unit, Policy Integration Department*, ILO, accesible en <http://www.ila.org.pe/proyectos/observatorio/maerial/anker.pdf>

APARICIO TOVAR, J., “La seguridad social, un valor universal en un mundo incierto” (2017), en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, Vol. II, OIT y MTySS, Madrid, accesible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms\\_615487.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf)

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2018), “Economía de las plataformas (platformeconomy) y contrato de trabajo”, Jornadas Catalanas de Derecho Social de 2018, accesible en <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2018/>

CRUZ VILLALÓN, J. (2017), “El futuro del trabajo y su gobernanza”, *Temas Laborales*, núm. 137.

CRUZ VILLALÓN, J.(2018), “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 83.

DEGRYSE, C. (2016), *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, European Trade Union Institute (ETUI) 2016, disponible en <https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Digitalisation-of-the-economy-and-its-impact-on-labour-markets>

---

<sup>85</sup> DOMÉNECH, R., GARCÍA, J.R., MONTÁÑEZ, M., NEUT, A., “Afectados por la revolución digital: el caso de España”, *Papeles de Economía Española. Los problemas del mercado de trabajo y las reformas pendientes*, núm. 156, 2018, p. 139

<sup>86</sup>Ibid., p. 139.

DE LA TORRE, C. (2017), “Reflexiones sobre el futuro del trabajo. Iniciativa del centenario de la OIT”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, op. cit.

DOMÉNECH, R., GARCÍA, J.R., MONTÁÑEZ, M., NEUT, A.(2018), “Afectados por la revolución digital: el caso de España”, *Papeles de Economía Española. Los problemas del mercado de trabajo y las reformas pendientes*, núm. 156.

GOLDIN, A.(2014), “Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio”, *THEMIS-Revista de Derecho*, núm. 65.

GRAU PINEDA, C. (2017), “La economía digital o de plataformas (“platformeconomy”) como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?”, *REDT*, núm. 213.

LOZANO LARES, F, SALAS PORRAS, M. (2017), “Trabajo decente para un futuro sin trabajo”, en AA.VV., *El futuro del trabajo...*, op. cit.

MARTÍNEZ BARROSO, M.<sup>a</sup>.R.(2008), “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones para un debate ¿laborizador?”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 304.

MERCADER UGUINA, J.R. (2017), *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch.

MOLINA NAVARRETE, C. (2017), “Derecho y trabajo en la era digital: ¿«revolución industrial 4.0» o «economía sumergida 3.0»?”, en AA.VV., *El futuro del trabajo...*, op. cit.

MOLINA NAVARRETE, C.(2017), “¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro? Los mitos finalistas en la era digital del "neo-mercado"”, *Estudios Financieros. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 408.

RISAK, M, DULLINGER, T. (2018), *The concept of 'worker' in EU law: status quo and potential for change*, European Trade Union Institute (ETUI), Report 140, file:///C:/Users/Equipo/Downloads/18+Concept+of+worker+Risak+Dullinger+R140+web+version.pdf

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (2017), “Externalización y fraude: el trabajo a demanda vía apps”, <http://www.iuslaboralistas.com/wp-content/uploads/2017/10/Comunicacion-Sarai-Rodri%C3%ACguez.-Externalizacio%C3%ACn-y-fraude.-El-trabajo-a-demanda-vi%C3%ACa-app.pdf>.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2017), “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social”, *Temas Laborales*, núm. 138.

SUÁREZ CORUJO, B.(2017), “El sistema de seguridad social ante la “uberización” de la economía”, en AA.VV., *La gestión del cambio laboral en la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

TRILLO PÁRREGA, F. (2017), “Trabajo decente y economía digitalizada”, en AA.VV., *El futuro del trabajo...*, op. cit.

# ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL PÓS-2016

---

**LOPES FILHO, Ozéas Corrêa**

*Professor Doutor da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal Fluminense (UFF) Niterói, Brasil  
olopes@id.uff.br*

Todo tempo é precioso, assim como todo espaço é grandioso e toda oportunidade não pode ser desprezada para se afirmar a justiça e a democracia.

Considerando tais necessidades, para escrever essa breve exposição, tive que escolher entre dois caminhos: limitar o ensaio a um tema específico e recordado do Direito; ou aproveitar essas poucas páginas opinativas para explicar aos meus colegas brasileiros e europeus o contexto em que as relações jurídicas atinentes aos direitos e garantias fundamentais vêm acontecendo no Brasil e que, ao meu ver, ameaçam todo o mundo.

Alerto que alguns não concordarão com essa análise; isso não me preocupa, porque sei que outros milhões de brasileiros que concordam com minha fala e não têm oportunidade de dizer ao mundo o que pensam se sentirão agora representados. Portanto, não surpreendo em dizer que essa análise será partidarizada, assumo o partido da defesa e garantia do estado democrático de direito, em xeque no Brasil pós-golpe de 2016.

Nessa linha, portanto, se apresenta a premissa: para entendermos o Brasil de hoje, devemos afirmar a ocorrência de um golpe jurídico-parlamentar em 2016, que teve seu ponto maior com o *impeachment* da presidenta eleita Dilma Rousseff. Embora negado por seus aliados e próximos ideológicos, o golpe, apresentado como exercício de regular cumprimento da ordem constitucional, no entanto, se consolidou sem disparo de um tiro de revólver. A violência contra a ordem democrática, a propósito, essa é expressão brasileira de um fenômeno político que vem acontecendo por toda América Latina, o que, para muitos, e a mim se revela, a cada dia, mais uma intervenção imperialista com nova roupagem, configurada de modo diferente daquelas ocorridas nas décadas de 1960/70 no Continente; porém, com o mesmo escopo.

Quando falo em golpe jurídico, digo isso por conta do silêncio conivente do Poder Judiciário de meu país, que poderia ter enfrentado diversas manobras do

parlamento para garantir o respeito às eleições presidenciais de 2014; todavia, conforme então alardeado por um Senador da República envolvido na artimanha, o golpe contava com apoio de parlamentares, de militares, “do Supremo Tribunal Federal e tudo mais”<sup>87</sup>.

Por sua vez, no varejo, destacado para função, um Juiz de primeira instância exerceu estratégica função, condenando e prendendo o único adversário político capaz de vencer os golpistas nas eleições de 2018, o ex-presidente Lula, há um ano, isolado em uma cela da Polícia Federal; não coincidentemente, esse Juiz de primeira instância, no início do ano, foi alçado ao cargo de Ministro da Justiça do atual governo, vencedor naquele pleito e totalmente formado por integrantes que conspiraram, articularam ou apoiaram o golpe de 2016.

Estou convencido de que a democracia brasileira foi aviltada, por conta da ativa missão desse Juiz singular, que mandou prender o candidato mais perigoso ao neofascismo que chegava ao país, inclusive, com suas práticas processuais denunciadas às Nações Unidas<sup>88</sup> e que, como disse, hoje faz parte desse governo vencedor. Quanto aos demais membros dos tribunais superiores, por conivência ou medo, se omitiram ao necessário enfrentamento na ocasião.

Nessa cruzada, o grupo de Procuradores requeria, o Juiz aplicava regras estranhas ao ordenamento jurídico e os tribunais competentes, para reformar essas decisões, referendavam as violações; princípios como presunção de inocência, inadmissibilidade de provas ilícitas ou ilegítimas, anterioridade da lei, enfim, do devido processo legal, foram postos a escanteio, ao ponto de ser proclamado por um magistrado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde o processo poderia ser contido, que: “a ação do Juiz é incensurável” até porque processos “que trazem problemas inéditos exigem soluções inéditas”<sup>89</sup>, consagrando, dessa forma, um processo de ocasião, casuístico e violentador da ordem jurídica.

Seria injusto, ao mesmo tempo que hipervalorizar, dizer que tudo foi praticado por um só magistrado, nessa esteira, outros membros do Judiciário se revelaram, aproveitando a onda autoritária em curso para pôr em prática seus propósitos políticos e ideais fundamentalistas, alguns valorizando, inclusive, mais a

---

<sup>87</sup><http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/05/em-gravacao-juca-sugere-pacto-para-deter-lava-jato-diz-jornal.html>, acesso em 19.06.2019

<sup>88</sup><https://www.brasildefato.com.br/2018/05/23/onu-investiga-arbitrariedades-contra-lula/>, acesso em 19.06.2019

<sup>89</sup><https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>, acesso em 19.06.2019

importância de textos religiosos nas suas fundamentações em detrimento da Constituição. Era o caos em construção!<sup>90</sup>

Rui Barbosa, considerado o patrono dos advogados no Brasil e um dos intelectuais mais brilhantes de seu tempo, certa feita, estabeleceu: “A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer.”

Sobre integrantes do Ministério Público, nesse grupo e suas práticas, me apropriado da fala, ainda que tardia, quem sabe arrependida(!), do Ministro do STF Gilmar Mendes, em duro voto proferido no plenário daquele colegiado, que recorto: “isso não é método de instituição, isso é método de gangster (...) gente desqualificada (...) gentalha (...) não têm condições de integrar um órgão como o Ministério Público (...) são uns cretinos, não sabem o que é processo civilizatório, não sabem nem o que é processo”<sup>91</sup>.

Em tempo, enquanto há tempo. No momento em que escrevo esse breve ensaio opinativo, resumo da *conferencia magistrale* proferida na Universidade de Vigo, na cidade de Ourense, Espanha, em abril de 2019<sup>92</sup>, o Brasil vive verdadeiro choque, decorrente da revelação de fartíssimo material publicado pelo jornalista internacional Glenn Greenwald, através do site The Intercept Brasil<sup>93</sup>, dando conta do envolvimento clandestino entre o Juiz Moro e membros do Ministério Público, responsáveis pela Operação Lava Jato.

O material até agora divulgado é fruto anunciado como proveniente de fonte anônima, todavia, apesar de sua confidencialidade, revelou que o juiz e os procuradores atuaram conjuntamente para escolher estratégias e réus, especificamente o ex-presidente Lula, no propósito de incriminá-lo, ainda que, para isso, tenham violado princípios elementares contidos na Constituição Federal, como da imparcialidade do juiz, do devido processo legal, da produção de provas ilícitas, do acusatório como sistema e, pasmem, praticados crimes de prevaricação, conforme previsto na legislação penal objetiva brasileira.

A propósito, respaldado por seu Tribunal de apelação, esse Juiz de instância inferior se enfronhou com grupos de Procuradores e Delegados de polícia, violando a mais comezinha das regras acusatórias afirmadas pela Constituição, no sentido de perseguir e punir seus adversários, ainda que, de quando em vez,

---

<sup>90</sup><https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1858829-juiz-da-lava-jato-no-rj-se-destaca-por-penas-duras-e-religiosidade.shtml>, acesso em 19.06.2019

<sup>91</sup><https://www.metropoles.com/brasil/justica/gangster-e-gentalha-gilmar-mendes-ataca-procuradores-da-lava-jato>, 19.06.2019

<sup>92</sup><http://sidedecid.com/wp-content/uploads/2019/04/Edital-PT-SiDeCiED-2019-Definitivo.pdf>, acesso em 19.06.2019

<sup>93</sup><https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>, acesso em 19.06.2019

escolhesse algum “bode expiatório”, ligado aos golpistas para legitimar e justificar seus atos principais, o certo que, em nome do combate à corrupção, se montou no país uma cruzada autoritária e demagógica, com um propósito camuflado, destruir quaisquer chances de uma vitória dos opositores do golpe de 2016 nas eleições de 2018, dando o necessário espaço para a legitimação do extremismo de direita e os neofascistas que buscavam o poder.

Como os acontecimentos ainda estão sendo revelados, paulatinamente, conforme o tempo dos jornalistas envolvidos na matéria, tenho que limitar essas novas considerações ao que já foi revelado em sete artigos publicados. No entanto, ao que tudo indica, segundo GleenGreenwald, apenas 1% de todo o material veio a público; portanto, outras autoridades, inclusive de tribunais superiores, poderão ser relacionadas.

Aos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e Policiais envolvidos, devem ser acrescidos no estratagema golpista, também, os veículos de comunicação de massa, que tiveram papel preponderante na construção de uma opinião pública favorável ao golpe.

Outro elemento importante, até então especulado, porém, agora também confirmado, através de investigações jornalísticas, foi o uso de aplicativos de mensagens clandestinas, engendradas a partir da contratação de empresas especializadas em automações de mensagens, inclusive com sede no exterior. Assim, é o caso recém-revelado, que envolve a empresa espanhola “Enviawhatsapp”, especializada no envio automático de mensagens através de números de telefone, que, segundo seu diretor, Luiz Novoa, “empresas, açougues, lavadoras de carros e fábricas” compraram seu software para mandar mensagens em massa a favor de Bolsonaro.<sup>94</sup>

Desse modo, a partir das perseguições pontuais, alardeadas como moralizadoras pelos três maiores grupos de mídia nacional, além da utilização criminosa da internet com distribuição de *Fakes News* e emprego de robôs, modelo conhecido globalmente e condenado, todo processo eleitoral foi maculado. A propósito, os mesmos grupos midiáticos que atuaram no golpe de 2016 apoiaram o golpe militar no ano de 1964, com suas ações desconstruíram reputações e forjaram parte de uma opinião pública que se tornou vencedora nas eleições de 2018, conduzindo à presidência uma pessoa confessamente avessa à democracia, defensora da tortura

---

<sup>94</sup>[https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/empresas-contrataram-disparos-pro-bolsonaro-no-whatsapp-diz-espanhol.shtml?fbclid=IwAR3qn0NpHPb-pxDT7Cr7GDrPvqrENsytWuWq8\\_qVc\\_ZZbLALITQLSkuRGprM](https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/empresas-contrataram-disparos-pro-bolsonaro-no-whatsapp-diz-espanhol.shtml?fbclid=IwAR3qn0NpHPb-pxDT7Cr7GDrPvqrENsytWuWq8_qVc_ZZbLALITQLSkuRGprM)



e torturadores, do fechamento do Congresso Nacional e da morte de pelo menos mais 40 mil adversários do golpe militar de 1964, entre tantas outras barbaridades.

Sobre o processo eleitoral, apesar da Constituição Brasileira prever um segundo turno nas eleições presidenciais para legitimar o vencedor com maioria dos votos, existe um vício que permitiu que o vencedor fosse eleito com apenas 1/3 dos votos dos eleitores, ficando a maioria dos votos - 2/3 - entregues ao candidato opositor, branco e nulos (Bolsonaro – 57 milhões; Haddad – 47 milhões; brancos e nulos – 42 milhões)<sup>95</sup>; portanto, o candidato eleito, embora atenda aos requisitos da lei, não representa a maioria do povo brasileiro, o que nos resgata como povo da infame condição colaboracionista do atual governo, ajudando a compreender como o Brasil permitiu a guinada autoritária que hoje o acomete fosse instalada.

Eleito o atual presidente, este manteve seu compromisso prepotente, anunciando pretender estabelecer uma nova ordem, reafirmando o desejo de combater e perseguição aos seus inimigos políticos, “esses marginais vermelhos serão banidos de nossa pátria”<sup>96</sup>, bradando que os direitos fundamentais não passam de benesses a criminosos, atacando qualquer diversidade de cor, gênero ou expressão de identidade, pretendendo tipificar os movimentos sociais como ato de terrorismo<sup>97</sup> e muito mais.

Diante de um Judiciário, parte conivente, parte assustado com ameaças de retaliação e um parlamento de maioria governista (que, desde o *impeachment*, vem cuidando de seus interesses privados), portanto, sem a necessária e efetiva reprimenda, os movimentos sociais vão se tornando alvo de perseguição, seja pelo governo, sem nenhum compromisso em garantir a pluralidade; muito pelo contrário, seja por seus seguidores, inspirados em falas xenofóbicas, racistas, violentas e preconceituosas em geral pelas redes sociais, seja por parte do próprio presidente ou de um de seus três filhos, vereador, deputado e senador, eleitos na esteira de sua eleição.

Veja, por exemplo, os casos de autoexílio do deputado eleito Jean Willis, representante do movimento LGBT, que abriu mão da posse e mandato conquistado em 2018 e se autoexilou após inúmeras ameaças de morte pessoal e de seus

---

<sup>95</sup><https://www1.folha.uol.com.br/poder/eleicoes/2018/apuracao/2turno/brasil/>, acesso em 19.06.2019

<sup>96</sup><https://veja.abril.com.br/brasil/esses-marginais-vermelhos-serao-banidos-de-nossa-patria-diz-bolsonaro/>, acesso em 19.06.2019

<sup>97</sup><http://portal.andes.org.br/andes/print-ultimas-noticias.andes?id=9781>, acesso em 19.06.2019

familiares<sup>98</sup>; ou da escritora e ex-candidata ao governo do Estado do Rio de Janeiro, Márcia Tiburi, que também decidiu sair do Brasil após inúmeras ameaças contra sua vida<sup>99</sup>. O fato é que os direitos individuais e as liberdades no Brasil estão em risco; portanto, não sabemos prever que tipo de Direito haverá amanhã no país.

No campo legislativo penal, o Brasil passa por profunda e perigosa ameaça, onde o governo pretende, entre outras coisas, modificar o sentido da legítima defesa, inclusive, com um Projeto de Lei já encaminhado ao Congresso<sup>100</sup>, que propõe, entre outras coisas, suposta legítima defesa antecipada, sempre que o policial supuser que se encontra ameaçado ou terceiro se encontre na mesma situação, ainda que tal risco não seja comprovadamente efetivo. Como disse mais recentemente o professor Juarez Tavares, é importante observar que “Legítima defesa preventiva não existe. Não existe legítima defesa em face de agressão futura. É uma coisa odiosa autorização para o extermínio de pessoas.”<sup>101</sup>

Aliás, para que se tenha ideia do que representa essa flexibilização de garantias, a partir do golpe de 2016, em 2018, o governo federal interveio no Estado do Rio de Janeiro, designando um comandante militar do exército à intervenção no pretexto de segurança pública, o que resultou no maior número de mortes por intervenção policial nos últimos 16 anos, sendo superior a 1.500 vítimas até novembro de 2018<sup>102</sup>; todavia, sem qualquer resultado significativo no período nos índices de segurança pública do Estado.

Ainda no Rio de Janeiro, Estado que em 1º de janeiro de 2019, assumiu um novo governador, eleito com as semelhantes características de maioria da eleição presidencial e, aliado do governo federal, quando, a partir de então, na periferia da região metropolitana, só em janeiro, houve um aumento de quase 50% do número de mortes provocado por intervenções policiais<sup>103</sup>, revelando verdadeira autorização para matar passada aos seus agentes. As mortes pelas polícias nos estados

---

<sup>98</sup>[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/24/politica/1548364530\\_154799.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/24/politica/1548364530_154799.html), acesso em 19.06.2019

<sup>99</sup><https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2019/03/marcia-tiburi-diz-que-decidiu-sair-do-brasil-apos-invadirem-sua-casa.shtml>, acesso em 19.06.2019

<sup>100</sup><https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/572586-PACOTE-ANTICRIME-PROPOE-ALTERACOES-EM-14-LEIS.html>, acesso em 19.06.2019

<sup>101</sup><https://www.oabpr.org.br/temos-assistido-ao-extermínio-de-pessoas-em-nome-da-seguranca-publica-diz-o-professor-juarez-tavares/>, 19.06.2019

<sup>102</sup><https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/19/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-brasil-cresce-em-2018-assassinatos-de-policiais-caem.ghtml>, acesso em 19.06.2019

<sup>103</sup><https://exame.abril.com.br/brasil/letalidade-policial-no-rio-de-c-a-maior-dos-ultimos-21-anos/>, acesso em 19.06.2019

do Rio de Janeiro e São Paulo aumentaram nos dois primeiros meses de 2019, só por conta do discurso de ódio que contaminou o país e que elegeu como inimigos, na sua imensa maioria, moradores das favelas e periferias; é o extermínio de gente preta, pobre e favelada<sup>104</sup>.

Em triste ocorrência, registramos o ocorrido em sete de abril passado, quando um pai de família (Evaldo), acompanhado de esposa e filho (7 anos), insuspeito e sem nenhuma resistência a qualquer ordem, teve o carro fuzilado por 83 dos mais de 200 tiros<sup>105</sup> disparados por soldados do Exército, que patrulhavam as ruas da comunidade onde residia<sup>106</sup>, em clara assimilação pelos militares da ordem de matar que emana dos novos governantes.

No lado econômico, o liberalismo extremado é propalado como a saída econômica para a crise financeira do país, nisso se incluindo fim de direitos trabalhistas, desmonte da previdência social e entrega do patrimônio público à iniciativa privada, principalmente ao capital estrangeiro, medidas apresentadas como instrumento de equilíbrio social, que colocam, porém, ao desamparo a imensa maioria dos trabalhadores, violam tratados internacionais de direitos fundamentais de que o Brasil é signatário, além da própria agressão à soberania do país quando destina espaços e recursos à potências alienígenas.

Cotejados esses e outros elementos (sobejam fatos e números que corroboram as afirmações, que não cabem, porém, nessa apertada síntese), tenho bastante segurança para dizer que o estado democrático de direito brasileiro se encontra sob grave ameaça, além de estar em marcha no país uma operação de morte aos mais pobres e combate aos diferentes do *status quo*, seja eliminando direitos sociais, perseguindo minorias ou calando as manifestações de descontentamento; nessa hora, como não lembrar a Vereadora assassinada Marielle Franco, que, passados mais de um ano de sua morte, seu crime ainda não foi elucidado, apontando os mandantes de sua execução. Marielle, mulher negra, ligada ao movimento feminista e LGBTI, assim como, empenhada no combate às milícias no Estado, foi executada com três tiros, em 14 de março de 2018, junto com seu motorista, Anderson Gomes, no Centro da cidade do Rio de Janeiro<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup><http://www.justificando.com/2018/03/22/resistir-ao-racismo-e-resistir-a-tripla-morte-marielle-presente/>, acesso em 19.06.2019

<sup>105</sup><https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/09/laudo-aponta-mais-de-200-tiros-em-acao-militar-que-matou-musico-e-catador.htm>, acesso em 19.06.2019

<sup>106</sup><https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/militares-do-exercito-matam-musico-em-abordagem-na-zona-oeste-do-rio.shtml>, acesso em 19.06.2019

<sup>107</sup><https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47530611>, acesso em 19.06.2019

É nesse contexto que entendo como as relações jurídicas atinentes aos direitos e garantias fundamentais vêm acontecendo no Brasil a partir de 2016. Por isso, preocupado com a gravidade do momento, preferi, nessa sucinta exposição, um recorte mais abrangente e explicativo conjuntural que propriamente uma leitura recortada de quaisquer dos temas jurídicos recorrentes, que, por mais importantes que sejam, perdem todo o sentido quando o que está em jogo é a própria possibilidade de exercê-los por conta da falta de liberdade ou democracia.

## REFERÊNCIAS

- <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/05/em-gravacao-juca-sugere-pacto-para-deter-lava-jato-diz-jornal.html>, acesso em 19.06.2019
- <https://www.brasildefato.com.br/2018/05/23/onu-investiga-arbitrariedades-contralula/>, acesso em 19.06.2019
- <https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>, acesso em 19.06.2019
- <https://www.metropoles.com/brasil/justica/gangster-e-gentalha-gilmar-mendes-ataca-procuradores-da-lava-jato>, 19.06.2019
- <http://sidedciad.com/wp-content/uploads/2019/04/Edital-PT-SiDeCiED-2019-Definitivo.pdf>, acesso em 19.06.2019
- <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>, acesso em 19.06.2019
- [https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/empresas-contrataram-disparos-pro-bolsonaro-no-whatsapp-diz-espanhol.shtml?fbclid=IwAR3qn0NpHPb-pxD17Cr7GDrPvqrENsytWuWq8\\_qVc\\_ZZbLALITQLSkuRGprM](https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/empresas-contrataram-disparos-pro-bolsonaro-no-whatsapp-diz-espanhol.shtml?fbclid=IwAR3qn0NpHPb-pxD17Cr7GDrPvqrENsytWuWq8_qVc_ZZbLALITQLSkuRGprM), acesso em 19.06.2019
- <https://www1.folha.uol.com.br/poder/eleicoes/2018/apuracao/2turno/brasil/>, acesso em 19.06.2019
- <https://veja.abril.com.br/brasil/esses-marginais-vermelhos-serao-banidos-de-nossa-patria-diz-bolsonaro/>, acesso em 19.06.2019
- <http://portal.andes.org.br/andes/print-ultimas-noticias.andes?id=9781>, acesso em 19.06.2019
- [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/24/politica/1548364530\\_154799.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/24/politica/1548364530_154799.html), acesso em 19.06.2019

<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2019/03/marcia-tiburi-diz-que-decidiu-sair-do-brasil-apos-invadirem-sua-casa.shtml>, acesso em 19.06.2019

<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/572586-PACOTE-ANTICRIME-PROPOE-ALTERACOES-EM-14-LEIS.html>, acesso em 19.06.2019

<https://www.oabpr.org.br/temos-assistido-ao-exterminio-de-pessoas-em-nome-da-seguranca-publica-diz-o-professor-juarez-tavares/>, 19.06.2019

<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/19/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-brasil-cresce-em-2018-assassinatos-de-policias-caem.ghtml>, acesso em 19.06.2019

<https://exame.abril.com.br/brasil/letalidade-policial-no-rio-e-a-maior-dos-ultimos-21-anos/>, acesso em 19.06.2019

<http://www.justificando.com/2018/03/22/resistir-ao-racismo-e-resistir-a-tripla-morte-marielle-presente/>, acesso em 19.06.2019

<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/militares-do-exercito-matam-musico-em-abordagem-na-zona-oeste-do-rio.shtml>, acesso em 19.06.2019

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47530611>, acesso em 19.06.2019

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1858829-juiz-da-lava-jato-no-rj-se-destaca-por-penas-duras-e-religiosidade.shtml>, acesso em 19.06.2019

<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/09/laudo-aponta-mais-de-200-tiros-em-acao-militar-que-matou-musico-e-catador.htm>, acesso em 19.06.2019

# CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E PRESERVAÇÃO DAS DEMOCRACIAS

---

**PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos**

*Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado,  
Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil.  
spauseiro@gmail.com*

Kant ensina que o direito não pode ser decidido mediante a guerra e nem mediante a vitória, ele condena a guerra como uma vida jurídica e a converte, em troca, em um dever imediato, o estado de paz. Para tanto, o filósofo alemão propõe um pacto entre os povos através da construção de uma federação da paz, através de uma constituição cosmopolita que se distinguiria do pacto de paz, já que este buscaria acabar com uma guerra e a outra buscaria terminar com todas as guerras para sempre.<sup>108</sup>

A ideia kantiana de federação de paz se estende paulatinamente a todos os Estados, conduzindo, assim, à paz perpétua. Uma associação baseada na liberdade dos Estados, com repasse da proteção dos direitos fundamentais para tutela de organismos transnacionais.<sup>109</sup>

No entanto, na atual fase da modernidade, a globalização traz o fenômeno da crescente burocratização das administrações do Estado e da sociedade, onde as competências de profissionais altamente especializados subverteram o controle em favor das corporações que fazem um uso público da razão.<sup>110</sup>

A neutralização do poder social e a racionalização de dominação política no seio da discussão pública pressupõem uma possível concordância com interesses de corporações multinacionais. No complexo cenário geopolítico internacional e o atual estágio das forças produtivas, aliados aos meios de destruição em massa, onde o potencial de auto- aniquilamento global assumido militarmente provocou

---

<sup>108</sup> Kant, Immanuel. *Para Paz Perpetua*. Tradução de Bárbara Kristensen, Ed. Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006, p. 76.

<sup>109</sup>HABERMAS, Jürgen. *O Ocidente Dividido*. Tradução de Luciana Villas Boas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 26.

<sup>110</sup>HABERMAS, Jürgen, *Mudança Estrutural na Esfera Pública*. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro.1984. p. 270.

o surgimento de riscos, em cuja totalidade dos interesses converge num estado de natureza entre os povos. Esses interesses econômicos e políticos dos Estados mais industrializados acabam refletindo no espaço público e afetando o sistema de proteção aos direitos humanos dos Estados Nacionais, impedindo qualquer tentativa de construção de uma opinião pública internacional, em prol de um Estado Cosmopolita.

Todavia, com a evolução da codificação para proteção dos direitos humanos, tornou-se possível desenvolver ferramentas jurídicas, através dos tratados internacionais, capazes de buscar maior efetividade dessas garantias. Com isso, deruba-se o monopólio exercido pelo constitucionalismo e fortalece-se o advento do controle de convencionalidade.

Entende-se como controle de convencionalidade a análise da adequação de normas e atos de agentes públicos nacionais aos tratados e convenções internacionais dos quais é signatário o país ao qual pertençam. Desse modo, o controle de convencionalidade é capaz de exercer uma importante regulação sobre o respeito aos direitos humanos, vez que estes estão especialmente protegidos por normas do Direito Internacional. Entretanto, existem métodos diferentes de internalização de tratados que determinam o seu grau de legitimidade e efetivação dentro do direito interno.

Segundo Francisco Rezek, no início do século passado Carl Heinrich Triepel e Dionísio Anzilotti foram defensores da teoria dualista do Direito Internacional, os quais defendiam que o sistema internacional e o interno eram completamente independentes, portanto, sendo necessário um interprocedimento para internalização dos tratados. O monismo foi expirado na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, pois o jurista sustentou a unicidade de uma ordem jurídica num primado do Direito Internacional. Rezek explica que nenhuma das linhas de pensamento é invulnerável à crítica, mas que a teoria kelseniana ganharia força na Europa, a partir da década de oitenta.<sup>111</sup>

O Parlamento Europeu é criado em 17/02/1979 e é, sem sombra de dúvidas, a instituição responsável pelo fortalecimento da União Europeia. Foram vinte anos de debates, até que os países membros opinassem pelo repasse de soberania para aprovação direta dos tratados internacionais pelo Parlamento Europeu, com a internalização automática do tratado aprovado pelos países membros. As regras do Parlamento Europeu foram construídas ouvindo os parlamentos nacionais. O Parlamento Europeu é constituído por representantes dos Estados-

---

<sup>111</sup> Rezek, José Francisco. Direito Internacional: Curso Elementar. 14<sup>o</sup> Edição, Saraiva. 2013. p. 26.

Membros, eleitos por sufrágio universal direto, com mandatos de cinco anos, atualmente possui 736 deputados e sua representação é proporcional ao número de habitantes de cada país. Atualmente são oito os partidos políticos comunitários, representando a ideologia política comum. Os cargos políticos executivos comunitários são equitativamente distribuídos entre os partidos e o corpo técnico é selecionado mediante concurso público. O quórum das votações é sempre a maioria absoluta.<sup>112</sup>

Em 01/11/1993, o Parlamento Europeu aprovou o tratado de Maastrich, que instituiu a união econômica, monetária, permitiu a criação do Tribunal de Contas do Parlamento e unificou a Jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.<sup>113</sup>

O sistema europeu possui uma variedade de modelos de justiça constitucional, modelos que fazem parte do sistema europeu de justiça constitucional, ou seja, vários tribunais de modelos diferentes convivem na jurisdição europeia.<sup>114</sup>

O quadro das jurisdições constitucionais incluídas no âmbito europeu se mostra tudo, menos homogêneo, embora há tempos venha se desenvolvendo no interior de processos comunicativos que têm afetado culturas jurídicas historicamente mais resistentes, à ideia de controle jurisdicional de convencionalidade, como se faz sobre as alegações de constitucionalidade das leis, vem revolucionando o sistema europeu. A reforma convencional afetou o “*Conseil*” na França e, com outros perfis, as decisões da “*House of Lords*” no Reino Unido.<sup>115</sup>

Mas, para melhor entender a adesão a jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos pela Jurisdição Constitucional dos Tribunais Superiores dos Estados membros, analisaremos o primeiro conflito de jurisdição inicial surgido na Itália.

O primeiro caso de controle de convencionalidade realizado por um juiz nacional foi na Itália: a sentença marco n.º 170, de 1984. Essa sentença inaugurou, na Itália, a integração entre os ordenamentos. O caso tratava de um problema com a importação de 500 toneladas de cevada canadense em que havia divergência entre a relação do imposto a ser calculado e o dia que incidiria o cálculo, já que um lado dizia que era no dia em que a declaração de importação era aceita pela alfândega e o outro dizia que não; um lado pleiteava a aplicação do Direito Europeu e o outro

---

<sup>112</sup> LOBO, Maria Teresa de Carcomo, Manual de Direito Comunitário, Editora Juruá, 3ª Edição, Curitiba, Juruá, 2008, p. 69.

<sup>113</sup> LOBO, Maria Teresa de Carcomo, Manual de Direito Comunitário, Editora Juruá, 3ª Edição, Curitiba, Juruá, 2008, p. 48-49.

<sup>114</sup> Idem. p.448-449-450.

<sup>115</sup> Idem. p. 451.



a aplicação do Direito Italiano. O juiz italiano utilizou, nesse caso, o critério de prevalência do Direito Comunitário. Podemos observar que o mecanismo da não aplicação da lei interna por parte dos juízes nacionais exclui a Corte Constitucional Italiana sobre a decisão da integração entre os ordenamentos.<sup>116</sup>

Esse é o cenário europeu após o Tratado de Maastricht, onde tem sido feito um esforço na sistematização dos princípios de integração comunitária, após reforma de diversas decisões dos tribunais constitucionais, incorporou a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Dentre os esforços, destaca-se a possibilidade do juiz “*a quo*” formular questão prejudicial e solicitar ao tribunal europeu uma interpretação correta e confiável do direito comunitário. Decidindo o juiz, com base nas informações e interpretação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, dificilmente a decisão será reformada no ordenamento jurídico interno.<sup>117</sup>

Devemos observar que os Tribunais europeus se movem hoje no marco de um sistema europeu de justiça constitucional, que não está construído sobre bases hierárquicas, já que houve acordo e longo debate sobre a integração no Tratado de Maastricht, tendo como produto final a integração material.<sup>118</sup>

A experiência europeia aponta para a criação jurisprudencial de um sistema multinível de direitos no ordenamento europeu, demonstrando que o método comparativo constitui o pressuposto necessário para a busca de princípios gerais que transcendem os confins dos Estados. Essa comparação constitui uma oportunidade e um desafio extraordinário para os tribunais constitucionais, que, através da relação de comunicação entre eles e os tribunais europeus, trocam experiências diferentes, constroem interpretações e possibilitam o diálogo entre culturas diferentes.<sup>119</sup>

Entre os países integrantes do MERCOSUL não houve a preocupação de se criar uma estrutura que ampliasse a representatividade dos povos sul-americanos, como na União Europeia. Na prática, o MERCOSUL continuou firmando os seus tratados através de acordos multilaterais, dependendo exclusivamente da vontade política dos presidentes e dos corpos diplomáticos sul-americanos.<sup>120</sup>

Em 06 de dezembro de 2006 foi criado o Parlamento do MERCOSUL. O PARLASUL deveria possuir representantes indicados pelos governos dos países

---

<sup>116</sup> Idem. p. 455.

<sup>117</sup> Idem. p. 456-457.

<sup>118</sup> Idem. p. 465.

<sup>119</sup> Idem. p. 466.

<sup>120</sup> <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/4300/2/parlasur/o-parlamento.html>

membros e que não seriam inicialmente eleitos como na União Europeia. Apesar de ainda não estar funcionando, existe um esforço sul-americano de tentar ampliar essa representação. Atualmente a Câmara dos Deputados, através da mensagem n.º 387/2014, discute a participação brasileira no MERCOSUL, porém não existe nenhuma expectativa de que sejam convocadas eleições diretas no Brasil para deputados do Parlamento Sul-americano.<sup>121</sup>

Até o momento, uma Comissão Parlamentar Conjunta – CPC trabalha na harmonização dos tratados com o direito interno e busca ampliar a representatividade popular no PARLASUL.<sup>122</sup>

O projeto do PARLASUL, em seu Protocolo Constitutivo, é composto por representantes dos Estados-membros, diretamente eleitos pelos seus cidadãos, com base em legislação eleitoral nacional. Para esse fim, foram incluídas no texto do protocolo disposições transitórias, que ordenavam as etapas pelas quais o Parlamento passaria até alcançar a composição da totalidade de seus membros por representatividade direta. Segundo o Protocolo, existiram duas etapas de transição: a primeira seria uma fase transitória, na qual o PARLASUL estaria composto por dezoito parlamentares de cada Estado-membro, oriundos dos legislativos nacionais, quadro similar ao da antiga CPC. Nessa etapa, seria projetado e aprovado um critério de representatividade e conseqüentemente seriam realizadas as eleições diretas em cada Estado-membro, com vistas à completa composição do Parlamento por representantes escolhidos diretamente pelos seus cidadãos, para ocuparem com exclusividade a bancada legislativa regional.<sup>123</sup>

No momento, o projeto do PARLASUL está estagnado, as pautas de discussões estão trancadas nos parlamentos nacionais dos estados membros, que não enxergam no PARLASUL uma possibilidade de superação coletiva dos problemas dos Estados-membros. Enquanto o projeto do PARLASUL não for executado, o MERCOSUL vive um sério problema de legitimidade dos seus tratados, que se limitam a meros acordos comerciais. Isso faz com que a maior parte dos países membros desconheça ou ignore o tratado sul-americano de Direitos Humanos. A questão ainda se torna mais remota na hipótese de criação de um tribunal Sul-americano de Direitos Humanos, unificando a jurisdição dos Tribunais Constitucional dos Estados Membros, tal como ocorreu na União Europeia.

---

<sup>121</sup><http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms>

<sup>122</sup> LUCINO, Bruno Theodoro. Inclusão Representativa Direita no Parlamento do MERCOSUL. IPEA. 2012. p.54.

<sup>123</sup> LUCINO, Bruno Theodoro. Inclusão Representativa Direita no Parlamento do MERCOSUL. IPEA. 2012. p.55-56.

No Brasil, o protocolo de compromisso com os Direitos Humanos do MERCOSUL foi ratificado através do Decreto n.º 7.225/ 2010. Na prática, os países do MERCOSUL se comprometem em aplicar a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos regionais de direitos humanos, assim como na Carta Democrática Interamericana, o Pacto de São José da Costa Rica.<sup>124</sup>

O Decreto-Lei n.º 678/1992 promulga a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Portanto, o Brasil, como outros países do MERCOSUL, se compromete em aplicar da Declaração de Direitos Humanos Sulamericana, mas repassa jurisdição à Corte Interamericana de Direitos Humanos, através do Pacto de São através da Decisão CMC n.º 40/04 do MERCOSUL.

Todos os países signatários do bloco sulamericano afirmam o princípio da primazia do direito comunitário sobre a norma nacional. Porém, a ratificação desses tratados foi introduzida no âmbito interno como lei ordinária e não como norma constitucional, ressalvados os Tratados de Direitos Humanos, os quais, no Brasil, foram equiparados à norma constitucional.<sup>125</sup>

Portanto, conforme aconteceu inicialmente na União Europeia, a mecânica de incorporação do direito do MERCOSUL, aos direitos nacionais, vem ocorrendo através do modelo clássico de tratados internacionais, que são incorporados como norma infraconstitucional; portanto, sem a alteração do texto constitucional.<sup>126</sup>

No entanto, isso não impede a realização do controle de convencionalidade pelos países membros, como o Brasil, até porque as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos são equiparadas a normas constitucionais nesses países, onde o princípio da Supremacia do Direito Comunitário já está presente. Nesse ponto, os juízes “*a quo*”, segundo a alínea f, artigo 41, c/c 44 da Convenção

---

<sup>124</sup> Decreto n.º 7.225/ 2010 - **REAFIRMANDO** os princípios e normas contidos na Declaração Americana de Direitos e deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos regionais de direitos humanos, assim como na Carta Democrática Interamericana;

<sup>125</sup> CF: Art.5,§ 3º “ Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

<sup>126</sup>LUPATELLI Jr., Alfredo e MARTINS, Eliane Maria Octaviano In: Mercosul – O Direito Empresarial e os Efeitos Da Globalização, *Revista de Direito do Mercosul*, edição VI, ano II, Buenos Aires : Ed. La Ley, 1998.p. 22.

Interamericana poderiam requerer informações e decidir conforme orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>127</sup>

É evidente que o ideal seria a criação de um Tribunal Sul-Americano de Direitos Humanos, mas a Convenção do MERCOSUL remete essa jurisdição à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, historicamente, já reformou decisões dos Tribunais Superiores Brasileiros.

Segundo Mazzuoli, o controle de convencionalidade é um tema de extrema importância no cenário internacional e nacional, no entanto ele ainda é visto com receio por muitos autores e juristas brasileiros, por desconhecimento ou talvez por medo. Essa forma inovadora de controle tem a capacidade de modificar de forma expressiva todo o sistema de controle brasileiro das leis.<sup>128</sup>

O parágrafo terceiro da EC 45/04<sup>129</sup> nos diz que se algum tratado internacional de direitos humanos for aprovado no Congresso Nacional através de quórum qualificado, ou seja, de três quintos, em duas votações em cada uma das casas legislativas, e depois disso for ratificado pelo Presidente da República, ele possuirá o mesmo valor que uma Emenda Constitucional.

Já em relação aos demais tratados de Direitos Humanos que estiverem vigentes no Brasil, estes possuem o valor de normas supralegais, isto é, não podem ser revogados por lei infraconstitucional posterior. Dessa maneira, os demais tratados continuarão a ter um status superior às leis infraconstitucionais, no entanto, serão inferiores às normas constitucionais. Eles não servirão de paradigma do controle de convencionalidade, pois esta expressão é destinada apenas àqueles que possuem status de norma constitucional, mas a estes reserva-se o controle de legalidade.

Dessa forma, além do famoso controle de constitucionalidade, deve haver um controle de convencionalidade das leis, ou seja, as leis, além da necessidade de estarem de acordo com a Constituição, elas devem estar de acordo com os tratados

---

<sup>127</sup>Convenção Americana de Direitos Humanos - Artigo 41 - A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: (...). f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; (...) Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

<sup>128</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira – Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro p.114.

<sup>129</sup>§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. Se em um cenário a nova norma estiver de acordo com a Constituição, mas não estiver consoante aos tratados, ela será considerada vigente, no entanto não poderá ser dita como válida. Então, simplificando o entendimento de Ferrajoli, “não se poderá mais ser confundido vigência com validade (e a consequente eficácia) das normas constitucionais.”

Para Valério Mazzuoli, o controle de convencionalidade deve ser exercido por todos os órgãos pertencentes à justiça nacional e não somente pelos tribunais superiores. Esses órgãos devem adaptar ou conformar os atos ou as leis internas aos acordos firmados pelos Estados no âmbito internacional.<sup>130</sup>

Apesar da grande dificuldade enfrentada pelos tribunais brasileiros para a aplicação do controle de convencionalidade, há casos famosos na qual a interpretação de sua aplicação foi favorável aos tratados. Esse é o caso da decisão do STF por meio do julgamento dos Recursos Extraordinários (RE 349703) e (RE 466343) e do Habeas Corpus (HC 87585). Isso porque, através desse acontecimento, o STF mudou o seu entendimento em relação à prisão civil, se adequando ao entendimento em consonância com o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, ou seja, prevaleceu o tratado internacional de direitos humanos.

Todavia, nem todas as decisões foram favoráveis à aplicação do controle de convencionalidade, como foi o caso da Lei de Anistia. Logo após o fim do período ditatorial, foi acolhido pela promulgação da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, a Lei de Anistia sempre pairou nas sombras da redemocratização. Em meados de outubro de 2008, após um crescimento avantajado do interesse sobre o tema, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADPF 153 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Essa ação questionava o § 1º do Art. 1º da Lei n. 6.683/79.

Em abril de 2010, o STF julgou a ADPF 153, negando a interpretação conforme os tratados internacionais. No entanto, concomitantemente tramitava na Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma ação em face do Brasil e com um objeto bem parecido. Uma ação foi proposta pela “*Human Rights Watch Americas*” e o CEJIL (Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional) em prol daqueles que sumiram na Guerrilha do Araguaia. O caso foi destinado à Corte

---

<sup>130</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira p.129

Interamericana de Direitos Humanos que pronunciou sentença desfavorável ao Brasil, declarando que o país teria violado diversas normas de Direito Internacional.

Nesse caso, o Estado brasileiro, até os dias atuais, segue inerte em relação a sentença condenatória proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, fato este que culminou no ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta nº 320, pelo PSOL, que evoca exatamente a inconveniência do descumprimento da decisão da CIDH no caso Gomes Lund<sup>131</sup>. A ADPF acrescenta, ainda, que o cumprimento dessa decisão internacional é um dever expresso na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Na contramão do exemplo brasileiro, a vizinha Argentina lidou diferentemente com o seu passado ditatorial, sendo o único país na América Latina a revogar as suas leis de anistia de maneira espontânea e autônoma. Editada em 1986, as chamadas Lei Ponto Final (Lei nº 23.492/86) e Lei da Obediência Civil (Lei nº 23.521/87) significavam, juntas, a extinção das ações penais com participação de agentes do estado militar argentino praticadas durante a vigência da ditadura militar, que teve o seu estopim através de um golpe de estado iniciado em 1976.

Por último, o caso do Juiz Alexandre Morais da Rosa, no julgamento dos autos, numeração única, processo n.º 0067370-64.2012.8.24.0023, da comarca da Capital de Santa Catarina – Florianópolis, efetuando controle de convencionalidade, reconheceu a inexistência do crime de desacato em ambiente democrático. Invocando a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, afastou a incidência do disposto no art. 331 do CP.<sup>132</sup>

No caso do MERCOSUL, o vácuo de legitimidade gera dúvidas acerca da obrigatoriedade de realizar o controle de convencionalidade, o que poderia ser superado através da implementação de um parlamento para o bloco, capaz de legislar pela integração jurisdicional, levando a outro nível o Direito Comunitário. Somente após a implantação do órgão supranacional, poderá haver representação adequada. A partir da configuração legítima do direito formulado, poder-se-ia caminhar na direção da superação das barreiras relativas ao monismo normativo, reconhecendo

---

<sup>131</sup> Insta ressaltar que, na manifestação da Procuradoria Geral da República nos autos da ADPF 320/DF, esta reconhece a admissibilidade da referida arguição, afastando o entendimento de conflito com a ADPF 153/DF, uma vez que a segunda trata de controle de constitucionalidade e a primeira, convencionalidade. A manifestação da PGR também pugna pelo reconhecimento do caráter vinculante das decisões da CIDH, por força do Pacto San José da Costa Rica, ratificado pelo País em 1992.

<sup>132</sup><http://emporioidireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>

o Direito Comunitário como superior às normas internas, visto que foram legitimadas através da formulação direta dos representantes dos povos de cada nação do bloco.

Assim, sanado este problema, o modelo existente atualmente no Brasil, subordinado as normas do Direito Constitucional, passaria a subordinar-se a um Direito Comunitário legítimo. Com isso, o PARLASUL abriria caminho para construir um Tribunal Sulamericano de Direitos Humanos. Nesse contexto, o próprio juiz de primeira instância teria mais segurança em realizar o controle de convencionalidade, harmonizando o direito interno com o internacional, nos moldes do artigo 105, III, “a” da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BRIÃO, Roberta Fussieger. Direito Processual do MERCOSUL: Tratado de Assunção e seus protocolos. Academia Brasileira de Direito Processual Civil.

Convenção Americana de Direitos Humanos

FERREIRA, Siddharta Legale, VI Concurso Brasiliense de Monografias Jurídicas

HABERMAS, Jürgen, Mudança Estrutural na Esfera Pública. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro.1984.

HABERMAS, Jürgen. A Constelação Pós-nacional – Ensaios Políticos. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi. 2001.

HABERMAS, Jürgen. O Ocidente Dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

<http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>

<http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/4300/2/parlasur/o-parlamento.html>

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms>

KANT, Immanuel. Para Paz Perpetua. Tradução de Bárbara Kristensen, Ed. Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

LOBO, Maria Teresa de Carcomo, Manual de Direito Comunitário. Editora Juruá, 3ª Edição, Curitiba, Juruá, 2008,

LUCINO, Bruno Theodoro. Inclusão Representativa Direita no Parlamento do MERCOSUL. IPEA. 2012.

LUPATELLI Jr., Alfredo e MARTINS, Eliane Maria Octaviano In: Mercosul – O Direito Empresarial e os Efeitos Da Globalização, Revista de Direito do Mercosul, edição VI, ano II, Buenos Aires: Ed. La Ley, 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira – Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro

RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009

REZEK, José Francisco. Direito Internacional: Curso Elementar. 14º Edição, Saraiva. 2013.

RIOLA, Paolo. Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. 2ª Série. Editora JusPodivm. 2012



# A HERMENÊUTICA E O DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO A UMA RESPOSTA JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE CORRETA

---

**RODRIGUES-PEREIRA, Thiago**

*Pós-doutor em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis, Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, UNESA/RJ, prof.thiagorp@gmail.com*

## INTRODUÇÃO

A existência da teoria da independência do juiz ao prolatar sentenças é um tema essencial nos tempos atuais. Essa ideia viveu à luz do modelo positivista legalista kelseniano, onde, na inexistência de uma regra que regule um caso concreto, deveria o juiz aplicar analogia, princípios gerais, costumes etc., ou seja, uma verdadeira autorização para que o magistrado julgasse da forma como bem entendesse aquele caso.

Portanto, a justificativa para a presente pesquisa é a necessidade de se buscar sempre a resposta constitucionalmente adequada a um caso concreto, sob pena da sua inobservância ensejar uma possível indenização e consequente responsabilidade civil do Estado e/ou do próprio magistrado. Sendo assim, a situação problema a ser investigada será se esse modelo positivista legalista, que, na ausência de regras, concede ao magistrado um poder quase ilimitado no momento decisório, atuando de forma solipsista, ainda subsiste no direito brasileiro. A hipótese para a problema ora apresentado é de que ainda infelizmente existe tal prática, ocasionando enorme insegurança jurídica e, a partir dessa hipótese, verificar se a hermenêutica e a virada linguística poderiam suceder, enquanto teoria do direito, o positivismo jurídico legalista.

O objetivo geral será demonstrar a incoerência do modelo positivista legalista kelseniano e sua incompatibilidade com os tempos atuais, propondo ao final sua substituição pela hermenêutica filosófica aplicada ao direito como nova teoria do direito. Os objetivos específicos seriam: apresentar o modelo positivista legalista kelseniano; mencionar decisões, especialmente dos tribunais superiores brasileiros, onde esses erros hermenêuticos ocorreram; apresentar as principais

teorias da responsabilidade civil mencionando em qual os erros hermenêuticos judiciais poderiam se enquadrar; expor a teoria da hermenêutica filosófica, com ênfase nos pensamentos de Heidegger, Gadamer, Dworkin, Canotilho e Streck.

A metodologia adotada será, em um primeiro momento, o método genealógico, para buscar encontrar o início da escolha pelo paradigma positivista legalista e, em um segundo momento, o método fenomenológico, a partir de pesquisas bibliográficas e de coleta de dados jurisprudenciais. Por fim, o resultado final obtido é que a falta de uma aplicação da hermenêutica filosófica ao direito, acaba por provocar “decisionismos”, ou seja, decisões com bases em impressões pessoais do juiz, com base exclusivamente em sua moralidade, no típico exemplo de solipsismo que não mais se pode admitir em um Estado de Direito. Assim, desrespeitando o direito fundamental de cidadão de uma resposta constitucionalmente correta, acarretaria a possibilidade desse cidadão requerer uma indenização em juízo, caso comprove sua perda, podendo então gerar não apenas uma responsabilidade civil do Estado como do próprio magistrado que exarou a decisão violadora.

A CHD busca é uma tentativa de construir um modelo de decisão objetivando a superação da leitura de leis e códigos comentados, bem como a discricionariedade no momento de interpretar o texto, onde se verifica que o intérprete, na maioria das vezes, acaba por decidir com base em sua pré-compreensão, e não utilizando-se do círculo hermenêutico. Além disso, a CHD propõe (re)pensar a ciência do Direito à luz de um novo paradigma ontológico, proposto do Heidegger, em substituição e superação ao paradigma clássico iniciado por Platão, denominado por Streck de filosofia da consciência,

que conferiu ao sujeito cognitivo uma posição central com respeito à natureza e ao objeto (assim, o direito não seria cognoscível se o sujeito/intérprete que “conhece” não dispusesse de “títulos”, faculdades e intuições a priori, capacidades de dar espaço e tempo às coisas, além de organizar a experiência segundo categorias do intelecto<sup>133</sup>.

Assim, a questão precípua da CHD é mudar o paradigma do Direito, trazer o Direito definitivamente para a virada linguística, fazendo-o superar e romper os grilhões que o ainda prendem a uma modernidade tardia. Para isso, entender e estender o *dasein* para dentro da ciência do Direito, se faz absolutamente necessário.

---

<sup>133</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42

Além disso, em certa medida, pode-se dizer que a CHD também poderia ser considerada como dentro da virada kantiana<sup>134</sup>, pois defende tanto a existência de uma verdade única com também a necessidade da moralidade dentro do direito. Contudo, se afaste (e muito) da filosofia mais tradicional de Kant, por este ainda estar preso na chamada filosofia da consciência.

A CHD está dentro da forma de pensar iniciada pela fenomenologia de Husserl, aprofundada por Heidegger, que, desenvolvendo-a, percebeu a necessidade de superação da epistemologia clássica pela ontologia na busca do *ser*, mas não qualquer ser, o *ser aí*, o ser inserido no mundo, e não pensado metafisicamente. Além disso, a CHD utiliza-se da proposta hermenêutica gadameriana, de pensar filosoficamente a partir de uma pré-compreensão, buscando compreender o texto, deixando que ele fale com o leitor, interpretando-o ao atribuir sentido a ele, até encontrar o sentido correto do texto. Unindo a essas ideias, o pensamento de Dworkin, da busca de uma resposta correta dentro do texto constitucional.

Com isso, o esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência, onde o sentido existe *a priori*, é substituído por uma hermenêutica fenomenológica. Com isso, texto e norma passam a ser coisas distintas, nos dizeres de Lenio Streck

um texto só é na sua norma, para reproduzir a clássica assertiva de Müller e ratificar minha adaptação da diferença ontológica entre texto e norma. Por isso, não há sentidos em si. Consequentemente, não há conceitos sem coisas. Não há ‘normas gerais’ que contenham os sentidos de forma antecipada. Estes apenas acontecem de forma aplicativa. Daí a noção de *applicatio*. Por elas, ficam superadas quaisquer dicotomias entre objetivismos e subjetivismos, seja no plano clássico entre vontade da lei e vontade do legislador, seja no plano filosófico<sup>135</sup>.

## Fundamentação teórica

Um dos grandes problemas do Direito é ainda estar preso ao chamado esquema sujeito-objeto, que teve em Descartes seu principal idealizador. Com seu *cogito ergo sum*, Descartes, segue na linha da filosofia tradicional, da ideia da

---

<sup>134</sup> A virada kantiana, entendida como um movimento bastante heterogêneo, que surgiu após a 2ª Guerra Mundial criticando o positivismo jurídico (de todas as vertentes) e propondo, acima de tudo, a necessidade da reintrodução da moralidade dentro da ciência do Direito, que positivistas como Kelsen, Schmitt, dentre outros, retiraram de dentro do seu objeto de investigação. Contudo, apesar de alguns elementos em comum, os membros da chamada virada kantiana divergem entre si, propondo teorias bastante diferentes entre si. São exemplos de membros desse importante corrente jusfilosófica Ronald Dworkin, Robert Alexy, Jürgen Habermas, Gustav Radbruch, dentre outros.

<sup>135</sup> STRECK, Lenio. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 116.

necessidade de separação total entre corpo e mente, pensando que todo conhecimento seria na verdade inato, partindo da existência do “eu” e assim construído, passo a passo, as certezas de todas as coisas que ficaram em suspenso com sua dúvida metódica.

Apesar de original, essa forma de pensar isolou o *ser*, “blindando-o” do mundo exterior, do mundo vivido.

A partir desse paradigma o Direito foi pensado e ainda hoje é aplicado tanto na academia quanto, principalmente, no dia a dia do Poder Judiciário.

Hans Kelsen pode ser considerado como sendo o grande nome do Direito da primeira metade do século XX, sendo o símbolo de uma das teorias jurídicas de maior influência que foi o positivismo jurídico. No caso, Norberto Bobbio<sup>136</sup> vai elencar os três tipos de positivismo, dividindo-o em positivismo jurídico ideológico, positivismo jurídico teórico e por fim, o positivismo jurídico metodológico, a qual Kelsen faria parte.

Portanto, Kelsen pensou o positivismo jurídico como método científico para embasar o Direito, tornando-o o grande paradigma metodológico jurídico do século XX. Sua teoria estava centrada em vários cânones da modernidade, como por exemplo no paradigma da filosofia da consciência, pensando o *ser* alijado de qualquer influência exterior, isolado em sua consciência. Deriva daí, um dos grandes equívocos da má recepção de sua teoria em solo brasileiro, de que o juiz conseguiria atuar em sua função de forma completamente neutra. Aliado a tal ideia, diferente da primeira fase do positivismo, conhecida como fase exegética, que foi a fase onde do “*juiz boca da lei*”, do juiz que ficava completamente adstrito a literalidade da lei, Kelsen admitia um poder criativo para o magistrado. Ele entendia que seria impossível acabar com qualquer subjetividade, e assim, passou a admiti-la em sua teoria, como uma espécie de exceção, acreditando que o juiz apenas faria uso da mesma em casos especialíssimos, esquecendo-se que o ser humano não é um *ser* que apenas usa sua razão. Séculos antes, Nietzsche<sup>137</sup> já denunciava que o ser humano não é apenas razão, mas instinto, pois é exatamente isso que o configura como humano, ou, nas palavras do próprio, “humano, demasiadamente humano”.

Após a Segunda Guerra Mundial, vários jusfilósofos procuraram repensar o Direito, se afastando, ou até rompendo com a teria do positivismo jurídico, seja qual fosse sua vertente. Contudo, a grande maioria ainda estava presa ao

---

<sup>136</sup>BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico – lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 224

<sup>137</sup>NIETZSCHE, Friedrich W. *Humano, demasiadamente humano*. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 4.

esquema sujeito-objeto da filosofia tradicional. Não conseguiram se desvencilhar desse paradigma, apensar de, desde os anos 20 do século passado, Heidegger já ter mostrando erro e mostrado o caminho correto, de que não existe esse *ser* isolado, mas sim o *dasein*, ou seja, o *ser-no-mundo*, o *ser aí*.

Será a partir da fenomenologia heideggeriana que a presente pesquisa partiu, pensando o Direito não mais como algo puro, mas sim inserido no mundo, pensado a partir de uma perspectiva relacional com outros ramos do saber humano e com o próprio mundo e sua historicidade.

Além dessa perspectiva fenomenológica heideggeriana, que desconstituiu as bases do pensamento tradicional, incluindo o jurídico, a sua reconstrução se dará a partir da hermenêutica de Hans Georg Gadamer, que partindo do *dasein*, construiu as bases do seu pensamento. Com isso, a proposta será a de pensar o Direito dentro do paradigma heideggeriano-gadameriano, fenomenológico-hermenêutico, e assim, repensar uma teoria do Direito, especialmente uma teoria das decisões judiciais.

Com Gadamer, será percebido a influência da pré-compreensão no ato decisório e de como ignorar sua existência poderá levar o todos, e claro, principalmente o magistrado, que é quem tem por dever julgar e decidir, ao erro.

Gadamer mostrará então a realidade do chamado círculo (ou especial) hermenêutico, mostrando que a tarefa de encontrar o sentido correto é uma tarefa possível, mas eterna. Deverá o hermeneuta ir atribuindo sentido ao texto que está lendo, partindo da sua pré-compreensão, buscando *deixar o texto falar*, buscando o sentido correto, compreendendo tal sentido, interpretando-o e, só depois, decidindo. O que se verifica na prática judicial é o juiz decidir e depois buscar os fundamentos de uma decisão, ou seja, decidindo com base na sua pré-compreensão, de forma solipsista, e assim, impondo a sua vontade pessoal para as partes do processo. Tal erro pode vir a se tornar ainda mais dramático quando praticado por um tribunal constitucional que, ao realizar controle de constitucionalidade concentrado, com efeitos *ergas omnes*, acaba por impor, a toda uma coletividade, sua forma de ver o mundo, o sentido que ele gostaria que tivesse o texto constitucional, e não o real sentido do texto, em uma total violação ao Estado Democrático de Direito.

Por fim, será utilizado a chamada Crítica Hermenêutica do Direito – CHD de Lenio Streck, que foi o primeiro a perceber que o Direito ainda está preso nos paradigmas da modernidade e que ainda não perceber a chamada virada linguística, especialmente com o pensamento dos alemães Heidegger e Gadamer.

## **Resultados e discussões: problema da baixa constitucionalidade**

Os resultados obtidos nessa pesquisa, que vem sendo realizada nos últimos 2 (dois) anos, e que se consubstancia na busca pela resposta constitucionalmente mais adequada, demonstram, conforme ensina Lenio Streck (uma “baixa constitucionalidade” nas decisões judiciais brasileiras, (principalmente no Supremo Tribunal Federal – STF), ou seja, que o texto constitucional não produz os efeitos que deveria produzir enquanto norte hermenêutico a ser seguido. Em razão disso, percebe-se um elevado “decisionismo” por parte dos magistrados, desde os de primeiro grau até ministros da mais alta corte, ou seja, os julgamentos acontecem mais com base nos valores morais e em uma forma solipsista de julgar do que efetivamente em sentidos constitucionais corretos do texto da Constituição brasileira vigente. Foram analisados alguns julgados STF brasileiro, onde verificou-se a manutenção da discricionariedade judicial nos votos analisados, onde os ministros, muitas vezes imbuídos de boa-fé, acabaram por decidir com base em valores morais e não de acordo com o sentido correto do texto constitucional. Foram analisados os seguintes processos: Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54; ADPF nº 132; *Habeas Corpus* nº 124.306; *Habeas Corpus* nº 152.752.

A partir da análise dos referidos casos, verificou-se, a partir dos votos dos ministros, que, com raras exceções, que a maioria da composição dos ministros da mais alta corte brasileira, com um discurso de estarem dentro de um neoconstitucionalismo, acabaram na verdade decidindo de forma absolutamente solipsista, interpretando e atribuindo ao texto da constituição o sentido que gostariam que fosse, sem se preocuparem com o real sentido, com o sentido correto dado pela atual tradição.

No primeiro caso, na ADPF nº54, o STF acabou por autorizar a interrupção da gestação de fetos que sofrem de anencefalia. Contudo, a legislação brasileira apenas autoriza o aborto nos casos de gravidez resultante de estupro ou quando houver risco para a gestante. Não há qualquer menção a doenças graves como anencefalia. Sendo assim, apenas via Poder Legislativo poder-se-ia criar nova hipótese de aborto. A tentativa de diferenciar aborto de interrupção da gestação se mostrou apenas como subterfúgio para fugir da real discussão, que seria criar nova hipótese de aborto. Não se está defendendo nem a possibilidade nem impossibilidade do aborto ou no mínimo de nova hipótese, mas sim, que seria o

parlamento o local específico para que essa discussão fosse realizada, e nunca um tribunal, atuando como se legislador positivo fosse.

No segundo caso, a ADPF nº 132, o STF criou hipótese de união estável não prevista na constituição. Ocorre que o §3º do artigo 236 da constituição brasileira é claro ao afirmar que, união estável seria apenas entre homem e mulher. Contudo, apesar de essa ser uma regra que não deixa qualquer margem de dúvidas quanto ao sentido correto, entendeu a mais alta corte brasileira que poderia ampliar essa possibilidade para casais homoafetivos, a partir de princípios constitucionais. Isso quer dizer que, apesar de existir regra específica, o STF ignorou-a e julgou a questão com base em princípios, em total afronta ao sentido correto da constituição. Utilizou-se para isso a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Contudo, entendeu, e por conseguinte aplicou, de forma absolutamente equivocada tal teoria. Em que pese tal teoria conter graves problemas, como previsão para, em algum grau, subsistir subjetivismos judiciais, em momento algum Alexy afirma que, existindo regra clara, poderia o intérprete analisar e julgar um caso concreto afastando a lei (salvo se declarar inconstitucional) e julgando com base em princípios. Novamente o STF usurpou a função do órgão legiferante federal brasileiro.

No terceiro caso, no *Habeas Corpus* nº 124.306, a primeira turma do STF, com base no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, concedeu o *habeas corpus* para um médico, acusado e preso pelo crime de aborto, sob o argumento de que, não seria crime o aborto realizado até o terceiro mês. Novamente violou o artigo 128 do Código Penal ao criar hipótese para a realização de aborto, descriminalizando do que o código penal, e talvez a própria sociedade, ainda considere um ato de grande reprovabilidade social. Frise-se novamente que não se está a realizar qualquer análise ou juízo político, religioso nem ideológico, mas apenas uma análise hermenêuticamente correta do texto constitucional e legal. E por tal análise hermenêuticamente correta, percebe-se que o STF novamente atuou extrapolando suas prerrogativa e deveres constitucionais ao atuar como se legislador positivo fosse.

Por fim, o quarto caso foi o *Habeas Corpus* nº152.752, conhecido como *Habeas Corpus* do Ex-presidente Lula. Nesse caso ocorreram três graves equívocos, que acabaram por violar direitos e garantias fundamentais do réu. Primeiramente, o STF manteve sua interpretação, diga-se logo, equivocada, em relação ao início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Aplicando o sentido correto do texto constitucional em relação ao princípio da presunção de inocência, com a ideia de que prisão, para cumprimento de pena, apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, combinado com o artigo 283 do Código

de Processo Penal brasileiro que, foi modificado em 2011 justamente para se adequar aos ditames constitucionais. Em segundo lugar, a ministra Rosa Weber, ao votar, explicitou discordar do sentido, frise-se equivocado, que o STF vinha dando a possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, mas, pelo chamado “princípio da colegialidade” [sic], acompanharia os demais ministros. Isso quer dizer que, preferiria manter alguém que, segunda a própria, não deveria ficar preso, para respeitar um princípio que nem princípio é. Por fim, ao restar empatado a votação do referido *Habeas Corpus*, a ministra presidente a época, Ministra Carmen Lúcia, desrespeitando as lições mais mezinhas de Direito e o próprio regimento do STF, em seu parágrafo único do artigo 146, ao invés de desempatar a favor do réu, aplicando a clássica ideia do *in dubio pro reo*, preferiu votar contra sua concessão, decidindo então *in dubio pro societate*. Em um mesmo julgado, pode ser verificado três graves erros, onde, em todos, os magistrados atribuíram sentidos equivocados aos textos constitucional e legal, decidindo de forma subjetivista, em total erro hermenêutico.

A CHD se mostra uma teoria confiável para o Direito pois procura romper com os subjetivismos, sem ignorar que eles existem. Partindo da premissa da existência e da importância da pré-compreensão, interpreta o fenômeno do Direito e da decisão jurídica, dentro do círculo hermenêutico gadameriano. Mostra que o ato decisório, diferente dos votos e decisões supramencionados, não podem ser decididos *a priori*, ainda na pré-compreensão, mas sim só após passar também pela compreensão e interpretação, pois só ao final é que o intérprete conseguirá encontrar o sentido correto do texto analisado e, por conseguinte, conseguirá decidir de forma correta, da forma mais adequada constitucionalmente. E por decisão correta ou adequada, deve-se sempre entender não a vontade ou desejo do intérprete-juiz, mas o sentido que o próprio texto analisado possui, dentro da tradição atual que atribui a ele esse ou aquele sentido. A CHD busca então mostrar que o ato de interpretar não é um ato arbitrário, mas sim um ato de encontrar o sentido possível e correto do texto, naquele momento histórico, independente da vontade ou desejo de quem está interpretando.

## CONCLUSÕES

Diante do que vem sendo estudado nos últimos 2 (dois) anos, verificou-se perigosa falta de uma teoria da decisão no Poder Judiciário brasileiro, desde os juizes de primeiro grau até, e principalmente, nos votos dos ministros do STF. Essa falta de uma teoria da decisão sólida acaba por produzir uma verdadeira



loteria judiciária, onde inexistente qualquer previsibilidade das decisões judiciais. Com isso, o direito fundamental do cidadão de receber uma decisão constitucionalmente mais adequada fica frustrado, pois o que se verifica são decisões que desrespeitam regras absolutamente claras, contidas em leis e até na constituição federal brasileira, com o argumento da possibilidade do juiz poder produzir um direito novo, em total afronta ao Estado Social Democrático de Direito, violando o princípio da legalidade bem como a clássica divisão dos Poderes (ou da atribuição dos Poderes).

Percebe-se nitidamente, a partir dos julgados analisados, e mesmo em vários outros analisados em mais de 2 anos de pesquisa, que a chamada virada linguística realmente ainda não aconteceu no Direito brasileiro, que vive um perigoso *mix* de uma teoria mal aplicada kelseniana (pois muitos magistrados brasileiros aplicam como querem e decidem muitas vezes *contra-legem*, violando até uma discricionariedade totalmente indesejada e atuando de forma até arbitrária) com um neoconstitucionalismo. Em relação a esse último, também recebido em terra brasileira de forma errônea, lançando mão de princípios para resolver casos concretos mesmo com a existência de regras, elaboradas pelos poderes competentes, que regulam aquele caso específico, ou mesmo atribuindo um sentido diverso ao sentido correto do texto constitucional, simplesmente por não concordarem com tal sentido.

Resta inequívoco que o Direito brasileiro continua preso dentro de uma filosofia da consciência do pensamento tradicional, acreditando na possibilidade do total isolamento do *ser*, mesmo depois de Heidegger ter desvelado ao mundo a existência do *dasein*, ou seja, de que o *ser* incluído portanto também o Direito, está inserido no mundo, fruto de sua historicidade e não existindo de forma isolada na racionalidade humana. A virada linguística, definitivamente, ainda não aconteceu no Direito.

Com isso, o que se tem é uma grande loteria judicial, onde os magistrados decidem de forma praticamente livre, atribuindo o sentido que bem desejam, sem se preocuparem com o sentido correto dos textos constitucional e legais. Essa baixa constitucionalidade se reflete em uma total violação ao direito do cidadão de ter uma sentença que esteja de acordo com o sentido correto dos textos constitucional e legal. Não é uma faculdade do intérprete, mas sim um direito fundamental do cidadão.

Portanto, verifica-se a necessidade de inclusão da CHD dentro do Direito brasileiro, onde a responsabilidade do magistrado sempre será a de encontrar,

dentro dos casos a ele submetidos, não a resposta que gostaria que fosse dada, mas sim a resposta constitucionalmente correta.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico – lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almeida, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almeida, 2018.

NIETZSCHE, Friedrich W. *Humano, demasiadamente humano*. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

RORTY, Richard M. *The linguistic turn – essays in philosophical method*. Organizador Richard M. Rorty. Chicago e Londres: Universidade de Chicago, 1992.

PEREIRA, Thiago Rodrigues. *Bioética, limites da Jurisdição Constitucional e a ADPF nº 54*. *Juris Poiesis*, ano 10, n. 10, 2007 ISSN 1516-6635

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *O HC de Lula – maioria transformada em minoria: “a colegialidade em ação”*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. São Paulo, 05 de abril de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/opiniao-hc-lula-maioria-transformada-minoria>. Acesso em 07.02.2018.

